

A TUTELA PROCESSUAL PENAL DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS – ALTERNATIVAS AO MODELO BRASILEIRO

THE PROTECTION OF CRIMINAL PROCEDURE AND COLLECTIVE RIGHTS DIFFUSE - ALTERNATIVES TO BRAZILIAN MODEL

Hugo Vasconcelos Xerez¹
Paulo Adriano Maia Barros²

Resumo: O presente ensaio trata da questão da imprescindibilidade de remodelação da tutela processual penal, especificamente no que concerne a sua aplicação junto aos interesses transindividuais. Além de focar tópicos referentes ao avanço desses ‘novos direitos’ em face da modernização tecnológica e da sociedade globalizada e esboçar as raízes e fundamentos nos quais se baseia o Direito Penal clássico, na condição de instrumento de luta dos indivíduos contra o abuso e a arbitrariedade do Estado, serão mencionados diplomas legislativos, recentemente evocados pelo legislador brasileiro, para a tutela de interesses difusos e coletivos. A tudo isso, seguir-se-á uma breve análise das novas convergências do Direito Penal, especialmente as teorias defendidas por Winfried Hassemer e Jesús Maria Silva-Sánchez, as quais almejam, cada uma a seu modo, uma maior eficácia da tutela processual penal em face do incremento e eventual violação dos interesses transindividuais.

Palavras-chave: Tutela Processual Penal; Interesses transindividuais; Hassemer; Silva-Sánchez.

Abstract: This paper addresses the issue of indispensability of remodel criminal procedural protection, specifically with regard to their application along with the trans-interests. Besides focusing on topics related to the advancement of these 'new rights' in the face of technological modernization and the global society and outline the roots and foundations in which the classic criminal law is based on the condition of instrument of struggle of individuals against abuse and arbitrariness the state statutes, recently evoked by the Brazilian legislature, for the protection of diffuse and collective interests are mentioned. To all this, a brief analysis of the new convergence of criminal law, especially the theories espoused by Winfried Hassemer and Maria Jesús Sánchez-Silva, which aims, each in its own way, a more effective supervision of criminal procedure will be followed-in view of the increase and possible violation of transindividual interests.

Keywords: Guardianship of Criminal Procedure; Transindividual interests; Hassemer; Silva-Sánchez.

¹ Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

² Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

1 INTRODUÇÃO

Não há quem discuta, notadamente entre os operadores do Direito, que as relações humanas compreendidas atualmente são completamente diversas daquelas vivenciadas em épocas remotas.

Fenômenos tipicamente contemporâneos como a globalização, em suas matizes econômica e política, a revolução tecnológica, o avanço na área das comunicações e o incremento de empresas transnacionais, aliados à sociedade de massa, homogênea e uniforme, demandam, quando do surgimento de litígios de interesses que ultrapassam a figura do beneficiário exclusivo, soluções alternativas àquelas imaginadas para o descortino de litígios puramente individuais, de modo a que todos os indivíduos envolvidos sejam considerados.

Essa novel realidade, incrementada pelas alterações do convívio social, impuseram o surgimento de novos direitos, usualmente conhecidos como direitos difusos e coletivos, v.g. meio ambiente, ordem econômica e financeira, relações de consumo, que alcançam cidadãos ligados por circunstâncias jurídicas ou simplesmente fáticas e que antes eram ignorados pelos legisladores e doutrinadores de plantão.

No mesmo sentido, o Direito penal de outrora igualmente sofre alterações com vistas ao resguardo dos bens coletivos, contemplando institutos inteiramente vocacionados para a tutela dos interesses supraindividuais, como a elaboração de diplomas legislativos cuja objetividade é a proteção dos bens supraindividuais e a cominação de responsabilidade penal à pessoa jurídica quando da prática de infrações contra a ordem econômica e financeira, a economia popular e o meio ambiente.

Todavia, a despeito das pontuais alterações promovidas, a tutela processual penal, ainda impregnada de conceitos surgidos no Século XVIII, não tem desempenhado satisfatoriamente sua função de instrumento de controle social diante dos ataques a esses interesses transindividuais, motivo pelo qual surge como medida que se impõe a sua readequação para eficiente proteção dos interesses incrementados atualmente.

Nesse contexto, diante da real incapacidade do Direito penal para enfrentamento, prevenção e repressão dos novos valores vigentes, abordar-se-á as soluções apresentadas pelo professor alemão Winfried Hassemer e o penalista espanhol Jesus Maria Silva-Sánchez que,

embora com respostas opostas, apresentam ideias para o surgimento de um ramo do Direito mais célere e diretamente vocacionado para a proteção dos interesses metaindividuais.

2 AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO PENAL CLÁSSICO

Todos os períodos históricos deixaram sua marca indelével na memória da humanidade, especialmente em razão das alterações humanas, econômicas, sociais e culturais que impingiram.

O Direito Penal, por sua vez, não pode ficar alheio a essas mutações sociais, sob o perigo de não cumprir com a eficiência desejada a tutela dos bens jurídicos penais vinculados aos direitos fundamentais de terceira geração. Para tanto, e no entanto, os institutos penais devem passar por uma releitura, reestruturação, de forma que, sem conflitar com a Constituição da República, possam preservar os valores fundamentais da sociedade.

O Direito Penal, como instrumento de controle social, é ideia disseminada entre os estudiosos do fenômeno jurídico, não havendo quem o desqualifique como tal. Mesmo aqueles que defendem a intervenção mínima do Direito Penal – baseado da noção de fragmentariedade – reconhecem a sua função como mecanismo de defesa dos bens jurídicos de tomo para o grupo social.

De fato, o Direito Penal é uma das formas de transformação social dos conflitos desviantes. Por isso ele reage também com as tarefas que o controle social cumpre em nossa vida cotidiana, assegurando as expectativas de conduta, determinando os limites da liberdade humana de ação (HASSEMER, 2005).

Por outro lado, o fenômeno hoje vivenciado da globalização que rompe com as até então mais sólidas estruturas do Estado contemporâneo alterou significativamente as relações humanas, estando a exigir um novo posicionamento do Direito Penal para o enfrentamento desses questionamentos.

Sobre os efeitos da globalização na sociedade atual, Zaffaroni (2007) disserta:

El poder planetario está marcado por tres revoluciones (la mercantil, la industrial y la tecnológica), que dieron lugar a tres momentos: el colonialismo, el neocolonialismo y ahora a la globalización. Este último lo marca una revolución técnica en las comunicaciones que provocó mayor concentración de capital, pérdida de poder de los estados, desplazamientos migratorios, incremento de las disparidades tecnológicas, desempleo, exclusión social y guerras.

A globalização, por sua vez, possui estreita vinculação com a sociedade do risco, dado que ambas apresentam às regras do Direito Penal novas indagações a serem devidamente respondidas.

Isto porque, em face do fenômeno da globalização, o risco é aumentado, haja vista que as expansões técnica, científica e econômica fazem aflorar os pontos de fragilidade dos sistemas, podendo causar o enfraquecimento do Estado Democrático de Direito.

Com referência às incertezas causadas pela sociedade de risco, considerada a alteração dos paradigmas vigentes, Daza (2004) disserta:

En otras palabras, la noción de riesgo es inseparable de las ideas de posibilidad e incertidumbre debido a decisiones particulares. Las decisiones que se toman en el presente condicionan lo que acontecerá en el futuro, aunque no se sabe de qué modo: deben ser tomadas sin tener una conciencia suficiente de lo que sucederá. Riesgo no es igual a amenaza o peligro, esta distinción se torna irrelevante si no se hace la referencia a la idea de seguridad, y con esto la seguridad se convierte en un concepto decisivo. La idea de riesgo supone una sociedad que trata activamente de romper con su pasado, la característica fundamental, en efecto, de la civilización industrial moderna.

Diante do quadro apresentado e das novas tendências impostas ao Direito em razão da globalização vivenciada atualmente, imprescindível que o Direito Penal, para a devida proteção dos bens jurídicos típicos da modernidade (meio ambiente, ordem econômica, ordem financeira, saúde pública, patrimônio cultural etc.) precisa se adaptar, assim como já aconteceu com o Direito Constitucional – superada a era dos Códigos (BONAVIDES, 2011) – e com o que se passa com o Direito Processual Civil, onde a noção de resolução atomizada dos conflitos, onde A litigava contra B, perde espaço para a resolução molecularizada das pendengas sociais (WATANABE, 1998).

Exatamente por isso, surge a necessidade de um Direito Penal do risco (*Risikostrafrecht*) inteiramente voltado para a prevenção e repressão dos delitos contra os direitos da modernidade – expressão usada em contraposição aos direitos civis e políticos cujo marco histórico é o Século XVIII. Alinhado-se ao exposto, posiciona-se Feldens (2002):

O crime, por exemplo, não mais representa, pura e singularmente, aquela hipótese atávica retratada em uma relação jurídica interindividual em que ‘A’ (frequentemente Caio) se apropria, mediante fraude ou violência física, de um bem pertencente a ‘B’ (usualmente Tício) Assim, quando se afirma, resulta por oferecer à consciência jurídica acadêmica uma visão apenas parcial do objeto. Os conflitos de Direito Penal, na atualidade, fazem-se

coletivos e sociais em sua sujeição passiva. Tomemos, à guisa de ilustração, o exemplo dos grandes escândalos financeiros, da avassaladora corrupção, da estrondosa sonegação fiscal, da lavagem de dinheiro, frequentemente associada ao tráfico de drogas e ao financiamento de campanhas políticas, dos danos ambientais de incomensurável proporção, bem assim todas as categorias delitivas que, afligindo objetividades jurídicas difusas, aí estão a usurpar diretamente ou indiretamente aquilo que mais legitimamente constitui o ser: sua dignidade.

Apresentado o contexto social, imperioso que se estabeleça um nível satisfatório de proteção dos direitos fundamentais de terceira geração que não incida em um excesso desqualificador, muito menos seja incapaz de oferecer uma proteção eficiente a esses direitos, quando violados.

Sobre o assunto, o princípio da proporcionalidade exerce papel de extrema relevância, especialmente por conta do acréscimo de um novo viés além do qual ele foi sempre considerado.

Sabe-se que a ideologia do Estado absenteísta (*“laissez faire, laissez passer”*) construída a partir do advento da Revolução Francesa, não encontra ressonância nos dias de hoje, de modo que um Estado mais participativo, sem deixar de respeitar a autonomia privada e a liberdade econômica, é exigido por parte do grupo social.

Hoje o princípio da proporcionalidade, como verdadeiro vetor de vanguarda na compreensão e concretização dos direitos fundamentais, exerce papel fundamental na construção de um novo Estado de Direito cuja finalidade precípua deve ser a instalação de mecanismos eficazes para a proliferação e salvaguarda dos direitos fundamentais.

No âmbito do direito penal, a ideia de um Direito Penal mínimo – informado pelo princípio da fragmentariedade – se contrapõe a noção de um Direito Penal máximo, com efeitos concretos extremamente falhos, originando efeitos meramente simbólicos, em razão do hiato entre os textos e a realidade a que se eles se propõem a regular.

Daí a importância do princípio da proporcionalidade, consagrado inicialmente como um enriquecimento do princípio da legalidade, difundido no âmbito penal, ligando precisamente a violação ao bem jurídico pela conduta do agente e as reprimendas impostas, como postulado de justa medida e equilíbrio no trato das questões penais.

Neste sentido, à concepção original do princípio da proporcionalidade – proibição de excesso, cujas raízes estão diretamente relacionadas com a imagem de fronteiras ao poder estatal, soma-se hodiernamente a ideia de proibição de proteção deficiente, onde se ressaltam os deveres do Estado em relação aos bens jurídicos alcançados pela tutela penal.

Invoca-se, nesse ponto, a precisão formulação de Streck (2005), ao abordar a dupla face do princípio da proporcionalidade em aplicação franca e direta no âmbito penalista:

Não há liberdade absoluta de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal, ainda que a lei venha a descriminalizar consideradas ofensivas a bens fundamentais. Nesse sentido, se de um lado há proibições de excesso (*Übermassverbot*), de outro, há a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Ou seja, o direito penal não pode ser tratado como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, a partir da garantia de proibição do excesso.

Essa nova faceta do princípio da proporcionalidade, enquanto proibição de proteção insuficiente, igualmente abordado na obra de Feldens (2002), dentro de uma perspectiva de reverência e obediência aos direitos fundamentais, insta o sistema penal a se preparar para enfrentamento dos delitos de natureza transindividual, sendo legítimo que se demande de todos os órgãos de justiça uma postura mais eficiente.

A implantação de uma nova postura requer, para o incremento de novas ideias, ainda não abraçadas pelo Estado brasileiro, melhor preparação logística dos órgãos encarregados do sistema de justiça, para que se possa bem realizar as suas funções, sem perder de vista que, em se tratando de condutas criminosas que malferem os direitos fundamentais difusos e coletivos, a delinquência tradicional de cunho individual não se aplica integralmente.

Diante desse quadro, imperioso registrar os editos legislativos promulgados recentemente no Brasil e voltados para a tutela dos interesses transindividuais.

3. TIPIFICAÇÕES CRIMINAIS E INTERESSES DIFUSOS

Fazendo uma abordagem histórica, verifica-se Código Penal da República, na década de 40 do século passado, a diminuta preocupação do legislador com a proteção dos interesses transindividuais, podendo-se mencionar apenas os crimes de incêndio (art. 250) e de epidemia (art. 267) como exemplos de infrações penais onde se almeja a proteção da sociedade.

Por outro lado, o retrospecto mais recente ressumbra que o legislador nacional tem dedicado especial atenção à proteção penal dos interesses superindividuais, ao elaborar editos com nítido propósito de guardar a sociedade dos prejuízos e danos causados pela criminalidade contemporânea.

No âmbito do Direito penal econômico e tributário, voltado para o combate dos chamados *white-collar crime* e *corporate crime*, foram editadas a Lei n.º 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, a Lei n.º 8.137/90, a qual determina crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo, a Lei n.º 8.176/91, em que são tipificadas condutas que malferem a ordem econômica, além de criar o Sistema de Estoques de Combustíveis e, por fim, a recente Lei n.º 12.683/12, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e a prevenção e utilização do sistema financeiro para fins ilícitos.

Criticando a profusão de novas leis nessa área, muitas vezes sem muito rigor científico por parte do legislador, Souza (2007) assim se expressa:

No que concerne ao sistema brasileiro, a profusão legislativa recente nesta seara ‘é pródiga na formulação de crimes de perigo abstrato sem que haja uma preocupação efetiva do legislador nacional em bem definir as condutas que proscree do campo da licitude, elaborando, assim, tipos penais sem qualquer nitidez, não sendo possível [em consequência] bem avaliar o que se está a proteger. Percebe-se, nestes termos, uma dificuldade de se verificar o bem jurídico que se esconde sob a rubrica da ordem econômica.

Em se tratando das relações de consumo, o legislador infraconstitucional, fazendo valer o mandamento constitucional insculpido no art. 5º, inciso XXXII (“*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”), promulgou o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), dando fim ao limbo que imperava em termos de legislação atinente às relações de consumo.

Com referência à proteção do meio ambiente, pode-se afirmar que sua proteção tem sido cada vez mais intensificada por parte do legislador ordinário, notadamente em função da conscientização da necessidade de se tutelar as gerações futuras para adequada condição de vida no planeta.

A propósito, a Lei nº 9.605/98 inaugurou uma nova fase da ciência jurídica penal ao estipular que as pessoas jurídicas poderão ser responsabilizadas penalmente pelos atos que causarem prejuízo ao meio ambiente, a ser elucidada com mais pormenor a seguir.

4. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

A extensão do Direito penal para alcançar valores, fatos e pessoas antes inatingíveis às regras penalistas, estas fomentadas no Século da Ilustração, ganha contornos específicos e atuais no direito brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, o legislador constituinte, imbuído do propósito de que o Direito penal deve sofrer alterações em sua estrutura, visando à manutenção e resgate de sua legitimidade e sua eficiência, frente à atual realidade social, notadamente em face do fenômeno da globalização e do surgimento de novos interesses transindividuais, inseriu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

De fato, o art. 173, § 5º da Constituição Brasileira prescreve que *“a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”*.

No mesmo diapasão, o art. 225, § 3.º determina que *“as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”*.

Conformando a determinação constitucional, o legislador ordinário estabeleceu, no art. 3.º da Lei n.º 9.605/98 (BRASIL, 1998), que *“as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade”*.

Destaque-se que apenas interesses transindividuais – ordem econômica, ordem financeira, economia popular e meio ambiente – foram contemplados com esse instrumento de combate à criminalidade.

A especificação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas, a despeito da impossibilidade de se impor penas privativas de liberdade, transcende consideravelmente os postulados básicos e clássicos do Direito penal, especialmente o princípio, com assento constitucional, de que as penas não podem passar da pessoa do condenado (art. 5º, inciso XLV da Carta Magna).

Justamente por isso a tipificação de condutas criminais por parte de pessoas jurídicas instalou intensa controvérsia doutrinária, havendo estudiosos de renome que negam ao ente jurídico a capacidade de cometer delitos, mormente a ausência do caráter subjetivo que ostenta o

Direito penal e que apenas pode ser imputado às pessoas naturais, sem embargo da impropriedade de se impor uma pena – juízo de reprovação ético-social – a quem se expressa pela vontade alheia.

D’outra parte, juristas de nomeada entendem que a necessidade de individualização da conduta e a existência do elemento subjetivo não são capazes de imunizar as pessoas jurídicas de responsabilização penal.

Nesse sentido, Shecaira (1999), defendendo a punição penal das pessoas jurídicas, disserta:

[...] ao se admitir a responsabilidade da empresa, não se faz com que a pena passe da pessoa do condenado. Isso só aconteceria se houvesse o reconhecimento da responsabilidade objetiva na esfera penal, felizmente banida com a Reforma Penal de 1984. O princípio da responsabilidade penal só seria maculado quando um diretor de uma empresa fosse processado por ato praticado por outro diretor. Não tendo havido contribuição pessoal, não há responsabilização; não há crime; não há pena. Reconhecer a responsabilidade da empresa, e isso só ocorrerá nos casos em que se evidenciar sua contribuição para o fato delituoso, é reconhecer só a sua responsabilidade. Nenhuma pessoa física será processada e apenada pelo reconhecimento de que a empresa contribuiu para a prática do delito. Isso só ocorrerá quando a pessoa natural de alguma forma praticar o ato delituoso, ou concorrer de algum modo para sua prática, razão pela qual – aqui também – não se pode falar em atingimento de um princípio norteador do direito penal, com a admissibilidade da responsabilidade da pessoa jurídica.

Exatamente nessa direção é que o Direito penal comina, além da pena privativa de liberdade, esta incompatível com a punição das pessoas jurídicas, as sanções de perda de bens, multa e suspensão ou interdição de direitos (art. 5º, inciso XLVI da Constituição da República), o que se coaduna perfeitamente com a estipulação de responsabilidade penal aos entes morais.

Analisando a adequação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas para o enfrentamento dos crimes que agridem os interesses superindividuais, Rothenburg (1997) assinala:

Fora de dúvida, entretanto, que a responsabilidade penal da pessoa jurídica está prevista constitucionalmente e necessita ser instituída, como forma, inclusive, de fazer ver, ao empresariado, que a empresa privada também é responsável pelo saneamento da economia, pela proteção da economia popular e do meio ambiente, pelo objetivo social do bem comum, que deve estar acima do objetivo individual, do lucro a qualquer preço. Necessita ser imposta, ainda, como forma de aperfeiçoar-se a perquirida justiça, naqueles casos em que a legislação mostra-se insuficiente, para localizar, na empresa, o verdadeiro responsável pela conduta ilícita.

O Superior Tribunal de Justiça, guardião da inteireza dos termos contidos na legislação federal infraconstitucional, conciliando a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e os postulados clássicos do Direito penal, tem consignado:

Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que 'não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (5ª Turma, RMS 20.601-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 29.06.2006, DJU 14.08.2006).

Corroborando a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, Sérgio Salomão Shecaira (1999) adverte:

A responsabilidade 'penal' da pessoa jurídica, por exemplo, prevista na Lei Ambiental (Lei 9605/1998, art. 3º), insere-se com perfeição nesse contexto de afastamento do clássico direito penal. Pessoa jurídica e direito penal são duas entidades inconciliáveis. Isso não significa que a pessoa jurídica, quando obtém algum benefício com o crime não tenha que ser punida. O que se questiona é o uso do direito 'penal' para sua penalização. *De lege ferenda*, urge a construção, para isso, de um específico direito sancionador, jamais fundado na pena privativa de liberdade, mas aplicado pelo Judiciário e segundo as garantias do devido processo legal. De qualquer modo, por ora, tendo em vista o disposto na Lei Ambiental, que prevaleça, pelo menos, a interpretação menos traumática da 'dupla imputação', isto é, jamais seria concebível imputar uma infração 'penal' exclusivamente à pessoa jurídica, sem apontar as pessoas físicas que praticaram tal infração em nome dela.

Donde se infere que a adoção por parte do legislador de inserir o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica vem ao encontro da necessidade de tutelar os interesses metaindividuais, notadamente em razão da ciência de que os entes morais são utilizados para a prática de crimes e, principalmente, para assegurar o resultado.

5. DIREITO DE INTERVENÇÃO

Dentre as várias teorias criadas para aperfeiçoamento do Direito penal na sua luta de prevenção e repressão da criminalidade dos poderosos, majoritariamente voltada para os delitos que atingem interesses transindividuais, sobressai o Direito de Intervenção (*Interventionsrecht*) cunhado pelo tratadista alemão Winfried Hassemer, integrante da Escola penalista de Frankfurt.

Segundo a ideia propagada pelo Direito de Intervenção, ao invés de o legislador se concentrar em uma reação penal meramente simbólica, marcada pela utilização de instrumentos

inaptos a pelear efetivamente a criminalidade que se avizinha no Século XXI, deve-se reservar a um novo ramo do Direito, preocupado com o respeito às garantias individuais, historicamente conquistadas com o suor e sangue de outras gerações, o combate à prática de infrações que desrespeitem os interesses superindividuais.

Na verdade, Winfried Hassemer nega ao Direito penal a possibilidade de se imiscuir para regular as questões ligadas à criminalidade organizada voltada contra o meio ambiente, ordem econômica, ordem financeira, tranquilidade pública, na grande maioria das vezes realizada de forma profissional e extremamente organizada.

Entende o tratadista alemão que esse novo ramo – chamado Direito de Intervenção – situado entre o direito penal e o direito administrativo sancionador seria mais hábil para a tutela penal dos bens jurídicos supraindividuais e aos novos perigos decorrentes da sociedade de risco dos dias atuais, especialmente, em razão da certeza corrente de que o Direito penal tradicional, obsoleto e paquidérmico, não dispõe de técnica adequada à proteção dos interesses coletivos.

De acordo com Hassemer, a extensão da tutela penal aos bens jurídicos transindividuais é um equívoco a ser reparado pelo legislador, haja vista a inoperância do Direito penal em enfrentar os perigos decorrentes da sociedade de risco.

O Professor alemão, em conferência realizada no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, assim se posicionou Oliveira (2013):

Acho que o Direito Penal tem que abrir mão dessas partes modernas que examinei. O Direito Penal deve voltar ao aspecto central, ao Direito Penal formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão, cuja lesão pode ser objeto de um processo penal normal. (...) Acredito que é necessário pensarmos em um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação de liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores. Eu vou chamá-lo de Direito de Intervenção.

Em síntese, o que defende a Escola de Frankfurt é que o Direito penal deve restringir-se à proibição de condutas individuais que provoquem a lesão de um bem individual, não devendo se preocupar com a prevenção e repressão dos ataques dirigidos contra os interesses transindividuais.

Discorrendo sobre a reviravolta necessária nas estruturas fundamentais do Direito penal, Oliveira (2013) disserta:

Em consonância com as ideias da Escola de Frankfurt, o direito penal deve reduzir seus tentáculos, submetendo-se a um amplo processo de descriminalização de condutas. Compondo-se apenas por delitos de lesão, ou de perigo concreto, assim considerado na medida em que o perigo de ofensa, de especial gravidade, apresentar-se evidente em relação a bens jurídicos individuais, admitindo, excepcionalmente, a tutela de bens supra-individuais quando estritamente ligados ao indivíduo, a exemplo dos crimes contra a incolumidade pública. Tudo com observância de rígidas regras de imputação de responsabilidade pessoal e dos princípios político-criminais garantistas, como lesividade, subsidiariedade, fragmentariedade, etc. Por outro lado, a proteção aos bens jurídicos supra-individuais em face dos riscos tecnológicos incumbiria ao ‘direito de intervenção’ – novo ramo jurídico – e, desta maneira, restaria definitivamente afastada a intervenção penal clássica, estribada na pena privativa de liberdade e nas garantias fundamentais.

Adepto da teoria do Direito de Intervenção, Schmidt (2001) escreve:

A estrutura desses novos delitos é de todo incompatível com a missão e os limites do Direito Penal humanitário, posto que demanda uma prevenção anterior ao próprio início do delito. Um funcionalismo [público] corrupto, por exemplo, há de ser combatido antes mesmo de ele se instalar, mas, nesse campo, os bens e direitos protegidos passam a ser universais. A isso propõe-se um direito de intervenção, um direito onde os direitos coletivos são muito mais importantes do que os direitos individuais.

Como se vê, a teoria hassemeriana, por entender ineficaz o Direito Penal para a tutela dos interesses transindividuais, propugna a completa abstinência desse ramo do direito, indicando um Direito de Intervenção, mesclado de institutos administrativos e penais, para a defesa desses novos direitos.

6. DIREITO PENAL DE DUAS VELOCIDADES

Em oposição à tese defendida pela Escola de Frankfurt, a que se pode chamar de minimalista, encontra-se a teoria defendida pelo tratadista espanhol Jesús-María Silva Sánchez, denominada Direito penal de duas velocidades.

Esta teoria, considerada expansionista, entende que o Direito penal não deve se esquivar do seu papel de regulador da sociedade por meio da imposição de penas àqueles que cometerem infrações penais em detrimento dos interesses metaindividuais.

Por outro lado, reconhecendo que o Direito penal tradicional, influenciado pelo discurso científico de antanho, não é capaz de oferecer uma solução eficaz às hipóteses de malferimento de interesses difusos, propõe Jesús María Silva-Sánchez a criação de um novo Direito penal, coexistente àquele, porém voltado exclusivamente para o atendimento aos interesses supraindividuais.

Este novo Direito penal, com disposição específica e um sistema de garantias peculiar, destinado à proteção dos novos bens jurídicos surgidos da complexidade social, estado mais no risco e na prevenção do que na lesividade das condutas, supriria a omissão e as falhas causadas pelo Direito penal tradicional para o descortino de questões que envolvem os *'delitos do novo milênio'*.

Ter-se-ia então o Direito penal de duas velocidades, isto é, dois modos diversos de justificar, compreender e aplicar o Direito penal.

Enquanto o Direito penal clássico dedicaria atenção ao abrigo dos bens jurídicos individuais, vida, integridade física, patrimônio, honra, o Direito penal moderno, cujos direitos tutelados seriam mais difusos, caracterizar-se-ia por ser menos formal, menos escrito e mais relativo em seus princípios e garantias e, principalmente, mais flexível quanto às regras de imputação.

Sintetizando a teoria de Silva-Sánchez, Santos (2013) ensina:

Silva-Sánchez lançou, então, uma interessante terminologia para definir a forma em que o Direito Penal deveria manifestar-se em nossa sociedade pós-industrial. Ele cria as chamadas velocidades do Direito Penal. Uma velocidade seria atribuída ao Direito Penal clássico, naqueles casos em que há determinação de penas de prisão. Esta velocidade ocorreria em razão de todas as garantias inerentes à salvaguarda dos direitos de defesa do cidadão. Uma segunda velocidade seria atribuída à grande maioria dos crimes econômicos, resultando em maior alcance da tutela estatal, flexibilizando garantias tais como: responsabilização objetiva e coletiva de dirigentes, responsabilidade penal da pessoa jurídica, a fim de que a persecução penal atinja o mais rápido possível e com maior velocidade os poderosos grupos econômicos que são cada vez mais intocáveis em sua forma multinacional de atuação. Nestes crimes não haveria cominação de penas de prisão, mas penas restritivas de direitos e multas, o que o tornaria mais próximo do direito administrativo.

Esse outro Direito penal, mais célere e menos impregnado do clássico sistema de garantias, em nada entraria em confronto com o Direito penal tradicional, na medida em que, por não contemplar penas privativas de liberdade, mas simplesmente penas restritivas de direitos e multa, e estando voltado para a defesa dos interesses transindividuais, afligidos pela delinquência

organizada e paramentada, poderia, sem entrar em choque com os textos constitucionais, proporcionar uma persecução mais efetiva.

Defendendo a coexistência dos dois sistemas de Direito penal, cada um vocacionado para uma modalidade de tutela específica, Silva-Sánchez (2002) disserta:

Nem em todo sistema jurídico deve haver as mesmas garantias, nem em todo sistema do Direito sancionatório tem que haver as mesmas garantias, nem sequer em todo sistema sancionatório penal há que exigirem-se as mesmas garantias, pois as conseqüências jurídicas são substancialmente diversas (também no seio do próprio sistema do Direito Penal em sentido estrito).

O que defende o tratadista espanhol é a criação de um Direito penal onde se preservaria o status de ilícito penal para a proteção dos bens jurídicos difusos e coletivos, sem que se conduza a um modelo de ‘Direito penal máximo’, muito menos a imposição de um ‘Direito penal mínimo, mas sim um modelo que se apresente, simultaneamente, garantista e funcional.

Verificando as propostas de Silva-Sánchez, Pereira (2008, p. 207) esclarece:

Em um sistema assim concebido, o questionamento envolvendo o sistema de imputação e culpabilidade, no tocante à pessoa jurídica, poderia ser superado com um abrandamento no modelo de imputação, exatamente porque as penas restritivas de direitos e/ou pecuniárias não exigem afetação pessoal direta, ou uma imputação individual, desde que a sanção mantivesse sua imposição por uma instância judicial penal, em uma manutenção da estigmatização social e da capacidade simbólica do Direito Penal. Teríamos desta forma um sistema priorizando a pena de prisão para delitos que lesionam bens individuais, enquanto que as penas consideradas como alternativas e de multa, restariam aplicadas aos delitos contra bens universais. Haveria uma ‘primeira velocidade’ na prisão, asseguradas máximas garantias penais e processuais, enquanto a ‘segunda velocidade’ nas penas alternativas ou pecuniárias, com o abrandamento das mesmas garantias.

Cotejando as duas teorias acima formuladas, deduz-se que enquanto Hassemer, sob o influxo das ideias da Escola de Frankfurt, não assente com a catalogação dos bens jurídicos universais sob as regras do Direito penal, haja vista ser inadequada a concepção de um sistema criminal onde as garantias devam ser relativizadas, sugerindo, portanto, a estrutura de um novo Direito sancionador, a quem ele chama Direito de Intervenção, que se situe entre o Direito penal e o Direito administrativo, Silva-Sánchez entende que os bens jurídicos transindividuais podem perfeitamente se enquadrar nos princípios penalistas, notadamente se se proceder à escolha de

sanções menos rigorosas que as penas de privação da liberdade a serem aplicadas em um procedimento menos garantista.

Ambos, no entanto, concordam que o Direito penal tradicional, por apresentar princípios impróprios e resultados aberrantes, deve ser remodelado e/ou descartado para a tutela dos bens jurídicos transindividuais.

Por derradeiro, registre-se que as teorias de Hassemer e Silva-Sánchez não estão imunes às críticas. Agita-se com frequência que os modelos propostos pelo Direito de Intervenção e pelo Direito penal de duas velocidades, demonstram-se impertinentes e inadequados para a esmorecida tutela dos bens jurídicos difusos e coletivos, uma vez que sustentam a flexibilização das garantias fundamentais dos cidadãos para aplicação das sanções penais, cuja conquista se deu em meio a lutas e batalhas custosas e especialmente dolorosas.

7. CONCLUSÃO

É fato que o advento do Século XXI trouxe mudanças significativas no cenário social e jurídico, alterações essas que não encontram paralelo no quanto experimentado anteriormente.

Com efeito, a formação da sociedade de massa, homogênea e uniforme interfere significativamente na construção e interpretação do fenômeno jurídico, na medida em que a noção de resolução atomizada dos conflitos, onde A litigava contra B, perde espaço para a resolução molecularizada das pendengas sociais, quando grupos inteiros de indivíduos compõem um dos pólos da demanda, em vezes muitas, litigando contra outro grupo de cidadãos.

No caso do Direito penal, o surgimento de novos direitos implica também a alteração do fenômeno concebido no Século das Luzes para a solução de questões criminais que envolviam indivíduos litigando entre si – os famosos exemplos Caio vs. Tício.

As relações humanas do mundo contemporâneo, integralmente alteradas em razão do fenômeno da globalização e das revoluções tecnológica, informática e das comunicações, além da importância que representa os grandes conglomerados financeiros, propiciam o surgimento de uma criminalidade onde, vezes muitas, todo tecido social está diretamente envolvido.

Dito isso, o direito penal, sob roupagem moderna, para melhor adequação e resposta aos anseios sociais, tenta romper com tradições e princípios advindos da Ilustração a fim de que sirva de instrumento para prevenção e repressão dos ataques aos interesses transindividuais.

No caso brasileiro, recentes diplomas legislativos incrementaram a proteção dos interesses difusos e coletivos, disciplinando a atuação dos indivíduos aos interesses que abrangem toda a sociedade, ao mesmo tempo em que se instituiu a responsabilidade pena da pessoa jurídica.

A preocupação dessa realidade de danos com imensa potencialidade lesiva, não se restringindo a um espaço privado, cria uma nova tutela processual penal, que se incumbe fundamentalmente de tornar segura a sociedade, concentra-se na criminalidade organizada, materializada nos delitos dos poderosos, cujos efeitos econômicos, políticos e sociais são imensamente lesivos.

Frente a esse panorama de conflito entre a dogmática tradicional e as modernas exigências lançadas sobre o Direito penal, juristas de renome concebem uma alteração principiológica da ciência, seja minimizando sua atuação, seja expandido-a a outros horizontes.

Winfried Hassemer, expoente da Escola penalista de Frankfurt, entende que o Direito penal não é instrumento hábil para a prevenção e repressão dos crimes contra os interesses metaindividuais, devendo ser transferidos para outra esfera de intervenção estatal, que ele denomina ‘Direito de Intervenção’.

Segundo o jurista tedesco, ao Direito penal deve ser reservada a proteção dos bens individuais, com o respeito a todas as garantias já conquistadas, deixando ao Direito de Intervenção, mais próximo do direito administrativo, a preocupação com as violações aos interesses difusos e coletivos.

De outra parte, Jesús-Maria Silva Sánchez, em flagrante oposição à teoria minimalista de Hassemer, expande a atuação do Direito penal para o combate aos atos perpetrados contra os interesses transindividuais, desde que esse novo Direito penal seja mais ágil e menos rígido quanto às garantias individuais.

Existiriam, portanto, dois sistemas de Direito penal: um menos rápido e obediente aos valores consagrados no Iluminismo, inteiramente voltado para a tutela dos bens jurídicos individuais e outro Direito penal mais célere, menos formal e mais consentâneo com os anseios da sociedade, destinado exclusivamente à proteção dos bens jurídicos difusos e coletivos. Daí o nome Direito penal de duas velocidades.

Ambos os doutrinadores são unânimes, no entanto, em apontar a prescindibilidade da pena privativa de liberdade quando da aplicação do Direito de Intervenção ou do Direito penal de duas velocidades, restringindo-se a sanções restritivas de direitos ou de multa.

Também assentem quanto à imprestabilidade do atual Direito penal em enfrentar satisfatoriamente os crimes cometidos contra os interesses difusos e coletivos pela sociedade moderna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- DAZA, Abrahan Pérez. **El Derecho Penal ante la Globalización**. Cuadernos de Política Criminal 82, Ano 2004, p. 223-256.
- FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005; **Direitos Fundamentais e Direito Penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.
- _____. **Tutela Penal dos Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Afllen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005
- LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.
- OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. **A expansão do direito penal e o direito de intervenção**. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/alice_quintela_lopes_oliveira.pdf>. Acesso em: 04 de dez. 2013, às 17:30.
- PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Proteção jurídico-penal e direitos universais**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 207.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **A Pessoa Jurídica Criminosa**. Curitiba: Juruá Editora, 1997, p. 24.
- SANCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 137-138).
- SANTOS, Fábio Antônio 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: 04/12/2013, às 18:20.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. **A criminalidade moderna nas concepções de Hassemer e Silva-Sánchez**. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 284, 2001, p. 73.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e a nossa recente legislação. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.) **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 125.
- SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 141.
- STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade**: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: Revista da AJURIS n.º 97. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 2005, p. 176.

WATANABE, Kazuo *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Globalización y crimen organizado**. Palestra de encerramento da Primeira Conferência Mundial de Direito Penal, organizada pela Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) na cidade de Guadalajara, México, em 22 de novembro de 2007. Disponível em http://portal.uclm.es/portal/pls/portal/PORtal_IDP.PROC_FICHERO.DOWNLOAD?p_cod_fichero=F1339119450