



Alexandre Moreira: É preciso construir a teoria do Direito Sancionador

15/10/2014

O Direito Penal estabeleceu-se no decorrer dos séculos como disciplina jurídica distinta graças à percepção de que, certos atos, considerados, por sua própria natureza, mais graves que os demais (*mala in re*), mereceriam uma sanção mais intensa do que o mero pagamento de uma indenização à vítima ou à sua família. Nesse sentido, em qualquer lugar do mundo, afronta o senso comum impor ao homicida apenas o pagamento de uma quantia em dinheiro.

Ultrapassada a fase dos castigos corporais, mais um elemento se incorporou à identificação do Direito Penal: a pena privativa de liberdade. Essa identificação é tão profunda que no Brasil o próprio conceito de crime inclui a cominação da pena de prisão.

O ato ilícito distinto dos demais em razão de sua gravidade (denominado por isso de *crime* ou de *delito*) e a consequente privação de liberdade (a famosa pena de *prisão*) constituem dois dos pilares do Direito Penal tal como o reconhecemos nos últimos séculos. A esses, junta-se um terceiro pilar, que não só o distingue dos demais ramos do Direito, como também simboliza a sua excepcionalidade: o *processo penal*, um conjunto de procedimentos que se distingue dos demais pelas garantias que confere aos réus e condenados, de modo a evitar a imposição de penas injustas ou desproporcionais.

No Brasil, esse tripé encontra-se em crise há décadas. Primeiramente, porque o legislador tem criminalizado de forma contínua condutas que afetam de forma insignificante (ou mesmo de forma alguma) valores considerados socialmente relevantes. Mais do que isso, o Direito Penal tem sido utilizado cada vez mais como um mecanismo auxiliar de observância das normas reguladoras de determinado setor da economia ou de interesses financeiros do Estado. Exemplo disso são os crimes de telecomunicações e os crimes tributários, em vigor há mais de cinco décadas.

A crise do segundo pilar, a pena privativa de liberdade, decorre da utilização maciça, desde 1998, das penas alternativas, que em regra substituem a pena de prisão de até quatro anos. Considerando ainda que a quase totalidade dos “crimes regulatórios” cominam penas inferiores a quatro anos, conclui-se que a aplicação da privação de liberdade há muito deixou de ser a pena mais usual do Direito Penal. O mérito dessa mudança de paradigmas já foi justamente celebrado pela doutrina brasileira. Deixou-se de lado, porém, o questionamento do significado dessa disjunção entre o Direito Penal e a pena privativa de liberdade para a própria delimitação desse ramo do Direito de outros ramos que cada vez mais utilizam-se de sanções para tentar garantir a obediência às suas normas.

A inflação exponencial do rol de crimes (*crise do primeiro pilar*) e o uso cada vez mais frequente de penas alternativas (*crise do segundo pilar*) colocam em cheque a utilidade de se manter um processo extremamente complexo e custoso, modelado, de forma cada vez mais garantista, para proteger os direitos e garantias constitucionais do réu ameaçado de sofrer a imposição da pena privativa de liberdade, e do condenado, já submetido a ela. Essa sistemática

poderia muito bem ser justificada se a imposição dessa pena fosse a regra; sabe-se, porém, que o resultado da imensa maioria dos processos penais é a declaração de prescrição ou a imposição de penas alternativas, como prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. Os imensos custos sociais de manutenção desse sistema não podem ser desprezados na construção de uma teoria democrática e racional do Direito Penal.

Essa crise de identidade é reforçada pelo crescimento vertiginoso de outro sistema bastante semelhante: o Direito Administrativo Sancionador. Em princípio, este último sistema se distinguiria do Direito Penal por lidar com categorias estranhas a ele — ilícitos de menor gravidade para os quais não seria necessária a imposição da pena privativa de liberdade. Porém, como visto, o próprio Direito Penal tem lidado principalmente com ilícitos de menor gravidade, para os quais se aplicam penas diversas das privativas de liberdade (nesse sentido, é bastante simbólico que a mera posse de drogas, punida no máximo com prestação de serviços à comunidade, seja considerada *crime*). Ora, a existência de dois (ou mais) sistemas normativos, que contam com procedimentos completamente diversos, tratando, quase sempre, do mesmo objeto, indica superposição de funções e constitui fortíssimo indício de grave ineficiência do sistema jurídico como um todo.

Exemplo bastante nítido dessa confusão pode ser extraído das possíveis sanções aplicáveis nos crimes contra a Administração Pública cometidos por funcionários públicos. Tomemos como base o crime de prevaricação (CP, artigo 319), para o qual é prevista pena de detenção, de três meses a um ano, e multa. O acusado do cometimento desse crime pode ser réu em quatro processos: o processo penal, o processo administrativo disciplinar, o de improbidade administrativa, e, se houver dano, o processo civil. Em todos eles, é prevista alguma espécie de pagamento pecuniário como sanção. Por outro lado, apenas o processo penal pode ter como consequência a aplicação da pena privativa de liberdade; essa consequência, porém, é extremamente improvável no caso concreto, uma vez que se encontra dentro do limite para a substituição por pena alternativa. A possibilidade de que não seja aplicada sanção em nenhum dos processos não é desprezível, tendo em vista a usual ocorrência de prescrição e de questões procedimentais diversas. É como, se depois de tentar usar uma metralhadora para acertar um mísero inseto, percebermos que o grandioso armamento não funciona na maior parte das vezes.

Nesse sentido, o grande desafio imposto à doutrina penalista brasileira (e, em certa medida, mundial) é a construção de uma *teoria geral do Direito Sancionador*. Essa teoria deverá identificar os pontos de contato e de divergência entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, sempre tendo em vista a proteção dos direitos individuais dos acusados e das vítimas dos ilícitos e o eficaz cumprimento da lei (o famoso “Direito Penal de Duas Velocidades”, desenvolvido por Jesús-María Silva Sánchez, pode constituir um dos pontos de partida para essa nova formulação teórica). Essa teoria geral deve ser desenvolvida em três frentes: *a teoria da compliance*, que verificaria as condições reais de cumprimento das normas jurídicas e o adequado papel da sanção como instrumento de obediência à lei; *a teoria unificada da pena*, que buscaria delimitar a pena adequada para cada espécie de ilícito, ultrapassando o caos sancionatório atual e retirando a pena privativa de liberdade do centro do sistema sancionador; e, em consequência dessa última, *a teoria unificada do processo sancionador*, que superaria o dogma da independência das instâncias sancionadoras por meio da racionalização e da submissão à rede de proteção dos direitos humanos de todos os procedimentos que



antecedem a aplicação de quaisquer espécies de sanções.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2014-out-15/alexandre-moreira-preciso-construir-teoria-direito-sancionador/>