

# A INTENSIFICAÇÃO DO USO DE TÉCNICAS DE REENVIO EM DIREITO PENAL: MOTIVOS POLÍTICO-CRIMINAIS

Fábio André Guaragni\*

**SUMÁRIO:** *A Administrativização do Direito Penal e seu Cotejo com as Pretensões de Ordenação Social, Mediante Contravenções Penais, do Início do Século XX; 2 Motivos da Administrativização do Direito Penal no Panorama Atual; 3 Um Alerta em Relação ao Incremento do Direito Penal como Reforço à Atividade Administrativa Estatal; 4 A Intensificação do Emprego de Técnicas de Reenvio como Resultante do Panorama Traçado; 5 A Identificação de Outros Recortes Sociológicos Intensificadores do Emprego de Técnicas de Reenvio: A Desreferencialização; 6 Outros Recortes Sociológicos Intensificadores do Emprego de Técnicas de Reenvio: A Sociedade de Consumo; 7 Desreferencialização e Sociedade de Consumo como Fatores de Intensificação do Emprego de Técnicas de Reenvio; 8 Considerações Finais - O Encargo Cometido à Doutrina Jurídico-Penal e ao Poder Judiciário a partir do Ambiente Sociológico Intensificador do Emprego Legislativo de Técnicas de Reenvio; Referências.*

**RESUMO:** O texto traça o panorama político-criminal da administrativização do direito penal, que dá base à intensificação do emprego – sobretudo no campo das normais penais econômicas e ambientais - das técnicas legislativas que, de algum modo, exigem o reenvio do tipo penal a normas diversas, com destaque para a norma penal em branco, tipos abertos, elementos normativos do tipo e remissões a atos administrativos concretos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito penal; Direito penal ambiental; Direito penal econômico; Administrativização do direito penal; Norma penal em branco.

---

\*O autor é Promotor de Justiça no Estado do Paraná; Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR; Docente do Programa de Mestrado, Pós Graduação *lato sensu* e graduação do UNICURITIBA; Coordenador da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná; Docente da Escola da Magistratura do Paraná, Rede LFG e CEJUR.

Texto produzido durante período de estudos pós-doutorais junto à Università degli Studi di Milano (2012).

## **INTENSIFICATION OF TECHNICAL RENVOIS IN PENAL LAW: POLITICAL AND CRIMINAL MOTIVES**

**ABSTRACT:** Current research analyzes the political and criminal aspects of the administration of penal law that foreground an intensification of legislative techniques, especially within the field of economical and environmental penal norms. They somewhat need the penal renvois to several norms with special attention to the blank and open penal norm, or rather, normative items and re-sending to concrete administrative acts.

**KEYWORDS:** Penal law; Environmental penal law; Economic penal law; Administration of penal law; Open penal norm.

## **LA INTENSIFICACIÓN DEL USO DE TÉCNICAS DE REENVÍO EN DERECHO PENAL: MOTIVOS POLÍTICO-CRIMINALES**

**RESUMEN:** El texto delinea el panorama político-criminal de la administrativización del derecho penal, que basa la intensificación del empleo – sobretodo en el campo de las normas penales económicas y ambientales – de las técnicas legislativas que, de algún modo, exigen el reenvío del tipo penal a normas diversas, con destaque para la norma penal en blanco, tipos abiertos, elementos normativos del tipo y remisiones a actos administrativos concretos.

**PALABRAS-CLAVE:** Derecho penal; Derecho penal ambiental; Derecho penal económico; Administrativización del derecho penal; Norma penal en blanco.

## **A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E SEU COTEJO COM AS PRETENSÕES DE ORDENAÇÃO SOCIAL, MEDIANTE CONTRAVENÇÕES PENAIAS, DO INÍCIO DO SÉCULO XX**

Há algum tempo, alude-se ao fenômeno da *administrativização* do direito penal. A expressão não tem significado unívoco. Porém, é possível explicá-la como utilização do direito penal, pelo Estado, para garantir o bom andamento de suas próprias atividades enquanto instância executiva, provedora de administração pública e gerenciadora de inúmeros âmbitos sociais. Esta utilização se opera mediante a criação de tipos penais e sanções voltadas a

*garantir* a obediência aos regulamentos estatais e atos administrativos concretos.

Esta *administrativização* do direito penal não possui um perfil semelhante ao modelo contravencional do começo do século XX. Neste modelo o Estado fazia uso do direito penal para uma mais consistente imposição de políticas de *ordenação social*. Atuava como *Estado gendarme*, interventor nos mais variados âmbitos da vida privada. Invertia-se a ideia iluminista de que o Estado existe para o indivíduo. Os modelos de *Estado-forte*, na primeira metade do século XX, foram estruturados a partir de grandes bandeiras coletivas (mega-narrativas ou grandes enredos, como o comunismo, o positivismo científico eugenista, o liberalismo, etc.). Montadas sobre cartilhas de doutrinação político-ideológica, estas mega-narrativas impunham um dado *way of life* à população. Implementá-lo e vigiá-lo era tarefa de Estado. Derivava daí um patrulhamento da vida incisivo. Serve como exemplo, no Brasil, a contravenção penal da vadiagem, prevista no art. 59<sup>1</sup>, LCP, cuja meta político-criminal era atender à grande narrativa do *trabalhismo*, de cunho fascista, enquanto política de Estado levada a cabo pelo “Estado-Novo”, capitaneado por Getúlio Vargas.

O perfil do atual fenômeno da *administrativização* é outro: trata-se de um direito penal invocado para auxiliar o Estado no controle – sobretudo – de parcelas da vida social ligadas à economia e ao meio ambiente.

## **2 MOTIVOS DA ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL NO PANORAMA ATUAL**

A globalização de transportes e comunicações, intensificada no final do século XX, deslocou para o ambiente corporativo privado parcelas de poder antes ocupadas pelo Estado. No Brasil – e não só - a onda neoliberal dos anos 90 transferiu de mãos atividades respectivas a setores estratégicos da vida econômico-social, como telecomunicações, telefonia (em suas formas várias), transportes (tanto empresas públicas foram privatizadas como o próprio gerenciamento de rodovias, ferrovias, aeroportos, mediante concessões), fornecimento de água e luz, etc.. Também serviços de saúde e educação ganharam corpo no âmbito corporativo privado. De consequência, deu-se um

---

<sup>1</sup> O preceito primário do tipo, claramente de autor e inconstitucional, é: Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita.

*enfraquecimento* do aparelho de Estado enquanto agência de poder. Recuou da posição ativa de proporcionar produtos e serviços para um novo papel: o *gerenciamento* das atividades deslocadas para a iniciativa particular, sobretudo mediante agências de controle. A seu turno, estas atividades, deslocadas à iniciativa privada, experimentaram imensa expansão e desenvolvimento. Mais: “desterritorializaram-se”.

O Estado encontra, por tudo, dificuldades para cumprir este novo papel, de índole gerencial. Enfraqueceu-se *pari passu* ao aumento do âmbito de atividades privadas que lhe toca controlar. Há descompasso entre agência controladora, territorial, e fenômeno econômico controlado, transterritoriais (por exemplo, vigilâncias sanitárias com competências limitadas ao território do município frente à distribuição em massa de produtos perecíveis, fora de padrões legais, provenientes de fábricas distantes, por vezes estrangeiras). O direito administrativo, ainda que escorado no poder de polícia e na autoexecutoriedade, mostra-se débil para municiar o Estado na realização do papel de gerenciamento e controle. De tudo resulta o apelo ao direito penal para *fortalecer* o direito administrativo.

### **3 UM ALERTA EM RELAÇÃO AO INCREMENTO DO DIREITO PENAL COMO REFORÇO À ATIVIDADE ADMINISTRATIVA ESTATAL**

O incremento do emprego do direito penal como braço de apoio ao direito administrativo e respectivas pretensões de controle das áreas da vida econômica constitui fenômeno que encerra perigos. Cumpre identificá-los, como alerta.

O primeiro consiste em permitir ao Estado fazer uso do direito penal para si, ao invés de empregá-lo para a proteção individual ou coletiva das vítimas. Há sempre um risco de autoritarismo no fato de o detentor do poder punitivo estabelecer crimes e penas para se autopreservar. Não se nega que o Estado possa ser sujeito passivo de crimes, enquanto titular de bens jurídico-penais. É candente o exemplo do bem jurídico na *administração pública*: uma máquina estatal em adequado funcionamento interessa a todo cidadão que se vale e necessita dos préstimos estatais sociais. Assim, é legítimo proteger a administração pública contra corrupção, peculato ou fraudes licitatórias em sentido amplo. Porém, a seleção das situações em que o direito penal deve

proteger bens de Estado necessita da clara evidência de que, por trás, está presente o interesse de cada cidadão, somado em coletividade. Do contrário, o exercício do poder punitivo carece de legitimidade.

O segundo perigo, coligado às metas de racionalização e contenção da intervenção estatal punitiva na vida de cada um de seus cidadãos, diz respeito à subversão do princípio da intervenção mínima subjacente à administrativização do direito penal. Este ramo do direito, quando chamado ao reforço de outro ramo do direito – no caso, administrativo -, deixa de ser subsidiário a ele, para assumir função de assessorá-lo. Firma-se tendência de expansão exagerada de incriminações, logo convertida em direito penal exclusivamente simbólico, deletério às funções de prevenção geral. O direito penal *deve ser* simbólico enquanto carregado de significado comunicativo: porém, nunca só simbólico. A carga comunicativa só se afirma mediante atuação real. De outro lado, a violação da intervenção mínima banaliza o direito penal, enfraquece a hierarquia entre bens jurídicos e conduz a possibilidades de repressão indesejáveis no marco de um modelo de estado que se deseja *contido* no seu poder de punir. Por tudo, o apelo ao direito penal deve ser conduzido pela identificação clara dos campos em que a tutela administrativa deve ser somada à penal para proteção necessária de coletividades de vítimas, em que a meta não seja exclusivamente garantir a eficácia das atividades gerenciais de Estado atinentes à economia e ao meio ambiente.

#### **4 A INTENSIFICAÇÃO DO EMPREGO DE TÉCNICAS DE REENVIO COMO RESULTANTE DO PANORAMA TRAÇADO**

Deste recorte de fenômenos socioeconômicos descritos e *en passant* criticados deriva, de toda sorte, a *intensificação do emprego* de técnicas penais de reenvio.

Tais técnicas sintetizam um conjunto de categorias dogmáticas jurídico-penais em que a matéria de proibição não está plenamente presente na redação do tipo. Ele, de alguma maneira, carece de complementos. Reportados complementos provêm de outras normas, penais ou extrapenais, jurídicas ou costumeiras, escritas ou não. O tipo reenvia a estas normas aspectos destinados a circunstanciar o conteúdo comportamental proibido. É este o traço comum entre categorias dogmáticas como normas penais em branco, tipos abertos, elementos normativos do tipo e remissões a atos administrativos concretos. Em

todas há, de um modo ou outro, reenvio efetuado pelo tipo a normas diversas.

Por que a administrativização do direito penal faz com que o legislador produza, cada vez mais, tipos carentes de complemento mediante reenvio? Responde-se: 1- quanto às normas penais em branco, estas são, de modo geral, *completadas por normas administrativas*<sup>2</sup>, cuja conexão com o direito penal ganha reforço a partir da antedita administrativização; 2- no tocante aos tipos abertos, que constituem técnica tradicional para incriminação mediante tipos ativos ou omissivos *culposos*, evocam inúmeras vezes *quebras de regramentos ou normas acautelatórias de caráter administrativo*, para as quais o direito penal volta sua atenção, tanto quanto mais *administrativizado* se torna; 3- em relação aos elementos normativos, frequentemente são definidos em *normas administrativas extrapenais*, constitutivas de objeto de atenção intensificada de um direito penal *administrativizado*; 4- finalmente, no que tange às remissões a *atos administrativos concretos*, os tipos penais realizam-nas justamente para reforçar a atividade estatal de gerenciamento e controle das atividades da vida econômica, nomeadamente para contenção de riscos.

## 5 A IDENTIFICAÇÃO DE OUTROS RECORTES SOCIOLÓGICOS INTENSIFICADORES DO EMPREGO DE TÉCNICAS DE REENVIO: A DESREFERENCIALIZAÇÃO

Há, ainda, outros fenômenos sociológicos que conduzem ao mesmo resultado. Cabe identificá-los, para demonstrar, posteriormente, como produzem o incremento do uso de técnicas de reenvio em direito penal.

Destaque-se, por exemplo, a já reportada quebra dos grandes enredos, enquanto geradora de *perda de referências comuns* ou *desreferencialização*,

---

<sup>2</sup> Consta em ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 2000. p. 109: (“...argumenta-se que há delegação legislativa quando a norma complementadora surge de um órgão sem atribuição [de produzir normas penais], mas que quando a lei penal emerge da sua fonte de produção, e a complementadora também, não se faz mais que respeitar a distribuição do poder legislativo estabelecida nas normas constitucionais. O argumento é interessante, porém não resolve o problema. Quando se teorizou desta maneira as leis penais em branco eram poucas e insignificantes: hoje sua produção é enorme e tende a ultrapassar as outras leis penais, como produto de uma banalização e *administrativização da lei penal*. A produção massificada provoca uma mudança qualitativa: mediante as leis penais em branco, o legislador está renunciando à sua função programadora de criminalização primária, transferindo-a a funcionários e órgãos do Poder Executivo e, ao mesmo tempo, está incorrendo no abandono da cláusula de *ultima ratio*, própria do estado de direito.”)

inclusive em relação à realidade<sup>3</sup>, substituída por um universo midiaticizado. A queda das bandeiras coletivas de vida, para além de instituir o individualismo, produziu um vazio de pautas de valor. A *pós-modernidade* caracteriza-se justamente pela falta de um roteiro coletivo, a partir do qual a identificação dos papéis sociais e modos de exercê-los possa se dar. A derrocada dos grandes discursos morais e o vazio que se lhe seguiu marca o início do século XXI. Este “vazio” discursivo dificulta a identificação de padrões definidores de modos ideais de agir. Vale o comentário de ZYGMUNT BAUMAN, sociólogo polonês contemporâneo multitraduzido:

Hoje, enfim, eis-nos “de pé e enfrentando o caos”. Coisa que nunca fizemos antes. O confronto com o caos seria já por si só bastante perturbante e doloroso. Mas a novidade do facto – a completa ausência de precedentes que nos sirvam de pontos de referência, que nos tranquilizem e nos guiem – torna a situação completamente desconcertante. (...)

Ou melhor, para dizermos as mesmas coisas na linguagem dos filósofos e dos professores (...): não se descobriram nem é provável que se descubram fundamentos do ser, e os esforços destinados a estabelecê-los não foram bem-sucedidos nem é provável que venham a sê-lo. A moral não tem causa nem razão; nem a necessidade de sermos morais nem o sentido de o sermos podem ser demonstrados ou logicamente deduzidos. Por isso, a moral é tão contingente como o restante ser: sem fundamentos éticos. Já não podemos orientar eticamente o nosso próprio ser moral, nem “legislar” em matéria moral.<sup>4</sup>

Os modelos de comportamento próprios de sociedades religiosas, fossem primitivo-tribais ou sofisticadas (como no medievo europeu), eram visíveis para seus membros. As sociedades modernas, *rectius*, da *modernidade*, combinando capitalismo e revolução industrial<sup>5</sup>, *acreditaram* no valor desta

<sup>3</sup> Recorde-se a alusão de BAUDRILLARD à hiper-realidade, no lugar de uma realidade que morreu: “a função do virtual é proscrever o real”. (BAUDRILLARD, Jean. **A ilusão vital**. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira, 2001, p. 56.)

<sup>4</sup> BAUMAN, Zygmunt. **A vida fragmentada**: ensaios sobre a moral pós-moderna. Lisboa: Relógio d'Água, 2007, p. 28.

<sup>5</sup> GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo, SP: UNESP, 1991, p. 61. O autor ressalta a modernidade como um modo de vida com gênese na Europa do século XVII, desenhada pelo encontro entre o modelo econômico capitalista e o incremento da produção de

combinação para produção de um futuro de felicidade comum. *Substituíram* a religião por narrativas materialistas de longo prazo de cunho *racionalista-cartesiano*. Apostaram no império das técnicas e na exaltação da ciência. Nelas, o trilha do comportamento a ser observado *também* era evidente para seus membros, sobretudo a partir da divisão social pelo trabalho (sociologias da produção).

Enfim, o que fazer e como agir era claro: bastava verificar como agia outro ocupante do mesmo papel social e imitar. Porém, a descrença das sociedades secularizadas no transcendente, bem como nos enredos que fundamentavam a longo prazo a vida terrena – ora identificada na crise da razão técnico-instrumental - decompuseram as visões de mundo partilhadas e as correlatas tábuas de valor. Este fenômeno também intensifica o uso de técnicas de reenvio, ao lado da própria emergência de uma sociedade de consumo. Detalhemo-la.

## 6 OUTROS RECORTES SOCIOLÓGICOS INTENSIFICADORES DO EMPREGO DE TÉCNICAS DE REENVIO: A SOCIEDADE DE CONSUMO

As tábuas de valor que pontuaram o modo de vida da modernidade, projetando-se do século XIX para boa parte do século XX, mostram-se atualmente desconfortáveis para uma ética hedonista, do consumo e do prazer. A troca da ética kantiana *moderna* do dever (de final de século XVIII e começo do século XIX, apoiada na autonomia enquanto liberdade humana de fazer a própria norma e vincular-se, após, a ela) pela ética *pós-moderna* do prazer, resultante da sociedade de consumo, capitaneada pela atividade corporativo-industrial, exige de todos os seres humanos uma meta de vida única: extrair do próprio corpo as mais extremas experiências que o bolso possa comprar. Os consumidores revelam-se como “procuradores de sensações”, “coleccionadores de prazeres”<sup>6</sup>, na perspectiva de Bauman, objeto de estudo de Laura Minestroni. O mercado cumpre o papel de, através do *marketing*, anunciar que há sempre

---

bens e serviços mediante o emprego de fontes inanimadas de energia (originado na Revolução Industrial). Unidos, estes aspectos forjam o pano de fundo da existência humana, particularmente no hemisfério ocidental, há cerca de trezentos anos.

<sup>6</sup> MINESTRONI, Laura. **Comprender il consumo**: società e cultura daí classici al postmoderno. Milão: FrancoAngeli, 2006. p. 327-328: a segunda expressão é de BAUMAN, cuja obra é analisada pela autora no último capítulo da obra de referência.

uma nova experiência de prazer. Instiga a mente e o corpo, compele ao novo objetivo sem o qual a vida não é possível: *uma coisa deve ser comprada*. “O corpo é um receptor de sensações”, destaca Minestrone, significando que...

[...] absorve e assimila experiências e possui uma extraordinária atitude a ser estimulado, transformando-se em um instrumento de prazer. Quando tal capacidade é presente e ativa nos indivíduos, quando a sensibilidade relativa a novas sensações e experiências caracteriza a nossa postura frente ao corpo, então significa que estamos em uma condição de bem-estar.<sup>7</sup>

Neste panorama produzido pela sociedade do consumo, dá-se o domínio do objeto sobre o sujeito, aventado por Baudrillard, que contextualiza sua afirmação de que o “lugar do consumo é a vida cotidiana. Esta não é apenas a soma dos factos e gestos diários, a dimensão da banalidade e da repetição: é um *sistema de interpretação*”<sup>8</sup>. Justamente a interpretação dos objetos que comandam a existência do sujeito. Esta, em rápidos contornos, é a sociedade de consumo, advindo como recorte sociológico que potencia o emprego de técnicas de reenvio em direito penal, pelos motivos que seguem, juntamente com o recorte sociológico da desreferencialização.

## **7 DESREFERENCIALIZAÇÃO E SOCIEDADE DE CONSUMO COMO FATORES DE INTENSIFICAÇÃO DO EMPREGO DE TÉCNICAS DE REENVIO**

A deterioração das tábuas coletivas de valor deixa os membros do corpo social sem noção do certo e do errado. Assim, as mais variadas respostas serão obtidas em entrevistas com múltiplas pessoas a quem se questione acerca de coisas banais: a definição do que é ser um marido, a maneira correta de alimentar um filho, o modo como um dia de trabalho deve se desenvolver. A indefinição se estende para temas mais sofisticados: os limites da biogenética, quanto é possível ou adequado expor a vida privada, quais os limites da propaganda respectiva a produtos destinados a crianças. Respostas unívocas, há cinquenta anos, dão lugar ao mais variado exercício de equívocidade.

<sup>7</sup> MINESTRONE, op. cit., 2006, p. 327-328.

<sup>8</sup> BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 25.

Ao mesmo tempo, as técnicas continuam impulsionando a descoberta, revelação e invenção de novos produtos e serviços, com os consequentes *riscos* – enquanto frutos de decisões humanas. Novos saberes produzem novas incertezas, diante da “falha” de parte das “condições de (...) cálculo e processamento institucional” dos riscos procedentes de novas tecnologias<sup>9</sup>. Há pouco, comemorou-se a produção laboratorial da primeira forma de vida sintética, inexistente na natureza. Sobrevieram, juntas, as correlatas apreensões acerca de um homem que *brinca de ser Deus*.<sup>10</sup>

O panorama traçado muda a relação do tecido social com seu direito penal. Uma sociedade portadora de pautas coletivas de valor, consciente do que lhe é valioso, fornece ao direito penal o que lhe convém seja protegido. Já um tecido social desreferencializado, que perdeu a noção do que é ou não valioso, não é capaz de indicar ao direito penal *o que* proteger. Leva-o a realizar a identificação daquilo que é valioso, *produzindo* o bem a ser protegido. Depois, o direito penal – mediante atuação do poder legislativo – apresenta o novo interesse de proteção ao tecido social. Daí a invenção de bens jurídico-penais, correlatos às novas técnicas: por um lado, o direito penal as monitora enquanto investido da missão de conter riscos; por outro, identifica o certo e o errado sem uma clara pauta de valores sociais como base.

Este fenômeno *estende-se* ao direito administrativo sancionador: também por ele o Estado busca identificar aquilo que é valioso proteger em favor de um tecido social incapaz de produzir esta definição, bem como fazer redução de riscos procedentes das tecnologias. Penal e administrativo, aqui, andam ombro a ombro.

A atuação do direito penal sobre áreas tecnologicamente sofisticadas, expandida pelo invento de novos interesses de proteção penal e impulsionada pelo papel de gerenciamento de riscos, *coordenada com o direito administrativo*, tem na norma penal em branco completada por outra de cunho administrativo, bem como nas remissões a atos administrativos concretos (autorizações, licenças, etc.), sua mais significativa fotografia. Quanto aos tipos abertos, eminentemente culposos, advêm da correlativa exigência de mais cautelas ou cuidados no gerenciamento das tecnologias de risco que cada cidadão tem

---

<sup>9</sup> BECK. **La sociedad del Riesgo Mundial**. Barcelona: Paidós, 2008, p. 23.

<sup>10</sup> O Fato foi noticiado por vários órgãos de comunicação. Dentre tantos, PRIMEIRA forma de vida “sintética” é criada em laboratório. **Revista Decifra-me**, 21 de maio de 2010. Disponível em: <<http://revistadeciframe.com/2010/05/21/primeira-forma-de-vida-sintetica-e-criada-em-laboratorio/>>. Acesso em: 05 mar. 2012.

sob seu controle, valendo o exemplo singular do automóvel. Numa sociedade pretendente de segurança a todo custo, o cerco realizado em relação a cada atividade para evitar *a catástrofe*<sup>11</sup> dá-se através da normativa administrativa, definidora do certo e do errado em relação aos riscos, e da norma penal incriminadora do descuido – culposa – superposta à norma administrativa de cautela.<sup>12</sup> Já o próprio jargão – ou linguagem própria – de cada área de conhecimento tecnológico exige elementos normativos jurídicos e culturais nos tipos penais a elas correlatos. Também aqui, atua o panorama comum que inflaciona o emprego das quatro categorias dogmáticas citadas, sobretudo nos campos do penal-econômico e ambiental.

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS - O ENCARGO COMETIDO À DOCTRINA JURÍDICO-PENAL E AO PODER JUDICIÁRIO A PARTIR DO AMBIENTE SOCIOLÓGICO INTENSIFICADOR DO EMPREGO LEGISLATIVO DE TÉCNICAS DE REENVIO**

O uso intensivo da norma penal em branco, das remissões a atos administrativos concretos, dos tipos abertos e de elementos normativos nos tipos penais – todos, de um ou outro modo, implicam em reenvio a normas extratipo - exige que tais técnicas sejam claramente distinguidas, identificadas e separadas. Sobretudo porque da distinção resultam efeitos práticos diversos, tangentes principalmente: a) aos limites que o princípio da reserva legal opera em relação a cada tipo penal que os empregue; b) ao tratamento do sensível tema do erro, tanto de tipo como de proibição. Porém, à distinção entre reportadas técnicas de reenvio antecede identificar os aspectos político-criminais comuns, ora expostos. Antecede, também, avivar a admoestação que Francesco Centonze bem sintetiza:

O problema da gestão dos riscos é, todavia, ainda mais

<sup>11</sup> Cf. BECK, 2008, p. 27, o risco é a “antecipação da catástrofe”.

<sup>12</sup> E, aqui, abre-se o problema da dupla manifestação do mesmo poder punitivo estatal, do qual direito penal, de um lado, e direito administrativo-sancionador, de outro, são meras irradiações. Para além de eventuais problemas tangentes ao princípio da intervenção mínima, também é necessário revisar a relação entre o direito penal e o administrativo no tocante ao *ne bis in idem*. A ideia tradicional de que podem ser superpostas as reações porque os ramos do direito têm fins distintos se esmaece quando ambas as normas, penal e administrativa, convergem para o escopo de acautelar riscos – e os mesmos riscos. Quando a meta das normas é igual, torna-se candente a necessidade de afrontar o problema da pena imposta duas vezes pelo mesmo fato.

grave, porque esta descarga de responsabilidade sobre cada um é *mascarada* por uma persistente ação normativa que tenta regulamentar as atividades perigosas. Uma rede de disposições jurídicas disciplina hoje as diversas atividades fim nos mínimos particulares produzindo uma crescente positivação das normas de precaução, destituída de um desenho racional, e a inevitável criação de um *caótico vai e vem* de atribuições e competências; a isto se acrescenta uma paradoxal ausência de controles preventivos. O importante é tornar visível esta utopia do controle: a boa política do risco transformou-se naquela que ‘coloca em cena atividades de grande eficácia pública, acumulando lei sobre lei, criando jurisdições burocráticas e centralizando as informações’.<sup>13</sup>

Há, por certo, um papel cometido ao direito penal, enquanto sistema de controle social de que dispõe o Estado, no horizonte do controle e contenção dos riscos<sup>14</sup>. Porém, de outro lado, a síntese pessimista de Centonze exige o uso do princípio da reserva legal como filtro de contenção *desta persistente atividade regulamentar*.

A correspondente contenção há de ser realizada pontualmente, através da construção doutrinária dos limites de utilização das figuras dogmáticas em exame por parte do poder legislativo e da checagem, norma a norma em que empregadas tais técnicas de reenvio, da obediência ao citado filtro de contenção, mediante os mecanismos de controle de constitucionalidade pelo aparelho judiciário.

## REFERÊNCIAS

ALESSANDRI, Alberto. **Diritto Penale e Attività Economiche**. Bologna: Il Mulino, 2010.

---

<sup>13</sup> CENTONZE, Francesco. **La Normalità dei Disastri Tecnologici. Il problema del congedo dal Diritto Penale**. Milano: Giuffrè Editore, 2004, p. 27.

<sup>14</sup> Contra um direito penal do perigo, para gestão de problemas da sociedade moderna, v. na Itália as conclusões de STELLA, Federico. **Giustizia e Modernità: La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime**. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2003, p. 110-114; 515-599. O autor alinha-se com o minimalismo da Escola de Frankfurt. Menos radical quanto à possibilidade de que bens jurídicos sejam protegidos em face dos riscos emergentes da sociedade atual mediante regras de direito penal, v. ALESSANDRI, Alberto. **Diritto Penale e Attività Economiche**. Bologna: Il Mulino, 2010, p. 85-86. Referido autor aceita, em caráter de exceção, que o direito penal se ocupe dos novos riscos.

BAUDRILLARD, Jean. **A ilusão vital**. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira, 2001.

\_\_\_\_\_. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **A vida fragmentada**: ensaios sobre a moral pós-moderna. Lisboa: Relógio d'Água, 2007.

BECK, Ulrich. **La sociedad del Riesgo Mundial**. Barcelona: Paidós, 2008.

CENTONZE, Francesco. **La Normalità dei Disastri Tecnologici. Il problema del congedo dal Diritto Penale**. Milano: Giuffrè Editore, 2004.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo, SP: UNESP, 1991.

MINISTRONI, Laura. **Comprendere il consumo. Società e cultura dai classici al postmoderno**. Milão: Franco Angeli, 2006.

PRIMEIRA forma de vida "sintética" é criada em laboratório. **Revista Decifra-me**, 21 de maio de 2010. Disponível em: <<http://revistadeciframe.com/2010/05/21/primeira-forma-de-vida-sintetica-e-criada-em-laboratorio/>>. Acesso em: 05 mar. 2012.

STELLA, Federico. **Giustizia e Modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime**. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**. parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000.

*Recebido em: 05 junho de 2012.*

*Aceito em: 22 junho de 2012.*