O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO: PERSPECTIVAS POLÍTICO-CRIMINAIS

Beatriz de Santi Vieira

Acadêmica do Curso de Direito na Universidade de Londrina

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo abordar as transformações ocorridas no âmbito do direito penal, com o escopo de adequação do atual paradigma penal aos novos desafios suscitados pela sociedade de risco, de modo a evidenciar o fenômeno da expansão da tutela penal. Sob o enfoque da política criminal, o atual contexto da sociedade de risco e suas ameaças civilizacionais ocasionadas pelo progresso tecnológico e pelo poder econômico trazem a necessidade de uma reformulação do paradigma penal clássico e de seus fundamentos de ordem dogmático-jurídica diante do surgimento de novos bens jurídicos peculiares desta sociedade contemporânea globalizada que precisam ser tutelados, sem o que não há como se legitimar a intervenção deste ramo do direito para a solução de conflitos ou mesmo como instrumento de defesa social ou da ordem pública.

Palavras-chave: Direito penal. Sociedade de risco. Expansão da tutela penal.

Abstract

This work has as main purpose to address the transformations that occurred in the field of penal law, with the aim of adapting the current penal paradigm to the new challenges raised by society of risk, so that highlight the phenomenon of expansion of penal guardianship. Under a perspective of criminal policy, the current context of society of risk and its threats civilizational due to technological progress and economic power brings the need for a reformulation of the classic penal paradigm and regarding its principles of its legal order dogmatic fundamentals in light of the emerging of new peculiar legal assets globalized contemporary society that need to be protected without which there isn't way to justify this branch of law's intervention for conflict resolution or even as a tool for social defense or public order.

Keywords: Penal law. Society of risk. Expansion of penal guardianship.

1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo abordar as transformações ocorridas no âmbito do direito penal, com o objetivo de adequação do atual paradigma penal aos novos desafios suscitados pela sociedade de risco.

Sob o enfoque da política criminal, o atual contexto da sociedade de risco e suas ameaças civilizacionais ocasionadas pelo progresso tecnológico e pelo poder econômico trazem a necessidade de uma reformulação do direito penal clássico e de seus fundamentos legitimadores de ordem dogmático-jurídica diante do surgimento de novos bens jurídicos peculiares desta sociedade contemporânea globalizada que precisam ser tutelados.

Para tanto, no primeiro tópico, traçaremos inicialmente uma visão panorâmica da sociedade mundial do risco sob o arcabouço teórico fornecido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, acerca do modo de distribuição dos riscos oriundos do processo de modernização social avançada e de percepção social do risco como fator político de crítica e ao mesmo tempo como fator de fomento econômico.

Ocasionado pelo superdesenvolvimento das forças produtivas, o risco é um produto histórico que pressupõe decisões e comportamentos humanos voltados para o futuro através da utilização de modernas tecnologias e critérios de probabilidade.

Os riscos oriundos do processo de modernização social avançada possuem uma tendência imanente à globalização, por consequência do enfraquecimento das fronteiras e limites de regulação social colocados pelo Estado-nação, além de escaparem à percepção humana imediata por serem imprevisíveis e incalculáveis.

Posteriormente, no segundo tópico, abordaremos a crise ressocializadora do Direito Penal, a crescente politização do problema criminal, bem como de suas discussões públicas, provocada pelo movimento de reforma penal em um contexto de exigências de sua modernização, que surgiram a partir da primeira metade do século XX.

Na dinâmica dessa nova sociedade global altamente industrializada, denominada sociedade de riscos, prepondera uma expectativa social de eliminação e controle dos riscos originados pelo progresso tecnológico e pelo crescente desenvolvimento das forças produtivas, que pretende expandir o âmbito do punível, caracterizando o surgimento de uma nova postura político-criminal denominada “expansionismo”.

O fenômeno de expansão do direito penal, segundo Crespo (2004), coexiste e confronta-se com as posturas político-criminais que defendem um “direito penal mínimo”. Serão analisadas as principais posturas político-criminais de caráter restritivo no que concerne à sua intervenção para a tutela de bens jurídicos, dentre as quais podemos destacar o abolicionismo, o reducionismo e o garantismo.

Em seguida, no terceiro e último tópico, adentraremos propriamente na análise da postura político-criminal denominada “expansionismo” que surge na dinâmica dessa nova sociedade global altamente industrializada, denominada sociedade de riscos, na qual prepondera uma expectativa social de eliminação e controle dos riscos originados pelo progresso tecnológico e pelo crescente desenvolvimento das forças produtivas, que pretende expandir o âmbito do punível.

Diante dessa realidade empírica e da crise do direito penal clássico que se mostra ineficiente no combate das novas formas de criminalidade moderna, nasce um novo direito penal concebido para proteger novos bens jurídicos de natureza supraindividual característicos da sociedade pós-industrial.

Com efeito, a supervalorização da segurança na sociedade de riscos e a crença na capacidade de intimação das penas provocam mudanças no sistema jurídico penal vigente através da introdução de novos objetos de proteção, da antecipação das fronteiras de proteção penal mediante a criação de delitos de perigo abstrato e de delitos cumulativos, da utilização de leis penais em branco, da incriminação de condutas criadoras de risco sem a necessidade de esperar a efetiva produção de resultados lesivos, da flexibilização dos critérios de imputação objetiva, da mudança do modelo de delito de lesão de bens individuais para o modelo de perigo de bens supraindividuais, do recrudescimento punitivo estatal e da relativização dos princípios político-criminais de garantia.

Demais disso, verifica-se que a relativização dos princípios político-criminais de garantia poderia levar à justificação, por exemplo, do denominado “direito penal do inimigo”, na acepção concebida por Jakobs como vertente punitiva direcionada aos indivíduos excluídos das relações sociais, considerados como fontes de perigo e que o Estado deveria manter distante do restante dos cidadãos, valendo-se da afirmativa de que este afastamento garantiria a manutenção da coletividade intacta.

Ao final do trabalho, esperamos ter delineado o modo pelo qual o Direito Penal tem reagido aos fenômenos da sociedade de risco, ante a necessidade de modernização de sua abordagem jurídica na sua missão de proteger as futuras gerações contra os riscos gerados pelo desenvolvimento científico e tecnológico.

Portanto, o atual debate acerca da legitimidade do direito penal está centrado na necessidade de sua modernização e, concomitantemente, na preservação dos princípios e garantias penais estruturantes do modelo de direito penal clássico.

2 A sociedade mundial de risco

O sociólogo alemão Ulrich Beck identifica, em sua obra intitulada “Sociedade de Risco” uma nova configuração social, denominada sociedade mundial de risco, a partir de importantes dinâmicas e transformações políticas e sociais ocorridas no início do século XXI, com o advento do pós-industrialismo.

Diante da análise do desastre nuclear de Chernobyl, ocorrido no ano de 1986, na Ucrânia e da *BSE crisis*, conhecida como “doença da vaca louca”, disseminada na Inglaterra em meados dos anos 80, o autor inicia sua investigação sobre os contornos atuais da sociedade de risco em contraposição à sociedade industrial clássica.

Sob o viés de uma teoria social prospectiva, Beck (2010, p. 12) analisa a sociedade mundial de risco como uma sociedade catastrófica, ou seja, “uma civilização que ameaça a si mesma”:

Assim como no século 19 a modernização dissolveu a esclerosada sociedade agrária estamental e, ao depurá-la, extraiu a imagem estrutural da sociedade industrial, hoje a modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge uma outra configuração social. Enquanto na sociedade industrial a lógica da produção de riqueza domina a lógica de produção de riscos, na sociedade de risco essa relação se inverte (BECK, 2010, p. 15).

Dentre as diferenças marcantes em relação às sociedades modernas acima delineadas, está a qualidade da solidariedade e a sua força motriz. O ideal das sociedades de classes é a igualdade social, em que as pessoas pretendem libertar-se da pobreza, da escassez, das condições

deploráveis de habitação e de todo o tipo de carência material. Todos têm fome, por isso “todos querem compartilhar do bolo” (BECK, 2010, p. 60).

Ao contrário, na sociedade de risco a força motriz é o medo e a insegurança das pessoas que já não querem compartilhar algo bom, mas sim evitar que o pior aconteça e não serem afetados pelos riscos.

Ocasionado pelo superdesenvolvimento das forças produtivas, o risco é um conceito moderno e um produto histórico que pressupõe decisões e comportamentos humanos voltados para o futuro, através da utilização de modernas tecnologias e critérios de probabilidade.

No atual estágio de desenvolvimento científico-tecnológico, para Beck (2010, p. 60), as forças produtivas humanas impulsionadas pelo capitalismo, exponencialmente crescentes, desencadeiam uma superprodução de riscos e potenciais de autoameaça da vida no planeta, sob todas as suas formas, em níveis ainda desconhecidos.

Segundo Bonavides (1998, p. 59-66), o homem do nosso século se depara com a contaminação da água e do ar, a fome, o crescimento demográfico desenfreado, os grandes centros urbanos congestionados, os altos índices de desemprego, o problema das drogas, o desespero da juventude, a miséria que aflui do campo para as cidades e o contraste das nações ricas e pobres.

Nesse contexto, prepondera a distribuição dos malefícios, que podem ser compreendidos na maneira pela qual os riscos tecnológicos acompanham a produção de bens. Em uma relação de causa e efeito, Beck (2010, p. 37) explica que a modernização é a causa, e o dano é o efeito colateral.

Assim, Beck (2010, p. 37) identifica determinadas espécies de riscos que podem se originar do desenvolvimento técnico-industrial, da pobreza e das armas de alto poder destrutivo.

Dentre os principais exemplos, estão alguns, como mudanças climáticas, catástrofes ecológicas, desmatamentos em âmbito global, contaminação nuclear, crises econômicas mundiais, terrorismo, armas de destruição em massa, intervenções na existência humana através da genética, toxinas nos alimentos, radioatividade e seus efeitos mutagênicos, enfermidades civilizacionais, proliferação de armas nucleares, entre inúmeros outros.

Ainda assim, mesmo com todas as implicações negativas, a lógica capitalista de desenvolvimento permanece intacta, vislumbrando um

futuro no qual todas as necessidades humanas podem ser saciadas. Nesse sentido, assevera o autor:

A expansão e a mercantilização dos riscos de modo algum rompem com a lógica capitalista de desenvolvimento, antes elevando-a a um novo estágio. Riscos da modernização são *big business*. Eles são as necessidades insaciáveis que os economistas sempre procuraram. A fome pode ser saciada, necessidades podem ser satisfeitas, mas os riscos civilizatórios são um barril de necessidades sem fundo, interminável, infinito, autoproduzível. (BECK, 2010, p. 28)

Neste particular, constata-se que a sociedade de risco torna-se instável em sua própria realização, ante a constatação da contradição existente entre o anseio pelo progresso tecnológico futuro e o desencantamento ocasionado pelo “imprevisto efeito colateral da socialização da natureza” que é a “socialização das destruições e ameaças incidentes sobre a natureza” (BECK, 2010, p. 99), que se convertem em ameaças globais.

Os riscos oriundos do processo de modernização social avançada, segundo Beck (2010, p. 43), possuem uma característica peculiar: “uma tendência imanente à globalização”.

O fenômeno multifacetado designado globalização, segundo Santos (2005, p. 25-26), refere-se ao conjunto de relações sociais que se traduzem na intensificação dramática das interações transnacionais, através da disseminação, a uma escala mundial, dos sistemas de produção levada a cabo pelas empresas multinacionais, das transferências financeiras, dos meios de comunicação social e dos deslocamentos em massa de turistas, trabalhadores migrantes ou refugiados, em suas “dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo”.

Santos (2005, p. 26) adota a definição de globalização de Giddens, no sentido de “intensificação de relações sociais mundiais que unem localidades distantes de tal modo que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem a muitas milhas de distância e vice-versa”.

De acordo com Dreifuss (2001, p. 156), a globalização é tecnoprodutiva por referir-se a diversos fenômenos relacionados à economia e ao mundo da tecnologia, da informação, da produção, das finanças e do comércio que operam em âmbito mundial.

Entender a dinâmica mundial sob tais aspectos é de especial relevância para compreender que a distribuição dos riscos em âmbito global é impessoal e escapa à percepção humana imediata por ser imprevisível, insuscetível de previsão e incalculável.

Associados ao fenômeno da globalização, os riscos caracterizam-se, conforme afirma Beck (2010, p. 8-9), por três aspectos: a) deslocalização; b) incalculabilidade e c) não compensabilidade. Dito de outro modo, os riscos não se limitam a um local determinado; suas consequências não podem ser calculadas, e seus acidentes não podem ser compensados, de modo a afetar um número indeterminado de pessoas, independentemente do poder aquisitivo, do gênero sexual ou da classe social, inclusive, aqueles que os produziram ou que deles se beneficiaram – originando, pois, a denominação mencionada por Beck (2010, p. 27) como “efeito bumerangue”.

Sobre o efeito bumerangue, ensina o autor:

O efeito bumerangue não precisa se refletir, portanto, unicamente em ameaça direta à vida, podendo ocorrer também através de mediações: dinheiro, propriedade, legitimação. Ele não apenas atinge em repercussão direta o causador isolado. Ele também faz com que todos, globalmente e por igual, arquem com os ônus: o desmatamento causa não apenas o desaparecimento de espécies inteiras de pássaros, mas também reduz o valor econômico da propriedade da floresta e da terra. (...) A ideia básica por trás disso é das mais simples: tudo o que ameaça a vida neste planeta, estará ameaçando também os interesses de propriedade e de comercialização daqueles que vivem da mercantilização da vida e dos víveres. Surge, dessa maneira, uma genuína contradição, que sistematicamente se aprofunda, entre os interesses de lucro e propriedade que impulsionam o processo de industrialização e suas diversas consequências ameaçadoras, que comprometem e desapropriam inclusive os lucros e a propriedade (para não falar da própria vida). (BECK, 2010, p.45-46)

Se, por um lado, os riscos possuem uma tendência globalizante e equalizadora, não podemos deixar de avaliar que os países emergentes e subdesenvolvidos possuem uma maior suscetibilidade ao risco, cujos efeitos são potencializados na vida da classe trabalhadora e dos excluídos, a exemplo do Brasil, Sri Lanka e Trinidad.

No caso do Brasil, Beck (2010, p. 51) cita o exemplo da Vila Parisi,

uma favela habitada por quinze mil pessoas, localizada no município mais sujo do mundo, cujos moradores sofrem intensamente com as emissões de poluentes de grandes fábricas de siderurgia e produtos químicos. No local, uma grande catástrofe ocorreu no ano de 1954, quando mais de quinhentas pessoas foram incineradas pelo calor, em menos de dois minutos, em razão do derramamento de setecentos mil litros de petróleo no mangue que abrigava as palafitas de uma de suas vilas.

Na visão de Beck (2010, p. 53),

As extremas desigualdades internacionais e as interdependências do mercado global lançam os bairros pobres dos países periféricos às portas dos ricos centros industriais. Eles convertem-se em incubadoras de uma contaminação de alcance mundial, que – semelhante às doenças contagiosas dos pobres na densidade das cidades medievais – tampouco preservam os distritos ricos da aldeia global.

Portanto, isso não significa que os países ricos não serão afetados, mas, pelo contrário, aqueles que haviam se livrado dos riscos através da transferência acabam reimportando-os junto com os mais diversos alimentos.

3 Principais posturas político-criminais

Inicialmente, a política criminal pode ser compreendida como o “conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos das penas, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com estas relacionadas” (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 93).

Segundo Diniz Neto (2010, p. 203), adotando a definição de Feuerbach, a política criminal engloba o “conjunto de respostas ao fenômeno criminal, não só no âmbito do Direito Penal, passando, necessariamente, também por políticas públicas de inclusão social e mudança de paradigmas culturais”.

Cabe à política criminal, conforme Dias e Andrade (1997, p. 107), definir os limites da punibilidade, competindo ao Direito Penal a identificação do comportamento típico, ilícito e culpável dentro daqueles limites. Do mesmo modo em que o Direito Penal deve respeitar os limites da punibilidade, a política criminal deve respeitar os seus “princí-

pios estruturais, eles próprios igualmente aquisições civilizacionais irrenunciáveis e, por isso, também valores políticos”.

Entender a política criminal e sua abordagem do problema criminal, ao lado das disciplinas da criminologia e do direito penal, que compõem as ciências criminais em sentido amplo, cada qual com suas aparelhagens metodológicas e suas metas específicas, implica “saber não apenas como deve reagir-se, mas também e, principalmente, a que deve reagir-se” para alcançar os seus fins e dar forma aos seus valores através do direito penal. Trata-se, portanto, de uma política criminal “trans-sistemática” que, a partir do que deve ser, se preocupa em transformar o que é (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 106).

Nesse sentido, Bonavides (1998, p. 59-66) afirma que são as Constituições que fazem o povo livre, sem as quais não existe Estado de Direito. E, igualmente, “não será democrático nenhum Estado social que haja eliminado os valores fundamentais da pessoa humana”. Para isso, na concepção de Bonavides (1998, p. 198), o Estado social democrático deve “preservar e tutelar a liberdade, exprimir os valores clássicos da ordem jurídica, em especial, a justiça e a solidariedade”.

Para o Silva (2008, p. 121), o Estado Democrático de Direito é a conjugação dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, de modo que “é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática”.

Para Canotinho (2003, p. 408), os direitos fundamentais cumprem a função de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva. No plano jurídico-objetivo, explica o autor, são “normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual”. E, no plano jurídico-subjetivo, exercem o poder de direitos fundamentais positivos, que podem ser exigidos dos poderes públicos omissos, “de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”.

Dentre as principais posturas político-criminais, podemos destacar o abolicionismo, o reducionismo e o garantismo.

Trata-se o abolicionismo de uma corrente político-criminal que pretende construir alternativas ao sistema punitivo diante da constatação da crise que se instaurou no direito penal atualmente, por entendê-lo como um sistema que está concebido para fazer o mal através de respostas violentas e públicas que, por sua vez, também incitam a violência, levando ao descrédito no próprio sistema.

Para Crespo (2004), seu “método é a luta pela absolvição de todo o sistema penal, e o objeto é o que precisamente busca eliminar”.

Em seu sentido restrito, de acordo com Crespo (2004), o abolicionismo pretende abolir determinado aspecto concreto do direito penal, a exemplo da instituição carcerária ou de determinadas espécies de penas.

Em seu sentido amplo e radical, também denominado de “utopia abolicionista”, tal corrente pretende abolir o sistema penal no seu conjunto por considerá-lo um problema social em si mesmo e construir alternativas ao sistema punitivo através de outras formas de intervenção estatal, desde que reconhecidas juridicamente na solução de conflitos, mediante sanções de natureza extrapenal que promovam a indenização ou a reparação de lesões ou ameaças de dano aos sujeitos envolvidos na “situação problemática” (CRESPO, 2004).

O abolicionismo concebe o delito como uma “situação problemática”, na qual, a partir da compreensão da realidade experimentada, somente aqueles que estão diretamente implicados podem solucionar.

Em suma, o abolicionismo compreende de forma diferente o sistema penal a partir de três ideias, afirma Diniz Neto (2010, p. 205): “a) o dano e sua compensação; b) a sobrevalorização dos conflitos como antagonismos interpessoais; e c) a priorização de acordos no processo penal, de modo a reivindicar a devolução dos conflitos aos seus diretamente implicados” e a recuperação da vítima como parte deles.

Diferentemente da postura político-crimal anterior, Crespo (2004) ensina que o reducionismo aceita a existência do sistema penal, mas busca alternativas realistas à sua atual configuração, fundadas na dignidade da pessoa humana, como a descriminalização de determinadas condutas, a despenalização ou a limitação da severidade das penas de prisão, bem como defende o uso de técnicas alternativas de reparação de danos ao ofendido e à compensação entre autor e vítima para a solução de conflitos, como é o caso da mediação penal, aludida por Diniz Neto (2010, p. 207), como o principal instrumento da justiça restaurativa.

Tal concepção pretende limitar a intervenção penal, reduzindo o uso da pena privativa de liberdade, em especial aquelas de curto prazo e, ao mesmo tempo, sob influência do pensamento abolicionista, devolver os conflitos aos seus diretamente implicados (autor e vítima), atribuindo ao ofendido o papel de protagonista do fenômeno delituoso.

De acordo com uma perspectiva horizontal do delito, o reducionismo devolve ao ofendido um papel ativo na resolução do conflito, susten-

tando que “a vítima na atualidade não só suporta os efeitos do delito, mas também suporta a insensibilidade do sistema legal e a indiferença dos poderes públicos, que provoca o que se denomina ‘vitimização secundária’” (CRESPO, 2004). Contrapõe-se, dessa forma, à concepção tradicional do delito do atual sistema penal, fundada em um conflito vertical e bilateral entre o Estado e o responsável penal, de caráter público e indisponível.

Adverte Crespo (2004), entretanto, que a redução da intervenção penal deve vir acompanhada de transformações das estruturas socioeconômicas, com o objetivo de, em longo prazo, eliminar a marginalidade e diminuir as desigualdades sociais.

Os motivos que incentivam o movimento de reforma penal são os mais diversos: as penas privativas de liberdade de curta duração não são capazes de corrigir ou intimidar, mas, ao contrário, “lançam frequentemente o delinquente primário no caminho definitivo do crime”, acentuando a criminalização primária e a secundária; operam como um fator criminógeno, devido a fenômenos como a psicose carcerária, a privação de pequenos prazeres e a subcultura das prisões; nem sempre são necessárias do ponto de vista de prevenção geral; bem como são prejudiciais, por serem traumáticas e estigmatizantes do ponto de vista da prevenção especial e da finalidade ressocializadora (CRESPO, 2004).

Contudo, seus críticos apontam que a priorização de acordos no processo penal é uma realidade difícil de ser imaginada diante do processo histórico de separação entre o direito penal e o direito civil, na medida em que estes possuem visões diferentes acerca do fenômeno delituoso: naquele a gravidade do fato atua como “limite a uma orientação preventiva do direito penal, distinto do conceito de ‘prejuízo’, no qual cabem todos os efeitos produzidos sobre a vítima, próprio do âmbito da responsabilidade civil” (CRESPO, 2004).

Por sua vez, o garantismo tem como seu principal autor Luigi Ferrajoli, idealizador de um “direito penal mínimo” em sua famosa obra “Direito e Razão”, na qual constrói uma teoria completa acerca da realização do programa iluminista (CRESPO, 2004).

Paradigma de referência para todas as propostas reducionistas, o garantismo aborda a questão da legitimação interna e externa do direito penal, partindo de uma visão global de seus fundamentos a respeito do “se” e do “porque” punir. A legitimação interna do direito penal faz

referência a seus princípios normativos internos ao ordenamento jurídico enquanto que sua legitimação externa refere-se a princípios normativos externos ao direito positivo, critérios de valoração morais, políticos ou de utilidade extrajurídica (FERRAJOLI, 2001, p. 213).

Crespo (2004) ensina que o pensamento de Ferrajoli é permeado pelo pensamento utilitarista, proveniente do iluminismo do século XVIII, que o inspira a sugerir a necessidade de vigência de todas as garantias de um “direito penal mínimo”, capaz de tutelar os direitos fundamentais e reagir apenas ao “mínimo necessário” para evitar a violência social informal, a par das exigências do Estado de Direito.

Para a realização do modelo garantista, Ferrajoli descreve dez axiomas, condições, limites ou proibições que são identificados como garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro do poder punitivo do Estado. São eles:

1. *Nulla poena sine crimine.* 2. *Nullum crimen sine lege.* 3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate.* 4. *Nulla necessitas sine iniuria.* 5. *Nulla iniuria sine actione.* 6. *Nulla actio sine culpa.* 7. *Nulla culpa sine iudicio.* 8. *Nullum iudicium sine accusatione.* 9. *Nulla accusatio sine probatione.* 10. *Nulla probatio sine defensione* (FERRAJOLI, 2001, p. 93).

De acordo com Greco (2011, p. 10), os brocardos podem ser traduzidos da seguinte forma: a aplicação da pena somente será possível se houver a prática de um crime previsto expressa e anteriormente na lei penal; a lei penal, em respeito ao direito penal mínimo, somente poderá proteger os bens jurídicos fundamentais para o convívio social; as condutas tipificadas deverão atingir bens jurídicos de terceiros; as condutas puníveis deverão ser exteriorizadas através de uma ação culpável; e esta, por fim, deverá ser comprovada por um órgão acusatório diante de um juiz imparcial e competente para o julgamento da causa, assegurando-se ao acusado a oportunidade de se defender amplamente.

Ferrajoli (2001, p. 11) adverte que somente um direito penal voltado às funções de tutela de bens e direitos fundamentais pode conjugar garantismo, eficiência e certeza jurídica, e somente um direito processual que garanta aos acusados os seus direitos pode minimizar a discricionariedade judicial e as ilegalidades do poder, garantindo a independência da magistratura, o efetivo pluralismo das instituições, a

separação dos poderes e o retorno da legalidade, na qual se deve pautar a esfera pública segundo os postulados do Estado Democrático de Direito.

Enfim, superada a análise das principais posturas político-criminais e suas implicações, importa examinar, no tópico seguinte, as transformações ocorridas no âmbito do direito penal, com o objetivo de adequação do atual paradigma penal aos novos desafios suscitados pela sociedade de risco.

4 O direito penal na sociedade de risco

Sob o enfoque da política criminal, o atual contexto da sociedade de risco e suas ameaças civilizacionais ocasionadas pelo progresso tecnológico e pelo poder econômico trazem a necessidade de uma reformulação do direito penal clássico e de seus fundamentos de ordem dogmático-jurídica diante do surgimento de novos bens jurídicos peculiares desta sociedade contemporânea globalizada que precisam ser tutelados, “sem o que não há como se legitimar a intervenção deste ramo do direito para a solução de conflitos ou mesmo como instrumento de defesa social ou da ordem pública” (DINIZ NETO, 2010, p. 203).

Na dinâmica dessa nova sociedade global altamente industrializada, denominada sociedade de riscos, prepondera uma expectativa social de eliminação e controle dos riscos originados pelo progresso tecnológico e pelo crescente desenvolvimento das forças produtivas, que pretende expandir o âmbito do punível, caracterizando o surgimento da postura político-criminal denominada “expansionismo”.

Crespo (2004) afirma que o moderno fenômeno de expansão do direito penal coexiste e se confronta com as posturas político-criminais que defendem um “direito penal mínimo”, dentre as quais o reducionismo e o garantismo.

Diante dessa realidade empírica e da insustentável situação do direito penal clássico, segundo Diniz Neto (2010, p. 210), nasce um “novo direito penal” concebido para proteger novos bens jurídicos característicos da sociedade pós-industrial.

Para Crespo (2004), diante dos postulados axiológicos do modelo de direito penal mínimo sobrepõem-se, portanto, “as exigências de intervenção penal procedentes de uma sociedade caracterizada modernamente como uma sociedade de riscos”.

O autor destaca, dentre as peculiaridades da sociedade de riscos, o

“incremento das interconexões causais” e a “substituição dos contextos de ações individuais por contextos de ações coletivas”, nos quais o relacionamento interpessoal é alterado por uma forma de comportamento padronizada e anônima daqueles que são responsáveis pelas situações de perigo a bens jurídicos coletivos, perigos estes que podem alcançar dimensões catastróficas.

Como resultado dessas transformações nas estruturas socioeconômicas da sociedade pós-industrial, a expansão do direito penal trouxe como consequência uma “inflação punitiva” decorrente da proliferação legislativa crescente a cada dia e sem limites, intolerável do ponto de vista de seus críticos, uma vez que o direito penal não pode ser visto como alternativa exclusiva para a solução dos problemas.

Crespo (2004) indaga, nesse ponto, se o direito penal chegou a uma situação insustentável ou se seria possível uma mudança na interpretação de seus conceitos e princípios jurídico-penais para o enfrentamento da criminalidade emergida com a sociedade de riscos.

De acordo com a teoria sociológica do direito de Luhmann (1983, p. 15-16), é necessário ver e pesquisar o direito como estrutura de um sistema social, e a sociedade como sistema em uma relação de interdependência recíproca. “A elevação da complexidade social exige e possibilita modificações no arcabouço jurídico” para a estabilização das formas processuais de solução de problemas.

Neste cenário, o sentimento social de aversão ao risco e a aspiração à segurança fazem surgir este novo direito penal pautado em mudanças do paradigma clássico que, segundo Diniz Neto (2010, p. 210), “mais se aproximam das bases epistemológicas ditas funcionalistas ou normativistas, plasmadas entre as suas principais vertentes: sistêmica (JAKOBS, 2000; 2003) e teleológica (ROXIN, 2002)”.

Esta tendência à conversão funcionalista da resposta penal estatal voltada à defesa da sociedade contra os riscos criados pelo próprio sistema social moderno advém da necessidade de acomodar os tradicionais princípios de imputação às características dos novos delitos, e excepcionalmente, criar novas estruturas de imputação.

A propósito, para Crespo (2004), este novo direito penal, ao transformar-se em um “direito de gestão punitiva de riscos gerais e não se limitar, como vinha fazendo, a reagir perante um fato lesivo individual-

mente delimitado, corre o risco de administrativizar-se e perder a sua configuração garantista”.

A modernização ou a expansão do direito penal, para Crespo (2004), apresenta três traços marcantes, que serão analisados a seguir: a) a administrativização do direito penal; b) a regionalização/globalização do direito penal; c) a progressiva desconstrução do paradigma liberal do direito penal.

O fenômeno da “administrativização” do direito penal, segundo o autor, caracteriza-se, em primeiro lugar, pela introdução de novos objetos de proteção, socialmente significativos no mundo moderno, como “a energia nuclear, o meio ambiente, as investigações biomédicas, a produção alimentícia”, dentre outros.

Em segundo lugar, pela antecipação das fronteiras de proteção penal mediante a criação de delitos de perigo abstrato, a utilização de leis penais em branco, a incriminação de condutas criadoras de risco, sem a necessidade de esperar-se a efetiva produção de resultados lesivos e a modernização dos pressupostos materiais e subjetivos da responsabilidade penal e seus critérios de imputação objetiva baseados em juízos de valor normativos (JAKOBS, 2000, p. 22).

Em terceiro lugar, pela mudança, permanente, do modelo de delito de lesão de bens individuais do direito penal clássico, para o modelo de perigo de bens supraindividuais.

O fenômeno da regionalização ou a globalização do direito penal na sociedade pós-industrial provoca uma mudança em sua abordagem jurídica, considerando a existência de uma integração supranacional no combate à delinquência econômica e a delinquência em geral, como fenômeno jurídico-político que reivindica uma luta mais eficaz para o alcance da “criminalidade dos poderosos”.

Crespo (2004), ao mencionar os estudos de Silva Sanches, relaciona a desconstrução do paradigma liberal do direito penal com as seguintes variáveis: “criação de novos bens jurídico-penais, ampliação dos espaços de risco jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia”, dentre os quais assume como via de solução a existência futura de um “direito penal de dupla velocidade”.

De forma correlata, uma nova figura jurídica surge nesse contexto expansionista de modo a tornar-se um critério na definição dos novos bens jurídicos que precisam ser tutelados. Trata-se do conceito de “risco

permitido”, afirma Crespo, que determina qual o nível do risco tolerado, segundo critérios de razoabilidade, para determinadas ações que podem expor a perigo e lesionar os bens jurídicos.

Sua análise depende também de outro fator, ou seja, que o agente tenha adotado as medidas de precaução e de controle necessárias a evitar a concretização de resultados potencialmente lesivos.

Crespo (2004) afirma que a definição de risco permitido como um juízo de ponderação de todos os interesses jurídico-penalmente relevantes é ampla e pode atuar em todos os momentos do processo de valoração jurídico-penal da conduta: “pode operar como causa de exclusão geral do desvalor objetivo da conduta e como tópico da argumentação jurídico-penal na esfera da antijuridicidade, que serviria para modificar a forma de fundamentar a valoração que as condutas merecem”.

A tarefa de ponderar todos os interesses jurídicos penalmente relevantes, segundo o autor, deve vir precedida de uma autocompreensão da sociedade e da ordem relativa de preferências ou valores.

A autocompreensão das mudanças sociais ao longo das décadas e de seus interesses torna-se relevante para avaliar o nível de risco permitido que, no caso da sociedade de riscos, diminuiu significativamente, como consequência de uma “supervalorização essencial da segurança”.

Percebe-se, com isso, que, se o risco extrapolar o limite permitido e atingir tais bens jurídicos relevantes, necessário se faz a intervenção do direito penal para sua tutela, ainda que não tenha ocorrido qualquer dano concreto.

Crespo (2004) salienta que, ao lado da percepção dos fenômenos da sociedade de risco e do Estado preventivo, surge a proliferação dos delitos de perigo, através da antecipação da punibilidade, a fim de evitar a ocorrência do resultado danoso, justificada a partir dos anseios da sociedade na busca por segurança e na necessidade de tutela de bens jurídicos supraindividuais.

Ademais, ao lado da proliferação dos delitos de perigo, constata-se a modernização dos pressupostos materiais e subjetivos de imputação objetiva com a utilização de juízos de valor normativos para possibilitar a compreensão do delito e a imputação da responsabilidade.

Em linhas gerais, Diniz Neto (2010, p. 212) analisa as quatro principais vertentes de atuação da política criminal expansionista: a) a ampliação dos âmbitos sociais vulneráveis, objeto de intervenção, dentre os quais a

produção e distribuição de produtos, o meio ambiente, os âmbitos tecnológicos como o nuclear, o informático e o genético, a ordem socioeconômica, as estruturas organizadas de crime; b) a transformação do objetivo da nova política criminal, voltada a alcançar a criminalidade dos poderosos e suas condutas delituosas sofisticadas que raramente são punidas pela justiça penal; c) a primazia dada a intervenção penal em detrimento de outros instrumentos de controle social, a exemplo de outras medidas de política econômica ou social ou de outros setores jurídicos, como o direito civil ou o direito administrativo, na crença de que o direito criminal é mais eficaz e capaz de prevenir essas condutas, numa clara restrição ao princípio da subsidiariedade penal; d) a necessidade de adaptação dos conteúdos de direito penal e processual penal aos novos desafios, isto é, a atualização dos instrumentos punitivos e a flexibilização do sistema de imputação da responsabilidade e de garantias individuais vigentes, de modo a melhorar a efetividade na persecução penal desta nova criminalidade.

Desse modo, recorre-se, como objeto de análise dos tópicos a seguir, à criação de novos bens jurídico-penais de natureza supraindividual, a ampliação dos espaços de risco jurídicos penalmente relevantes, a partir dos conceitos de crime de perigo abstrato ou de delito cumulativo, conjugados com a flexibilização das regras de imputação objetiva e a relativização dos princípios político-criminais de garantias, de modo a evidenciar aspectos do movimento político-criminal de expansão do direito penal no contexto da sociedade mundial de risco.

As perspectivas de uma moderna política criminal, abordadas anteriormente, englobam as peculiaridades da sociedade de risco, dentre as quais se destaca o incremento das interconexões causais e a substituição dos contextos de ações individuais por contextos de ações coletivas.

Este novo direito penal, afirma Silva (2010, p. 99), emerge em um cenário no qual os riscos gerais não se limitam a um fato lesivo individualmente delimitado, mas sim têm o potencial de atingir um número indeterminado de pessoas, tornando necessária a tutela de bens jurídicos supraindividuais relacionados com o desenvolvimento técnico e científico, como a energia nuclear, a tecnologia da informação, a ordem socioeconômica, o meio ambiente, as investigações biomédicas, a produção alimentícia, dentre outros.

O critério de definição desses novos bens jurídicos passa a ser o conceito de “risco permitido”, que determina qual o nível de risco tolerável para as ações que podem expô-los a perigo ou lesioná-los.

Com efeito, a introdução desses novos objetos de proteção, socialmente significativos no mundo moderno, no âmbito de proteção do direito penal, ensejou uma mudança permanente do modelo de delito de lesão de bens individuais do direito penal clássico, para o modelo de perigo de bens supraindividuais.

A terminologia “supraindividual”, empregada em relação ao bem jurídico-penal, pode ser entendida em seu sentido amplo, por abranger aqueles também de natureza coletiva, universal, difusa, metaindividual, macrossocial ou transindividual, “cujo portador é a sociedade (por exemplo, a fé pública, a saúde pública, a segurança do tráfego) ou o Estado, como órgão do poder soberano (a segurança exterior e interior do Estado...)” (GRECO, 2011, p. 334).

Prado (2003, p. 107) ensina que os bens jurídicos supraindividuais estão para além do indivíduo, são da sociedade como um todo, pois afetam um número indeterminado de pessoas ou toda a coletividade. Possuem um raio de proteção que transcende a esfera do indivíduo, sem deixar de envolver a pessoa como membro de uma comunidade e podem ser classificados em: a) bens jurídicos institucionais (públicos ou estatais); b) bens jurídicos coletivos; c) bens jurídicos difusos.

O autor assinala (2003, p. 45) que existe controvérsia a respeito do significado de bem jurídico. Dentre todas as concepções, destacam-se a de Welzel, no sentido de “bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente” e a de Aníbal Bruno, para o qual “os bens jurídicos são valores de vida individual ou coletiva, valores da cultura”.

Entre as funções atribuídas ao bem jurídico, destaca o autor: a) a função de garantia ou de limitar o direito de punir do Estado, como conceito limite na materialização da norma penal pelo legislador; b) a função teleológica, que atua como um critério interpretativo que delimita o sentido e o alcance dos tipos penais; c) a função individualizadora, como critério de mensuração da pena em relação à gravidade da lesão ao bem jurídico; d) a função sistemática, que atua como elemento classificatório na formação dos grupos de tipos da parte especial do Código Penal.

Percebe-se, de acordo com Silva (2010, p. 98-101), que a noção individualista de bem jurídico, direcionado à repressão pontual de lesões concretas, vem passando por uma profunda crise oriunda da absorção, sob uma perspectiva funcionalista-sistêmica, de bens jurídicos supraindividuais.

Nos ensinamentos de Greco (2011, p. 2), a doutrina majoritária afirma que a finalidade do direito penal é a proteção dos bens jurídicos “mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade”, sendo eles determinados ou determináveis. Nesse aspecto, de acordo com o princípio da intervenção mínima, Greco (2011, p. 48) assevera que a tutela penal é a última dentre todas as medidas protetoras e só deve intervir quando os outros meios de solução social não forem satisfatórios, ressaltando sua missão de proteção “subsidiária” de bens jurídicos.

De outro lado, sob o enfoque da teoria funcionalista-sistêmica, segundo Greco (2011, p. 3), “o direito penal [para Jakobs] não atende a essa finalidade de proteção de bens jurídicos, pois, quando é aplicado, o bem jurídico que teria que ser por ele protegido já foi efetivamente atacado”.

A finalidade dessa proteção, conforme Greco (2011, p. 3), não são os bens jurídicos, mas sim a garantia de vigência da norma, ou seja, o agente que cometeu um delito deverá ser punido para que se evidencie que a norma penal por ele violada está em vigor. Com isso, a utilização do aparato penal se volta para o controle de condutas danosas a interesses funcionais relevantes, independente de qualquer resultado concreto.

A respeito disso, Crespo (2004) afirma que atualmente o conceito de bem jurídico sofre uma crise que questiona a sua função de delimitar a intervenção penal, por entender legítima a incriminação de condutas “consideravelmente distantes da agressão ao bem jurídico, sem levar em consideração o critério do dano social da conduta, em nome de um exasperado pragmatismo da eficiência”.

Ademais, Prado (2003, p. 110) salienta a necessidade de buscar precisões maiores na definição de quais são os bens dignos de tutela penal no terreno social e na delimitação de seu conteúdo substancial, sem transgredir nenhum dos princípios fundamentais do Direito Penal, em especial o princípio da intervenção mínima. No Estado de Direito democrático, aduz o autor, é preciso valorar os bens jurídicos supraindividuais em razão do reflexo que possuem na seara individual, uma vez que não há preponderância de um sobre o outro.

Afirma o autor:

Isso para se evitar a perigosa tendência que tem quase todo Estado social de hipertrofiar o Direito Penal através de uma administrativização de seu conteúdo, o que se verifica quando se prima em excesso pela ordem coletiva (PRADO, 2003, p. 110)

Em linhas gerais, Silva (2010, p. 101) conclui que a adaptação do direito penal ao paradigma da sociedade de risco, em relação à ampliação da proteção penal a bens jurídicos supraindividuais, é caracterizada pela reformulação do modelo penal clássico pautado pela intervenção mínima e pelo predomínio de iniciativas político-criminais voltadas à prevenção de condutas supostamente perigosas ou lesivas, mesmo que independente de qualquer resultado concreto, a exemplo dos crimes de perigo abstrato, demonstrando um exagero no recurso a mecanismos de criminalização formal de condutas.

Ao lado da percepção pública dos fenômenos da sociedade de risco e do Estado preventivo, surge a tendência à criminalização de condutas criadoras de risco previamente à lesão de um bem jurídico pela crescente utilização dos crimes de perigo abstrato voltados à antecipação da tutela penal.

Greco (2011, p. 193) ensina que os delitos de perigo constituem uma antecipação da punição levada a efeito pelo legislador, a fim de que o dano seja evitado. Pune-se um comportamento tido como perigoso, procurando-se evitar a ocorrência de seu resultado danoso, que será castigado mesmo que nenhum dano tenha se concretizado.

Segundo Silva (2010, p. 103), os crimes de perigos podem ser classificados em delitos de perigo concreto (desvalor do resultado) ou de perigo abstrato (desvalor da ação). No primeiro caso, a consumação do crime se dá com a efetiva ocorrência da situação de perigo para o bem jurídico. Ao contrário, no segundo caso, o perigo é inerente à ação, por uma opção do legislador fundamentada na ideia de probabilidade. Pune-se a realização de determinada conduta presumidamente perigosa, ainda que inexistente a configuração de um efetivo perigo ao bem jurídico.

Embora os delitos de perigo sejam semelhantes, do ponto de vista técnico, com os delitos imprudentes, Crespo (2004) afirma que estes se revelam insatisfatórios na incriminação de condutas que ameaçam bens jurídicos coletivos, uma vez que o agente que age culposamente não acredita na produção do resultado danoso.

Com efeito, a opção pela utilização dos crimes de perigo abstrato voltados à antecipação da tutela penal revela-se mais adequada e eficiente para a proteção de bens jurídicos supraindividuais, segundo Silva (2010, p. 103), por ser pertinente com a complexidade e a indeterminação da relação de causalidade entre a conduta e o risco, de modo a facilitar a reação jurídico-penal às incertezas da sociedade mundial de risco.

Importante ressaltar, de acordo com Silva (2010, p. 103), que estes delitos são considerados exceções no modelo de direito penal clássico, fundado no princípio da lesividade que se traduz na impossibilidade de atuação do Direito Penal caso um bem jurídico relevante de terceira pessoa não esteja sendo efetivamente atacado.

A proliferação dos crimes de perigo abstrato na sociedade de risco, segundo Crespo (2004), é justificada a partir dos anseios da sociedade na busca por segurança e na necessidade de tutela preventiva de bens jurídicos supraindividuais diante da gravidade das fontes de ameaça tecnológicas que podem ter consequências imprevisíveis, incalculáveis e de potencial destrutivo avassalador.

Nesse domínio, Jakobs defende a incriminação de um estado prévio à lesão de um bem jurídico na prevenção da ocorrência de resultados danosos. Para o autor, as antecipações da punibilidade ampliam os limites do permitido para a prevenção e encontram fundamento no próprio princípio da proteção de bens jurídicos:

Esse princípio induz a crer na legitimação de tudo aquilo que pode ser posto em uma relação positiva com o conceito de bem jurídico. O que com razão pode ser qualificado como um ataque perigoso a um bem jurídico tem que ser, segundo parece, socialmente nocivo (...) O autor vem definido tão-somente pelo fato de que pode constituir um perigo para o bem jurídico, com o acréscimo de que cabe antecipar, potencialmente sem limite algum, o começo de tal perigo. O autor não tem nenhuma esfera privada, nenhum âmbito para uma conduta ainda não socialmente relevante, sendo somente uma fonte de perigo ou, em outras palavras, inimigo do bem jurídico (JAKOBS, 2003, p. 110)

Por sua vez, como consequência do desenvolvimento desse critério que identifica como ponto de partida a proteção de bens jurídicos, o autor defende que os pensamentos perigosos de autores potenciais e as fontes de onde surgem esses pensamentos perigosos também deveriam ser combatidos penalmente.

Jakobs (2003, p. 110) explica que a definição do autor como inimigo do bem jurídico, no tocante ao combate dos sinais prematuros de perigo, deve contrapor-se a uma definição do autor como cidadão, ou seja, aquele que dispõe de uma esfera civil interna e que não pode ser castigado por aquilo que pensa.

Na visão de Jakobs (2003, p. 114), o Estado deve tratar como

inimigo aos que não concede o *status* de cidadão, de modo a tornar útil a proteção de bens jurídicos, ao ceder uma parte de sua esfera interna. Afirma o autor que essa diminuição do sujeito se diferencia nitidamente do direito penal dos cidadãos, porque “o direito penal de inimigos otimiza a proteção de bens jurídicos, o direito penal de cidadãos otimiza as esferas de liberdade”.

Para que o direito penal de inimigos possa ser legitimado como um “direito penal de emergência”, segundo Jakobs (2003, p. 143), é necessário proceder à sua estrita separação do direito penal de cidadãos e dos preceitos penais a ele relacionados, de modo que “não exista perigo algum de que possa se infiltrar por meio de uma interpretação sistemática, ou por analogia ou por qualquer outra forma no direito penal de cidadãos”.

Portanto, infere-se que a tentativa de regulação de setores sensíveis aos novos riscos tecnológicos, como a energia nuclear, a tecnologia da informação, a ordem socioeconômica, o meio ambiente, as investigações biomédicas, a produção alimentícia, dentre outros, é enfatizada sobre uma segurança antecipatória que se aproxima do direito penal do inimigo, na acepção concebida por Jakobs, de modo a permitir um amplo adiantamento da punibilidade, mesmo que para isso seja necessária a supressão de garantias processuais individuais.

Complementando a questão da ampliação dos espaços de risco jurídico penalmente relevantes e da antecipação de punibilidade, evidenciam-se também os delitos cumulativos ou de acumulação, que consistem na possibilidade de sancionar penalmente uma conduta individual, ainda que ela, por si só, não se revele lesiva ao bem jurídico, se essa mesma conduta possa ser realizada por outros sujeitos, de modo a lesionar o correspondente bem jurídico tutelado.

Em outras palavras, Silva explica que

De acordo com esta espécie de incriminação, se, de um lado, cada ação praticada de forma isolada seria insignificante ou de pouca monta para colocar em perigo ou lesionar o bem jurídico, de outro, na hipótese de realização massiva e generalizada dessa mesma conduta, ter-se-ia um montante global apto a resultar perigoso ao bem jurídico supraindividual (SILVA, 2010, p. 103).

Assim, em alguns casos, somente se constatará a lesão ao bem jurídico supraindividual, a exemplo do meio ambiente, levando em consideração não somente a conduta isolada de um agente, mas o

acúmulo dos resultados de várias condutas realizadas na mesma direção.

A tese a respeito dos delitos de dano cumulativos, segundo a autora, foi desenvolvida por Lothar Kuhlen (1993), a partir da verificação de que muitos dos resultados lesivos aos bens jurídicos supraindividuais eram resultados da acumulação de efeitos decorrentes de ações repetitivas praticadas em massa. Por isso que se pune uma conduta isolada, mesmo sem resultado aparente.

Destaca Silva (2010, p. 104) que esta espécie de criminalização antecipa a tutela penal, uma vez que, se consideradas as condutas isoladamente, não seria o caso de utilizar-se o Direito penal, mas sim o Direito administrativo ou Direito sancionador, responsável por sancionar os atos ilícitos administrativos que representam um perigo para o modelo setorial de gestão.

A esse respeito, Silva Sánchez (2002, p. 116) discorre sobre este fenômeno de “administrativização” do Direito penal, apresentando a distinção entre o Direito Penal e o Direito administrativo-sancionador:

O primeiro persegue a proteção de bens concretos em casos concretos e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto impróprio. O segundo persegue a ordenação, de modo geral, de setores da atividade (isto é, o reforço, mediante sanções, de um determinado modelo de gestão setorial). Por isso não tem que seguir critérios de lesividade ou periculosidade concreta, senão que deve preferencialmente atender a considerações de afetação geral, estatística; ainda assim, não tem por que se tão estrito na imputação, nem sequer na persecução (regida por critérios de oportunidade não de legalidade).

O autor, complementando a concepção de Beck, a respeito da passagem da sociedade industrial para a sociedade de risco, identifica que a configuração do risco se dá a partir de pequenas condutas, mas com grandes efeitos cumulativos, de modo silencioso e que dificulta a delimitação de suas causas, a exemplo das grandes catástrofes ecológicas.

Em verdade, se a lesividade ao bem jurídico somente ocorrerá ao considerar-se a soma de várias ações, o agente será punido por uma conduta que, por si só, não causou lesividade, revelando uma clara

afronta aos princípios jurídico-penais da culpabilidade, da lesividade e da proporcionalidade.

5 Conclusão

1) Com base na teoria social de Ulrich Beck, foi desenvolvido o paradigma do risco e a figura da sociedade de risco. A sociedade foi examinada sob a perspectiva do risco, pela qual a produção social de riquezas vem acompanhada pela produção social de riscos. O risco é um conceito moderno e um produto histórico ocasionado pelo superdesenvolvimento das forças produtivas, de modo a afetar um número globalmente um indeterminado de pessoas, independentemente do poder aquisitivo. A sociedade de classes teria como ideal a solidariedade na luta contra a desigualdade social. A sociedade de risco teria como solidariedade a luta contra o medo e a insegurança.

2) No atual estágio de desenvolvimento científico-tecnológico (Beck), as forças produtivas humanas impulsionadas pelo capitalismo, exponencialmente crescentes, desencadeiam uma superprodução de riscos e potenciais de autoameaça da vida no planeta, sob todas as suas formas, em níveis ainda desconhecidos. Referem-se, por exemplo: às mudanças climáticas, catástrofes ecológicas, desmatamentos em âmbito global, contaminação nuclear, crises econômicas mundiais, terrorismo, armas de destruição em massa, enfermidades civilizacionais, proliferação de armas nucleares, entre inúmeros outros. Nesse cenário, o potencial de autoameaça da civilização faz com que a utopia de uma sociedade global se torne uma realidade.

3) O Direito Penal, como meio de controle social mais grave posto à disposição do Estado, sofreu o impacto do novo paradigma. Sob o enfoque da política criminal, no atual contexto da sociedade de risco, pôde-se constatar a necessidade de uma reformulação do direito penal clássico e de seus fundamentos de ordem dogmático-jurídica diante do surgimento de novos bens jurídicos peculiares desta sociedade contemporânea globalizada.

4) Na dinâmica dessa sociedade, prepondera uma expectativa social de eliminação e controle dos riscos originados pelo progresso tecnológico e pelo crescente desenvolvimento das forças produtivas que, ao pretender expandir o âmbito do punível, ocasiona variados pontos de atrito com a dogmática penal tradicional e notadamente com o sistema

garantista. O expansionismo coexiste e se confronta com as posturas político-criminais que defendem um direito penal mínimo, dentre as quais o abolicionismo, o reducionismo e o garantismo.

5) A sociedade de risco gera o sentimento de insegurança e medo que enseja uma inflação punitiva decorrente da proliferação legislativa. A legitimidade e o custo da intervenção devem ser sopesados, e afastada a realização de um controle simbólico ao invés do instrumental. O Direito Penal expandido tem como características: a) criação de novos bens jurídico-penais; b) ampliação dos espaços de risco jurídico penalmente relevantes; c) crescente utilização de crimes de perigo abstrato e delitos cumulativos; d) outros fenômenos expansivos.

6) O Direito Penal só deve preocupar-se com a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade, em respeito aos limites da intervenção mínima e da proteção subsidiária dos bens jurídicos. O Direito Penal do risco mostra sua face expansionista ao transpor o modelo de delito de lesão concreta a bens individuais para o modelo de perigo abstrato de bens jurídicos de conteúdo vago e titularidade difusa. O modelo típico expansionista gera preocupações ligadas à relativização dos princípios da legalidade, lesividade, proporcionalidade, intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade, entre outros.

7) Adotar uma teoria preventiva e assentada normativamente possibilita a construção de um Direito Penal desconectado de suas raízes cravadas na realidade que poderia voltar-se contra os inimigos dos homens de bem, na acepção “direito penal do inimigo” concebida por Jakobs, que pretende otimizar a proteção de bens jurídicos, ao contrário do direito penal de cidadãos que otimiza as esferas de liberdade.

8) De outro lado, para responder ao desafio de adequação do direito penal liberal ao paradigma da sociedade de riscos, duas frentes se destacam (Silva): de um lado, aqueles que defendem a expansão e o alargamento de um direito penal inspirado no funcionalismo e capaz de enfrentar a criminalidade oriunda da sociedade de risco, e, de outro, aqueles que defendem um sistema criminal democrático, contrários à relativização, ainda que mínima, de princípios de índole liberal, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana.

9) Nos debates entre as teses expansionistas e garantistas do Direito Penal, surge uma corrente intermediária ou de expansão moderada, apontada como possíveis soluções do Direito Penal no enfrentamento dos novos riscos, representada pela defesa de um direito penal de a)

“dupla velocidade” (Silva Sánchez): dentro do sistema penal, mais célere e menos garantista quando se trata das infrações para as quais não esteja prevista a pena privativa de liberdade; mais lento – e garantista – quando se trata dos delitos para os quais não é prevista a pena de prisão; ou de um “direito de intervenção” (Hassemer): fora do sistema penal, é mais ágil e menos garantista.

10) O direito penal de dupla velocidade de Silva Sánchez propõe uma configuração dualista partindo de duas premissas: a primeira consiste na modernização do Direito Penal, caracterizada pela expansão e pela flexibilização de princípios político-criminais; a segunda consiste na negação de uma volta ao Direito Penal clássico, que, em tese, nunca existiu (MACHADO; GIÁCOMO, 2009, p. 43).

11) Hassemer, por sua vez, diferentemente do modelo de Silva Sánchez, propõe a criação de uma nova seara de tutela, localizado entre o direito penal e o direito administrativo, denominado “direito de intervenção”, mais apto para lidar com as situações da sociedade de risco, responsável por atuar de modo preventivo, dispondo de sanções menos intensas que as sanções penais tradicionais, renunciado, pois, à imposição de penas privativas de liberdade:

12) Para que o fenômeno de modernização do Direito Penal represente uma verdadeira evolução e não um retrocesso (Crespo), é preciso realizar-se em escrupulosa obediência às garantias do Estado de Direito, e não sob o influxo das exigências de segurança de uma sociedade que não conhece critérios de razoabilidade a respeito da intervenção penal, porque, caso contrário, essa intervenção não poderá ser considerada legitimada constitucionalmente.

13) Por todo o exposto, bem se vê que o grande desafio que se instaurou no âmbito deste trabalho, a partir da ideia do direito penal na sociedade de risco, consiste na construção de um novo sistema jurídico-penal que harmonize os anseios de uma política-criminal protetiva contra os riscos, com a preservação das liberdades e garantias penais asseguradas constitucionalmente no Estado Democrático de Direito.

Referências

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Reflexões: política e direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Do direito penal liberal ao direito penal do inimigo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 9-37, 2004. Disponível em: <<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Eduardo%20Demetrio/Eduardo%20Demetrio%20CrespoDo%20Direito%20Penal%20Liberal%20ao%20Direito%20Penal%20do%20>> Acesso em: 20 ago. 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

DINIZ NETO, Eduardo. Sociedade de risco: direito penal e política criminal. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 5, n. 2, p. 202-220, 2010.

DREIFUSS, René Armand. *A época das perplexidades: mundialização, globalização e planetarização: novos desafios*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JAKOBS, Gunther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Fundamentos do direito penal*. Tradução André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Canciό. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson Cívitas, 2003.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula; GIACOMO, Roberta Catarina. Novas teses dogmáticas jurídico-penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade do risco. *Revista Liberdades do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 2, p. 39-55, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: _____. *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, p. 25-26, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jésus Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Série “As ciências criminais no século XXI”, v. 11.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. *Revista Liberdades do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 5, p. 85-115, 2010.