

DIREITO PENAL DO RISCO E A CRISE DA MODERNIDADE¹

Wallace da Silva Dantas²
João Batista Machado Barbosa³

RESUMO

Aborda-se a discussão da necessidade e legitimidade da expansão do Direito Penal na tutela dos bens jurídicos supra-individuais. Para tanto, utiliza-se o método científico-exploratório, fazendo-se uma análise da evolução do Direito Penal desde os tempos mais remotos até os mais atuais. Verificam-se as razões político-criminais, embasadas no modelo da sociedade do risco, fazendo-nos compreender com bastante clareza a necessidade imperial de se expandir o Direito Penal com escopo de abarcar certas condutas lesivas aos bens jurídicos supra-individuais, o que não está sendo possível com a utilização do Direito Penal Clássico. Será abordado, além disso, algumas sugestões com o escopo de se tentar amenizar essa crise da modernidade.

Palavras-chave: Expansão do Direito penal - Sociedade do risco e direito penal do risco

DERECHO PENAL DEL RIESGO Y LA CRISIS DE LA MODERNIDAD

RESUME

Se acerca a la discusión de la necesidad y la legitimidad de la expansión del derecho penal en la protección de los intereses jurídicos individuales supra. Para ello, se utiliza el método científico, de exploración, haciendo un análisis de la evolución del Penal directa desde los primeros tiempos de la más actualizada. No son las razones político-criminales, basado en el modelo de la sociedad del riesgo, lo que nos entendemos muy claramente la necesidad de ampliar el Código Penal Imperial de alcance para abarcar ciertas conductas perjudiciales para los intereses jurídicos supra-individual, que no es posible con el uso de la obra clásica del Derecho Penal. Se abordarán, además, algunas sugerencias con el objetivo de tratar de aliviar la crisis de la modernidad.

Palabras clave: Expansión del Derecho Penal - Sociedad del riesgo criminal y el riesgo.

¹ Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de **Bacharel em Direito** da FARN.

² Acadêmico do curso de direito da FARN. e-mail: ws_dantas@yahoo.com.br

³ Prof. Esp. do curso de graduação de direito da FARN.

1 INTRODUÇÃO

A elaboração do presente trabalho científico tem por escopo trazer a discussão algumas considerações que faz com que se creia que o direito penal, com seus métodos ultrapassados de controle, tem sido considerado ineficiente para atender as necessidades da nossa sociedade, considerada na atualidade como sendo uma sociedade marcada pelo risco.

Como se sabe o crescimento do conhecimento tem avançado de uma forma assustadora. É lógico, que isso só tem sido possível graças ao avanço tecnológico, a invenção da internet, a globalização e outras inovações nunca antes imagináveis que, apesar de trazerem consigo uma onda avassaladora de novas oportunidades econômicas, trouxeram igualmente uma vasta gama de conseqüências desconhecidas e incalculáveis. É justamente aí onde se encontra a razão deste trabalho.

Vive-se numa era em que o avanço tecnológico trouxe a baila o aparecimento de novos e imprevisíveis riscos, levando a insegurança a níveis extremos. O temor da sociedade a cerca de tais riscos tem levado a cabo muitas discussões a respeito de uma reforma penal com o objetivo de se tentar amenizar os efeitos colaterais que a busca desenfreada por lucros através das inovações técnicas tem trazido. A ganância por poder econômico tem trazido consigo uma grande variedade de novos crimes que em nosso direito penal até então não tem tipificação, colocando-o à prova.

O Direito penal clássico, que tutelava com maestria o bem jurídico individual já não responde satisfatoriamente a esse novo estágio de desenvolvimento social. Para tentar minimizar essa insegurança que tem assolado o corpo social subproduto dos riscos gerado pelas ações humanas na busca desenfreada por projeção no cenário econômico, um variado número de legislações extravagantes tem sido aprovadas ao longo dos anos. Nesse diapasão podemos citar como exemplo o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Desarmamento, Lei de entorpecentes, Lei do meio ambiente, dentre outras leis, na tentativa de diminuir os danos causados por esse fenômeno que tem assolado a vida não só da população brasileira, mas também mundial.

A atual conjuntura social acaba por mostrar, de certa forma, uma “falência” na eficácia do direito penal clássico frente a esses novos crimes até então desconhecidos, e é justamente aí que ganha força um novo direito penal. Um direito penal que busca tutelar não só bens jurídicos individuais, mas também os bens jurídicos difusos, que com os avanços tecnológicos tem sido ameaçado ao longo dos anos. Nesse contexto entra em cena o direito penal do risco,

na tentativa de minorar essa total incapacidade do Estado de gerenciar e controlar os efeitos colaterais que os avanços técnicos têm trazidos a sociedade.

Diante disso, o presente trabalho busca demonstrar que o Direito Penal Clássico já não satisfaz eficientemente as necessidades da sociedade moderna, sociedade essa marcada por riscos e insegurança fruto da globalização e das inovações técnicas. Esses riscos e perigos a partir da 2ª grande guerra passaram a ficar mais evidentes, fato que legitima a ação estatal no afã de controlá-los. Sendo assim, fica clara a necessidade e legitimidade de ação de um direito preventivo, um direito que busque tutelar esses bens postos a risco, um direito que se antecipe as danosas ações humanas que, como poderá ser demonstrado, não respeita nenhum limite de espaço e tempo.

Busca-se aqui demonstrar a imperativa necessidade de evolução do Direito Penal, com políticas criminais mais eficientes embasadas no modelo de sociedade do risco, com o escopo de abarcar novas condutas lesivas aos bens jurídicos supra-individuais, o que não está sendo possível com o Direito Penal Clássico. Para tanto se fará uma breve explanação histórica do Direito Penal para que, em seguida, se possa tratar da sociedade do risco e do Direito Penal do Risco. Ao final, será feita algumas sugestões afim de que seja amenizada essa sensação de insegurança que assola não só o povo brasileiro, mas a sociedade mundial como um todo.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

Ao longo dos séculos, desde os primórdios, a convivência entre os homens nunca foi sinônimo de harmonia, visto que “O homem não é absolutamente livre para fazer o que bem quiser” (TELES. 2006, p. 1). Diante disso, surge o Direito Penal, com o escopo de promover ou tentar promover um convívio humano pacífico.

Esta norma punitiva tem sofrido durante a sua existência, desde os tempos mais remotos até a sociedade hodierna, diversas modificações na tentativa de se adequar a dinâmica social a qual está intimamente ligada. Diante disso, “quando um comportamento desviante ofende bens fundamentais ao ser humano e à sociedade, se faz necessária a interferência do direito com o fito de restabelecer, da melhor e mais eficaz maneira possível, a paz social” (REVISTA ELETRÔNICA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, 2009, p. 2).

Com esse intuito, qual seja, de acompanhar de perto a dinâmica social, o Direito Penal tem se dividido em três períodos distintos a saber:

1ª. Período primitivo ou Período da vingança;

2ª. Período Humanitário e

3ª. Período Científico Contemporâneo

Não cabe aqui neste trabalho a análise pormenorizada de cada período, contudo, necessário se faz esclarecer que há uma convivência entre uma período e outro, de forma que se extrai que a divisão constitui apenas um instrumento didático. Então, ficaremos satisfeitos em tecer apenas breves considerações.

2.1. Período Primitivo ou da Vingança

Iniciado nos primórdios da humanidade, se estende até o Século XVIII. Neste período, não havia senso de justiça. Normalmente, quando ocorria uma ofensa a integridade de um indivíduo por outro, a resolução utilizada era, pura e simplesmente, o revide a agressão sofrida.

Surge neste período a Lei do Talião, a qual se resumia na máxima seguinte: “Olho por olho, dente por dente”. Sendo assim, toda vez que um cidadão, através de suas ações, atentasse contra a integridade física de outro cidadão, este detinha contra aquele o direito de fazer justiça com suas próprias mãos, de forma a proporcionar àquele que provocou o mal, um castigo semelhante, fazendo com que se encerre a idéia: Tal crime, tal pena.

Três foram as fases de evolução do período em análise, quais sejam:

- Fase da Vingança Privada;
- Fase da Vingança Divina e
- Fase da Vingança pública.

É interessante que se faça, mesmo que breve, algumas considerações sobre cada uma delas.

2.1.1. Fase da Vingança Privada

Momento histórico caracterizado pelo revide desproporcional à agressão sofrida. A justiça feita pelas próprias mãos não guardava relação de igualdade ao mal sofrido. Não raro

que tais revides fossem dirigidos aos membros da tribo do agressor e não propriamente a ele, o que comumente acabava por gerar uma resposta mais aspera.

Se a prática de agressão fosse endereçada ao membro do próprio grupo “a punição, em regra, era o banimento, conhecido como perda da paz, fazendo com que o infrator ficasse desprotegido, à mercê de tribos rivais.” (CAPEZ e BONFIM. 2004, p. 43).

2.1.2. Fase da Vingança Divina

Período teocrático da história do direito, sendo confundido mesmo com a própria religião, em que as penas eram impostas pelos membros da igreja, mais precisamente pelos sacerdotes.

Em tal momento, o crime era entendido com um pecado, o qual ofendia a Deus. O castigo divino, penas cruéis e bastantes severas, era o preço a ser pago por aqueles que se arriscavam a cometer crimes, os quais eram entendidos como uma afronta aos Deuses.

2.1.3. Fase da Vingança Pública

Durante esse período o Direito Penal foi largamente utilizado pelo soberano como ferramenta de coerção e dominação, sendo por muitas vezes entendido como um instrumento que favorecia os nobres em detrimento dos menos abastados.

O poder do soberano era absoluto e desmedido de tal forma que quaisquer condutas que achasse conveniente poderia ser considerada como criminosa. Fato que aterrorizava a população, posto que esta, de nenhuma segurança jurídica gozava. Nos ensina a doutrina (GOMES. 2007, p.85):

Da justiça criminal, na maior parte do 2º milênio (mais precisamente até o Iluminismo, que eclodiu na segunda metade do século XVIII), encarregou-se a Igreja, os Senhores Feudais (prepotentes e arbitrários) e os Governos Absolutos ou Monárquicos (autoritários). Foi um Direito penal exageradamente cruel, desumano e não garantista, apesar da Great Charter de João Sem-Terra, de 15 de junho de 1215 (que somente valeu – quando valeu –, para os nobres; dela pouco, ou muito pouco usufruíram os plebeus).

As penas, também conhecidas por suplícios, eram por demais severas, seu objetivo, no entanto, era a segurança do monarca. Tais penas puniam muito mais o corpo do que a própria vida do miserável criminoso, como podemos perceber no trecho seguinte (FOUCAULT, 2010, p.9):

[Damien fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na Praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barriga das pernas, sua mão direita segurando a faca com o que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicaram chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas lançadas ao vento.

2.2. Período humanitário

Ocorrido entre 1750 e 1850, período da história conhecido como “Século das Luzes”. Marcado por conflitos de idéias entre os pensadores e os ideais absolutistas com o objetivo de romper com os convencionalismos e tradições vigentes, tendo como um dos maiores ícones na seara penal Cesare Bonessana, também conhecido como Marquês de Beccaria. Conforme nos ensina John Gilissen (2003, p. 368),

O italiano Cesare BECCARIA (1738-1794), teve grande influência na modernização do Direito Penal. Escreveu o livro *Dei delitti e delle pene* (Dos delitos e das penas) (1764) com a idade de 25 anos publicou-o como um panfleto anônimo. Novamente publicado pouco tempo depois com um comentário de Voltaire, a obra rapidamente conheceu o sucesso e foi traduzida na maior parte das línguas européias. Sob a influência do *Contrat Social* de Rousseau, Baccaria imagina um sistema jurídico no qual cada um deve ceder uma parcela da sua liberdade – tão mínima quanto possível – ao soberano, em troca da manutenção da ordem por este último. O soberano não pode abusar do seu direito de punir, os factos são apenas puníveis se a lei os considerar como infracção; é a proclamação da legalidade dos delitos e das penas; é o adágio *nullum crimen, nulla poena sine lege* que, embora expresso em latim, nada tem de romano. A pena deve ser proporcional ao mal a reprimir; a tortura e a pena de morte não poderiam ser toleradas.

Tal período trazia como ideal a simplicidade da lei penal, de forma que seu entendimento fosse claro e escrita em língua pátria para que todos pudessem dela entender. Outrossim, deveria ser a pena severa o mínimo possível, sendo somente necessária para combater a criminalidade. Retratando dessa forma uma pena mais humana possível.

2.3. Período Científico

Tal período do Direito Penal, também conhecido por período criminológico, traz como pedra fundamental a investigação do criminoso, assim como as causas que o levaram a cometer o delito. Um dos maiores pensadores desta época foi César Lombroso, autor da obra *L'umo delinquente*. De acordo com Lombroso, os indivíduos que nascessem com determinadas características morfológicas e de personalidade deveriam ser considerados criminosos natos, iniciando assim uma interpretação do crime como sendo uma manifestação de fatores biológicos do agente.

Sua teoria caiu por desuso, pois, verificou-se que muitos dos criminosos da época não tinham ao menos uma das características ditas por Lombroso como se fossem aquelas que morfologicamente caracterizariam o criminoso nato. Além do mais, muitas pessoas que possuíam tais características nunca, em toda sua vida, cometeram quaisquer crimes que seja, tornando assim desacreditada tal teoria.

3. O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO

3.1. A Sociedade do Risco

Numa era em que o homem pensa poder controlar tudo e todos, a razão técnico-científica, pretensiosamente, parece querer buscar o domínio da natureza como forma do controle humano sobre a totalidade das coisas. Contudo, nesta tentativa frustrada, a

modernidade encontrou o seu fim, paradoxalmente, em si mesma, fenômeno que tem sido chamado por alguns estudiosos de modernidade reflexa. Ulrich Beck (1997, p.12) a classifica como sendo um novo tipo de modernidade resultante dos perigos gerados pela própria modernidade para si mesma. Neste sentido revela Roberta Catarina Giacomo (2009, p.10):

Verifica-se que a expansão [do Direito Penal] foi oriunda de algumas causas. A primeira delas é o desenvolvimento tecnológico que no primeiro momento se traduz pelo conceito de modernidade simples, motivado pelo incremento de tecnologias em benefício do bem-estar social, mas que trouxeram consigo diversos fatos não previstos, e que posteriormente se traduziram como ameaças às formas de vida na Terra.

A constatação destas ameaças traduz-se no conceito de modernidade reflexiva, em que se passou a observar os efeitos secundários do desenvolvimento tecnológico. A constatação do perigo enquanto conteúdo real tem importância fundamental, porque se verificou que eles não respeitam fronteiras, classes sociais ou gerações futuras.

Esses efeitos secundários trazidos pelo avanço da técnica com escopo de se trazer um bem-estar social acaba por tornar nossa sociedade insegura face os riscos ora enfrentados, produtos dessa modernidade tanto buscada.

A globalização associada ao desenvolvimento tecnológico desmedido, motivado pela busca constante de um bem-estar social e pela ganância por posições de relevo no cenário econômico, trouxe consigo uma gama de riscos nunca antes imaginados capazes de colocar em perigo até mesmo a vida na terra. Surge assim a chamada Sociedade do Risco derivada “do desdobramento dos processos modernizantes e da omissão em face dos perigos trazidos pela industrialização e transformação da natureza a qualquer preço”, conforme nos ensina Carlos Alberto do Carmo (2008, p.317).

É justamente neste contexto que surge a Sociedade do Risco, como sendo o produto, isto é, o resultado desta modernidade. Explica Carlos Alberto do Carmo que tal sociedade surge do desdobramento de processos modernizantes que, objetivando a transformação da natureza, são omissos aos perigos trazidos pela industrialização.

Devido a Sociedade Industrial olvidar os perigos que ela mesma trazia consigo na busca constante e irresponsável por dinheiro e poder que veio a tona a Sociedade do Risco, definida por BECK (1997, p.15) como sendo “uma fase da Sociedade Moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para controle e proteção da Sociedade Industrial”. Continua BECK a ensinar que

A Sociedade de risco não é uma opção que se pode escolher ou rejeitar no decorrer de disputas políticas. Ela surge na continuidade dos processos de modernização autônoma, que são cegos e surdos a seus próprios efeitos e ameaças. De maneira cumulativa e latente, esses últimos produzem ameaças que questionam e finalmente destroem as bases da sociedade industrial.

Beck (1997, p.15) acredita que, diante das circunstâncias, a ciência não está em condições de reagir adequadamente a essa nova realidade, perdendo o seu papel fixador do paradigma de conhecimento. Entretanto, o que se sabe é que os riscos não vieram a existir agora, contudo, a partir da 2ª guerra mundial eles passaram a ser percebidos com maior intensidade.

Talvez, em outra óptica, não seja a percepção do risco que tenha aumentado, mas a crença na técnica e na ciência que tenha sido mitigada a ponto de trazer o medo. Pode ser, inclusive, que a baixa tolerância ao medo tenha sido transmitida pelos meios de comunicação de massa, os quais trazem a tona certa idéia da realidade que nem sempre leva a percepções exatas, causando, com isso, uma sensação de impotência, medo ou vitimização (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 37, 42 e 45).

Nesse sentido, o pensamento de Prittwitz (apud MENDOZA BUERGO. 2001, p.66) tem certa lógica. De acordo com ele, há um certo alarme social desnecessário e desmedido, visto que há um aumento nos padrões de segurança relativos a todos os domínios da vida humana, o que o faz concluir que, diante disso, nunca fomos tão seguros, apesar dos riscos existentes.

Evers (Apud MENDES, 1987, p.52), dentro desse contexto, aduz que os riscos realmente existem, mas podem ser contabilizados e domados, podendo ser transformados em riscos manejáveis, sendo, dessa forma, possível se conviver com eles.

É imperioso salientar ainda que os riscos criados ou trazidos pelo avanço da técnica derivam, na sua maioria, de decisões de cidadãos como nós que, muitas vezes, com o escopo de se conseguir uma forma de se produzir mais lucros e gerar mais riqueza acaba, através dessa conduta irracional do ponto de vista do risco, trazendo efeitos colaterais irreversíveis à sociedade. Sendo assim, com a finalidade de se minimizar os danos causados por tais condutas é que se busca a utilização emergencial do Direito, como uma espécie de escudo

protetor que protege ou tenta proteger a sociedade do mal criado por ela mesma. Neste sentido Silva Sánchez (apud MORAIS, 2004, p.146) alerta que:

[...] para aqueles que alimentam a idéia da “Sociedade do Risco”, o que se acredita é que boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém de decisões que outras pessoas adotam, as quais surtem efeitos apenas para o futuro e que são derivadas de aplicações técnicas de desenvolvimentos industriais. A partir daí, ocorre uma mobilização para que o Direito abarque tais situações em suas disposições com a finalidade de proteger os cidadãos destas ameaças que não são visíveis e que ultrapassam fronteiras e tempo. Este problema não está somente nos que geram o risco, mas também naqueles que o distribuem.

No que tange a essa nova sociedade pós-industrial globalizada, na qual as ações humanas produzem efeitos para o futuro, tem-se a definição de Figueiredo Dias (2001, p. 158):

Uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, se revela susceptível de produzir riscos também eles globais ou tendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em tempo e em lugar largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da “vida”.

Pensando da mesma forma Diego Romero (2010, p. 103) revela que “acima de tudo, o termo risco sempre está diretamente associado a decisões humanas, as quais quando tomadas estão presas num tempo e apesar disto arquitetam efeitos num futuro que não se conhece – nem se pode conhecer - de maneira suficiente”.

Por outro lado, observando o aspecto econômico do risco, tomamos nota do grande negócio trazido por ele. “A própria Sociedade Industrial produz, com aproveitamento econômico dos riscos causados por ela, as situações de perigo e o potencial político da sociedade”, aduz Carlos Alberto do Carmo (2008, p. 317). Um negócio “da China” dada a sua lucratividade.

Em razão disso, não se pode deixar a classe industrial poluir o nosso meio sob o pretexto de trazer mais tecnologia e bem-estar. Sendo assim, essa dependência do homem para com a indústria deve ser combatida para que a poluição seja reduzida gradativamente até que se possa chegar realmente a um desenvolvimento sustentável, o contrário do que tem sido feito nos dias de hoje. Toleram-se um mínimo de poluição, mas esse mínimo não degrada o

meio e não põe em risco nossas gerações futuras? Até que ponto se pode deixar que isso aconteça sob a óptica de que quem polui pouco não polui?

Falando em potencial político do risco, é notório que a Globalização, fundada nos pressupostos da ideologia econômica liberal, trouxe a reboque um alarmante quadro de exclusão social. Com o escopo de se esconder tal consequência, o Direito Penal, através da inflação de normas, pode está sendo utilizado como ferramenta de criminalização da miséria, ou poderíamos dizer criminalização dos excluídos, aumentando sobremaneira o aparelho repressor do estado, em detrimento do Estado Econômico e Social (Estado este que deveria ser Democrático de Direito). Isto tem sido uma jogada de mestre, pois não há nada melhor para servir de capital político do que a repressão à criminalidade, deixando em segundo plano, se é que este existe, a resolução dos problemas sociais de maior complexidade.

Diante do exposto e analisando a sociedade sob o paradigma do risco, nota-se que atrelada a todo avanço tecnológico está também a produção do risco social. Percebe-se que associado a essa evolução da política criminal está latente a face de uma espécie de totalitarismo legítimo, o qual coloca cada vez mais em foco a desigualdade social, marginalizando a miséria. Neste sentido completa Cláudio Alberto Gabriel Guimarães (2004, p. 109):

O comportamento do Estado constitui, portanto, um claro paradoxo: remedia-se com “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado” econômico e social, que é a própria causa da escalada generalizada de insegurança. A segurança social foi subitamente relegada à mera dimensão criminal, para escamotear o que se convencionou chamar de ditadura sobre os pobres. Tudo isso reflete uma inexorável tendência de substituição de todas as outras formas de controle social – igreja, família, empresa, escola, etc. – pelo Direito Penal, o que muito agrada a indústria de controle dos delitos, pois lhe fornece vasta clientela.

Além do mais, o medo e a insegurança são transformados em capital político visto que, como diz Bauman (1999, p.126-127) “o que se possa fazer a respeito da segurança é incomparavelmente mais espetacular, mais visível, ‘televisível’, que qualquer gasto voltado para as causas mais profundas do mal-estar, mas – pela mesma razão – menos palpáveis e aparentemente mais abstratas”.

Nota-se que ainda não foi encontrada nenhuma maneira de controlar o medo em benefício da sociedade que não mitigue as suas garantias a tanto tempo conquistadas. A obsolência do Direito Penal Clássico frente a esses novos riscos torna imprescindível a

atuação estatal frente a eles de forma a se tentar impedi-los, o que não tem sido possível sem causar um dano colateral a sociedade.

Sendo assim, o medo e a insegurança, subproduto do risco, fazem com que a sociedade clame por mecanismos de controle e ordenamento social mais eficazes, sendo chamado a agir, dessa forma, o Direito Penal do Risco, um Direito Penal focado na prevenção das condutas humanas capazes de causar, num momento futuro, um dano incalculável ao nosso meio.

3.2. Direito Penal do Risco

Afirma Rogério Greco (2008, p. 4) que o Direito Penal tem como finalidade proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade. De acordo com o renomado penalista, o critério que define quais bens têm ou não importância de serem tutelados por este Direito repressivo é puramente político, visto que a sociedade evolui como o passar dos tempos e determinados bens que eram tidos como de fundamental relevância, merecendo, desta forma, a atenção do Direito Penal, hoje já não gozam desse status. Em contrapartida, outros bens que não possuíam tal relevância e importância, acabam por merecê-la.

É justamente em razão dessa dinâmica social que se tem percebido que o Direito Penal Clássico, com seus métodos ultrapassados de controle, não tem tido sucesso em realizar sua tarefa precípua, qual seja, a proteção dos bens sociais mais importantes e necessários à sociedade, em especial essa sociedade marcada pelo risco e pela insegurança. Visto que tais bens já não guardam a mesma conotação de antes. Outrora, os bens que recebiam tal proteção do nosso Direito eram bens individuais, hoje já não é mais assim. Os bens difusos, isto é, aqueles relativos à comunidade ou sociedade passaram também a ser elevados a bens de suma importância, diante disso, merecedores da tutela do Estado.

A globalização e à evolução técnico-científica com o escopo de se conseguir o controle humano sobre tudo e através disso angariar poder e riquezas, trouxe a reboque inúmeros efeitos colaterais a sociedade, fato que não tem conseguido ser administrado pelo Direito Penal Clássico, colocando-o em “xeque-mate”.

No calor dos avanços técnicos e da dogmática do risco, com o objetivo de se tentar antever, ou se possível evitar, os danos em escala global, causados por condutas individuais

ou coletivas ao corpo social é que se tem expandido a área de atuação do Direito Penal, a fim de que ela abarque campos que lhe eram estranhos até então, como meio ambiente, economia, manipulação genética, internet, relações de consumo, dentre outras.

Esta expansão trouxe maior flexibilidade e novos contornos a esta ferramenta repressiva do Estado, de modo a criar um novo Direito, o Direito Penal do Risco, também conhecido como Direito Penal da Globalização.

Essa modernização do Direito Penal caracterizada pela sua expansão e pela flexibilização de suas políticas criminais tornam impossível o retorno ao Direito Penal Clássico. Contudo, não podemos nos esquecer que o Direito Penal deve ser utilizado como *ultima ratio*, isto é, como limite à atuação estatal, porém, não podendo ignorar estas sensíveis transformações sociais, sob pena de perder sua função precípua de tutela dos bens jurídicos primordiais.

Esse estado de urgência externado pela Sociedade do Risco tende a se tornar um estado normal e traz consigo um novo tipo de risco, qual seja, a insegurança jurídica. Então, na tentativa de solucionar um risco acaba por causar outro. Diante disso, acabamos por nos deparar em um dilema: Será interessante garantir a segurança frente aos riscos em detrimento da segurança jurídica? Nesta atual conjuntura parece um mal necessário.

É sabido que uma intervenção penal pressupõe uma intromissão do Estado na esfera de liberdade do cidadão. Tal interferência só é tolerável quando estritamente necessária, como já descrito acima. Deste modo, tem-se um dos princípios basilares do Direito Penal, o da “Intervenção Mínima”, no qual, pressupõe que o Direito Penal só poderá ser buscado quando todas as outras instâncias de “controle” falharem.

Contudo, há um abandono a esse princípio quando o Direito Penal passa a prevenir as ameaças através dos crimes de perigo. Além disso, nesse afã de prevenção acaba-se por infringir um outro princípio basilar do Direito Penal, qual seja, o princípio da legalidade, o qual busca evitar o exercício arbitrário do poder por parte do Estado. Esta infração se dá quando a lei em vigor é dotada de expressões vagas ou quando se utiliza de normas penais em branco para tentar abarcar o imenso complexo de violações ao meio ambiente, já que é impossível descrever todas as situações que causam dano ao mesmo. Nesse contexto está o grande problema. Como se diz no ditado popular: “Descobre-se um santo para cobrir outro”, isto é, com o escopo de se tentar coibir as ameaças produto do avanço da técnica e da globalização, acaba por se subtrair do cidadão uma parcela significativa de sua liberdade.

Assim, um aumento da segurança frente ao risco ocasiona, em contrapartida, uma redução considerável das garantias dadas constitucionalmente pelo Estado ao cidadão. Em outras palavras poderíamos dizer que a consequência a essa prevenção dos riscos seria o fim do Sistema político Democrático e tendência ao totalitarismo legítimo.

Diante desse problema, o que não pode ocorrer é a utilização indiscriminada dessa expansão como uma fácil ferramenta a ser utilizada pelo Estado unicamente com o escopo de combater os problemas sociais de grande envergadura. Isto quer dizer que, como *ultima ratio*, a sua intervenção punitiva deve ser tão estrita quanto possível.

3.2.1. Propostas expansionistas

Diante dessa realidade assustadora, tem sido cogitado por alguns doutrinadores outras formas de resolução da problemática. Ao reconhecer a necessidade latente de novas propostas penais com escopo de se prevenir a expansão da criminalidade ROXIN (apud VALDÁGUA, 2002, p. 18-19) destaca o seguinte:

Na definição dos comportamentos que devem ser ameaçados com pena, foi efectuada uma deslocação da protecção individual para a protecção da coletividade (isto é, de toda a população ou de grandes grupos da população). Objecto de novas prescrições penais e de sentenças orientadoras passaram a ser predominantemente crimes antieconômicos, crimes contra o ambiente, responsabilidade pelo produto, grandes riscos industriais, tecnologia genética, tráfico de drogas e outra criminalidade organizada, bem como comportamentos similares sentidos como ameaças a toda a sociedade.

Continua ponderando:

Em tais crimes, freqüentemente, o bem jurídico protegido só é reconhecido de modo vago, pois os tipos penais, em vez de lesões concretas de bem jurídicos, descrevem perigos mais ou menos abstractos, situados ao âmbito prévio ao da produção do dano. A questão de se esta evolução é legítima e se conduzirá ou não ao afastamento de um Direito Penal orientado para a protecção de bens jurídicos, ou, pelo menos, à sua complementação por um amplo

Direito Penal da diminuição do risco, é tão controversa quanto a tese de que o Direito Penal se deve retirar destes domínios novos ou aumentados significativamente na sua importância e deve cingir ao clássico “Direito Penal Nuclear.

Conclui:

Em todo o caso, estes temas constituem um foco das modernas discussões político-criminais que estão longe de uma conclusão. Pode-se afirmar em geral que a acentuação das finalidades de prevenção geral conduz, em todos os domínios socialmente relevantes, a uma ampliação da punibilidade.

No sentido de demonstrar essas novas propostas trazidas a discussão com o escopo de se tentar solucionar esse grande problema da sociedade moderna acho oportuno trazer as palavras de Figueiredo Dias (2001, p. 168):

O que se afirmam é que não pode – nem deve – pedir ao Direito Penal que se arvore em instrumentos de tutela perante aqueles riscos, sob pena de nada ganhar em mais efectiva protecção penal e social e de muito (ou tudo...) se perder na persecução de uma defesa efectiva e consistente dos direitos, liberdades e garantias das pessoas que constitui o património ideológico inalienável do iluminismo penal. Para aquela protecção deve intervir, não o Direito Penal – sendo por isso de recusar *in limine* a pretensão de construir um “Direito Penal do Risco” – mas, outros ramos do Direito, nomeadamente o Direito Administrativo, e (porventura sobretudo) outros meios de controle social não jurídicos.

Esta utilização do Direito Administrativo (Direito de intervenção) como solução para alguns dos problemas trazidos pela dogmática do risco se mostra vantajosa, em especial, em situações de degradação ambiental com multas, o que, como afirma Márcia Elayne Berbich de Moraes (2004, p. 146), são bem maiores que aquelas referentes à esfera penal, e por isso, muito mais coercitivas.

Uma outra solução talvez fosse a sugerida por Hassemer (1993, p. 96-97) para o campo da nova criminalidade onde “não se aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação de liberdade e que, ao mesmo tempo, possa ter garantias menores”. De acordo com ele, este novo campo se situa entre o Direito Penal, o Direito Administrativo e o Direito dos atos ilícitos no campo do Direito Civil e Fiscal. Explicando a proposta de Hassemer, Márcia Elayne Berbich de Moraes nos ensina que neste novo campo a

doutrina penal clássica não seria utilizada, posto que esta se ocuparia apenas dos bens e direitos individuais, isto é, delitos precisos. Além do mais, continua o autor, que por ser o Direito Penal fundamentado na culpa impede o combate à moderna criminalidade com a criação de instrumentos mais eficientes.

Jesús-María Silva Sánchez, Catedrático de Direito Penal na Universidade Pompeu Fabra (2001, p. 159-162) apresenta o Direito Penal de duas velocidades como uma outra alternativa de solução dualista em que existem duas políticas criminais e duas dogmáticas jurídico-penais, na qual o modelo Clássico se mantém salvaguardado, contudo, tolera-se a flexibilização em alguns pontos.

De acordo com o renomado penalista o Direito Penal de primeira velocidade está adstrito ao Direito Penal Clássico, no qual se utiliza a pena privativa de liberdade e se mantêm as garantias individuais para o núcleo dos delitos individuais clássicos.

No Direito Penal de segunda velocidade os procedimentos mais formais e garantistas sofreriam uma certa mitigação, reduzindo-se dessa forma as garantias individuais em face do Estado. Os delitos de menor potencial ofensivo, aqueles que não guardam relação com perigo real a bens individuais, sustenta a mitigação desses procedimentos. Propõe assim SANCHEZ, a flexibilização das regras de imputação de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ampliação dos critérios de autoria ou da comissão por omissão, dos requisitos de vencibilidade do erro, bem como dos princípios político-criminais, que exemplifica como o “princípio da legalidade, o mandato de determinação ou o principio de culpabilidade”, Assim explica Silva Sanchez (apud Ivan Luís Marques)⁴.

Fernandes (2001, p. 100) sugere uma outra solução para paradigma do risco, qual seja, o Direito Penal Secundário, mesmo que este precise de certa conformação dogmática. Segundo o autor (apud MORAIS, 2004, p. 176), o Direito Penal Secundário se trata de um meio-termo entre o Direito Penal Clássico e o Direito Administrativo Sancionador (Direito de Intervenção) o qual tem como escopo dar respostas a infrações especiais e tutelar, fundamentalmente, direitos sociais e supra-individuais, permitindo a responsabilização de pessoas jurídicas, a caracterização de crimes de perigo e a flexibilização do princípio da legalidade com a adoção (respeitando certos critérios) das leis penais em branco. Este Direito, continua a autora, pode ainda ser chamado de Direito Penal assessório ou extravagante e possui como função purificar o ordenamento penal de todas as infrações que atentem contra

⁴ Direito Penal de Segunda Velocidade. [HTTP://atualidadesdodireito.com.br/ivanluismarques/2011/10/21/229/Acesso em 27 de out de 2011](http://atualidadesdodireito.com.br/ivanluismarques/2011/10/21/229/Acesso%20em%2027%20de%20out%20de%202011).

bens jurídicos ou não tenham uma justificativa para pena criminal. Figueiredo dias (2000, p. 44-45) o define assim:

[...] o Direito Penal Secundário é o conjunto de normas de natureza punitiva que constituem objecto de legislação extravagante e contêm, na sua generalidade, o sancionamento de ordenações de carácter administrativo. (...) é o campo por excelência de incriminações condicionadas em alta medida por exigências espaço-temporalmente bem definidas. Exigências que, visando sancionar a violação da ordem jurídico-administrativa estadual, reenviam em regra para esta no que toca à determinação – eminentemente mutável – do seu conteúdo, constituindo por isso com freqüência normas penais em branco.

Enfim, diversas são as soluções apresentadas denotando a face expansionista do Direito Penal caracterizado por vários fenômenos como: o acréscimo da utilização dos tipos de perigo abstrato e das normas penais em branco; a dilatação do Direito Penal a novos ramos em correspondência com a supra-individualidade de novos bens jurídicos; a flexibilização dos critérios de imputação e etc.

Assim, diante dessa expansão, podemos perceber uma tendência ao adiantamento da tutela penal a um momento anterior ao início da execução, como normalmente era considerado na elaboração do conceito clássico do *inter criminis* delineando, dessa forma, um Direito Penal preventivo, no qual, leva por um lado, a freqüente utilização a formulação de delitos de perigo abstrato e, de outro, a configuração de novos bens jurídicos universais.

Esse adiantamento da proteção penal gera um grande impacto ao Direito Penal, visto que, as bases deste direito centrada nos princípios da lesividade e ofensividade acabam por serem mitigadas, visto que quebra a antiga estrutura do Sistema Penal que se dava com a utilização dos crimes de lesão. Contudo, diante da atual realidade em que nos encontramos as antigas técnicas não estavam possibilitando o controle de causa/efeito, além do resultado insatisfatório que os crimes de delitos traziam à contenção dos riscos.

Parece não haver outra saída senão a transição do modelo de delito de resultado clássico para o modelo de delito de perigo através de normas de comportamento reforçadas com sanção. A proibição de ações perigosas talvez traga um efeito colateral menos danoso a sociedade do que os resultados de uma ação lesiva aos bens jurídicos coletivos.

Diante disso, não tem como voltar atrás aplicando o Direito Penal Clássico na tentativa de sanar ou minimizar os efeitos do avanço da técnica e da globalização, pois como visto, restou claro a impotência desse Direito repressivo face a atual conjuntura. O direito Penal do

Risco veio para ficar, posto que ignorar esta necessária modernização no Direito Penal talvez conduza o corpo social a um túnel sem saída.

Enfim, é interessante citar aqui algumas soluções encontradas no afã de modernização do Direito Penal voltada ao objetivo de se tentar minimizar os danos causados por esta sociedade do risco. Lista-se:

- 1º) Ampliar a tutela penal a bens jurídicos difusos, fato que o Direito Penal Clássico não conseguia administrar;
- 2º) Dilatar e antecipar a tutela penal, através da flexibilização do princípio da intervenção mínima, mediante o uso habitual dos tipos de perigo abstrato;
- 3º) Repensar os conceitos de culpabilidade para abranger não só as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas – neste sentido, ver a Lei nº 9.605/98, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais.
- 4º) Ampliar a moldura penal com o acréscimo da tipificação de condutas a título de perigo, além do emprego de determinadas técnicas legislativas que, devido a imprecisão conceitual, também aumentaram o espectro de atuação à inexatidão conceitual.
- 5º) A formulação de tipos indeterminados e de normas penais em branco, trazendo largas referências as dispositivos administrativos, além da utilização de conceitos amplos para a redação dos preceitos normativos, permitindo que o Direito Penal abranja uma série cada vez maior de situações mesmo que isso traga uma flexibilização ao princípio da legalidade e uma diminuição das garantias individuais face ao Estado.

4. Conclusões

É notório os danos causados pelos riscos trazidos pela sociedade moderna somados a impotência do Estado através dos seus métodos ultrapassados de controle de se fazer frente a esses riscos o que tem ocasionado um colapso no sistema jurídico posto. Esse colapso traz consigo a grande necessidade de mudança de paradigma criminal. É imperiosa a necessidade de atuação Estatal com o escopo de se tentar impedir ou pelo menos minimizar os danos causados ao corpo social, danos esses produto dos avanços da técnica e da globalização.

É necessário que o Direito Penal, como ciência jurídica, acompanhe a dinâmica social e que o Estado aprenda a administrar essa dinâmica por meio de uma modernização do seu aparelho repressivo, não só através de uma mudança na metodologia, mas também uma

mudança, ou melhor dizendo, uma ampliação no seu objeto tutelado. Claro que isso demanda tempo e muitas discussões a respeito do tema ainda acontecerão e a solução definitiva, no meu entendimento, ainda está longe de surgir, mas a reflexão acerca dessa problemática deve ser contínua.

Não tem mais como voltar atrás. O Direito Penal Clássico não tem mais como tutelar com maestria os bens jurídicos sociais postos a risco pela crise da modernidade. A modernização desse pergaminho repressivo é imprescindível. É fato que na busca de se prevenir os danos causados pela globalização e pelo avanço da técnica as garantias individuais face o Estado sejam mitigadas. É fato que talvez essa não seja a solução definitiva, mas, a meu ver, é a melhor que temos até então.

O Direito Penal está em crise e não responde mais satisfatoriamente aos anseios sociais. A insegurança assombra e já não sabemos se conseguiremos ou não mudar esse quadro. Claro que não tem como extirpar os riscos, mas métodos de controle efetivos devem ser utilizados pelo Estado para que, pelo menos, esses riscos sejam mantidos em níveis toleráveis.

Deve-se tentar buscar uma solução que seja eficiente no combate preventivo dos riscos, mas que ao mesmo tempo não seja tão prejudicial ao cidadão retirando-lhe as garantias a tanto tempo conquistadas para que essa mudança no paradigma não seja uma mascara que esteja encobrindo uma espécie de totalitarismo legítimo.

Desejamos ansiosamente que de alguma forma seja reduzida essa dependência crescente do homem para com as indústrias para que a poluição causada por elas seja a cada dia mais combatidas. Temos que aprender a lidar politicamente com esse mau, mas não devemos permitir que se coloque em risco os bens jurídicos das pessoas que agora vivem, das gerações futuras e o futuro do nosso planeta sobre o pretexto de se conseguir mais dinheiro e poder.

Temos que encontrar alguma forma de solucionar essa crise. Não sabemos ainda se será através do Direito Penal de Intervenção sugerido por Hassemer. Não sabemos se será através do Direito Penal de duas velocidades sugerido por Silva Sanchez, pelo Direito Penal Secundário sugerido por Fernandes ou então pelo Direito Penal da segurança, mais conhecido por Direito Penal do Risco, cujos maiores espantes são Kuhlen e Schünemann. O que esperamos é que aja uma mudança na política criminal de forma a trazer uma maior segurança a sociedade com soluções menos prejudiciais a ela.

Precisamos aprender a combater esse câncer político criminal que, por enquanto, não tem cura e o tratamento a ser feito, ou que pelo menos pode ser feito, é uma espécie de

quimioterapia e radioterapia que embora destruam as células cancerígenas, igualmente enfraquecem o sistema imunológico como um todo, como é o caso da aplicação das Leis Penais em Branco, a aplicação dos crimes de perigo abstrato e o emprego de determinadas técnicas legislativas que, devido a imprecisão conceitual, também aumentaram o espectro de atuação à inexatidão conceitual. Todas essas soluções encontradas até então trazem efeitos colaterais a sociedades, contudo são as únicas formas encontradas de, pelo menos, minimizar os efeitos danosos da crise da modernidade.

Referências bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt. Globalização. As conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

CAPEZ, Fernando e BONFIM, Edilson Mougenot. Direito Penal, Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARMO, C.A. Soberania e Sociedade de Riscos. Prismas: Direito, Políticas públicas e Mundialização. Brasília, v.5, n.2, p.305-328, jul/dez. 2008.

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

DIAS, Jorge de Figueiredo .Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: PODVAL, Roberto. Temas de Direito Penal Económico. São Paulo : RT, 2000.

EVERS, Adalbert; NOWTNY, Helga. Über den umgang MIT unsicherheit – die entdeckung der gestaltbarkeit von gesellschaft. Frankfurt, 1987. Apud Mendes, Paulo de Souza. Op. cit. p. 52.

FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

FOUCAULT, M. Vigiar e punir. Petrópolis: Editora Vozes, 2010, 38ª edição, tradução de Raquel Ramalhete.

GIACOMO,R.C. Novas teses dogmáticas jurídico-penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade do risco. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*. Uberlândia, V.37, p.317-337, 2009.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. Modernização Reflexiva. Política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Unesp, 1997.

GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

GOMES, Luiz Flavio; PABLO DE MOLINA, Antonio García; BIANCHINI, Alice. Direito Penal. Coord. Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral. Niterói: Impetus, 2008.

GUIMARÃES, C.A.G. Impacto da globalização sobre o Direito Penal. Amicus Curiae: Revista do curso de Direito da UNESC, Santa Catarina, Ano 1, n.1, p.101-114, 2004.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna Política Criminal. In Três temas de Direito Penal. Porto Alegre: ESMP, 1993, p. 83-97.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. 236p. (Monografias, 34).

MORAIS, Márcia Elayne Berbich. A (in)Eficiência do Direito Penal Moderno para a Tutela do Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

OST, François. O tempo do Direito. Bauru: EdUSC, 2005.

PRITTWITZ, Cornelius. Strafrecht und Risiko. Apud MENDONZA BUERGO, Blanca. El derecho penal em la sociedad del riesgo. Madrid: Editora Cevitas, 2001.

REVISTA ELETRÔNICA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS / Faculdade Cenecista de Campo Lago, Paraná, Brasil. V.1 / n.1 / p. 1 – 11 / outubro de 2009. Disponível em: < <http://revistas.facecla.com.br/index.php/redir/article/view/362/256>>. Acesso em: 08. Out.2011.

ROMERO, D. As Excessivas Incriminações do Perigo como Fenômeno do Direito Penal da Sociedade do Risco. Revista Jurídica Notadez. Sapucaia do Sul. Ano.58, n.389, p.99-118, 2010.

ROXIN, Claus. Derecho penal. Trad. Luzón Peña, García Conlledo, Vicente Remesal. Madrid: Civitas, reimp, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión Del derecho penal. Aspectos de La política criminal em las sociedade postindustriales. 2ªed. Revisada y ampliada, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

TELES, Ney Moura. Direito Penal, Parte geral. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. v.1.

VALDÁGUA, Maria da Conceição (coord.). Problemas fundamentais de direito penal: homenagem a Claus Roxin. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002.

Winfried Hassemer. Três temas de Direito penal. Porto Alegre: Publicações da Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 61-81.