



DIREITO PENAL NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DE RISCO: UM DESAFIO DA PÓS-MODERNIDADE

Linia Dayana Lopes Machado¹
Rejaine Silva Guimarães²

RESUMO

O artigo se propõe a examinar com bases epistemológicas o paradigma da Sociedade de Risco na pós-modernidade e seus reflexos na proteção jurídico-penal, denominado nesse estudo como Direito Penal do Risco. Para tanto, parte-se da apresentação da sociedade de risco, delineada por Ulrich Beck, e a paradoxal relação entre a busca de um Direito Penal mínimo e a expansão do mesmo Direito Penal, que transformam o direito penal de *ultima ratio* em *prima ratio*. A modalidade de pesquisa é de caráter exploratório, sondagem bibliográfica, amparando-se no modelo descritivo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Sociedade de risco. Pós-modernidade.

CRIMINAL LAW IN THE CONTEXT OF RISK SOCIETY: A CHALLENGE OF POST-MODERNITY

ABSTRACT

The article aims to examine with epistemological bases the paradigm of the Society of Risk in post-modernity and its reflexes in the criminal legal protection, denominated in this study as Criminal Risk Law. To do so, it is based on the presentation of the risk society, outlined by Ulrich Beck, and the paradoxical relationship between the search for a minimum Criminal Law and the expansion of the same Criminal Law, which transform the penal law of *ultima ratio* into a *prime ratio*. The research modality is exploratory in character, a bibliographical research, based on the descriptive model.

KEYWORDS: Criminal Law. Society of risk. Post-modernity

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo, conduzido por meio da pesquisa exploratória, sondagem bibliográfica e descritiva, tem por objetivo analisar a sociedade contemporânea, caracterizada como uma sociedade de risco. Percebe-se que os padrões coletivos de vida, de progresso, de

¹ Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC- GO. Professora da Disciplina Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde-UniRV-GO.

² Doutora em Ciências Sociais pela PUC-SP. Professora Titular da Disciplina Direito Ambiental da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde-UniRV-GO.



catástrofes naturais e de exploração da natureza estão drasticamente alterados pelo conhecimento de que a ocorrência interligada de seus processos de desenvolvimento como a globalização, a individualização e, principalmente, a manipulação do processo tecnológico produzem “riscos” que, se concretizados, podem causar catástrofes de amplitudes globais.

Com efeito, a ideia subjacente à “sociedade de risco” anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência individual e comunitária provinham de acontecimentos naturais ou de ações humanas próximas, para contenção das quais era suficiente a tutela penal dispensada aos bens jurídicos clássicos.

Sob essa perspectiva, o Direito Penal, tradicionalmente utilizado como meio de intervenção estatal de repressão de condutas socialmente indesejáveis, transmuda-se e passa a ser um dos mecanismos mais utilizados pelo Estado na luta pela contenção preventiva de condutas hipoteticamente arriscadas. A atuação do Direito Penal é largamente expandida, para que possa intervir em campos que até então lhe eram estranhos, como, por exemplo, o meio ambiente.

Nesse contexto, o “risco” impõe ao direito penal uma necessidade de readaptação de seus institutos com vista à garantia da máxima efetividade na proteção do bem ambiental, exatamente por se lidar com as “incertezas” da sociedade de risco, conforme os postulados da teoria do sociólogo Ulrich Beck, ou com a “incerteza manufaturada” na teoria de Anthony Giddens.

O “novo direito penal”, no contexto de uma sociedade contemporânea globalizada caracterizada pelos riscos produzidos, representa a inauguração de uma nova era do Direito Penal Clássico. Assim, a vida na sociedade do risco torna a sociedade suscetível a riscos até então desconhecidos, influenciando o Direito Penal clássico e pressionando-o a uma situação expansionista a fim de que se alcance segurança e fomentando a criação de um Direito Penal do Risco, dogmática segundo a qual o recrudescimento da lei e medidas punitivas são imprescindíveis para aumentar a segurança dos cidadãos, ainda que em detrimento dos direitos humanos e das garantias penais e processuais dos acusados pela prática de delitos que coloquem em risco a sociedade global.

A partir dessa nova concepção, o “Direito Penal Moderno” está a reclamar novas concepções e fundamentos para seus institutos, de modo a atender adequadamente a tutela de novos bens jurídico-penais peculiares da sociedade pós-industrial, que somente será



alcançada, entretanto, a partir da revisão dos seus fundamentos de ordem dogmático-jurídica e das posturas político-criminais.

Desse ponto de vista, na sociedade contemporânea, em que a sensação de insegurança está presente na sociedade, o Direito Penal de Emergência, atendendo as novas demandas de criminalização, cria normas de repressão, afastando-se, não raras vezes, de seu importante caráter subsidiário e fragmentário, assumindo uma posição claramente punitivista, ignorando as garantias fundamentais do cidadão.

Desta forma, o legislador atua pensando na opinião pública, querendo, com novos tipos penais e/ou aumento de penas e restrições de garantias, devolver para a sociedade a irreal sensação de paz social. Permite o Estado a edição de leis que cumprem função meramente representativa, afastando-se das finalidades legítimas da pena, criando-se, assim, um Direito Penal Simbólico.

A teoria da sociedade de risco na pós-modernidade apresenta uma relação entre os processos de globalização dos riscos ecológicos e as manifestações específicas que estes podem adquirir em diferentes sociedades. A partir desse novo contexto, a dogmática penal reclama novas concepções e fundamentos para seus institutos, de modo a atender adequadamente à tutela do meio ambiente.

Nesse contexto, a legitimidade desse novo Direito Penal do Risco está centrada no binômio reducionismo garantista e expansão. Assim, se por um lado, a realidade contemporânea reclama uma atuação preventiva do Direito Penal, por outro, a reformulação da dogmática jurídico-penal, nos moldes como se apresenta atualmente, causa também perplexidade, pois princípios e garantias fundamentais do cidadão, que funcionam como obstáculos para a intervenção estatal penal na esfera da liberdade individual, passam a ser flexibilizados e, muitas vezes, desprezados pela busca de uma suposta eficiência no combate aos novos riscos.

2 A EXPANSÃO DA TUTELA PENAL FRENTE À SOCIEDADE DE RISCO

A modernidade deixa um cenário de incertezas e, de fato, as inseguranças sociais são concretas e possuem fundamento, no entanto, a busca por mais criminalização não implica em maior segurança para os bens jurídico-penais da sociedade pós-industrial. Ressalta-se uma inaptidão do Direito Penal clássico, advindo de uma realidade social bem diversa, com



soluções justas e adequadas para sociedades tão complexas, multifacetadas e impregnadas de valores como o modelo da sociedade do risco. Observa-se que o progresso científico e tecnológico provocou um custo social e a sociedade contemporânea começa a sentir os efeitos colaterais da modernidade, diante de riscos incalculáveis, diante da complexidade e dinamismo que caracterizam a sociedade de risco (BECK, 2011).

A sociedade de risco compreende uma concepção da nova modernidade (Pós-Modernidade), que opera mudanças drásticas na política, na economia e no comportamento, na medida em que a produção social de riquezas se faz acompanhar, cada vez mais, de uma produção social de riscos, isto é, da instabilidade dos mercados às catástrofes ambientais e ao terrorismo, entre outros aspectos. O horizonte normativo da teoria da sociedade de risco fundamenta-se em produzir uma reconfiguração da sociedade moderna, que assume novos contornos e se transforma no que se denomina “Sociedade de Risco”.

Giddens (1991, p. 52), ao definir a pós-modernidade, é enfático ao destacar que “estamos nos encaminhando para uma fase de pós-modernidade. Isto significa que a trajetória do desenvolvimento social está nos tirando das instituições da modernidade rumo a um novo e diferente tipo de ordem social”. Para a compreensão da pós-modernidade, a diversidade terminológica costuma ser um ponto de partida. Ultramodernidade, modernidade avançada, modernidade líquida, segunda modernidade, transmodernidade, modernidade reflexiva são alguns nomes usados para se referir a esse período. Em todos eles há um elemento comum: contestar o caráter posterior à modernidade. Ressalta-se que a obra *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade* possui como palavra-chave o prefixo “pós”. A obra se apoia no passado ainda vigente, e torna visível o futuro já anunciado no presente (BECK, 2011).

A modernidade, que começou com as revoluções burguesas, teve e tem como paradigma a liberdade em seu sentido polissêmico, pois a mesma pode ser entendida de várias maneiras. Mas, assim como fatores pré-modernos determinaram a superação do feudalismo e do absolutismo, vários fatores conjugados estão determinando a consolidação de um novo paradigma para a sociedade pós-moderna (GIDDENS, 1991).

Nesse novo cenário social, fomenta-se a criação de um novo “Direito Penal do Risco” para uma sociedade de perigos iminentes. Diante desse novo dirigismo da sociedade de riscos, recrudescer a crença na capacidade de intimidação pelas penas, revalorizando-se a prevenção geral através de sanções de natureza penal frente a condutas de determinados grupos de pessoas, representando “fontes de perigo”, e que devem ser combatidas a qualquer



custo (“Direito Penal do Inimigo”), sem desprezar o caráter preventivo especial (ressocializador). Portanto, a legitimidade do Direito Penal está situada no binômio reducionismo garantista e expansão (funcionalista).

Em estreita síntese, o direito penal atua primeiramente de forma preventiva, fazendo com que o indivíduo evite desrespeitar a normas penais, por medo de ser punido por isso; posteriormente, caso haja a prática de uma infração penal, surge para o Estado o direito de punir (*ius puniendi*). Contudo, esse direito não pode ser exercido a qualquer custo, é preciso que se respeitem as garantias fundamentais pertencentes a todos os cidadãos, mesmo aqueles que atuam de maneira contrária às regras impostas pelo Estado.

Assim, a existência de penas pré-estabelecidas é fundamental para o controle da sociedade, evitando-se, assim, que as pessoas saiam do caminho traçado pelas leis. O objetivo principal do direito penal é justamente proteger aqueles valores tidos como mais importantes para o cotidiano de uma sociedade. Deste modo, criam-se leis que induzem o indivíduo a agir em conformidade com as regras traçadas pelo Estado.

Com efeito, pode-se afirmar que o direito penal é uma forma de controle social, controle este que não pode, todavia, ser ilimitado, devendo ser devidamente regulamentado, principalmente pelo fato de consistir em uma forma de invasão do Estado no direito de liberdade de cada indivíduo. Ademais, vale destacar que a correta aplicação da sanção penal é de interesse de toda a sociedade, pois o direito penal objetiva, precipuamente, manter o equilíbrio e a ordem social.

Dessa forma, a flexibilização dos parâmetros de tutela penal para comportar um maior número de situações pode significar uma situação altamente temerária, já que o direito penal clássico, questionado quanto à produção de resultados sociais, sob os parâmetros de responsabilização classicamente construídos, não consegue com efetividade e funcionalidade a aplicação do seu preceito secundário (pena de prisão). Sob uma perspectiva funcionalista, “encerra o perigo de que lhe sejam atribuídas tarefas que na prática não pode cumprir, oferecendo, enganosamente, à opinião pública perspectivas de soluções de problemas que de imediato não se apresentam na realidade” (MUÑOZ CONDE, 1997, p. 37).

Sob o ponto de vista político-criminal, na atualidade, não resta dúvidas de que o direito penal continua a figurar como a mais grave forma de intervenção estatal diante do indivíduo. Isto porque o Poder Legislativo tem produzido grande quantidade de normas penais incriminadoras, em flagrante contradição aos princípios constitucionais que legitimam



a atuação do sistema repressivo na sociedade, notadamente o princípio da intervenção mínima (“Direito Penal Mínimo”).

Destarte, é crível inferir a excessiva produção de normas penais incriminadoras na tentativa de reduzir os índices de criminalidade, o que é indiscutivelmente incapaz de causar tal impacto como bem ensinou Greco (2009, p. 141), *ipsis verbis*:

[...] a transformação do Estado Social em Estado Penal foi a mola propulsora do processo de inflação legislativa que nos aflige atualmente. O Direito Penal simbólico se transformou na ferramenta preferida dos nossos governantes, sendo utilizado com a finalidade de dar satisfação à sociedade, em virtude do aumento da criminalidade.

Nesses termos, a real missão do Direito Penal, efetivamente, é assegurar proteção a bens jurídicos indispensáveis à manutenção da convivência pacífica da sociedade, sem desconsiderar a sua missão indireta (ou mediata): o controle social e a limitação do poder punitivo estatal. Contudo, uma parcela da doutrina já propugna que o direito penal clássico deve ser completamente remodelado, sob pena de não possuir nenhuma utilidade para a proteção de bens jurídicos difusos.

2.1 SOCIEDADE DE RISCO NA PÓS-MODERNIDADE

A teoria da Sociedade de Risco compreende uma concepção da nova modernidade (Pós-Modernidade), que opera mudanças drásticas na política, na economia e no comportamento, na medida em que a produção social de riquezas se faz acompanhar, cada vez mais, de uma produção social de riscos. Portanto, a sociedade de risco fundamenta-se em produzir uma reconfiguração da sociedade moderna, que assume novos contornos sociais.

A crise do paradigma moderno nasceu com a ciência moderna, nos séculos XIX e XX. Este paradigma começou a tomar novos contornos com o Iluminismo do século XVIII. A modernidade é uma das consequências geradas pelo Iluminismo, momento histórico marcado pela Revolução Francesa de 1789, acontecimento este que causou transformações irreversíveis na sociedade. Proclama-se, a partir de então, de forma mais incisiva, o racionalismo, o antropocentrismo clássico e o universalismo (GIDDENS, 1991).

A modernidade, que começou com as revoluções burguesas, teve e tem como paradigma a liberdade em seu sentido polissêmico, pois a mesma pode ser entendida de várias maneiras. Mas, assim como fatores pré-modernos determinaram a superação do feudalismo e



do absolutismo, vários fatores conjugados estão determinando a consolidação de um novo paradigma para a sociedade pós-moderna (GIDDENS, 1991).

Corroborando o assunto, Beck, Giddens e Lash (1997, p. 39) destacam que:

[...] a porta para a modernidade industrial foi aberta bruscamente pela Revolução Francesa, que separou a questão do poder de suas prescrições e proscições religiosas. Contrariamente a todas as confissões de impossibilidade e contra a retórica conservadora, a “plebe” tornou-se soberana – pelo menos em termos de demanda e processo.

Nesse contexto, a modernidade pode ser confundida com as transformações que se sucederam com e após a Revolução Francesa e perduraram até os nossos dias, confundindo-se com a sociedade industrial.

A sociedade industrial resulta de um longo processo de modernização que alterou a ordem política e econômica da época. Desse modo, nomeou-se tal período de primeira modernidade ou, ainda, de modernidade simples, a qual se caracteriza pelo desenvolvimento de novas aptidões técnicas, assim como a autonomia humana. Desta feita, acompanhando a intensa acumulação de bens e capitais e de desenvolvimento tecnológico acelerado, característico do capitalismo industrial, verifica-se o surgimento crescente de ameaças (BECK, 2011).

Para Beck, a primeira modernidade, período designado por um desenvolvimento incontrolado, oportunizou a superação da sociedade agrícola por meio da modernização das condições de vida em um mundo industrializado, exigindo, para tanto, a superação das demais racionalidades vigentes na época, isto é, inicialmente a readequação dos preceitos tradicionais para os padrões industriais.

A transição do período industrial para o período de risco da modernidade advém de modo indesejado e silencioso, uma vez que a confiança nas instituições elaboradas no decorrer do processo de industrialização domina o pensamento da época.

A modernidade avançada decorre da ininterrupção de um processo de industrialização incapaz de absorver suas próprias ameaças, as quais abalam os pilares da primeira etapa da modernidade. Para Beck, Giddens e Lash (1997, p. 16), “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 de ameaças”.



Na sociedade industrial, também chamada de pós-moderna ou pós-industrial, caracterizada pela reflexividade, as condutas e práticas cotidianas não são mais moldadas pela tradição. O indivíduo, então, passa a ser o responsável por toda sua conduta, e passa a ser também cobrado para que tenha um comportamento diferente, ou seja, adaptado às novas exigências da modernidade reflexiva. A liberdade individual e a democracia abrem espaço para a modernidade reflexiva (BECK; GIDDENS; LASH, 1997).

Segundo Giddens (1991), não nos deslocamos para além da modernidade. O que está acontecendo é uma radicalização, segundo ele, da própria modernidade. O que os outros chamam de pós-moderno, para o autor, é a radicalização da modernidade. Os princípios dinâmicos da modernidade ainda estão aí: a expansão do capitalismo, os efeitos transformadores da ciência e da tecnologia, a expansão da democracia de massa. Por isso, o sociólogo prefere falar de modernização reflexiva, em vez de pós-modernidade.

A sociedade de risco revela-se, portanto, como um modelo teórico que marca a falência da modernidade, emergindo de um período pós-moderno, na medida em que as ameaças produzidas ao longo da sociedade industrial começam a tomar forma. Assim, os pilares da concepção moderna de civilização já não conseguem mais explicar os desenvolvimentos da ciência e da sociedade. Trata-se de uma crise de paradigma, uma crise própria da modernidade. Essa crise torna, praticamente, inviável qualquer tentativa do homem pós-moderno no sentido de calcular os riscos e os desafios a que se submete no século XXI.

Assim, a pós-modernidade figurou como o retrato do insucesso da modernidade, de suas falhas, da percepção pelo homem de que a ciência, além de infalível, pode causar muitos riscos para a sociedade. Logo, os riscos que a sociedade moderna e pós-moderna trouxeram, e trarão, à coletividade são inegáveis, culminando, conseqüentemente, numa crise ao sistema jurídico vigente.

3 O DIREITO PENAL DO RISCO E O PARADIGMA PENAL CLÁSSICO

A sociedade de risco traz constantes alterações dos cenários social, político e econômico. O progresso tecnológico e econômico, ocorrido de forma extremamente acelerada desde a Revolução Industrial até os dias atuais, trouxe o incremento dos riscos que ameaçam a humanidade, como resultado, sobretudo, de uma ideia voltada para o domínio da natureza pelo homem.



Esse progresso, indiscutivelmente, proporcionou inúmeros avanços, mas trouxe, paradoxalmente, riscos e inseguranças à sociedade. Estes novos desafios são responsáveis por impulsionar uma nova fase do Direito Penal, em um contexto de novas valorizações sociais indispensáveis para a sobrevivência humana, que passa a exigir a intervenção em searas antes inimaginadas pelo direito penal clássico (BECK, 2011).

A crise do Direito Penal surge, a partir da primeira metade do século XX, com posturas político-criminais de índole amplamente restritiva no tocante à intervenção da dogmática jurídico-penal na proteção de bens jurídicos peculiares da sociedade pós-industrial, tarefa que implica a reformulação de muitos de seus fundamentos e o plano de aplicação do direito penal, em face desse novo modelo de organização social denominado “sociedade de risco”. Assim, o novo risco da sociedade contemporânea põe ao direito penal uma necessidade de readaptação de seus institutos com vista à garantia da máxima efetividade na proteção dos novos bens jurídico-penais, exatamente por se lidar com as incertezas da sociedade de risco.

O risco pode ser definido como um modo sistemático de lidar com perigos e inseguranças da própria modernidade. Ainda os riscos, em oposição aos antigos perigos, são consequências que se relacionam com as ameaçadoras forças da modernização e de sua globalização da dúvida (BECK, 2011, p. 21).

A existência de uma sociedade de risco é um fato, como nunca visto antes. O volume das incertezas e inseguranças da sociedade pós-industrial, nesses tempos de globalização, torna a abrangência destes riscos absolutamente imprevisível. A ciência não é capaz de prever os riscos sociais ou impedir que os mesmos aconteçam. Não existe praticamente nenhuma garantia de que os negócios e serviços ambientais não serão extremamente nocivos ao meio ambiente num espaço de tempo mais distendido (BECK; GIDDENS; LASH, 1997).

A aceção dos novos riscos, delineados na sociedade do risco, suscita ao Direito Penal inúmeros problemas. Isso porque o Direito Penal clássico se tornou impotente para fazer frente às novas demandas da modernidade.

O Direito Penal foi elaborado para tutelar bens jurídicos tradicionais como a vida, a integridade física, a saúde, o patrimônio, enquanto que, no atual universo pós-moderno, as ações humanas, potencializadas pelo desenvolvimento da razão técnico-instrumental, alcançaram novas dimensões, em relação de espaço-tempo, em que os riscos globalizam-se e geram danos muitas vezes diferidos, atingindo novos bens jurídicos cuja lesividade pode atingir a gravidade de extinção da vida no planeta.



No que concerne aos problemas que a sociedade do risco suscita ao direito penal, sintetiza Silva (2004, p. 86-87), *in verbis*:

Tal ideia, por um lado, anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência individual e comunitária ou provinham de acontecimentos naturais (para tutela das quais o direito penal é absolutamente incompetente) ou derivavam de ações humanas próximas e definidas, para contenção das quais era suficiente a tutela penal dispensada aos clássicos bens jurídicos como a vida, o corpo, a saúde, a propriedade, o patrimônio, ou seja, dos bens jurídicos individuais. Por outro lado, anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana revela-se suscetível de produzir riscos também eles globais.

A sociedade contemporânea, paradoxalmente, diante do atual estágio de evolução tecnológico-industrial, científica e econômica, passou a conviver com novos comportamentos, inalcançáveis pela tutela do direito penal clássico, situação que exige, por conseguinte, a modernização da dogmática jurídico-penal. Nesse sentido, o direito penal atualmente sofre os impactos desses movimentos típicos da sociedade de risco.

No direito penal tradicional, a função penal entra em ação como *ultima ratio*, abrigada pelo envoltório liberal, porém ele não consegue oferecer respostas efetivas para sucessivos danos que ameaçam a vida da humanidade. A prevenção deixou de ser uma meta secundária da justiça penal para se transformar num paradigma penal dominante. A responsabilidade penal na sociedade do risco parte de fatos reais, concretos, e, atualmente, o direito penal apresenta-se inegavelmente caracterizado, em maior ou menor intensidade, como instrumento de proteção de bens jurídicos, fundado na ideia exacerbada de prevenção dos riscos e orientado para as consequências (PRITTWITZ, 2004).

Nesse contexto, surge o direito penal do risco, também conhecido como direito penal da globalização, oriundo de uma sociedade pós-industrial. De início, há uma tendência de criação de novos bens jurídicos supraindividuais de conteúdo difuso. “Isso porque a Sociedade do Risco traz novas realidades, novas necessidades, que, a partir do momento em que, intituladas de bens jurídicos, ensejam (corretamente ou não) a proteção penal” (CALLEGARI, 2011, p. 22).

Assim, as novas demandas e avanços tecnológicos refletiram diretamente no bem-estar individual. A sociedade tecnológica, cada vez mais competitiva, passou a deslocar para a marginalidade um grande número de indivíduos, que imediatamente são percebidos como



fonte de riscos pessoais e patrimoniais, consolidando-se o conceito de sociedade de risco (MORAES, 2011).

Os efeitos da sociedade de risco ao direito penal, de acordo com Silva apud Moraes (2011, p.49):

foram amplamente analisados e criticados pela Escola de Frankfurt, originariamente por Prittwitz, o qual já observava o surgimento de um “Direito Penal do Risco” (Riskostrafrecht) que, longe de aspirar conservar o seu caráter fragmentário, como *ultima ratio*, tem se convertido em *sola ratio*, mais precisamente um Direito Penal expansivo [...].

A origem do direito penal do risco encontra-se fundamentada na transformação do direito penal clássico num direito penal do inimigo, que é caracterizado pela criação e aumento do risco, no centro das reflexões dogmáticas sobre a imputabilidade penal. A dogmática do risco é a discussão sobre reações do direito penal a novas situações de ameaça. Isto é, além de aspirar à conservação do seu caráter fragmentário, como *ultima ratio*, tem se convertido em um direito penal expansivo, caracterizado pela admissão de novos bens jurídicos (PRITTWITZ, 2004).

Cabe trazer à tona que a escola frankfurtiana opõe-se à intervenção do direito penal na tutela coletiva e faz várias críticas ao modelo do direito penal moderno “do risco”, pautada principalmente na funcionalização social do direito penal, na criação de bens jurídicos supraindividuais abstratos. Para a respectiva escola, o direito penal possui um caráter *fragmentário*, pois não encerra um sistema exaustivo de proteção aos bens jurídicos, mas elege, conforme o critério de “merecimento da pena”, determinados bens jurídicos essenciais.

Desta forma, o direito penal deve manter-se afastado das questões de risco, porque assentado na imputação individual, não se apresenta adequado para punir as pessoas coletivamente e tampouco para atender as demais exigências da sociedade de risco. Logo, a resposta aos novos desafios postos pela sociedade de risco deve ser direcionada para os demais ramos, como, por exemplo, o direito administrativo ou outros meios não jurídicos, tendo em vista que o direito penal não possui a missão de funcionar como mero instrumento de política criminal (FERNANDES, 2001).

Considerado o maior expoente da escola alemã, Winfried Hassemer parte da aspiração eliminatória dos “riscos” advindos da “modernidade” da proteção jurídico-penal, porquanto desnatura o direito penal clássico, e direciona a solução dos problemas advindos



dos “riscos” para um direito de intervenção, situado fora do direito penal tradicional. Para maior segurança, reduz o direito penal a um “direito penal nuclear”, destinado a proteger lesões graves a bens jurídicos tão somente individuais.

Nesse contexto, o direito de intervenção, situado entre o direito penal e o direito administrativo, seria a melhor maneira de combater a criminalidade moderna, responsável pelos crimes repletos de novos contornos, condutas delitivas que demandam tratamento mais amplo e célere. Esta administrativização do direito penal evitaria a impunidade e sua transformação em um direito penal simbólico (FERNANDES, 2001).

Conclama-se a formação de um direito penal moderno (expressão cunhada por Winfried Hassemer), que vem operando com códigos corrompidos e buscando metas que estão além de seus limites operativos tradicionais. O direito penal moderno, marcado por novos paradigmas, visa definir a realidade atual:

a) a ineficiência do Estado em executar políticas públicas básicas, o que aumenta o índice de criminalidade; **b)** a ineficiência do Estado em fiscalizar e executar adequadamente o sistema penitenciário, ensejando a mitigação do Direito Penal clássico, com o advento de um Direito de segunda velocidade (mitigação da pena de prisão e adoção de penas alternativas), o que vem demonstrando o aumento da reincidência; **c)** aumento da sensação subjetiva de insegurança da população, em virtude do avanço tecnológico dos meios de comunicação (forma sensacionalista com que a mídia antecipa o julgamento e veicula notícias – como produto de mercado); **d)** sociedade marcada pelo risco, em decorrência dos avanços da tecnologia (novos meios de transportes, de comunicação etc.), surgindo, na legislação penal, novos tipos de perigos abstratos e omissivos impróprios como respostas aparentemente adequadas para evitar tais riscos; **e)** aumento considerável da demanda penal, diante da tutela dos interesses difusos e coletivos e outros decorrentes das “novidades” da era pós-industrializada (econômicos, de informática etc); **f)** globalização econômica que vem intensificando as desigualdades sociais e incrementando no Direito novos conceitos, com novos tipos penais, com o abandono de consagradas figuras em nome da eficiência econômica; **g)** utilização do Direito Penal como instrumento para soluções aparentemente eficazes a curto prazo, mediante o fisiologismo de políticos que acabam hipertrofiando o sistema penal, criando uma colcha de retalhos legislativa incongruente e desproporcional; **h)** o desprestígio de outras instâncias para a solução de conflitos que poderiam ser, a princípio, retirados da tutela do Direito Penal (como por exemplo, o Direito Administrativo); **i)** considerável descrédito da população nas instituições e na possibilidade de mudança a curto prazo que, acentuado pela crise do próprio homem, vem fomentando a criação de “Estados paralelos” à margem da ordem jurídica posta, aumentando e fortalecendo organizações criminosas, proliferando a justiça “pelas próprias mãos” (linchamento, grupo de extermínio etc.), desmobilizando os movimentos sociais e desarticulando os mecanismos de resistência à miséria etc. (CAMPILONGO, 2000, apud MORAES, 2011, p. 36-37).

Com efeito, o caráter “expansivo” do chamado “direito penal do risco” vem acolhendo novas demandas e interesses penais e antecipando a tutela penal. Assim, criando



novos tipos penais ou majorando a pena de um já existente, cria-se a ilusão de segurança jurídica para o problema, tendo em vista que o direito teria conseguido apreender o fenômeno, entender sua dinâmica e resolver seus conflitos. Isso é particularmente observado nos chamados crimes de perigo, em que para a proteção de bens na sociedade de risco são instituídos novos tipos penais com o propósito de acalmar as reações emocionais dos cidadãos (MORAES, 2011).

Os riscos modernos, exacerbados pelas inovações trazidas à humanidade (globalização da economia e da cultura, meio ambiente etc.), geram uma reação irracional e irrefletida por parte dos atingidos. Diante dessa realidade, decorre a insegurança e o medo que têm impulsionado frequentes discursos postulantes de uma tutela da segurança pública, em detrimento de interesses exclusivamente individuais. As referidas circunstâncias têm ensejado a mudança de perspectiva da própria dogmática penal e do próprio fundamento do direito de punir:

[...] se se analisar os fins aos quais o Direito Penal do risco pretende servir sociologicamente segundo a ideia de risco, a saber, por um lado, a minimização do risco e, por outro, a produção de segurança, circunscrevendo-os na linguagem jurídico-penal, trata-se da ideia de prevenção, de proteção dos bens jurídicos através de uma orientação pelo risco e de estabilização da norma (SILVA, 2004, p. 95-97).

Nessa esteira, o direito penal moderno deve se comunicar com as demais áreas jurídicas, não sendo ponderado em um núcleo fechado para a dinâmica social, focado exclusivamente na defesa de determinados bens jurídicos tradicionais. Novas formas de controle precisam ser buscadas, o que reclama um direito penal inovador para cumprir tal função, pois, diante da produção dos riscos contemporâneos, o direito penal deve expandir-se a partir de exigências de sua intervenção para a tutela de modernos bens jurídico-penais.

Neste diapasão, assumem relevância as chamadas normas penais em branco, que foram analisadas e legitimadas em primeiro lugar por Karl Binding, que as identificou como tipo descrito de modo impreciso, cuja matéria de proibição deveria ser preenchida por uma autoridade policial ou judicial. Com efeito, reconhece Karl Binding que tais normas são flexíveis, modificando-se de acordo com as vicissitudes que sofrem os acontecimentos a que se referem, o que revela seu caráter histórico e, portanto, tendente a seguir os movimentos políticos e dos tempos (SILVA, 2003).



Como destaca Silva (2003, p. 22), naturalmente, todo conceito adquire novas “matizes quando se submete a novos contrastes, e neste sentido o próprio conceito de lei penal em branco adquiriu novos matizes em consideração à complexidade dos âmbitos que passaram a reclamar proteção penal”.

Mas diante deste panorama conflitante e em razão do emprego excessivo de leis penais em branco na maior parte das legislações, torna-se insustentável o fato de que desde a sua noção e sua legitimidade até suas consequências permaneçam incertas, uma vez que os problemas resultantes da moderna sociedade do risco tendem a fazer com que se amplie mais o emprego desta técnica, ao mesmo tempo em que objetivam a redução das garantias jurídico-penais (SILVA, 2004, p. 89).

Contudo, a sociedade de risco trouxe grande evolução das relações sociais, fazendo com que as leis acabem se tornando ultrapassadas em pouco tempo, obrigando o legislador a elaborar cada vez mais leis, a fim de acompanhar o desenvolvimento dessas relações, criando também uma grande expansão da legislação penal. Porém, não é possível prescindir das normas penais em branco, porque é impossível que as leis abarquem a infinita variedade dos fatos da vida, cabendo discutir como e em que medida deve-se permitir a utilização de leis penais incompletas, em especial para que seja preservado o princípio da legalidade (reserva legal e anterioridade).

É de ressaltar, contudo, que a norma penal em branco, teoricamente, evitaria longos processos legislativos com a finalidade de atualizar as normas penais que ficaram ultrapassadas com a rápida evolução das relações sociais, bem como de seus problemas cada vez mais complexos, como os problemas ambientais, o que justificaria a sua utilização em grande escala nas atuais legislações penais esparsas.

A sociedade de risco vem se utilizando de forma ampla e indiscriminada das chamadas normas penais em branco, o que para muitos é uma afronta aos direitos político-criminais conquistados ao longo de anos pela sociedade. Afronta essa que foi largamente aceita pelo Tribunal do Reich, segundo constatações de Karl Binding, bem como tinha consonância com a Constituição do Império alemão de 1871, que atribuía tanto ao Império alemão, quanto aos Estados da Federação, em alguns casos, a competência comum sobre normas de direito penal (SILVA, 2007).

Para tanto, o direito penal do risco caracteriza-se, segundo Silva (2004), pelo fato de que o comportamento que vai ser tipificado não se considera previamente como socialmente inadequado, ao contrário, proíbem-se condutas para que com isso elas se tornem socialmente



inadequadas, deixando o Estado de ser garantidor da segurança jurídica para se tornar garantidor da segurança dos bens jurídicos.

Outrossim, é importante observar que a utilização de normas penais em branco se dá em função da grande expansão do direito penal na sociedade pós-moderna. Ele passa a ter máxima aplicação, abarcando situações extremamente complexas, nas quais a norma penal não consegue taxativamente tipificar a conduta delituosa, necessitando de um complemento, com normas mais flexíveis, não penais, principalmente de caráter administrativo.

Nesse contexto, no direito penal do risco, a tutela penal se dá de forma antecipada, isto é, o momento preciso da intervenção penal é antecipado para momento muito anterior à lesão propriamente dita ao bem jurídico penalmente tutelado. Isto ocorre para fazer o direito penal funcionar como um mecanismo de prevenção dos efeitos indesejados da complexidade dos novos fenômenos sociais (HASSEMER, 2003).

Cabe considerar, por fim, que o panorama crítico atual tem estabelecido a exigência de renúncia aos princípios que estão atravessados nessa modernidade, na medida em que exige que o direito penal se torne mais flexível e abrangente para poder responder de maneira adequada às crescentes perturbações.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo se ancorou na teoria da Sociedade de Risco, analisada em diferentes perspectivas e sistematizada por Ulrich Beck. Utilizou-se das contribuições teóricas de Beck (2011) para discutir o direito penal do risco na sociedade pós-moderna. Giddens (1991) definiu a pós-modernidade, tendo destacado que estamos nos encaminhando para uma fase de pós-modernidade. Isto significa que a trajetória do desenvolvimento social está nos tirando das instituições da modernidade rumo a um novo e diferente tipo de ordem social.

A sociedade de risco substituiu a sociedade industrial, caracterizada pela produção e distribuição de bens, para uma sociedade na qual a distribuição de riscos não corresponde às diferenças sociais, econômicas e geográficas típicas da primeira modernidade. Em decorrência do acelerado processo de modernização, a primeira modernidade associou a produção de bens à produção de riscos, e estes últimos passaram a ser concebidos e distribuídos como uma parte necessária do progresso tecnológico.



A partir desse novo contexto, os interesses supraindividuais, molestados, vêm exigindo da ciência jurídica, sobretudo do direito penal, a dogmática adequada na contenção desses riscos, em face da inquestionável constatação de que o direito penal clássico se tornou impotente para fazer frente às novas demandas da modernidade.

Nesse contexto, surge o Direito Penal do Risco, também conhecido como direito penal da globalização, oriundo de uma sociedade pós-industrial. O direito penal, como meio de controle social de maior efetividade e funcionalidade colocado à disposição do Estado, sofreu impacto do novo paradigma. Isto porque a sociedade de risco traz uma tendência de criação de novos bens jurídicos supraindividuais de conteúdo difuso, que, a partir do momento em que, intituladas de bens jurídicos, ensejam a proteção jurídico-penal.

Os resultados da pesquisa apontaram que o direito penal clássico deve ser completamente remodelado, sob pena de não possuir nenhuma utilidade para a proteção de bens jurídicos difusos. Ademais, as mudanças na dogmática penal e na política criminal dos últimos anos vêm ensejando a flexibilização de garantias penais e processuais em detrimento de um direito penal que busca abrandar os novos “riscos”.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011. 384 p.

_____. GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Unesp, 1997.

CALLEGARI, André Luís (org.). **Direito penal e globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4-. ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1. 396 p.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal** 4. ed. rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Ímpetus, 2009.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito Penal. Trad. Editoria Revista de Estudos Criminais. **Revista de Estudos Criminais**, Editora Notadez, Porto Alegre, n. 08, ano II, 2003.





MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. O moderno direito penal no novo código penal espanhol: princípios e tendências. IBCCRIM. In: **Discursos sediciosos (crime, direito e sociedade)**. Rio de Janeiro, 1997.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Tradução de Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 47, mar./abr. 2004.

SILVA, **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **O risco da técnica de remissão das leis penais em branco no Direito Penal da sociedade do risco**. Polít. Crim. nº 3, 2007. A7, p. 1-21. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_7_3.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2014.

SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. A problemática das leis penais em branco face ao Direito Penal do Risco. Direito em revista. **Revista de divulgação científica da ULBRA/SÃO JERÔNIMO**. Porto Alegre, v. 2, n. 1, jan./jun. 2003.