

SOCIEDADE DE RISCO E DIREITO PENAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS RISCOS DA MODERNIDADE REFLEXIVA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

RISK SOCIETY AND CRIMINAL LAW: CONSIDERATIONS ON THE RISKS OF REFLECTIVE MODERNITY IN CONTEMPORARY LAW

Márcio Bezerra da Costa

Doutorando em Sociologia e Antropologia
Universidade Federal do Pará, PPGSA, Belém, Pará, Brasil.
contato1.mbc@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-7226-0467>

Francisco Raimundo Alves Neto

Doutor em Educação
Universidade Federal do Acre, Rio Branco, Acre, Brasil
francisco.alves@ufac.br

<https://orcid.org/0000-0003-3035-7118>

RESUMO

O presente artigo traz algumas considerações teóricas e conceituais sobre a expansão do direito penal nos tempos atuais, buscando identificar os impactos que o direito penal vem sofrendo se o abordarmos com base na proposta de sociedade de riscos, de Ulrich Beck. Trata-se de uma discussão teórica, subsidiada em autores que abordam alguns aspectos dessa interação entre direito e sociologia, transcendendo ordenamentos jurídicos específicos, numa discussão que pode abarcar normas legais diversas. O caminho proposto foi o de delinear o corpo conceitual do paradigma penal clássico e de um direito penal moderno, que tem que estar apto a enfrentar os riscos tecnológicos que se alastram para todas as áreas do conhecimento, num movimento de auto confrontação que se produz no centro da própria ideia de modernidade, conhecido como reflexividade ou modernidade reflexiva. Por meio de uma revisão bibliográfica, foi possível trazer algumas possíveis respostas ao problema. Existe uma tensão teórica explícita de paradigmas penais, baseada no impasse de tutela de bens individuais ou supraindividuais, crescente tipificação de crime de perigo em abstrato, delitos de acumulação, surgimento de normas penais em branco e o próprio cerceamento de garantias penais clássicas. Como resposta penal razoável, concordou-se neste trabalho, a produção moderna em volta dos conceitos de direito penal de duas velocidades de Silva Sánchez e direito de intervenção, de Hassemer.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade de risco. Direito penal. Modernidade

ABSTRACT

This article presents some theoretical and conceptual considerations on the expansion of criminal law in current times, seeking to identify the impacts that criminal law has suffered if we approach it based on Ulrich Beck's proposal of a risk society. This is a theoretical discussion, supported by authors who address some aspects of this interaction between law and sociology, transcending specific legal systems, in a discussion that can encompass various legal norms. The proposed path was to outline the conceptual body of the classic criminal paradigm and modern criminal law, which has to be able to face the technological risks that are spreading to all areas of knowledge, in a movement of self-confrontation that takes place at the heart of the very idea of modernity, known as reflexivity or reflexive modernity. Through a literature review, it was possible to come up with some possible answers to the problem. There is an explicit theoretical tension between criminal paradigms, based on the impasse of protecting individual or supra-individual goods, the growing typification of crimes of danger in the abstract, crimes of accumulation, the emergence of blank criminal rules and the very curtailment of classic criminal guarantees. As a reasonable penal response, this work has agreed on the modern production around the concepts of two-speed criminal law by Silva Sánchez and intervention law by Hassemer.

KEYWORDS: Risk society. Criminal law. Modernity

RESUMEN

El presente artículo ofrece algunas consideraciones teóricas y conceptuales sobre la expansión del derecho penal en la actualidad, buscando identificar los impactos que este ha experimentado al abordarlo desde la perspectiva de la sociedad del riesgo propuesta por Ulrich Beck. Se trata de una discusión teórica basada en autores que analizan diversos aspectos de esta interacción entre derecho y sociología, trascendiendo ordenamientos jurídicos específicos en una discusión que puede abarcar distintas normas legales. El enfoque propuesto consiste en delinear el marco conceptual del paradigma penal clásico y de un derecho penal moderno, que debe estar capacitado para enfrentar los riesgos tecnológicos que se extienden a todas las áreas del conocimiento, en un movimiento de auto-confrontación que se desarrolla en el núcleo de la idea misma de modernidad, conocido como reflexividad o modernidad reflexiva. A través de una revisión bibliográfica, fue posible ofrecer algunas posibles respuestas al problema. Existe una tensión teórica explícita entre paradigmas penales, basada en el dilema de la tutela de bienes individuales o supraindividuales, el creciente número de tipificaciones de delitos de peligro en abstracto, los delitos acumulativos, el surgimiento de normas penales en blanco y el mismo cercenamiento de las garantías penales clásicas. Como respuesta penal razonable, este trabajo adopta la producción moderna en torno a los conceptos de derecho penal de doble velocidad de Silva Sánchez y derecho de intervención de Hassemer.

PALABRAS CLAVE: Sociedad del riesgo. Derecho penal. Modernidad.

1 INTRODUÇÃO

A investigação surgiu do estudo dos aspectos da modernidade e sua relação com o direito penal moderno em uma era marcada pela discussão sobre a sociedade de risco. Ulrich Beck argumenta que as sociedades contemporâneas estão cada vez mais caracterizadas pela incerteza e imprevisibilidade devido a avanços tecnológicos, mudanças ambientais e consequências não intencionais das atividades humanas. Essa conexão entre risco e direito penal é complexa e multifacetada, sendo relevante devido à possível expansão da tutela penal, que tem uma ligação direta com a liberdade individual.

O objetivo deste texto é abordar a sociedade de risco, definindo suas características teoricamente e relacionando-as com o tema. Explora como a complexificação e diferenciação social, inclusive no âmbito jurídico, podem gerar instabilidades, que quando combatidas, podem resultar em processos perigosos para os indivíduos em aspectos sociais, históricos e jurídicos. Uma pergunta central é como conduzir e orientar-se em meio à expansão da tutela penal no direito contemporâneo à luz da sociedade de riscos incalculáveis.

A discussão tem como base o conceito de modernidade, especialmente sua faceta contemporânea, muitas vezes chamada de pós-modernidade. Atualmente, estamos diante de um tempo de incerteza, risco e transformação que afeta o campo jurídico, seja em sua prática ou em sua reflexão como ciência. A modernidade atual traz constantes mudanças

em todas as esferas da vida em sociedade, gerando dúvidas persistentes que influenciam profundamente o campo do direito penal.

O texto também aborda como o direito penal moderno busca prevenir danos e gerir riscos em uma sociedade onde o perigo é central, levantando questões sobre responsabilidade individual e coletiva na gestão dos riscos. Isso pode levar à expansão das leis penais para responsabilizar indivíduos ou organizações por condutas que representem riscos para a sociedade, mesmo na ausência de danos diretos. Em outra direção, também considera questões propriamente sociológicas, relacionadas à diferenciação social e à complexificação existente no mundo contemporâneo, como responsáveis pela intensificação da dinâmica dos riscos.

Quanto à metodologia, foi realizada uma revisão bibliográfica abrangente, utilizando bases de dados acadêmicas e selecionando fontes com base em critérios como qualidade, atualidade e profundidade dos estudos. Essa análise crítica, através de uma abordagem qualitativa, forneceu insights valiosos para a compreensão do tema, que serão apresentados como resultados na parte final.

1 SOBRE A NOÇÃO DE MODERNIDADE

O grande problema, que pode também ter sido a grande descoberta intelectual, é que sempre o conceito de modernidade foi envolvido por uma espécie de véu apriorístico, que o engessou numa lógica evolutiva onde a dita sociedade industrial do final do século XIX foi considerada o que de mais espetacular poderia ter acontecido dali para o futuro. Ante isso, estaríamos diante de uma modernidade completa, que poderia, na visão mais absurda de uns poucos intelectuais, levar ao fim da história, o que de fato não ocorreu (Beck, 2011, p. 14).

Se na modernidade do começo do século XX o homem enquanto sujeito de conhecimento, debatia-se ante inimigos hercúleos, tais como a natureza, os resquícios de uma sociedade escravista; na pós-modernidade, após ter vencido tais inimigos, depara-se apenas com suas absurdas e fantásticas contradições borgeanas, no sentido mais fantástico que uma obra literária do argentino possa trazer. E ante tais contradições, a pós-modernidade busca solucionar tais conflitos se autorreferenciando indistintamente, numa abordagem reflexiva, que apesar de ser algo muito positivo, leva à consciência de que todas as respostas

dadas às perguntas, não permanecem verdadeiras por muito tempo. A modernidade reflexiva não é uma reflexão voluntária ou sistêmica, é autoconfrontação, uma tensão teórica.

O cenário que subsiste gera contradição e risco. Uma modernidade autorreferencial quando se depara com suas contradições tende a perceber que tudo tem mudado muito rapidamente. Em todas as áreas do conhecimento humano, tem-se a ideia de que valores estão constantemente sendo superados, o que em si não é algo negativo, já que o conhecimento humano sobrevive da confrontação e superação dele próprio. De alguma forma o direito tem sido alcançado nesse contexto, em especial o direito penal, por isso mesmo este texto objetiva também, realizar algumas considerações importantes que partem da ideia de sociedade de risco para daí se chegar ao direito penal.

Num sentido eminentemente generalista, como ponto de partida de uma construção conceitual, “modernidade refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência” (Giddens, 1991, p. 8). Este conceito de Anthony Giddens traz um foco no tempo e no espaço, que sobremaneira é um ótimo ponto de partida. Modernidade tornou-se uma aspiração do mundo ocidental e parte do oriental, pela via do descobrimento do que os outros poderiam ser.

David Harvey, quando defende a tese de que mudanças abissais nas práticas culturais, econômicas e políticas estão acontecendo, após a segunda metade do século passado, discute, de certa forma, as maneiras dominantes pelas quais a sociedade atual tem experimentado o tempo e o espaço, o que criaria uma base necessária para a ascensão de formas culturais pós-modernas, modos mais flexíveis de acumulação de capital, num novo ciclo de “compressão de tempo-espaço” no bojo do sistema capitalista (Harvey, 2009, p. 7).

Tomando por empréstimo uma expressão de Jean-François Lyotard (1924-1998), muito conhecida, as metanarrativas estão em declínio, impossibilitando a afirmação de uma verdade absoluta, o que acaba por se tornar uma característica fundamental da época atual. Rouanet (1987, p. 21) também concorda que a modernidade esteve baseada em grandes narrativas, herança de um discurso iluminista, de emancipação pela revolução e pelo saber. De fato, com os acontecimentos históricos do século XX, passou-se a olhar a história sob uma outra perspectiva, que aqui pode se assemelhar ao que Michel Foucault chamou de descontinuidade (Oliveira, 2008, p. 170).

É preciso ter noção de como pensadores como Beck e Giddens, cujas ideias guardam uma incrível semelhança, posicionam-se diante desse tempo, de forma a atender suas

preocupações intelectuais. Giddens (1991, p. 10) tentou obter uma nova caracterização tanto da natureza da modernidade quanto da ordem pós-moderna que deve emergir do outro lado da era atual. Beck (2011, p. 11) explicita sua busca, ou mesmo sua tentativa de ir em busca dessa partícula “pós”, que em outros autores pode vir como “avançado”, “tardio”, “ultra”, mas todos num esforço por apanhar e entender determinada fase do desenvolvimento histórico da humanidade nos últimos anos.

Peret Antunes (2013, p. 57) resume algumas teses de Beck, onde assevera dois momentos distintos da modernização: (1) a modernização simples, da era industrial; e (2) a modernização reflexiva, onde existe a percepção dos riscos dessa evolução. No primeiro momento aconteceram grandes avanços, sem uma percepção clara dos riscos em grande escala. No segundo momento, num ato de reflexão, tais riscos puderam ser percebidos e temidos. Para Beck (2011, p. 23) na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada pela produção social de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos.

Finalizando este momento, cabe evidenciar que a percepção destes riscos não é um processo simples, mas faz parte de um construto prático e teórico, num cenário de construção coletiva, através de pessoas e instituições, numa redefinição de senso comum e academia, que representa o conhecimento especializado. Desta forma, todos teriam um papel importante nessa sociedade, já que a possibilidade de percepção e reação a tais riscos, que podem ser e geralmente são desigualmente distribuídas, não obstante, atingem a todos indiscriminadamente, num processo de interdependência, que exclui uma análise de classes, num sistema que envolve diversos grupos e processos sociais.

2 O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

Existem muitos desafios para o direito penal na sociedade de risco, que se encontra marcada pelo relativismo moral, por um Estado fragmentado e pela ausência de densidade das soluções jurídicas, motivados, sob muitos aspectos, por ordenamentos jurídicos que não mais contemplam as dinâmicas da criminalidade moderna. É justamente nessa direção que se aponta, no enfrentamento de questões iniciais, como é o caso de aceitar ou repudiar o direito penal do inimigo? Tolerar os crimes de perigo abstrato? Aceitar ou repelir a

responsabilidade penal da pessoa jurídica? Como atuar frente ao intenso uso de normas penais em branco? Entre outras questões (Wedy, 2013, p. 65).

Teóricos como Claus Roxin (2004, p. 392) apontam uma saída intermediária, onde tem-se como fundamental discutir a validade das concepções clássicas, propondo-lhes um revisionismo, se necessário, sem deixar de dedicar atenção especial aos novos problemas que estão surgindo, numa direção que leve o direito penal ao seu desenvolvimento social, científico e técnico. Os novos riscos se apresentam como os grandes desafios do direito penal enquanto ciência.

Segundo Dias, estar-se ante uma “ruptura epocal” de um passado recente, e mesmo um choque antropológico, onde se antever um colapso iminente dos instrumentos técnico-institucionais de segurança, que ensejam uma nova forma de pensar o direito penal, ante a possibilidade de uma nova ética, uma nova racionalidade e mesmo uma nova política. Existe no autor uma preocupação grande de que o direito penal caia numa busca extensiva por criminalização e se torne instrumento imediato de governo para fins políticos (2003, p. 1124-1132).

Nesse cenário existe a percepção de que o direito penal tem se expandido. O pensamento de Jesús-Maria Silva Sánchez destaca que se tem violado o princípio da taxatividade frequentemente, algo que caminha ao lado da adoção e proliferação de termos vagos e porosos, com cláusulas gerais ou de intenso conteúdo valorativo. O direito penal da era da globalização e da integração supranacional seguirá a tendência de uma unificação constante, não obstante ser cada vez menos garantista, ocasião onde se perceberá a relativização de garantias político-criminais, substantivas e processuais, já que o escopo e as consequências da globalização exigem uma abordagem mais eficaz do direito penal (Silva Sánchez, 2002, p. 128).

Uma característica marcante do direito penal tem sido a sua “administrativização” (Silva Sánchez, 2002, p. 113; Wedy, 2013, p. 67), fato que se dá de maneira explícita quando se trata de temas como meio ambiente, delitos de trânsito e criminalidade econômica. Mais que isso, tem-se uma realidade onde existe uma “transição rápida do modelo de delito de bens individuais” ao “modelo delito de perigo (presumido) para bens supraindividuais”, numa conversão onde o direito penal reage a posteriori ante um fato lesivo que é individualmente delimitado (no que diz respeito a sujeito passivo e ativo), convertendo-se num direito de gestão (punitiva) dos riscos, tornando-se administrativizado (Silva Sánchez, 2002, p. 125-127).

Segundo Faria Costa (2001, p. 15), a sociedade valoriza cada vez mais o movimento, contudo entra em choque com a lentidão das instituições, o que acaba por estabelecer uma ruptura ante a exigência de respostas rápidas e eficientes, principalmente no que diz respeito à criminalidade. Nesse contexto, ressalta o autor, surge uma intensa ideia de Estado Punitivo, que se caracteriza por meio de ideias de força, mediante a adoção de uma cultura do controle, numa tentativa de afastar os riscos para que eles, ilusoriamente cheguem a ser zero.

No direito brasileiro, opta-se pela ideia de duração razoável do processo, que é matéria constitucional. O tempo do processo deve ser razoável e não célere, sob pena de suprimir as garantias processuais. Por isso, a eficiência além de ser econômica também deve ser qualitativa, pois o resultado deve ser qualificado. É o tipo de situação ideal, que parece conciliar as garantias processuais e os direitos fundamentais, caso estivéssemos diante de um sistema que funcione corretamente e que atendesse as demandas de acionamento da contemporaneidade.

Não se coloca em jogo a ideia de um direito penal permissivo, mas sim a da instituição de uma política criminal sólida e empenhada. Nessa busca teórica, Faria Costa (2001, p. 15) aceita a legitimidade dos crimes de perigo em abstrato, não apenas pela relação que subsiste em todo o ordenamento, numa espécie de “teia relacional”, mas em virtude das garantias de dignidade insurgentes no que diz respeito aos bens jurídicos. Também aceita a responsabilização penal das pessoas jurídicas, que se apresentam como entes reais numa sociedade da era pós-industrial (Faria Costa, 1998, p. 515; Faria Costa, 2000, p. 641).

Para Wedy, parece ser possível se indicar traços mais ou menos seguros, que de maneira eficiente possam enfrentar os riscos atuais. Nesse sentido, as direções têm que apontar um direito penal justo, flexível com as condições atuais, mas que mantenha as heranças e conquistas do passado. Por essa razão, destaca a repulsa pelo ilegítimo direito penal do inimigo, não como um direito eficiente, mas como uma espécie de não-direito, que se torna instrumento de transformação da pessoa em inimiga do Estado, consequentemente, uma não-pessoa, não sendo possível considerar um direito legítimo, já que este não respeitaria a dignidade da pessoa (Wedy, 2013, p. 69-72).

Concorda-se com Wedy, ao considerar as teorias aqui apresentadas, de que não se deve desconsiderar, de plano, os avanços que nos últimos tempos estão sendo alcançados pela ciência penal, como é o fato da previsão dos bens jurídicos coletivos, dos delitos de

perigo em abstrato e da responsabilização penal da pessoa jurídica. Contudo, é preciso ter a compreensão de que não devem ser esquecidas as conquistas no que se refere aos direitos e garantias individuais, assim como uma contenção equilibrada do direito penal, especialmente aos mais suscetíveis de serem “clientes” de um sistema penal flagrantemente injusto e discriminatório como o brasileiro (Wedy, 2013, p. 72).

3 ENTRE O DIREITO PENAL CLÁSSICO E O MODERNO

O direito penal clássico projetou-se sob o signo do Iluminismo, apresentando postulados que se preocupam em regular o poder do Estado frente ao indivíduo comum, numa nítida separação entre o que é direito e o que é moral. A proposição teórica desse paradigma leva ao surgimento de princípios que regulam a aplicação do direito de intervenção na esfera estatal, como é o caso do princípio da legalidade, que se apresenta como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Por tais preceitos, existe a impossibilidade de criminalização de práticas sem que antes tais estejam previstas numa legislação específica, tipificadas de forma material, tanto sua aplicabilidade como sanções.

O contraponto a ser observado é que nos últimos anos, mudanças no cenário de reflexão da ciência, que são oriundas da percepção de como caminha a sociedade, tem abalado tais ideias, num transtorno teórico ao dito paradigma clássico do direito penal. O chamado direito penal moderno surge e tem como características mais gerais a responsabilidade penal objetiva, a proteção a bens jurídicos supraindividuais, a antecipação da tutela penal a esferas anteriores ao acontecimento da lesão ao bem jurídico, o que acaba por criar tipos de perigo abstrato e normas penais em branco, além da possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas. Essas novas características do direito penal atual vão de encontro à visão clássica dita liberal, ocupando-se essa parte específica do texto em delinear esses contornos, explicitá-los, de modo a utilizá-los, no sentido de perceber como se dá a influência da reflexividade na ciência penal.

Galdi (2015, p. 40-42) atesta que o direito penal enfrenta uma crise paradigmática, que aflorada em virtude de uma série de conformações sociais, hoje observa e se expande através da hipertrofia teórica e consequente crise moral. Numa sociedade de risco, nos termos como proposto em linhas anteriores, recorre-se ao direito penal em virtude da incapacidade dos outros ramos do direito de conter algumas urgências. Tal caminho leva o

direito penal a tutelar alguns bens jurídicos novos, expandindo-se, ensejando o vislumbre de um caos normativo em grande escala.

Trata-se da globalização do direito penal, conceito que carrega em si a característica da tipificação dos crimes cujo perigo é abstrato e a tipificação vaga de bens jurídicos penais novos. Tal globalização cria um direito que se concentra na delinquência econômica, na delinquência organizada, assim como em modalidades delitivas derivadas, pautado na globalização da “desformalização da justiça penal, da explosão carcerária, das vítimas dos crimes, dos bens jurídicos penais, dos crimes e de seus criminosos e com o agravamento da hipertrofia penal” (Galdi, 2015, p. 42-43).

No sentido de definir algumas características do fenômeno, Fischer, em um trabalho sobre a temática, indica que o direito penal, pela ótica do paradigma moderno caminha no sentido de (1) um uso intenso de normas penais em branco; (2) a criação de tipos penais abertos; (3) a tipificação de tipos de perigo; e (4) a responsabilização de pessoas jurídicas. Para o autor, a expansão é benéfica, contrária a uma expansão irracional. O direito não tem como não mudar, ele se expande para estar à frente de novas realidades, que a época traz (Fischer, 2014, p. 53-54).

No direito brasileiro, é possível observar exemplos claros dos aspectos indicados por Fischer. (1) O uso intenso de normas penais em branco pode ser exemplificado pela Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), que depende de regulamentações complementares para definir quais substâncias são consideradas entorpecentes. (2) A criação de tipos penais abertos aparece no crime de assédio moral no trabalho (art. 483-A da CLT), que utiliza termos amplos como “ofensa à dignidade do trabalhador”, permitindo interpretação conforme o caso. (3) A tipificação de tipos de perigo é evidenciada pelo crime de embriaguez ao volante (art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro), que pune a mera condução de veículo com teor alcoólico elevado, independentemente de haver dano concreto. (4) Por fim, a responsabilização de pessoas jurídicas é contemplada na Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998), que estabelece a possibilidade de sanções criminais e administrativas às empresas que causarem danos ao meio ambiente. Esses exemplos demonstram como o direito penal brasileiro se adapta às novas demandas sociais e institucionais.

Segundo Resende, houve uma mudança radical de enfoque e de conteúdo no direito penal que passa a “ostentar o qualificativo de direito penal moderno”, que se construiu pela “conscientização e mobilização da camada social formadora de opinião”, que pode ser

relacionado ao conceito de consciência dos riscos, já definido neste trabalho. Através deste se percebe que se vive em uma “sociedade na qual os riscos aos bens jurídicos supraindividuais (coletivos) passam a exigir a pronta intervenção do direito penal na repressão a ações ou omissões” já que podem gerar ou mesmo contribuir para a ocorrência de danos (Resende, 2008, p. 45).

Esclarece que a “razão de dita transformação não é outra, senão o aparecimento de novos e perigosíssimos riscos na sociedade”, mediante ações que se projetam contra os aqui citados bens jurídicos coletivos, elementos atrelados à chamada sociedade mundial do risco. Desse modo, a dita sociedade “configura-se como a sociedade do temor originado pelas possibilidades de ocorrências de danos que ela própria, por meio do fomento da atividade tecnológica”, que agora a agridem, necessitando da tutela repressiva do direito, no sentido de combater os riscos (Resende, 2008, p. 47).

4 TENSÃO DE PARADIGMAS E POSSÍVEIS RESPOSTAS

Os paradigmas discutidos agem com uma lógica comunicativa instantaneamente, ante um Estado moderno onde a prioridade é a maximização de sua eficiência econômica e no seu avanço tecnológico. Somado a isto, o sensacionalismo das notícias acaba por transformar questões cruciais em banalidades que são esquecidas em intervalos comerciais. Nas palavras de Galdi, “isso é marcado pelos discursos preconizadores do abrandamento do direito penal intitulados politicamente corretos”. Numa visão abissal o autor destaca: “os cidadãos dizem: eles estão nos matando!”. Desconhecendo como eles o estão fazendo e quem eles são (Galdi, 2015, p. 44).

No contexto brasileiro, o avanço tecnológico promovido pelo Estado apresenta um paradoxo significativo: enquanto busca maximizar os benefícios do progresso, muitas vezes falha em controlar os riscos associados a essa evolução. Isso suscita questionamentos sobre a capacidade do Estado em oferecer proteção efetiva à população por meio de um direito penal moderno, capaz de lidar com novos desafios e bens jurídicos emergentes. Além disso, essa dinâmica evidencia uma tensão entre os Poderes, que precisam equilibrar a eficiência econômica exigida pelo desenvolvimento com a necessidade de remediação dos riscos gerados. Nesse cenário, a Separação dos Poderes desempenha um papel crucial, garantindo que as decisões relacionadas à proteção dos direitos e à segurança

pública sejam tomadas de maneira equilibrada, buscando harmonizar os interesses de avanço tecnológico com a proteção da sociedade.

O seguimento ora exposto vislumbra tornar-se o objeto de uma ou de algumas respostas possíveis do direito penal quando entram em tensão os paradigmas expostos em linhas anteriores. Noutro sentido, pretende ser a resposta sobre o que o direito penal pode oferecer diante dos riscos do mundo contemporâneo. É importante notar que o conceito de reflexividade tem uma importância singular, à medida que através do termo se simboliza e se percebe, no pensamento de Beck, uma fase de transição não refletida e não intencional, que nada mais é a de que a própria modernidade que se confronta e se adúltera, à medida que avança, ante a modificação de suas estruturas.

Pensar segundo os termos de Beck implica perceber que os fenômenos ocorridos na sociedade mundial do risco agora são percebidos e se tornaram “objetos de reflexão pública, política e científica” (Silva, 2010, p. 105). A demanda de urgência pública e o crescente aumento do positivismo levam a outro nível de reflexão, num debate que se torna cada vez mais real, à medida que acontecimentos no meio social e em órgãos estatais tendem a ser os exemplos mais patentes dos caminhos que estão sendo seguidos. O crescente protagonismo do judiciário enseja o atendimento de uma demanda por combate à corrupção motivada pelo clamor público, que em si não teria nada de negativo, não fosse a constante pressão ao atendimento por um direito penal cada vez mais construído para situações específicas.

Num mundo globalizado, a consciência dos riscos é democrática, universal e instantânea. Um exemplo interessante proposto por Galdi é o de pensar que se um crime ocorrer no Rio Grande do Norte, ele é noticiado quase que instantaneamente no Rio Grande do Sul. Em certo sentido, tende a causar a mesma sensação de insegurança, mesmo que exista entre os dois Estados uma distância geográfica de quatro mil quilômetros. Um ato terrorista como o 11 de setembro nos Estados Unidos, com sua impactante visibilidade, tem o mesmo poder de causar ameaça em todas as partes do mundo, mesmo que grande parte da população não saiba, necessariamente que o causou e porque razões. O fato é, que segundo Galdi, algumas escolas brasileiras dispensaram seus alunos em virtude da tragédia, mesmo existindo a incrível distancia de oito mil quilômetros. “Essa proximidade virtual entre os cidadãos da sociedade do risco causa-lhe a sensação da insegurança jurídica” (Galdi, 2015, p. 45).

Ainda segundo o autor, a sensação de insegurança jurídica é a do descumprimento aparente do direito penal, que tanto assegura socialmente. Galdi destaca aqui que o “aparente” é empregado de uma maneira proposital. Num sentido amplo, o direito penal é cumprido. Vê-se o exemplo de algum criminoso que seja condenado a uma pena mínima igual ou inferior a um ano, que pode ter a sua ação judicial penal suspensa por dois a quatro anos, a depender de alguns requisitos, como em concordância com o art. 89, caput da lei federal nº 9.099/1995. Apesar da liberdade, o direito penal foi efetivo, cumprido. Contudo, perante a sociedade que gere todos os dias uma gama de riscos, a liberdade deste criminoso significa sua impunidade. Há uma desarmonia, numa camada a se refletir da norma, que traz descompasso entre a letra da lei e a sociedade, em constante expectativa de punição.

Essa entre tantas é apenas mais uma consequência de uma sociedade de risco. Em tal sociedade, a sua incapacidade de fazer escolhas entre o mais benéfico a si mesma, é a fonte principal de sua “ansiedade, dúvida, incerteza e insegurança”. Uma face importante é que nesta sociedade, as classes para onde são destinadas as demandas mais urgentes do Estado, pelo parâmetro da participação social e influência, exigem a tutela penal ante seus bens jurídicos, tornando a segurança uma pretensão a ser respondida pela lei penal. No atual estado de coisas, o legislativo tenta atender esse anseio, mas vai além do necessário, antecipando uma tutela penal de maneira exagerada, quando sua intervenção deveria ser fragmentária e subsidiária. Na prática existe um fortalecimento de mecanismos de manutenção das estruturas do poder e seus benefícios (Galdi, 2015, p. 45).

Citando Sánchez, o autor expõe que a globalização econômica e a insurgente integração internacional, são processos de interligação entre pessoas e países intensificados na gestão dos riscos, num ambiente onde o direito penal é mais unificado e menos garantista, no sentido de flexibilizar as regras da sua imputação e a relativização de garantias penais. Isso gera o incrível fenômeno de surgimento e desaparecimento de condutas criminosas. Citando de uma maneira geral, algumas consequências desta sociedade de risco devem ser destacadas. (1) A flexibilização das regras da imputação; (2) A imputação subjetiva onde a distinção entre a culpa consciente e o do dolo eventual dissolve-se no *recklessness* (a imprudência dolosa); (3) A indistinção entre a autoria e a participação; (4) A perda da vinculação da imputação objetiva com as relações da necessidade e o ganho da sua vinculação com as relações da probabilidade; (5) A proteção dos bens jurídicos penais novos; (6) A responsabilidade comissiva através da omissão

aplicada às estruturas organizadas e aos crimes empresariais; (6) A tendência à eliminação/à restrição dos aspectos fundamentais do direito penal; (7) As causas justificantes alegadas e provadas pelo criminoso; entre outras (Galdi, 2015, p. 45-46).

Num sentido geral, este trabalho não busca abordar a totalidade das consequências do cenário da sociedade de risco, mas pontuar algumas mais específicas, que se passam na atualidade e que são mais próximas dos acontecimentos em que nossa sociedade a qual se tem contato nos últimos anos. Serão abordadas posteriormente algumas discussões como a produção de leis para condições específicas, o protagonismo crescente do judiciário, a demanda por segurança e, conseqüentemente, por punição. Além disso, é importante pontuar temas oriundos desse contexto, como é a questão da criminalização dos movimentos sociais.

O direito penal, tal qual a modernidade, passa por um processo de auto confrontação, pela qual busca atender as necessidades de seus institutos que estão em similar confronto, num cenário de riscos. A conflituosidade anunciada por Beck alastra-se sobre a ciência penal, na medida em que vão surgindo perspectivas político-criminais que tendem a dois caminhos: de um lado segue-se o caminho trilhado pela expansão do conceito de bem jurídico supraindividual, incriminações de perigo em abstrato e de delitos cumulativos; de outro, existe um caminho que aponta na direção de um processo de reflexão, nos termos de Beck.

Sendo a reflexividade nos termos dos autores aqui já citados, a absolvição do conceito indica que a contemporaneidade é um espaço de reinvenção e de novas formatações, muitas vezes abruptas. Para Silva, a movimentação jurídico-penal que se relaciona com o paradigma da sociedade de risco caminha em duas direções: uma no sentido de perceber a expansão do direito penal, com base numa nova racionalidade incriminadora e outra no sentido de uma contraposição de princípios e garantias penais entre as vertentes clássicas e moderna. Sobre tal ponto, justamente onde se processa a atuação da demanda desta pesquisa, a confrontação entre paradigmas e suas consequências, leva ao surgimento de figuras dogmáticas diferenciadas e à necessidade de se repensar os princípios e garantias penais orientados à contenção da resposta penal. Estrita legalidade, culpabilidade, proporcionalidade, causalidade, subsidiariedade, intervenção mínima, fragmentariedade, lesividade, assim como outros, estariam sujeitos a uma reinterpretação, a um rearranjo, numa tentativa de se enfrentar a criminalidade moderna, insurgente da sociedade de riscos (Silva, 2010, p. 106-107).

Para autores como Gemaque, esse modelo clássico de direito penal teve sucesso durante a fase pré e recém-industrial, mas perdeu eficácia pós Segunda Guerra Mundial, com a intensificação da revolução tecnológica e adensamento da sociedade pós-moderna. Para o autor, seria preciso um novo direito penal, voltado a atender as insurgentes demandas da criminalidade difusa, um direito aberto e inerente a um sistema aberto para ter como fazer frente à criminalidade da sociedade de risco (Gemaque, 2003, p. 141). Na esteira de pensamento proporcionalmente inversa, Garcia assevera que não existe justificativa razoável para que se diminua a importância de princípios como o da dignidade da pessoa humana, através de uma possível relativização de sistemas penais (Garcia, 2005, p. 102).

Estabelecendo um ponto médio entre as argumentações, Dias reconhece a importância dos ideais clássicos e vê a possibilidade de uma atuação direta do direito penal em face dos novos riscos. O direito penal continuar unicamente atrelado aos princípios clássicos, legitimado em um modelo contratual nos termos de Rousseau, tais como a função exclusivamente protetora de bens jurídicos, a secularização e mesmo a intervenção mínima de *ultima ratio*, não estará preparado para a tutela dos grandes riscos da sociedade contemporânea. Assevera que se o direito penal quiser continuar a ser unicamente baseado na esteira clássica, dará uma confissão resignada de que não terá o papel de proteger as gerações futuras (Dias, 2001, p. 45). Silva reconhece a insuficiência e mesmo a inadequação do direito penal liberal, para atender a demanda da crescente de segurança diante dos riscos atuais. Para a autora, estar-se diante de um cenário de intensa conflituosidade, onde existe o choque de reflexividade dos mecanismos de atuação das emergentes categorias dogmáticas e os princípios e garantias penais liberais, aqui tanto citados, que se orientam a limitar a resposta penal (Silva, 2010, p. 107).

Claro que toda e qualquer tentativa de resposta à questão que se coloca enfrenta o desafio de respondê-la dentro do cenário conturbado que emerge do fluxo social por que passa o mundo nos últimos anos. Sobre a proteção dos direitos fundamentais na sociedade de risco, Faria destaca que “um dos desdobramentos da sociedade de risco se manifesta no desenvolvimento da sociedade moderna”, processo que enseja “riscos sociais, políticos, econômicos e individuais produzidos em virtude das inovações tecnológicas, escapam do controle das instituições que deveriam proteger a sociedade industrial” (Faria, 2010, p. 14-16).

A sociedade sempre terá em prioridade a demanda da responsabilidade das decisões e posicionamentos, mas no cenário atual, isto se dá sem se ter uma ideia real das consequências do futuro. Para Faria, “o indivíduo toma as decisões sem saber as reais consequências de tais atitudes” (Faria, 2010, p. 14-16). Contra uma luta superficial de ideias políticos de esquerda e direita, cidadãos propagam discursos extremistas, que denotam a mais pura imaturidade política. Numa certa medida, o anormal se tornou normal, legitimando a disfuncionalidade e o irracionalismo. A percepção que o cidadão comum é a de que a política, vista pelo filósofo como arte, não passa de um esquema de manutenção de regalias, que deve ser abalado, custe o que custar, para que o jogo possa virar e beneficiar outros.

Os dramas internacionais, assim como as soluções para a crise política e econômica do Brasil, prescindem de uma “incalculabilidade” do desenvolvimento social que se impregna em todos os setores. São situações de perigo, que pela condição que se vislumbra, se convertem no centro dos debates e por consequente, no foco da decisão política. Mas uma questão que se coloca e esta é absurdamente impactante é inspirada no próprio Beck quando questiona como “nós”, conhecedores da arte e da técnica, manipuladores de máquinas e cientistas, sejam políticos ou não, “podemos” agir diante o “nosso” desconhecimento? (Beck, 2011).

Perceber qual tem sido o papel do judiciário nesse cenário todo é algo de grande relevância. É de grande número as demandas do legislativo e mesmo do executivo que chegam para deliberação. Num Estado onde a divisão de poderes acontece para que se possa ter um equilíbrio, a ineficácia de um, sua inércia pode ensejar a super atuação de outro, se antecipando etapas de deliberações importantes. Se faz sentido dizer, a postura do judiciário deve ser a de defender o cidadão, por meio da observação dos seus direitos fundamentais, numa sociedade onde este tem se tornado segundo plano por parte de governos e partidos. A postura que se requer é de esclarecer, informar e atuar em demandas com base em sua urgência e atualidade. Faria destaca a atuação do Supremo Tribunal Federal – STF em casos de extrema complexidade, como o dos anencéfalos, “no qual o Supremo Tribunal Federal ouviu instituições religiosas e científicas, antes de efetivamente decidir o caso” (Faria, 2010, p. 14-16).

Diante das múltiplas demandas que insurgem, o direito penal como ciência, tem oferecido respostas, à medida que tem sido utilizado para lidar com os direcionamentos em que é investido. Nesse processo, alguns movimentos e autores, tem importância serem

citados. Cabe lembrar, que variando da demanda social por que passa, uma ideia penalista é aceita mais que outra. Nos tempos atuais, como é de se esperar, regados pela intensificação da sensação de insegurança e expansão do ideal de punição, os movimentos que fortalecem a ideia de encarceramento têm mais destaque.

O direito penal do inimigo se trata de um conceito do jurista alemão, Günther Jakobs, professor de direito penal e filosofia do direito da Universidade de Bonn, que data de 1985. Para o jurista, algumas pessoas, por se tratarem de inimigas da sociedade, não detêm todas as proteções penais e processuais que são direcionadas aos demais. Segundo Gomes, Jakobs propõe uma diferenciação entre um direito penal do cidadão, que se baseia na manutenção da vigência da norma, e um direito penal para inimigos, que se volta para “o combate a perigos e que permite que qualquer meio disponível seja utilizado para punir esses inimigos”.

Na tese de Jakobs, explicitada por Gomes, o direito penal do inimigo se fundamenta em: (1) o inimigo, com a afronta ao contrato social, deixa de ser membro do Estado, passando a estar em guerra contra ele; por isso mesmo, deve morrer como tal; (2) quem abandona o contrato e começa a agir contra o Estado perde todos os seus direitos; (3) nos casos de alta traição contra o Estado, quem cometeu o crime deve ser castigado como inimigo, não como cidadão; e (4) os que ameaçam constantemente a sociedade, não aceitando o “estado comunitário-legal”, deverão ser tratados como inimigos (Gomes, 2010, p. 2).

Para Azevedo e Salim, predomina na legislação penal pós a Constituição de 1988 o movimento punitivista. Para os autores, os motivos são de fácil percepção, principalmente quando se analisa a exploração e potencialização da violência social pela mídia, numa exploração do medo, do terror, criando na sociedade a ideia de que o direito penal é um instrumento imediatamente eficaz de combate à criminalidade. O Brasil tem seguido a tendência de outros países que utilizam o direito penal com uma função simbólica e promocional, o que é parte do movimento hipertrofia do ramo, com base em características aqui já citadas, tais como a criação de novos tipos, exploração dos de perigo em abstrato, agravamento de penas, sem, contudo, refletir sobre a finalidade de tais, avançando em destino a flexibilização de garantias penais e processuais. (Azevedo; Salim, 2016, p. 39).

Exemplos incluem a ampliação das hipóteses de prisão preventiva, como na Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019), que reforçou o uso desse instrumento mesmo em situações de menor gravidade, e a introdução de tipos amplos como o terrorismo (Lei nº 13.260/2016),

que pode gerar interpretações abusivas. Além disso, a aceitação crescente de provas obtidas de maneira controversa, como no caso das delações premiadas sem garantias robustas de regularidade, também ilustra essa tendência. Esses exemplos demonstram como o direito penal tem sido usado não apenas como instrumento de repressão, mas também de simbolismo, muitas vezes à custa de garantias fundamentais.

No contexto de mudanças insurgentes, surge a expressão direito penal de emergência, que simboliza justamente quando o Estado promove através de legislação excepcional, a remoção ou limitação de garantias penais e processuais, objetivando em tese o controle da alta criminalidade. Como exemplo podem ser citadas as leis nº 8.072 de 1990, que trata sobre os crimes hediondos e a lei nº 9.034 de 1995, sobre as organizações criminosas. Ainda para Azevedo e Salim, sempre que o momento histórico marcado pelo clamor da urgente segurança, justamente o que se tem vivido nas últimas décadas, numa caracterização clara da sociedade de risco, surge o legislador como se pudesse ter o remédio para os anseios sociais mais específicos, agindo de maneira rápida, em face de acontecimentos, com o risco de criminalizar sem qualquer fundamento criminológico ou política criminal. Agindo deste modo, cria-se a ilusão de que os problemas tem solução através da tutela penal, mas isso não se torna verdade, já que a criação da lei na maioria das vezes não afeta a realidade, fazendo o direito penal ter apenas uma função simbólica, por isso a expressão: direito penal simbólico (Azevedo; Salim, 2016, p. 39).

O direito penal subterrâneo trata do exercício despótico da legislação pelos próprios agentes da Administração Pública, através da inobservância do dever de conduta que deve ser mantido pelo agente público. Para Zaffaroni, este é exercido pelas agências executivas de controle, que atuam à margem da lei e de forma violenta e arbitrária, com o apoio ativo ou passivo, em algum grau dos operadores que fazem parte o sistema penal. Nas palavras do mestre, “o sistema penal subterrâneo institucionaliza pena de morte, desaparecimentos, torturas, sequestros, exploração do jogo, da prostituição, entre outros delitos” (Zaffaroni, 2003, p. 52). Existe nesse cenário um processo de criminalização, que Zaffaroni define como primária e secundária.

Segundo Azevedo e Salim, a criminalização é o processo de seleção de um número restrito de pessoas, que se realiza pelo Estado que detém o poder de punir. Nesse sentido, explicitando as palavras de Zaffaroni, a criminalização primária constitui-se do ato legislativo que normatiza uma estrutura punitiva, como um rol de tipos de crimes. Essa criminalização é conduzida pelas agências políticas. A criminalização secundária surge

quando a ação punitiva começa a ser exercida sobre pessoas concretas, fazendo com que a criminalização primária se concretize na realidade (Azevedo; Salim, 2016, p. 40).

É firme a ideia de que a solução para a complexidade da questão, não passa por um posicionamento extremista dos que defendem um direito penal aos moldes do paradigma tradicional, ou dos que perfazem o caminho da expansão anunciada por vários pensadores da doutrina. Percebe-se que um caminho mais seguro seria o que buscasse um equilíbrio entre o direito penal do risco e a observação dos princípios e garantias penais liberais. Por oportuno, entrevê-se caminhos claros, mas nem tão pouco equalizados, que caminham no sentido de uma funcionalização do direito penal e mesmo de uma firma posição deste como *ultima ratio*, além de uma corrente intermediária, de expansão moderada (Silva, 2010, p. 110).

A propósito da abordagem de Silva, essa corrente intermediária, ou mesmo de expansão moderada, é personificado pelo jurista espanhol Silva Sánchez, que recusa o apego ao tradicionalismo clássico, no mesmo sentido em que nega adesão à flexibilização decorrente da modernização do direito penal, através da propositura de uma via dualista, que ficou conhecida como direito penal de duas velocidades (Silva, 2010, p. 110-111). Para Silva Sánchez, o direito penal de primeira velocidade é o que se conhece como direito penal tradicional, com base nos princípios e garantias fundamentais, expressado principalmente através da pena privativa de liberdade. Por outro lado, o direito penal de segunda velocidade, expressa-se pela flexibilização de garantias político-criminais, adicionando-se a criação de punições que seriam espécie de sanções administrativas, através de multas e restrição de direitos, numa seara administrativa (Silva Sánchez, 2002, p. 144-151).

Numa posição de divergência do pensamento de Silva Sánchez, Winfried Hassemer pensa em uma nova seara de tutela, não uma área delimitada dentro do próprio direito penal, nem por um direito administrativo, mas em destino a um novo campo jurídico denominado direito de intervenção, que teria maior aptidão para lidar com as questões da sociedade do risco. Para Silva, Hassemer opõe-se às modernas correntes de expansão em virtude da sociedade de riscos, já que defende a redução do direito penal a um núcleo penal mínimo, formado pelos delitos de lesão aos moldes clássicos, ou mesmo a bens jurídicos supraindividuais com estrita ligação à pessoa, delitos de perigo em concreto de natureza grave, regras de imputação penal rígidas e princípios e garantias clássicas. Partindo desse pensamento, a proteção aos bens jurídicos supraindividuais devidos os riscos tecnológicos não figuraria no âmbito do direito penal (Silva, 2010, p. 111).

Nas palavras de Hassemer, “o direito penal deve voltar ao seu aspecto central, ao direito penal formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física”, entre outros, que são os direitos que podem ser descritos com precisão, para que a lesão seja objeto de um processo penal formal. Mais que isso, para o autor, é preciso pensar em “um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do direito penal, sobretudo as sanções de privação de liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores”. O autor chama este novo ramo de direito de intervenção (Hassemer, 1994, p. 49).

Segundo Oliveira, a proposta de Hassemer explora a redução do alcance do direito penal que se conhece, submetendo-se a um amplo processo de descriminalização de condutas. Seria uma alternativa para o controle da criminalidade moderna, situando-se entre o direito penal e o direito administrativo, com um consequente rebaixamento dos níveis de garantias individuais e através de novas formas procedimentais simplificadas, principalmente no que tange a privação de liberdade (Oliveira, 2008, p. 5048-5050). Nesse sentido, Silva assevera que esse novo campo atuaria no combate aos focos insurgentes de insegurança de maneira preventiva e por ser mais flexível em relação às garantias materiais e processuais, acolheria sanções menos intensas que as atuais, evitando a privação de liberdade (Silva, 2010, p. 112).

Dando ênfase a leitura de Azevedo e Salim, vê-se na ideia de Hassemer uma crítica ao modo de controle da nova criminalidade devido a sua ineficácia, já que se volta aos indivíduos e não aos grupos e organizações sociais, que de certa forma estão no fluxo da criminalidade. A proposta de Hassemer trabalha na lacuna do direito administrativo que não possui independência necessária para atuar na distribuição de penalidades (Azevedo; Salim, 2016, p. 81). Daí a propositura do direito de intervenção, que teria atuação voltada para a criminalidade atual, voltado para o risco e não para o dano, em virtude de os danos serem incalculáveis. Para Oliveira, o modelo de intervenção se mostra mais adequado para dar uma resposta aos problemas da sociedade pós industriais, já que segundo essa forma de atuação liberaria o direito penal de sua batalha, na qual tem fracassado (Oliveira, 2008, p. 5048-5050).

O direito de intervenção teria a função “permitir a eficiência no tratamento da pessoa jurídica, a orientação pelo perigo (e não pelo dano), a possibilidade de agir rápida e preventivamente”, fato que não alteraria as bases do Direito penal tradicional, “pois, para Hassemer, o controle da criminalidade das pessoas jurídicas exige métodos mais eficientes

do que o Direito penal atual, que permitam diferentes estratégias de imputação coletiva”. Não se trataria de um direito penal mais brando, ou meramente administrativo, mas sim uma nova resposta à criminalidade contemporânea. Tem-se na proposta, não o anúncio da verdade em torno de uma solução possível, mas o delineamento inicial de um discurso, já que, para a autora, “as novas perspectivas começam com uma nova atitude diante de uma situação real”. (Oliveira, 2012, p. 48-49).

A doutrina penal tem apresentado alguns delineamentos que são frutos de uma emergência diante das demandas sociais. Seria pretensioso indicar ou tentar perfazer uma solução definitiva para os problemas oriundos da sociedade de risco. Mas, com base nas leituras até aqui realizadas, este caminho passa, primeiramente, pelo afastamento da ideia de direito penal do inimigo. No dizer de Wedy, após apresentadas algumas respostas, parece possível delinear traços amplos de caminhos seguros, que podem trazer eficiência e equilíbrio no enfrentamento dos riscos. Tal caminho precisa apresentar um direito penal e processual justo, acima de tudo, daí que a ideia de repelir com veemência o direito penal do inimigo, tratando-o não como um instrumento da ciência penal, mas como um não-direito, já que este mesmo trabalha com a ideia de não-pessoa (Wedy, 2013, p. 79-70).

Responder qual ideia de ciência penal seria mais adequada, seria também responder qual o sistema penal atende aos postulados de um Estado Democrático de Direito do nosso tempo, regido pelo paradigma dos riscos imensuráveis. Em ambas se trabalha pensando no afastamento da pena privativa de liberdade. Em Silva Sánchez o direito penal ainda permanece como instrumento de tutela, mantendo-se a força comunicativa do direito penal. “Em Hassemer, o direito penal é desobrigado do dever de prevenção e/ou punição a atos ou fatos que atentem contra os citados interesses”, cria-se, desse modo, “um direito que se localiza entre o direito civil ou o direito administrativo e o direito penal, cuja configuração ainda se encontra em estágio embrionário”, eminentemente nuclear aos moldes tradicionais (Resende, 2008, p. 60).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito penal passa por mudanças que refletem a dinâmica inconstante de um tempo chamado por muitos de pós-moderno. A modernidade enquanto processo é um fenômeno democrático, existe para todos, em maior ou menor escala ou, em múltiplas escalas. A compreensão dos riscos do desenvolvimento tecnológico talvez não, mas de

outra forma, a consciência dos riscos é comum, independe de classes sociais. Um desastre natural pode atingir a todos, indistintamente. Um ataque terrorista também. A criminalização de um movimento social, igualmente. E por mais que classes abastadas possam se proteger em qualquer parte do globo, eles estão suscetíveis a perigos incalculáveis.

Contudo, em praias essencialmente movimentadas pela lógica do capital e do poder (uma delas é a política), nunca foi tão patente a fragilidade do homem comum, de certa forma, o cliente mais alcançado pelas políticas criminais das últimas décadas. Por isso mesmo, tem-se a utopia de um direito penal que equacione as instabilidades dos riscos contemporâneos, mas que não seja instrumento da força comunicativa da coerção do Estado apenas direcionado para os miseráveis, já que em Estados de desigualdades sociais imensuráveis, como o Brasil, isso implicaria em um determinismo que apenas replicaria a história construída até aqui. A primeira conclusão é a necessidade de uma utopia que não desconsidere as desigualdades sociais flagrantes.

Chegando-se ao final deste trabalho, é nítida a possibilidade de que muitos temas possíveis foram negligenciados, devido à complexidade de questões que surgem quando se relaciona sociedade de risco e direito penal. A teoria de Ulrich Beck teve seu núcleo embrionário em idos dos anos de 1980 e até a morte do autor em 2015, estava em acelerada constituição a cada publicação. Os processos de expansão da tutela penal, seja pela via do direito penal do inimigo ou pelo modelo garantista de atuação, também tem uma construção histórica baseada numa busca dialética que tem em conformidade a realidade social, seja ela como objeto de atuação de um possível Estado policial, ou por meio de mecanismos de política criminais de cunho social e reparador. Ou seja, os dois temas aqui confrontados, apesar de novos, guardam em si uma construção teórica densa.

A ideia de que vivemos em uma “sociedade do risco”, tal como teoricamente formulada por Ulrich Beck, constitui um diagnóstico essencial para compreender as transformações contemporâneas no Direito Penal. Essa perspectiva sociológica revela como a complexificação da vida social e a aceleração das dinâmicas sociais incrementam a produção e a percepção de riscos, impondo ao Direito Penal novas funções e desafios. No âmbito dessa complexidade, o controle dos riscos e a proteção de bens jurídico-penais emergentes tornam-se demandas centrais, atribuindo ao Direito Penal uma função social ampliada que ultrapassa seu caráter tradicional de última ratio.

A complexificação social, marcada pelo aumento da diferenciação interna e pela intensificação dos contatos interpessoais – ou, como Georg Simmel aponta, pelos “efeitos

recíprocos” das relações –, dificulta a previsão e a regulação dos riscos. Essa dificuldade impacta diretamente princípios estruturantes do Direito Penal, como causalidade, culpabilidade e responsabilidade, que enfrentam obstáculos em acompanhar a multiplicidade e a imprevisibilidade dos fenômenos sociais. Nesse sentido, o Direito Penal precisa lidar com novos desafios impostos por uma sociabilidade cada vez mais fragmentada e imprevisível, o que exige uma adaptação de suas estruturas teóricas e práticas.

Além disso, a aceleração social, elemento destacado em debates contemporâneos, contribui para a intensificação dos riscos e para a rápida obsolescência das normas penais. Esse fenômeno coloca o Direito Penal em uma encruzilhada: por um lado, não pode se limitar a uma função minimalista de proteção de bens jurídicos; por outro, precisa evitar respostas normativas que desconsiderem os limites impostos pela Constituição, à qual permanece necessariamente vinculado. Essa tensão reflete a dificuldade do Direito Penal contemporâneo em manter-se eficaz diante da volatilidade e da rapidez com que as dinâmicas sociais evoluem.

Nesse contexto, a vinculação entre a sociologia e o Direito Penal mostra-se indispensável. Reconhecer a complexidade e a aceleração sociais como fenômenos estruturantes da sociedade do risco permite compreender os limites e as possibilidades de um Direito Penal que precisa, simultaneamente, proteger novos bens jurídicos, regular os riscos crescentes e alinhar-se aos princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, uma pergunta basilar que se fez foi como é possível entender a expansão da tutela penal no direito contemporâneo, que subverte e transtorna o paradigma clássico, pela ótica de uma sociedade de riscos incalculáveis, aos moldes do conceito de sociedade mundial do risco e modernidade reflexiva? Basicamente, é possível entender que a tutela penal sofre um embaraçamento teórico quando confrontada com as possibilidades dos riscos contemporâneos. Desse modo, atua-se na observação dessas consequências como forma de se tentar perceber que caminhos são os melhores a seguir.

Afirma-se que a teoria da sociedade de risco pode ser utilizada para se analisar a atual expansão do direito penal contemporâneo frente ao paradigma clássico, em virtude das consequentes incertezas pela qual a sociedade atual atravessa, sendo uma constante possibilidade nos últimos dez anos, quando se observa os anais de eventos jurídicos mais relevantes, por exemplo. Estar-se diante de uma época que tem processos de evolução

tecnológica, terrorismo em escala mundial, geopolítica sensível, processos de imigração cada vez mais intensos, sem observância de garantias fundamentais à pessoa humana, entre outros. Nessa matriz estrutural, a criminalidade acaba por caminhar no mesmo sentido, aperfeiçoando cada dia mais a atuação amparada pelo fluxo tecnológico e muitos agentes distribuídos por muitas frentes de atuação. O poder do Estado, tem imensas dificuldades de coibir o crime, por que este também tem um poder de grande ordem, organizado, seja armado ou não. O sistema penal retributivo continua sendo uma referência das nações para atuar frente aos problemas citados, apesar de existirem intensos questionamentos sobre seu sucesso histórico.

Em pautas mais específicas, teve-se uma ideia concreta do processo de globalização e sua influência no direito penal, traçando uma linearidade histórica entre a sociedade industrial e a sociedade do risco, devidamente inserida na discussão, o que possibilitou ter uma noção mais apurada da dinâmica do aparecimento e qual seria o perfil dos riscos propostos por Beck. Por oportuno, gerou-se a percepção do cenário em que se situaria a discussão, mediante contradição e risco. Como foi explicitado, uma modernidade autorreferencial quando se depara com suas contradições tende a perceber que tudo tem mudado muito rapidamente.

Em todas as áreas do conhecimento humano, tem-se a ideia de que valores estão constantemente sendo superados, o que em si não é algo negativo, já que o conhecimento humano sobrevive da confrontação e superação dele próprio. O que se torna preocupante é quando essa instabilidade afeta aspectos delicados da vida humana, como a segurança, seja ela geopolítica, ambiental e jurídica. Nesse cenário, destaca-se a reflexividade como elemento central da discussão, pois por ela se permite a reinvenção do próprio pensamento. O conceito de modernidade reflexiva ou reflexividade tornou-se elemento caracterizador de uma época, que em si carrega o estigma de confusa, causadora de mudanças e principalmente que possibilita riscos que não são facilmente previsíveis. Surge a sociedade mundial do risco.

Os riscos gerados por essa sociedade não podem ser medidos, o que traz ao direito penal o desafio de se adaptar a perigos não existiam tradicionalmente. É interessante destacar os paradigmas penais que foram abordados, tendo-se em mente um dito tradicional, outro dito moderno (de risco), que fez surgir uma oposição exemplificada a nível de uma diferença básica. O paradigma clássico, dito também de o Direito Penal primário, de base iluminista, pretende tutelar, direta ou indiretamente, um conjunto de “direitos,

liberdades e garantias das pessoas”, já o outro, também denominado Direito Penal secundário ou extravagante (dito de risco), busca ramificar-se numa relação essencial com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos direitos sociais e à organização econômica.

Como foi exposto, o direito penal, tal qual a modernidade, passa por um processo de auto confrontação, pela qual busca atender as necessidades de seus institutos que estão em similar confronto, num cenário de riscos. A conflituosidade anunciada por Beck alastra-se sobre a ciência penal, na medida em que vão surgindo perspectivas político-criminais que tendem a dois caminhos: de um lado segue-se o caminho trilhado pela expansão do conceito de bem jurídico supraindividual, incriminações de perigo em abstrato e de delitos cumulativos; de outro, existe um caminho que aponta na direção de um processo de reflexão, nos termos de Beck.

Nesse cenário, as propostas mais interessantes encontradas são totalmente opostas. A primeira seria o direito penal de duas velocidades, de Silva Sánchez. O direito penal de primeira velocidade é o que se conhece como direito penal tradicional, com base nos princípios e garantias fundamentais, expressado principalmente através da pena privativa de liberdade. Por outro lado, o direito penal de segunda velocidade, expressa-se pela flexibilização de garantias político-criminais, adicionando-se a criação de punições que seriam espécie de sanções administrativas, através de multas e restrição de direitos, numa seara administrativa. De outro lado, Winfried Hassemer pensa em uma nova seara de tutela, não uma área delimitada dentro do próprio direito penal, nem por um direito administrativo, mas em destino a um novo campo jurídico denominado direito de intervenção, que teria maior aptidão para lidar com as questões da sociedade do risco. Com base nas posições difundidas por Silva Sánchez e Winfried Hassemer entende-se haver a possibilidade de uma solução, não obstante a absolutamente distinção entre tais autores.

Finalizando, entende-se que outras consequências da sociedade de riscos que foram vislumbradas, encontram-se atualmente em patente atuação no cenário atual, como é o caso do poder comunicativo da força midiática, o insurgente e não necessariamente positiva protagonismo do judiciário, a via promocional de criminalização de movimentos sociais e os processos de administrativização do direito penal, com a flexibilização de garantias. São considerações possíveis que estão ligadas a um tema mais amplo que passa pelo estabelecimento de uma política criminal coerente para lidar com os riscos contemporâneos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. **Direito penal**: parte geral. Salvador, Bahia: JusPodivm, 2016.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: 34, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a 'sociedade industrial' e a 'sociedade de risco'. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 33, p. 39–65, 2001.

FARIA COSTA, J.F. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal), v. 1. In: CORREIA EDUARDO et al., **Direito penal económico e europeu**: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 503-515.

FARIA COSTA, J.F. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2000.

FISCHER, Douglas. O direito penal na sociedade de risco. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre. Edição especial, nº 75, p.51-63, 2014. Disponível em: www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1427986015.pdf. Acesso em: 02 abril. 2024.

GALDI, Juliana Quintino Vieira. A sociedade de risco e o direito penal simbólico. **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 8, n. 1, p.39-50, 2015. Disponível em: editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/download/8120/5337. Acesso em: 2 abril 2024.

GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do risco e a (in)eficiência do direito penal na era da globalização. In: **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, Tirant lo Blanch. v. 5, n. 17, p. 77–104, jan./mar., 2005.

GEMAQUE, Sílvio César Arouck. Limites do direito penal na moderna sociedade de riscos. In: **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, v. 2, n. 8, p. 137–149, jul./set., 2003.

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

GOMES, Luís Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12636-12637-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 abril 2024.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultura. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 2, n. 8, p. 41–51, out./dez., 1994.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004.

OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. **A expansão penal e o direito de intervenção** (2008). Disponível em: www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/.../bh/alice_quintela_lopes_oliveira.pdf. Acesso em: 2 abril 2024.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro** (2012). Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/pt-br.php>. Acesso em: 2 abril 2024.

OLIVEIRA, Cristiane. **A vertigem da descontinuidade: sobre os usos da história na arqueologia de Michel Foucault**. história, ciências, saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v.15, n.1, p.169-181, jan./mar, 2008.

PERET ANTUNES, Leonardo Leal. A expansão do direito penal na era da globalização e a criminalidade moderna. **Tribuna Virtual**. IBCCRIM, v. 1, p. 54-72, 2013.

RESENDE, Henrique Barbosa. **A Medida da Intervenção Penal no Estado Democrático de Direito**. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2008.

ROUANET, Sergio Paulo. **As razões do iluminismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

ROXIN, C. La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro. In: F. MUÑOZ CONDE (Coord.); A. ESER; W. HASSEMER; B. BURKHARDT (Coord.), **La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio**. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

WEDY, Miguel Tedesco. Alguns desafios do direito penal na sociedade de risco. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v 5. n. 1, p. 65-73, jan./jun., 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

TÍTULO DA OBRA

SOCIEDADE DE RISCO E DIREITO PENAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS RISCOS DA MODERNIDADE REFLEXIVA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Márcio Bezerra da Costa

Doutorando em Sociologia e Antropologia
Universidade Federal do Pará, PPGSA, Belém, Pará, Brasil.
contato1.mbc@gmail.com

●<https://orcid.org/0000-0001-7226-0467>

Francisco Raimundo Alves Neto

Doutor em Educação
Universidade Federal do Acre, Rio Branco, Acre, Brasil
francisco.alves@ufac.br

●<https://orcid.org/0000-0003-3035-7118>

HISTÓRICO –

RECEBIDO: 15/06/2024

APROVADO: 04/12/2024

PUBLICADO: 15/12/2024

CONTRIBUIÇÃO DE AUTORIA

Os papéis descrevem a contribuição específica de cada colaborador para a produção acadêmica inserir os dados dos autores conforme exemplo, excluindo o que não for aplicável. Iniciais dos primeiros nomes acrescidas com o último Sobrenome, conforme exemplo.

Concepção e elaboração do manuscrito: M. B. da Costa

Coleta de dados: M. B. da Costa

Análise de dados: M. B. da Costa, F. R. A. Neto

Discussão dos resultados: M. B. da Costa, F. R. A. Neto

Revisão e aprovação: M. B. da Costa

.

LICENÇA DE USO – uso exclusivo da revista

Os autores cedem à **Em Tese** os direitos exclusivos de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a [Licença Creative Commons Attribution 4.0 Internacional \(CC BY\)](#). Esta licença permite que **terceiros** remixem, adaptem e criem a partir do trabalho publicado, atribuindo o devido crédito de autoria e publicação inicial neste periódico. Os **autores** têm autorização para assumir contratos adicionais separadamente, para distribuição não exclusiva da versão do trabalho publicada neste periódico (ex.: publicar em repositório institucional, em site pessoal, publicar uma tradução, ou como capítulo de livro), com reconhecimento de autoria e publicação inicial neste periódico.

PUBLISHER – uso exclusivo da revista

Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política. Publicado no [Portal de Periódicos UFSC](#). As ideias expressadas neste artigo são de responsabilidade de seus autores, não representando, necessariamente, a opinião dos editores ou da universidade.