

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

LEONARDO V. GALVÃO SELVA

**DIREITO PENAL DO RISCO:
a tentativa de expansão disfuncional do direito penal diante da sociedade de risco.**

RECIFE
2019

LEONARDO V. GALVÃO SELVA

**DIREITO PENAL DO RISCO:
a tentativa de expansão disfuncional do direito penal diante da sociedade de risco.**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas.

RECIFE
2019

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

S586c Selva, Leonardo V. Galvão.
Direito Penal do Risco: a tentativa de expansão disfuncional do
Direito Penal da sociedade de risco / Leonardo V. Galvão Selva - Recife,
2019.
66 f.

Orientador: Prof^o. Dr^o. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade
Damas da Instrução Cristã, 2019.
Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Sociedade de risco. 3. Expansão de Direito Penal. I. ,
Renata C. Othon L. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2019-295)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DIREITO

LEONARDO VINICIUS GALVÃO SELVA

DIREITO PENAL DO RISCO:

a tentativa de expansão disfuncional do direito penal diante da sociedade de risco.

DEFESA PÚBLICA em Recife, 16 de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Presidente:

Prof. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas

Examinadora:

Prof.ª Dr.ª Andrea Walmsley Soares Carneiro

RECIFE

2019

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à Deus pela oportunidade de desfrutar da vida e por todas as oportunidades concedidas durante essa etapa da minha caminhada, bem como pela intercessão e amparo durante estes cinco anos de graduação, o que me possibilitou coragem para enfrentar os desafios que porventura aparecessem.

Agradeço, também, aos meus familiares, especialmente aos meus amados pais, André Eduardo Cabral Selva e Michelle Rossana de Albuquerque Galvão, pelos ensinamentos que transcendem o âmbito da sala de aula: a determinação, humildade, generosidade e a coragem para enfrentar os obstáculos que a vida necessariamente impõe. Sou grato e me orgulho profundamente de ser filho de vocês.

À minha namorada, Maria Fernanda Pereira de Lyra Didier, agradeço pelo companheirismo diário e por me encorajar em cada etapa deste ciclo. Obrigado por acreditar em mim e estar ao meu lado em todos os momentos destes cinco anos.

Aos meus amigos, pela paciência e compreensão em minhas ausências, mas, sobretudo, pelo incentivo que, sem sombra de dúvidas, contribuiu para o meu crescimento pessoal e profissional. Além de agradecer às amizades conquistadas durante o curso que deixaram a rotina, de certo modo, mais leve: meus sinceros agradecimentos aos amigos Rodrigo Oliveira, Lucas Holmes, Andréa Costa e Matheus Mendonça.

À Faculdade Damas, pela oportunidade do conhecimento e pelo amadurecimento pessoal durante estes cinco anos.

Ao GCTM Advogados, especialmente à Manuela Galvão, pela compreensão e por todo apoio nesta reta final de curso. Agradeço, também, por todos os ensinamentos transmitidos diariamente que, certamente, são fundamentais para o meu crescimento profissional e pessoal.

Ao meu orientador, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas, por toda disponibilidade nas orientações, pelo exemplo de professor e por compartilhar seu irrefutável conhecimento com contribuições essenciais para o deslinde deste trabalho.

Agradeço ao Prof. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira, Leo, e à Prof.^a Andrea Walmsley Soares Carneiro, pela amizade, por todos os conselhos e toda ajuda durante esta graduação. Tenham a certeza que vocês me inspiraram para a vida acadêmica pelo exemplo de professores que são. Obrigado por sempre me ouvirem e debaterem com entusiasmo os assuntos do Direito Penal.

Ao Prof. Ricardo José de Souza Silva, meu eterno agradecimento por todo auxílio e conselhos na elaboração desse trabalho, sem dúvida, carregarei comigo todo ensinamento para aplicá-los na vida acadêmica.

E a todos que, apesar de não citados, contribuíram de alguma forma na realização desse sonho.

O maior perigo do crime nas sociedades modernas não vem do próprio crime, mas do fato de que a luta contra este conduza as sociedades a governos totalitários.

- Nils Christie.

RESUMO

O presente trabalho visa examinar a formação da sociedade de risco, através do desenvolvimento tecnológico e científico experimentado, sobretudo, no momento posterior à Segunda Guerra Mundial, e qual postura o Direito Penal deve assumir diante da criminalidade moderna de bens jurídicos coletivos e difusos. O fio condutor do presente estudo é o complexo debate entre a modernização do Direito Penal através de sua expansão, a fim de tutelar com mais eficácia os bens jurídicos coletivos; e a preservação das bases do Direito Penal Clássico, de cunho liberal, quantos aos princípios da legalidade e da *ultima ratio*, sobretudo. Analisar-se-á como a expansão do Direito Penal com a flexibilização de garantias e direitos penais fundamentais, através do Direito Penal de Emergência – seja este representado pelo Direito Penal do Risco, pelo Direito Penal do Inimigo ou, até mesmo, pelo Direito Penal de Duas Velocidades – redundam em prejuízos para o Estado Democrático de Direito e para a própria finalidade de um Direito Penal garantista em sua essência, inaugurando uma crise de legitimidade do Direito Penal.

Palavras-chave: 1. Sociedade de Risco, 2. Expansão do Direito Penal, 3. Direito Penal do Risco.

ABSTRACT

The present work aims to examine the formation of the risk society, through the technological and scientific development experienced, especially after the Second World War, and what attitude the Criminal Law should take before the modern criminality of collective and diffuse legal goods. The guiding thread of this study is the complex debate between the modernization of criminal law through its expansion, in order to more effectively protect collective legal assets; and the preservation of the bases of the Classical Criminal Law, of a liberal nature, regarding the principles of legality and the *ultima ratio*, above all. It will analyze how the expansion of Criminal Law with the easing of guarantees and fundamental criminal rights through Emergency Criminal Law - whether represented by Criminal Risk Law, Criminal Enemy Law or even Criminal Law. Two-Speed - results in damage to the Democratic Rule of Law and to the very purpose of a guaranteeing criminal law in its essence, inaugurating a crisis of legitimacy of criminal law.

Keywords: 1. Risk Society, 2. Expansion of Criminal Law, 3. Criminal Risk Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A SOCIEDADE DE RISCO E SEUS DESDOBRAMENTOS	12
2.1	Sociedade de Risco: formação histórica e distinção do risco na pós-modernidade.....	12
2.2	Risco e Perigo: para além de um antagonismo da modernidade.....	13
2.3	Um Panorama da Sociedade de Risco.....	15
2.4	Os Crimes de Perigo Abstrato e o Fracasso da Dicotomia Risco/Seguridade.....	18
3	A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: A INFLUÊNCIA DA SOCIEDADE DE RISCO E A MUDANÇA DE PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL CLÁSSICO	23
3.1	A Sociedade de Risco como Pressuposto da Expansão do Direito Penal.....	23
3.2	Direito Penal Simbólico e Insegurança Social: a face oculta do moderno Direito Penal.....	25
3.3	A “Administrativização do Direito Penal”: a estreita via entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal através dos delitos de acumulação aplicados nas infrações ambientais.....	30
3.4	As Duas Velocidades do Direito Penal: a resistência dos preceitos liberais diante da expansão do Direito Penal.....	34
4	DIREITO PENAL DO RISCO: PROLEGÔMENOS PARA A CRISE DE LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL	39
4.1	A Escola de Frankfurt e os Dogmáticos do Risco: a dialética de duas perspectivas sobre o Direito Penal do Risco.....	39
4.2	Das Leis Penais em Branco ao Princípio da Legalidade: a inadequação de um Direito Penal do Risco.....	46
4.3	Direito Penal do Inimigo e Direito Penal de Duas Velocidades: duas propostas de um mesmo Direito Penal expansivo e disfuncional.....	52
5	CONCLUSÃO	58
	REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico e a globalização aceleraram o processo de transformação da sociedade industrial, de tal forma que o cenário da sociedade contemporânea surge como um produto do sucesso global da industrialização. Esta, marcada pela produção incessante de bens, deu lugar a uma sociedade na qual predomina a produção de riscos globais.

Na medida em que o resultado da produção de bens na sociedade industrial liberou riscos até então desconhecidos, a sociedade atravessou um processo de metamorfose, no qual os riscos passaram de perceptíveis e individuais para riscos globais, difusos, massificados e imperceptíveis. Porém, a percepção desses riscos globais redundou numa nova fase do processo de metamorfose: a reflexividade dos riscos. A partir desta, as estruturas econômicas, ambiental, social e, principalmente, jurídica da sociedade foram desestabilizadas.

Na seara do Direito Penal, a reflexividade dos riscos globais questiona seus próprios dogmas clássicos. O Direito Penal Clássico, estruturado em bases liberais, atende à proteção de bens jurídicos-penais relevantes que, em sua maioria, possuem núcleos individualizados. Entretanto, o surgimento de riscos globais redundou, também, na percepção de bens jurídicos de caráter difuso a serem tutelados. A notável característica destes bens jurídico-penais está no fato de serem o produto do sucesso da modernidade, é dizer, são efeitos colaterais do processo, no qual a sociedade de classes dá lugar à sociedade de risco globais. Nesta perspectiva, o protagonismo destes bens jurídico-penais diante de uma sociedade de risco representa, também, novas formas de criminalidade surgidas, tais como terrorismo, crimes econômicos e ambientais. Não obstante, o cerne da problemática neste enredo concentra-se na utilização indiscriminada de institutos contrários à noção do Estado Democrático de Direito – tais como, as leis penais em branco, os tipos penais abertos e os delitos de perigo abstrato -, a fim de conter os avanços da criminalidade moderna, na medida em que a dogmática penal clássica estabelecida no Estado de Direito dispõe de limitadas ferramentas aptas para prevenir ou reprimir os delitos de bens jurídicos supraindividuais na sociedade contemporânea de riscos.

A presente pesquisa mostra-se primordial, na medida em que, em decorrência de um fenômeno social da modernidade, persegue-se uma mudança de paradigmas e conceitos do Direito Penal Clássico, objetivando a disfuncional expansão deste, com o único objetivo de dar uma resposta simbólica à sociedade gerenciada por riscos globais. Além disso, a expansão desmedida do Direito Penal representa, também, ameaça às estruturas do Estado Democrático

de Direito, uma vez que abre caminho para a perpetuação de um estado de exceção, no qual o Direito Penal como limitador do *jus puniendi* estatal entra em colapso.

Desse modo, é diante desse contexto de hesitação sobre a função clássica da dogmática penal que emerge o presente problema de pesquisa: deve o Direito Penal expandir-se, flexibilizando seus conceitos clássicos, para reagir aos delitos que ameaçam bens jurídicos supraindividuais na sociedade de risco?

A produção de riscos globais carrega consigo novas conjecturas que incidem sobre diferentes domínios da sociedade. Em relação à criminalidade moderna surgida concomitantemente à reflexividade dos riscos globais, o Direito Penal não é o instrumento adequado para responder a esta nova realidade, uma vez que isso representaria a adoção de um Direito Penal do Risco ou, até mesmo, de um Direito Penal do Inimigo. É dizer, o Direito Penal teria que se afastar de sua função protetora de bens jurídicos individualizados e relevantes, passando a ser utilizado como um instrumento de prevenção, redundando-se em um Direito Penal de caráter meramente simbólico, ou seja, que busca a minimização dos riscos e a produção da falsa sensação de segurança social a partir da ameaça de pena.

Segue-se, portanto, para uma perigosa via antigarantista do Direito Penal, na medida em que se pretende expandir o âmbito de intervenção deste, seja pela proteção de novos bens jurídicos-penais de caráter transindividuais, pela flexibilização das regras de imputação ou pela relativização dos princípios de garantia do Direito Penal. Dessa forma, o Direito Penal não deve expandir-se, abandonando seus dogmas clássicos para responder as mazelas da sociedade de risco, posto que representaria o declínio de princípios e garantias calcados no Estado Democrático de Direito e a ascensão atroz do estado de exceção.

O primado objetivo desta pesquisa é demonstrar, portanto, a inconveniência da expansão do Direito Penal como reação simbólica à nova criminalidade de riscos globais. Nada obstante, para alcançar o objetivo geral, estabeleceu-se objetivos especiais, sendo tais: analisar a sociedade de risco e suas implicações no Direito Penal; demonstrar as teorias expansionistas do Direito Penal como uma suposta reação funcional à criminalidade de perigo abstrato surgida; criticar a tentativa de expansão disfuncional do Direito Penal, através do Direito Penal do Risco e o do Direito Penal do Inimigo e sua inadequação ao Estado Democrático de Direito.

A metodologia adotada é a pesquisa bibliográfica, qualitativa e exploratória, utilizando o método científico hipotético-dedutivo, no qual serão obtidos como base teórica artigos, livros e teses que se refiram ao tema abordado.

Nada obstante, pretende-se no *primeiro capítulo* de pesquisa compreender o processo de metamorfose do mundo, conforme cunhado por Beck, até a chegada da sociedade de risco, assimilando os aspectos econômicos, políticos, sociais e – principalmente – jurídico-penais que carrega essa nova realidade.

Por outro lado, no *segundo capítulo*, pretende-se criticar a tentativa de expansão do Direito Penal Clássico para responder simbolicamente à criminalidade da sociedade de risco, principalmente a partir da ótica Winfried Hassemer e Jesus Maria Silva-Sanchez.

Por fim, no *terceiro capítulo*, pretende-se analisar as teorias expansionistas do Direito Penal, focando-se numa análise do Direito Penal do Risco através de Cornelius Prittwitz, Felix Herzog e Winfried Hassemer, filiados à “Escola de Frankfurt”. Além disso, demonstrar como as teorias expansionistas atuais representam uma tentativa de expansão disfuncional do Direito Penal Clássico que, apesar de estabelecidas normativamente e criadas a partir da mesma angústia da globalização de riscos, mostram-se inadequadas em termos de Estados Democráticos de Direito.

2 A SOCIEDADE DE RISCO E SEUS DESDOBRAMENTOS

De maneira geral, as repercussões da sociedade de risco, conforme introduzida por Ulrich Beck em 1986, ressoam nos diversos estratos da sociedade. No direito não é diferente. Essa teoria desperta no direito penal a necessidade de uma renovação dos seus institutos clássicos já há muito estruturados.

Dessa forma, na medida em que emerge na sociedade a produção de novos riscos, tende a coletividade demandar do Estado uma maior sensação de segurança face as recentes ameaças manifestadas. A sociedade de risco, portanto, traz à tona novas nuances da dicotomia entre risco e perigo.

2.1 Sociedade de Risco: formação histórica e distinção do risco na pós-modernidade

Antes de adentrar propriamente nas características e desdobramentos da sociedade de risco, não se pode deixar de estabelecer os antecedentes históricos que influenciaram o desenvolvimento desta teoria.

A sociedade de risco foi desenvolvida a partir do processo de evolução da própria sociedade – inicialmente das sociedades europeias ocidentais, as quais, posteriormente, exportaram o processo de industrialização para as outras sociedades -, na medida em que a percepção dos riscos e a relevância dada a estes modificaram-se sistematicamente neste espaço temporal. Tem-se, assim, que a sociedade de risco é produto do sucesso global da sociedade industrial, como efeito colateral sistemático da modernização e da globalização, características dessa época¹.

Ocorre que, na sociedade industrial, os riscos eram, de um modo geral, mais sensorialmente perceptíveis que os atuais, já que decorriam de uma escassez de inteligência e consciência higiênica, limitadas pelo deficiente desenvolvimento tecnológico e científico da época. Portanto, tais riscos derivavam, por exemplo, das péssimas condições de trabalho e da falta de higiene nas fábricas, além da inexistência de saneamento básico que, conseqüentemente, poluía mares, rios e terras, influenciando, assim, na procedência dos alimentos consumidos na época.

Por outro lado, as ameaças próprias da sociedade de risco diferenciam-se da sociedade industrial, na medida em que naquela os riscos tomam alcance globais, ou seja, eles

¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 33.

não estão vinculados exclusivamente ao local de sua origem. São riscos transnacionais e, acima de tudo, invisíveis².

Dessa forma, os novos riscos distinguem-se dos riscos tradicionais e dos riscos próprios do desenvolvimento industrial pela sua característica catastrófica. Como consequência, a sociedade passou a dispor de capacidade e consciência de que gera riscos com amplitudes globais e de intensa velocidade. Assim, foram elevados os mecanismos de segurança, de prevenção e de precaução dos efeitos colaterais negativos destes riscos³.

2.2 Risco e Perigo: para além de um antagonismo da modernidade

A dicotomia entre risco e perigo sempre se fez presente na humanidade. Porém, para cada etapa da história humana, houve uma conotação distinta sobre risco e perigo. Sendo assim, para falar em sociedade de risco é indispensável fazer alusão às concepções de riscos, bem como a relação destes com o perigo na ótica de Niklas Luhmann.

Antes de mais nada, preleciona Pierpaolo Bottini que não há risco sem iminência do perigo, na medida em que o risco é a consciência do agir humano diante de uma situação de perigo ou sua iminência, além das opções que o ser humano faz ou tem diante dele⁴.

Ademais, Luhmann, um dos principais estudiosos sobre o problema do risco na sociologia, propõe a distinção entre risco e perigo em contraposição à dicotomia risco/seguridade defendida por Beck, entendendo que só há risco quando os possíveis danos futuros são consequências da própria decisão do afetado. Por exemplo, quem fuma assume o risco de morrer de câncer. Percebe-se, então, que a probabilidade de danos futuros provém de uma decisão do próprio afetado⁵. Por outro lado, o perigo encontra presença quando tais danos futuros se acham ligados a decisão que foge ao controle do agente afetado⁶. Essa é a ótica do observador de primeira ordem partindo da ideia de risco/perigo, em que se observa a realidade e a partir dela se faz distinções.

² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 26.

³ AIRES DE SOUSA, Susana. Sociedade do risco: requiem pelo bem jurídico?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 86, p. 231-246, 2010, p. 233.

⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Brasil, v.14, n. 61, p. 44-121, jul/ago. 2006, p. 47.

⁵ BRÜSEKE, Franz Josef. Risco e contingência. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 22, n. 63, fev. 2007.

⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1992.

Um exemplo que pode ilustrar perfeitamente a dicotomia entre risco/perigo, conforme suscitada por Luhmann, encontra respaldo na situação na qual o agente decide beber e dirigir⁷:

O fato de o agente decidir voluntariamente se embriagar ou usar substância psicoativa pode levá-lo a sofrer um acidente grave ou fatal, pois ele perde parte de sua capacidade psicomotora, ou seja, estamos ante um risco, pois as consequências aparecerem como fruto da sua decisão. Por outro lado, o fato de o agente decidir usar tais substâncias redutoras da capacidade psicomotora e dirigir ao mesmo tempo torna-se um perigo para as outras pessoas, tendo em vista que tais potenciais danos ou perdas estão fora do controle dos afetados pela decisão.

Dessa maneira, é possível inferir que o risco e o perigo estão interligados. É exatamente neste instante que surge o paradoxo clássico da sociologia, no qual os riscos constituem perigos e os perigos são riscos⁸. Tal paradoxo ocorre, na medida em que se está a observar o mesmo evento comunicativo, modificando apenas a perspectiva de análise.

Entretanto, a observação de um determinado evento comunicativo desempenhada pelo observador de primeira ordem é referencial e relativa, ou seja, depende da forma que se observa, uma vez que há pontos cegos ou latentes nesta observação que estariam ligados ao próprio ato de observar⁹. Logo, Luhmann não se contentou apenas com a explicação de uma certa ligação entre risco e perigo. Pelo contrário, buscou aprofundar a dicotomia entre risco/perigo saindo da visão do observador de primeira ordem, é dizer, da pura observação para a reflexividade, valendo-se da ótica de um observador de segunda ordem, que faz novas distinções a partir da distinção inicial entre risco/perigo do observador de primeira ordem. Surge, assim, a noção de contingência.

A contingência somente é possível como consequência de uma observação de segunda ordem, quer dizer, uma observação crítica, fruto de um processo reflexivo, da própria observação de primeira ordem. Neste momento, “a mudança do observador de primeira ordem pode levar a uma observação diferente, ver aspectos e perscrutar pontos ainda não examinados”¹⁰. Sendo assim, assente nessa visão de segunda ordem, seria possível a produção de novas distinções entre risco/perigo, que se encontravam obscuras para o observador de primeira ordem, superando, portanto, o paradoxo clássico da sociologia.

⁷ BRANDÃO, Cláudio; SIQUEIRA, Leonardo. Tipicidade e perigo: para a compreensão da recepção penal da dicotomia do risco e do perigo. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano XV, n. 61, p. 43-65, abril/jun. 2016, p. 56.

⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1992.

⁹ BRANDÃO, Cláudio; SIQUEIRA, Leonardo. Tipicidade e perigo: para a compreensão da recepção penal da dicotomia do risco e do perigo. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano XV, n. 61, p. 43-65, abril/jun. 2016, p. 57

¹⁰ *Ibidem*, p. 57.

Segundo Brüseke¹¹, a contingência é a própria observação que se torna contingente:

Somente as de segunda ordem, que são observações de observações, podem ver a contingência. Estas reduzem o campo da observação: exclusivamente o observar está sendo observado. Tal procedimento significa, de um lado, uma redução de complexidade, mas abre, de outro, a possibilidade de um aumento de complexidade no campo da observação da observação. Eu posso perguntar por que um observador observa exatamente esta e não uma outra coisa. Assim, a observação observada torna-se contingente, pois ela é o que é, mas poderia ser uma outra. (...) Quando um observador não vê algo que é evidente, isto fica para ele na latência. A sua observação atribui a ele, ao observador de primeira ordem, a incapacidade de ver o que ele não pode ver.

Neste sentido, a dicotomia luhmanniana entre risco/perigo mostra-se indispensável numa sociedade de risco, principalmente quando se fala da dogmática penal moderna, uma vez que a distinção entre os dois conceitos sob a ótica da observação de segunda ordem, operada por Luhmann, poderá dar ares de legitimidade a tipificação dos delitos de perigo abstrato, por exemplo.

Por outro lado, tem-se vulgarizado a dicotomia risco/segurança, levantada por Beck, como fonte legitimadora dos delitos de perigo abstrato. Entretanto, demonstrar-se-á, em momento oportuno, o equívoco da dogmática penal – especialmente a brasileira – ao tipificar delitos de perigo abstrato com base nesta dicotomia, na medida em que não faz distinção entre risco e perigo.

2.3 Um Panorama da Sociedade de Risco

A teoria da sociedade de risco foi introduzida pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, no livro intitulado *“risk society: towards a new modernity”*, no ano de 1986. Trata-se de um trabalho de vida do autor, no qual analisa-se a influência do capitalismo e do desenvolvimento tecnológico na própria modernidade, redundando numa produção social de riscos globais altamente massificados. Beck foi motivado, principalmente, pelas catástrofes históricas ocorridas no século XX, como as guerras mundiais, Auschwitz, Nagasaki, Harrisburg, Bhopal e Chernobyl.

A sociedade de risco questiona a própria modernidade pós-industrial. Ocorre que, em seguida ao momento industrial, no qual houve o recrudescimento do desenvolvimento

¹¹ BRÜSEKE, Franz Josef. Risco e contingência. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 22, n. 63, fev. 2007.

tecnológico amparado por um capitalismo impetuoso no século XX, a sociedade – no caminho para o seu *status* contemporâneo – sofreu uma profunda ruptura social, política e econômica. A eclosão dessa nova modernidade representou não só o incremento da produção social de riquezas, porém, simultaneamente, também uma intensificação da produção social de riscos – os quais, frisa-se, sempre existiram na história da humanidade, mas com características diversas.

Nessa perspectiva, Beck entende que a sociedade de classes é substituída pela sociedade industrial. Na primeira, os riscos atingiam cidadãos de classes inferiorizadas que não dispunham de mecanismos suficientes para controlar os riscos, ainda que individuais e perceptíveis. Por outro lado, a partir da modernização, a sociedade de classes dá lugar à sociedade industrial, na medida em que os riscos afetam não apenas as classes sociais inferiores, mas, também, as classes mais elevadas, as quais, apesar de disporem de mecanismos de proteção e controle de riscos, invariavelmente acabarão por sofrer as consequências negativas da globalização. Assim, “à classe dos afetados não se opõe uma classe dos não-afetados. À classe dos afetados opõe-se, na melhor das hipóteses, a classe dos ainda-não-afetados”¹².

Importante destacar que, a sociedade de risco como produto do sucesso do capitalismo e da globalização, revelou que, apesar da geração de novas riquezas sociais – principalmente, em decorrência do avanço tecnológico -, a sociedade herdou para si também diversos ônus. Dentre eles, está a pedra angular da sociedade de risco no tocante ao Direito Penal: a produção de riscos globais até então inexistentes. Tais riscos possuem características próprias, na medida em que além de seu caráter global – consequência lógica da globalização -, é necessário ter em conta, dado a sua importância, que os novos riscos são produzidos pela atividade humana, mais precisamente pelas decisões de poder do homem, inicialmente dirigidas a fins positivamente qualificados¹³.

Sendo assim, os riscos atuais diferenciam-se dos antigos, uma vez que atingem um indeterminado número de pessoas, é dizer, são riscos que não se limitam às fronteiras de onde foram produzidos, mas ultrapassam os limites de sua origem. Contudo, para além de sua transnacionalidade, os novos riscos são, outrossim, transgeracionais, ou seja, os seus efeitos colaterais não serão, necessariamente, sentidos por aqueles que os criaram através das decisões de poder, mas, principalmente, pelas gerações futuras – os descendentes dos

¹² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 47.

¹³ MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001, p. 26-27.

afetados. Portanto, os riscos globais são invisíveis, imperceptíveis, pois seus efeitos colaterais são, afora de longo prazo, sutis em relação ao momento de sua criação¹⁴, fato que dificulta sua percepção imediata. Apenas a título de exemplo, pode-se identificar como riscos atuais, os provenientes das contaminações nucleares ou químicas, substâncias tóxicas nos alimentos, a ameaça nuclear, modificações genéticas, crimes contra o sistema financeiro, poluição das fábricas, a destruição e poluição de biomas.

Portanto, Beck¹⁵ estabelece três características distintivas destes novos riscos globais, quais sejam, em primeiro lugar, sua “des-localização”, ou seja, estão em todos os lugares e não apenas limitados ao local de seu surgimento, sendo, dessa forma, “onipresentes”; além disso, as consequências destes riscos possuem caráter incalculáveis; por fim, são riscos não-compensáveis, na medida que a lógica da compensação – conforme ocorria com os riscos antigos – substitui o princípio da precaução pela prevenção, ou seja, a ameaça à humanidade já está configurada cabe, portanto, prevenir que aquele risco transforme-se em efetivo dano.

Nesse sentido, Beck demonstra a transnacionalidade e a transgeracionalidade dos riscos globais apresentando três níveis de sua des-localização de interdependência incalculáveis¹⁶:

Deixe-me explicar esses pontos – des-localização, incalculabilidade, não-compensabilidade – mais detalhadamente. A des-localização de riscos de interdependência incalculáveis ocorre em três níveis: 1. Espacial: os riscos novos (por exemplo, a mudança climática) não respeitam a Estado-nação ou qualquer outra fronteira; 2. Temporal: a atual antecipação das catástrofes futuras não pode mais ser baseada em experiências passadas; assim, o risco como expectativa do inesperado, a colonização do futuro baseada na probabilidade não funciona; os novos riscos têm um período de latência longo (por exemplo, o lixo nuclear) de modo que seu efeito ao longo do tempo não possa ser determinado e limitado. 3. Social: graças à complexidade dos problemas e da duração dos efeitos em cadeia, a atribuição das causas e conseqüências já não é possível com nenhum grau de confiabilidade (por exemplo, as crises financeiras).

Dessa forma, pode-se concluir que diante das características dos riscos globais elencadas por Beck – mais precisamente sua transnacionalidade e seu aspecto transgeracional – “estes riscos vão se tornando progressivamente mais perceptíveis, e sua administração mais autoconsciente, o que traduz justamente o advento da modernidade reflexiva”¹⁷.

¹⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 32.

¹⁵ BECK, Ulrich. “Momento Cosmopolita” da sociedade de risco. **Com Ciência**, n. 104, 2008.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ DA SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. A teoria da sociedade de risco como instrumento para a compreensão da emergência dos movimentos sociais urbanos no Brasil: um contraponto crítico. **Revista Quaestio Iuris**, v. 8, n. 03, p. 1913-1948, 2015, p. 9.

Afirma Beck que a modernidade reflexiva significa a autodestruição da sociedade industrial, a partir da vitória da modernidade ocidental, donde as formas sociais industriais são desvinculadas e há a revinculação com a outras formas sociais da modernidade¹⁸.

Portanto, em que pese a sua terminologia “reflexiva”, o ponto crucial dessa nova modernidade não pertence unicamente à reflexão sobre os novos parâmetros de uma sociedade pós-industrial, mas, efetivamente, à autoconfrontação com as novas bases da modernização de riscos globais¹⁹, é dizer, com os efeitos latentes da sociedade de risco.

2.4 Os Crimes de Perigo Abstrato e o Fracasso da Dicotomia Risco/Seguridade

Quando se trata dos crimes de perigo abstrato a dicotomia luhmanniana risco/perigo é deixada de lado e evidencia-se, neste momento, a dicotomia de risco/seguridade, na medida em que, na obra de Beck, o risco se contrapõe à seguridade, donde poder-se-ia calcular antecipada e racionalmente o percentual de risco das nossas ações. Portanto, quando se transfere essa concepção do sociólogo alemão para o Direito Penal entende-se que o agente deverá se abster quando a probabilidade do dano for alta²⁰.

A razão dessa abstenção não é de evitar propriamente um resultado lesivo, senão que adiantar a prevenção de futuros – e prováveis – danos para garantir a seguridade e a própria sensação de segurança. Desse modo, criam-se tipos penais não para evitar a produção de danos concretos – própria lesão ao bem jurídico -, mas para possibilitar uma efetiva seguridade²¹. Inclusive, Kindhäuser entende que a função dos delitos de perigo abstrato não é de proteger bens jurídicos, mas sobretudo de garantir segurança²².

Dessa forma, a teorização de Beck foi introduzida na dogmática penal, sem muito teor crítico, de modo que passou a legitimar os delitos de perigo abstrato. O evidente equívoco ocorreu em razão da grande reivindicação sofrida – erroneamente – pelo Direito Penal como ator legitimado a combater os riscos globais decorrentes da sociedade de risco mundial, que

¹⁸ BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. **Modernización reflexiva: política, tradición y estética em el orden social moderno**. Madrid; Alianza Editorial, 1997, 2001, p. 14.

¹⁹ Ibidem, p. 18-19.

²⁰ BRANDÃO, Cláudio; SIQUEIRA, Leonardo. Tipicidade e perigo: para a compreensão da recepção penal da dicotomia do risco e do perigo. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, ano XV, n. 61, p. 43-65, abril/jun. 2016, p. 53.

²¹ MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001, p. 79.

²² KINDHÄUSER, Urs Konrad. **Gefährdung als Straftat: rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte**. Vittorio Klostermann, 1989 apud ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: tomo I, v. 1**. Madrid: Civitas, 1997, p. 409.

poderiam ocasionar notáveis catástrofes para a humanidade caso a conduta humana não fosse punida antecipadamente, é dizer, independente da produção de dano ao bem jurídico.

A característica desse Direito Penal Moderno é a sua presença em uma sociedade objetivamente insegura, é dizer, uma sociedade de risco mundial. Nesse sentido, o legislador para satisfazer a demanda social de seguridade, criminaliza certos comportamentos arriscados, utilizando-se para tal, como instrumento técnico-jurídico, a tipificação dos delitos de perigo abstrato, os quais se apresentam como uma resposta política estatal aos problemas da sociedade de risco²³.

Após a elucidação acerca da criminalização de certas condutas consideradas em si mesmas perigosas, redundando na tipificação de delitos de perigo abstrato, cumpre evidenciar o que se entende, dogmaticamente, como crimes de perigo abstrato. Claus Roxin²⁴ os define como delitos que penalizam uma conduta tipicamente perigosa em si, sem que haja necessariamente a produção de um resultado que coloque concretamente um bem jurídico-penal em perigo. Desse modo, a intenção do legislador é unicamente de evitar perigos concretos e danos ao bem, a partir da tipificação de perigos abstratos.

No mesmo sentido, Bottini²⁵ conceitua o tipo de perigo abstrato como “a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo”, quer dizer, é o contrário dos delitos de lesão.

Nada obstante, Bottini busca entender as razões da proliferação dos crimes de perigo abstrato na sociedade de risco. Segundo o autor, o desenvolvimento tecnológico é um dos principais fatores que contribuem para o crescimento dos delitos de perigo abstrato na dogmática penal. Ademais, compreende que a utilização de novas tecnologias afeta ou poderia afetar, de modo irreversível, um grande número de bens jurídicos, tendo-se como exemplo os desdobramentos que poderiam ser ocasionados com a energia nuclear, a utilização de organismos geneticamente modificados, bem como o desenvolvimento de novos medicamentos, sem as necessárias precauções quanto a seus efeitos. Diante dessa complexidade de novos bens jurídicos possivelmente afetados em larga escala, Bottini²⁶ defende que

²³ GRACIA MARTÍN, Luis. **La polémica en torno a la legitimidad del derecho penal moderno**. Ubijus, 2011, p. 272-285

²⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: tomo I, v. 1**. Madrid: Civitas, 1997, p. 407.

²⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Brasil, v.14, n. 61, p. 44-121, jul./ago. 2006, p. 66.

²⁶ *Ibidem*, p. 67.

o que importa é evitar ou controlar as condutas, e não reprimir os resultados. Não interessa ao gestor de riscos atuar após a ocorrência da lesão, mas antecipar-se a ela, diante da magnitude dos danos possíveis. Nestas circunstâncias, a norma penal surge como elemento de antecipação da tutela, sob uma perspectiva que acentua o papel preventivo do direito. Para isso, o tipo penal deve estar dirigido à conduta e não ao resultado. A atividade, em si, passa a ser o núcleo do injusto. A insegurança que acompanha estas condutas, e a extensão da ameaça, levam o legislador a optar pela norma de prevenção, através de descrições típicas que não reconheçam o resultado como elemento integrante do injusto, ou seja, através dos tipos penais de perigo abstrato.

Ressalta-se, ademais, que a utilização dos delitos de perigo abstrato, para Bechara, representa um processo de desmaterialização do tipo penal, na medida em que este passa a ser formulado de forma aberta e mediante o uso de cláusulas gerais e elementos normativos²⁷.

Somado a isto, tem-se como propulsor da tipificação dos delitos de perigo abstrato na dogmática penal a relevante proteção, cada vez mais acentuada, aos bens jurídicos coletivos. O Direito Penal Clássico, pautado nos princípios garantistas da legalidade, lesividade e culpabilidade, é adequado a compreender o delito pela ótica autor-vítima, é dizer, de bens jurídicos individualizados. Contudo, o recrudescimento de novos bens jurídicos, principalmente coletivos e difusos, que, apesar de surgirem antes mesmo do contexto da sociedade de risco, tornaram-se protagonistas neste cenário, se apresenta como um desafio para o Direito Penal Clássico atual, com suas limitadas ferramentas, tutelar.

Desse modo, a tipificação dos delitos de perigo abstrato representa uma das facetas da tentativa de expansão do Direito Penal. Essa política criminal redundando em um Direito Penal que antecipa a punibilidade das condutas, bem como tipifica comportamentos considerados perigosos pelo legislador, a fim de garantir a segurança da população e evitar que os riscos se transformem em lesões irreversíveis contra a humanidade.

Portanto, essa tentativa de colocar o Direito Penal com papel ativo na proteção da sociedade diante dos riscos globais, invoca uma atitude *prima ratio* – contrário à sua noção liberal de *ultima ratio* – em detrimento de outros instrumentos de controle social de riscos. Entendem os expansionistas que o Direito Penal possui maior capacidade e é considerado mais eficaz na prevenção de condutas eminentemente perigosas do que outras medidas de caráter social ou econômica²⁸.

Neste sentido, Buergo²⁹ entende haver um grande problema na tipificação dos delitos de perigo abstrato em um ordenamento jurídico, qual seja a concentração da possibilidade de valoração das condutas perigosas exclusivamente ao arbítrio do legislador no

²⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. Quartier Latin, 2014, p. 215.

²⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 135.

²⁹ MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001, p. 79-80.

momento da criação da norma. Com isso, cria-se um evidente problema de legitimidade da norma penal, em decorrência do conflito aos princípios da lesividade do fato e da culpabilidade por falta de um injusto material.

Noutros termos, a legitimidade constitucional dos delitos de perigo abstrato como forma de intervenção estatal provém, além de uma inexistência de distinção clara entre risco/perigo pelo legislador, pela difundida utilização da dicotomia risco/seguridade para legitimar a modalidade em decorrência do temor das grandes catástrofes que tais riscos podem trazer para a humanidade.

Dessa forma, como Beck não faz distinção entre risco e perigo, tomando ambos conceitos como identidade, passou-se a criminalizar, por si só, ações perigosas tal como dirigir embriagado ao volante. Percebe-se que, em decorrência dos índices elevados de acidentes no trânsito relacionados à embriaguez, a conduta distancia-se da seguridade, sendo, portanto, considerada como uma ação arriscada ou perigosa por natureza que merece a tutela penal³⁰. Portanto, é possível inferir que a dicotomia risco/seguridade confunde as ações arriscadas em ações perigosas, tornando-as iguais, sem qualquer diferença, de modo que as próprias ações descritas nos tipos de perigo abstrato representam um risco para o bem jurídico tutelado.

Entretanto, o erro da dogmática em utilizar a seguridade como aparato legitimador dos crimes de perigo abstrato foi não perceber que a absoluta seguridade é inalcançável, uma ficção social, na medida em que não há ação isenta de riscos, é dizer, não há ação completamente segura³¹. Portanto, diante da incerteza do futuro, uma vez que não há absoluta seguridade em uma ação, nem a distinção risco/seguridade é a melhor técnica para legitimar os delitos de perigo abstrato, tampouco a dicotomia risco/perigo na ótica do observador de primeira ordem é capaz de oferecer a efetiva legitimidade nos moldes dos princípios penais garantistas.

Somente a partir da reflexividade do observador de segundo ordem na dicotomia risco/perigo poder-se-á falar em tipificação de delitos de perigo abstrato nos ditames do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, mantém-se o princípio da ofensividade como norteador da criminalização de tais condutas, uma vez que apenas ações arriscadas para os

³⁰ BRANDÃO, Cláudio; SIQUEIRA, Leonardo. Tipicidade e perigo: para a compreensão da recepção penal da dicotomia do risco e do perigo. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano XV, n. 61, p. 43-65, abril/jun. 2016, p. 54.

³¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1992, p.36.

bens jurídicos são dignas de proteção. Nesse aspecto, tem-se a noção de risco de lesão ao bem jurídico como fundamento estruturante da tipicidade³².

Neste sentido, teóricos defendem que a criminalização de perigos abstratos somente deveria ser considerada ante um elemento material para o injusto objetivo, na medida em que para os delitos obedecerem ao princípio da *ultima ratio* – indispensável ao Direito Penal Liberal – é necessário que haja uma lesividade da conduta proibida pela norma penal. Alguns adeptos entendem que esse elemento material seria a periculosidade *ex ante*, é dizer, anterior ao fato típico. Nesta ocasião, a periculosidade da conduta se caracteriza pela infração a um dever de cuidado³³.

Roxin³⁴ entende a ideia de infração a um dever de cuidado devido como o viés mais convincente quando se trata dos delitos de perigo abstrato.

A mais convincente é a idéia, desenvolvida sobretudo por Horn e Brehm, de fazer com que a punibilidade dependa de uma violação dos devidos cuidados no sentido de crimes imprudentes (isto é, de um "perigo de resultado" sem a necessidade de um "resultado de perigo"), de tal maneira que os crimes de perigo abstrato representariam então tipos de imprudência sem consequências (...) De acordo com isso, seria punível se o autor deixasse de observar apenas as medidas preventivas subjetivamente exigidas de sua perspectiva, mesmo se, considerando todas as circunstâncias, as precauções adotadas fossem objetivamente suficientes para eliminar o perigo. Esta posição pode ser aprovada; "porque o que precisamente ainda é apropriado para a culpa, é o que mais se aproxima da decisão do legislador de negligenciar o princípio da culpa"

Sendo assim, pode-se inferir que não há um completo rechaço da doutrina aos crimes de perigo abstrato. Entretanto, atuando como observador de segunda ordem e percebendo a distinção risco/perigo como a única fonte legítima da criminalização de ações arriscadas para os bens jurídicos, a própria distinção doutrinária entre perigo abstrato e perigo concreto torna-se desnecessária. Portanto, a estrutura típica atual dos delitos de perigo abstrato é passível de crítica – na medida em que são verificados conceitos vagos e imprecisos nas legislações atuais -, principalmente quando estes são sustentados através de uma cortina de legitimidade baseada no Direito Penal do Risco, produto de uma expansão disfuncional do Direito Penal Clássico.

³² BRANDÃO, Cláudio; SIQUEIRA, Leonardo. Tipicidade e perigo: para a compreensão da recepção penal da dicotomia do risco e do perigo. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, ano XV, n. 61, p. 43-65, abril/jun. 2016, p. 64-65.

³³ PINHEIRO, Rafael Magalhães Abrantes. **Sociedade de Risco e Delitos de Perigo Abstrato**. Horizonte Científico, v. 4, n. 2.

³⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**: tomo I, v. 1. Madrid: Civitas, 1997, p. 408.

3 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: A INFLUÊNCIA DA SOCIEDADE DE RISCO E A MUDANÇA DE PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL CLÁSSICO

Influenciado a partir do advento da pós-modernidade, principalmente no momento posterior à queda do muro de Berlim, em 1989, o Direito Penal entrou numa crise de legitimidade de suas próprias funções. É dizer, portanto, que a concepção deste como instrumento de defesa dos cidadãos frente à intervenção coativa do Estado começou a desvanecer no horizonte dogmático-penal. Ocorre que a sociedade e os operadores do direito começam a questionar as razões que levam o Direito Penal a não atingir seus fins, especialmente diante do crescimento da criminalidade, seja da chamada criminalidade de massa ou, até mesmo, da criminalidade econômica, tecnológica, ambiental e organizada.

Em contrapartida, assiste-se a um crescimento dos discursos de emergência em matéria jurídico-penal, que levam à criação de legislações especiais pautadas em um Direito Penal – supostamente – transitório, cujo objetivo é conter os avanços da criminalidade moderna. Desse modo, cria-se um Direito Penal de Emergência³⁵ – que pode manifestar-se na forma de um Direito Penal do Risco, do Direito Penal de Duas Velocidades ou do Direito Penal do Inimigo -, o qual pretende se afastar dos princípios penais fundamentais e das garantias individuais do Estado Democrático de Direito, com o objetivo de pôr fim à crise de legitimidade e efetividade vivenciada pelo Direito Penal neste século.

3.1 A Sociedade de Risco como Pressuposto da Expansão do Direito Penal

A expansão do Direito Penal não é uma construção criada instantaneamente, mas nasce da constatação de uma longa transformação na qual a sociedade tornou-se sistematicamente mais complexa, principalmente após a Segunda Guerra Mundial. No momento posterior a este evento histórico, os riscos – apesar de já existirem – tornaram-se mais acentuados, notadamente com a ameaça nuclear, os riscos ambientais e a criminalidade econômica, influenciados pelo desenvolvimento tecnológico, e convertidos, então, em riscos mundiais.

O contexto delineado nas linhas acima foi identificado por Ulrich Beck³⁶ como uma sociedade de risco mundial própria da era pós-moderna, na medida em que posterior à

³⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 103, p. 411-436, 2008, p. 422-424.

³⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 108.

Segunda Guerra Mundial experimentou-se a modernização do Estado de Bem-Estar Social, em um processo de incremento do impulso social individualizatório, o que alterou, principalmente, as relações interpessoais, inclusive no mercado de trabalho. Aliado a isto – e como característica mais distinta da sociedade de risco – tem-se a produção de novos riscos até então desconhecidos e o incremento dos já existentes, os quais assumem um caráter transgeracional – ameaçando, assim, as gerações futuras – e transfronteiriço – repercutindo, também, além dos limites territoriais de sua produção -, ameaçando um número indeterminado de pessoas e a própria existência da humanidade. Tais riscos, na verdade, representam a consequência negativa das decisões humanas adotadas diante do desenvolvimento científico e tecnológico vivenciado na pós-modernidade³⁷.

Nesse sentido, é inegável que novos riscos eclodiram com a sociedade pós-industrial, bem como os já existentes sofreram uma potencialização jamais vista. Com isso, as próprias relações intersubjetivas diversificaram-se e tornaram-se mais complexas, de modo que a sociedade foi tomada por uma sensação de incertezas, ansiedades e inseguranças. Segundo Silva-Sánchez³⁸, a própria experiência do mal como elemento da existência humana, experimentada nas guerras do século XX, nos conflitos locais propiciados pela guerra fria e no processo de descolonização, bem como nas guerras nacionalistas do Oriente Médio e no terrorismo, contribuíram para essa sensação de angústia e insegurança, uma vez que renovaram a vivência do mal outrora experimentado.

À vista disso e, principalmente, a partir da reflexividade sobre a produção e distribuição destes riscos foram elevados ao alto patamar de proteção do Direito Penal de hoje os bens jurídicos de caráter supraindividual com conteúdo difuso, ou seja, bens coletivos, cuja proteção é reclamada por toda sociedade e não possuem, essencialmente, um núcleo de proteção individual. Em que pese a tutela destes bens jurídicos não ser novidade na dogmática-penal – na medida em que já havia essa preocupação no Estado de Bem-Estar Social -, sob a ótica do Direito Penal próprio da sociedade de risco houve uma intensificação na tutela desses bens jurídicos supraindividuais recebendo a devida atenção na sociedade contemporânea, o que somente foi possível a partir da noção de uma sociedade objetivamente insegura diante dos riscos globais³⁹.

A técnica legislativa utilizada para dirimir a generalização da sensação de insegurança e, simultaneamente, intensificar a tutela dos bens jurídicos supraindividuais é a

³⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. Quartier Latin, 2014, p. 210.

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 36.

³⁹ MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001, p. 69.

crescente tipificação dos delitos de perigo abstrato, nos quais destacam-se a vagueza do objeto de proteção e a antecipação da punibilidade *ex ante* a lesão do bem jurídico tutelado. Desse modo, a expansão do Direito Penal com a propagação dos tipos de perigo abstrato, dos tipos penais abertos e das leis penais em branco é explicada como reação à complexidade e à insegurança vivenciadas na sociedade pós-moderna, que reclama o aumento da utilização de institutos menos garantias, porém que se predispõem a conferir maior eficácia no controle dos riscos. Portanto, o Direito Penal não se apresenta mais como reação repressiva ou retributiva a lesão de bens jurídicos, mas assume a tarefa de assegurar a existência estatal e proteger a sociedade tomada pelo medo, em uma espécie de assunção paternalista do Direito Penal⁴⁰.

Nesse sentido, para Bechara aqueles que defendem a modernização do Direito Penal em face dos novos riscos partem do pressuposto de que os conflitos decorrentes da sociedade contemporânea revelam especial gravidade, devendo serem compreendidas no âmbito jurídico-penal, por entender que o Direito Penal se mostra mais eficiente que o Direito Administrativo ou quaisquer outras formas de controle formal⁴¹.

3.2 Direito Penal Simbólico e Insegurança Social: a face oculta do moderno Direito Penal

Nesta orientação à expansão do Direito Penal, a pena encara uma crise de sua função instrumental, na qual o papel preventivo e retributivo redonda insuficiente na garantia da ordem jurídica e na defesa social. Diante disso, a instrumentalidade dos fins preventivos do Direito Penal falece quando não se consegue através de suas próprias ferramentas impedir o crescimento da criminalidade moderna.

No atual contexto, os meios de comunicação possuem papel fundamental na orientação da postura assumida pelo Direito Penal Moderno. Assiste-se hoje ao aumento do protagonismo da mídia na formação da opinião pública, uma vez que aquela se tornou um dos principais agentes de controle social nas sociedades modernas⁴². Um dos traços mais marcantes da globalização é o poder de influência da mídia na formação da opinião pública sobre os mais variados assuntos. Ademais, esse poder concentrado nas mãos dos meios de

⁴⁰ MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001, p. 86-87.

⁴¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. Quartier Latin, 2014, p. 217-218.

⁴² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena. In: **ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NIETO MARTÍN, Adán; NEUMANN, Ulfried. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt**. 2003, p. 147.

comunicação converte-se em mecanismo para fomentar crenças, culturas e valores, de forma a sustentar os interesses mercadológicos que representam⁴³.

É neste sentido que, em relação ao Direito Penal, os meios de comunicação criam um espetáculo conferindo ao problema repercussão muito maior do que verdadeiramente emana, ao originar, incidental ou intencionalmente, uma percepção social de que existe uma determinada onda de criminalidade incessante⁴⁴. Neste diapasão, a mídia intenta substituir os próprios tribunais galgando a condenação através de julgamentos virtuais antecipados, nos quais o juiz é a própria opinião ou comoção pública, circunstância que gera uma repercussão infinitamente superior à da própria persecução penal⁴⁵.

Como consequência, assevera Bechara que a influência dos meios de comunicação sobre o fenômeno da expansão do Direito Penal, através de reprodução insistente de delitos acompanhada de seu engrandecimento simbólico, “leva à distorção da percepção social da realidade, aumentando a sensação de insegurança e de vulnerabilidade, traduzidas em uma maior demanda de intervenção penal”⁴⁶.

Ademais, a mídia encarrega-se de encenar, através do drama e do espetáculo, uma sociedade comandada pela criminalidade e de construir um imaginário social amedrontado⁴⁷. Com isso, conseguem manipular a opinião pública através da propagação da cultura do medo do delito – que gera, conseqüentemente, uma sensação de insegurança social elevada -, isto é, de se tornar vítima de determinado delito e, para atingir este objetivo, transmite a informação com uma distância abissal entre aquilo que é noticiado e a realidade fática do crime. Nesse sentido, os meios de comunicação nas sociedades modernas tornaram-se progressivamente um dos principais agentes de controle social, sobretudo ante sua capacidade de formar opiniões gerais e motivar atitudes da população.

Assim, o incremento da influência dos meios de comunicação como fonte de manipulação da opinião pública na sociedade de risco, representa percepções inexatas da realidade. A dramatização de notícias pela mídia, relacionadas à prática de ilícitos e de catástrofes, ocasiona um sentimento de impotência na população e, conseqüentemente, gera

⁴³ CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. “Deu No Jornal”: Notas Sobre A Contribuição Da Mídia Para A (Ir) Racionalidade Da Produção Legislativa No Bojo Do Processo De Expansão Do Direito Penal. *Revista Liberdades*, n. 2, p. 56-77, 2009, p. 58.

⁴⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 28.

⁴⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 103, p. 411-436, 2008, p. 420.

⁴⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. Quartier Latin, 2014, p. 212.

⁴⁷ JUNIOR, Airto Chaves. O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, v. 41, n. 114, p. 77-129, 2011, p. 86.

uma sensação subjetiva de insegurança que não corresponde ao grau objetivo do risco⁴⁸. Apresenta-se, assim, o paradoxo da sociedade pós-moderna, na qual a modernidade promete mais segurança e paz – em detrimento dos avanços das tecnologias de segurança –, porém a sociedade sente-se cada vez mais insegura, fato que decorre, principalmente, da busca incessante por mais segurança⁴⁹.

Dessa forma, a partir do despontamento dos meios de comunicação como ferramenta manipuladora da opinião pública, a sociedade reclama a pronta solução dos casos noticiados pela mídia com a severa punição dos seus autores, surgindo, nesta conjunção, os discursos de emergência, nos quais há o movimento para endurecimento das penas, criação de novos tipos penais mais rigorosos e legislações penais especiais, supostamente transitórias, contrárias à noção garantista do Direito Penal, bem como a defesa da antecipação da punibilidade nos casos de crimes graves.

Em vista disso, o Direito Penal afasta-se dos seus princípios clássicos, passando da proteção de bens jurídicos individuais à proteção de um sistema social frente a situações de perigo. Assim, o Direito Penal é utilizado como política social, convertendo-se em um Direito Penal expansivo e simbólico, o qual, perdendo seu caráter fragmentário, é utilizado como *sola* ou *prima ratio*.

Nesse contexto, substitui-se o Estado Social por um Estado Policialesco, de cunho meramente punitivo e securitário. Ocorre assim porque a sociedade leiga acredita que a solução para contenção da insegurança generalizada é o Direito Penal, o qual através de suas ferramentas, poderá sedimentar o controle social e reprimir a criminalidade. Essa tendência, inclusive, encontra ressonância em dois movimentos ocorridos nos Estados Unidos: *law and order* e *the broken windows theory*. Ambas partem de um mesmo pressuposto, qual seja a necessidade de um estado mais punitivo para garantia da segurança dos cidadãos a partir de uma política criminal de “Tolerância Zero”⁵⁰.

Desse modo, essa constante ingerência dos meios de comunicação no Direito Penal através da difusão do medo e seu conseqüente clamor social por punição ao crime, redundando na produção de legislações penais, as quais objetivam conter – mesmo que de forma manipulada – os anseios de uma população amedrontada. Assim, convencionou-se denominar, este Direito Penal peculiar, de Direito Penal Simbólico.

⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 38.

⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da Pós-Modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 52.

⁵⁰ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 28-37.

A priori, cumpre trazer à baila que o Direito Penal Simbólico não é um produto exclusivo do crescente protagonismo dos meios de comunicação na sociedade contemporânea. Pelo contrário, a potencialização deste Direito Penal é fruto das próprias transformações da sociedade pós-moderna, de forma que se pode inferir que o Direito Penal Simbólico possui traços que o adequam à sociedade de risco.

Por outro lado, o núcleo do Direito Penal Simbólico, na ótica de Winfried Hassemer, é a sobreposição das funções latentes sobre as manifestas, ou seja, que através da aplicação da norma penal se realizem outros objetivos diversos daqueles descritos por ela. Entende-se por função manifesta as condições objetivas de realização da norma, é dizer, de proteção dos bens jurídicos por ela protegidos. Por outro lado, a função latente da norma penal pode se apresentar de diversas formas, sendo a mais expressiva destas uma função política de apaziguamento dos anseios por punição de uma sociedade subjetiva e objetivamente insegura. Neste sentido, a predominância das funções latentes fundamenta o engano ou a (falsa) aparência de efetividade e instrumentalidade, no sentido de que os fins descritos na regulação da norma penal são distintos dos que se esperavam de fato⁵¹.

Ademais, o Direito Penal Simbólico difere substancialmente do Direito Penal Nuclear quanto aos efeitos da pena. Na perspectiva de Díez Ripollés, é frequente contrapor os efeitos instrumentais aos efeitos simbólicos da pena. Neste sentido, os efeitos instrumentais da pena são adequados a um Direito Penal Liberal que, vinculado à função de proteção de bens jurídicos, é capaz de modificar a realidade social através da prevenção de comportamentos proibidos. Noutro prisma, os efeitos simbólicos da pena se apresentam com a finalidade de transmitir à sociedade certos conteúdos valorativos, motivo pelo qual sua capacidade de influenciar estaria limitada às consciências, não produzindo qualquer modificação de comportamento na realidade social. Em consequência disto, os efeitos simbólicos, quando admitidos, são considerados efeitos secundários da intervenção penal⁵².

Destaca-se, ainda, que a discussão sobre os sistemas punitivos e a política criminal, principalmente na Europa, torna-se cada vez mais tormentosa, na medida em que as funções simbólicas tendem a se sobrepor sobre as funções instrumentais. É dizer, portanto, que o déficit na tutela dos bens jurídicos é compensado pela criação, na sociedade, de uma

⁵¹ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Nuevo Foro Penal*, n. 51, p. 17-30, 1991, p. 24.

⁵² Díez Ripollés, José Luis. El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena. In: **ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NIETO MARTÍN, Adán; NEUMANN, Ulfried. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt.** 2003, p. 150.

ilusão de segurança e confiança no ordenamento jurídico e nas instituições de controle⁵³. Ilusória, uma vez que as normas continuam sendo violadas e os crimes continuam a acontecer, em que pese o endurecimento das penas e a criação de novos tipos penais.

Dessarte, todas as características de um Direito Penal Simbólico, de mera construção ilusória de segurança e confiança no ordenamento jurídico e nas instituições de controle social através do instrumento do Direito Penal – atendendo aos discursos de emergência de uma sociedade imersa em riscos globais -, revelam uma aceitação do uso simbólico do Direito Penal às necessidades da moderna sociedade de risco.

Nesta toada, o Direito Penal se apresenta mais como apaziguador da fervorosa reivindicação da sociedade por segurança, do que propriamente como protetor de bens jurídicos socialmente relevantes. Ademais, destaca-se que não se imputa somente ao legislador a responsabilidade pelo fortalecimento da função simbólica no Direito Penal. Pelo contrário, o Direito Penal Simbólico se infiltra, também, na própria aplicação da lei penal – e não apenas na criação desta -, principalmente, através da jurisprudência, nas quais as decisões judiciais mostram seu comprometimento exclusivamente com as meras preocupações da sociedade e não com os princípios do Direito Penal.

Desse modo, um Direito Penal orientado primordialmente a funções simbólicas revela sua incompatibilidade com o arcabouço principiológico do Direito Penal Liberal, sobretudo com o princípio da proteção subsidiária de bens jurídicos e da legalidade. Não obstante, representa um Direito Penal orientado às circunstâncias da sensação de insegurança global e a uma sociedade de riscos mundiais, donde a atribuição enganosa da norma penal simbólica cumpre a tarefa de uma política criminal canalizada a uma falsa realidade, além de minar a confiança da população na administração da justiça⁵⁴.

Assim, ante os anseios por segurança de uma sociedade subjetivamente insegura, o Direito Penal é funcionalizado pela política, criando ares de legitimidade, onde passa a criminalizar condutas de forma a reafirmar simbolicamente os valores sociais e apaziguar os medos e temores de uma sociedade imersa em riscos.

Portanto, não se critica a utilização de funções simbólicas no Direito Penal, reprova-se, porém, a utilização primordial – é dizer, a sobreposição – das funções simbólicas sobre as funções instrumentais. Busca-se, portanto, um equilíbrio entre as funções elencadas

⁵³ BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. **Pena y Estado: [función simbólica de la pena]**, n. 1, p. 37-55, 1991, p. 53.

⁵⁴ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. **Nuevo Foro Penal**, n. 51, p. 17-30, 1991, p. 30.

com vistas a obter um Direito Penal racional, voltado à proteção subsidiária de bens jurídicos e adequado às novas peculiaridades e complexidades de uma sociedade pós-moderna.

3.3 A “Administrativização do Direito Penal”: a estreita via entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal através dos delitos de acumulação aplicados nas infrações ambientais

Conforme aduzido em linhas pretéritas, a utilização de funções simbólicas no Direito Penal é apenas um dos traços de sua expansão. Outro aspecto desse fenômeno expansivo é a chamada “administrativização do Direito Penal”. Trata-se, em verdade, da mudança de perspectiva do Direito Penal que, ao pretender expandir-se diante de uma sociedade de risco, assume contornos próprios do Direito Administrativo. Em verdade, a necessidade de regular as diversas esferas sociais e econômicas da sociedade contemporânea representou, na mesma medida, a ampliação da intervenção penal com a proliferação de sanções penais e administrativas, divorciando o Direito Penal de seu princípio da intervenção mínima⁵⁵.

O cerne da discussão sobre a “administrativização do Direito Penal” concentra-se na própria finalidade perseguida pelo Direito Penal – que busca se modernizar – e pelo Direito Administrativo Sancionador, na medida em que a distância entre ambos, no cenário pós-moderno de bens jurídicos supraindividuais e difusos, paulatinamente torna-se menor.

Inicialmente, destaca-se que o Direito Penal, seguindo critérios de lesividade e de imputação individual do injusto, tem como fim a proteção de bens jurídicos quando uma conduta lesiona ou expõe a perigo os referidos bens. Noutra perspectiva, o Direito Administrativo Sancionador, atendendo a critérios de necessidade, utilidade e oportunidade, busca ordenar, de forma geral, setores de atividade, é dizer, subsistemas da sociedade. Em outras palavras, é o reforço, mediante sanções, da própria gestão da Administração⁵⁶.

Assim, o interesse do Direito Administrativo Sancionador é na globalidade do problema, tipificando e sancionando infrações desde uma perspectiva global, ou seja, amparada em uma visão macrossocial do problema prescinde da necessidade de um risco concreto e imputável pessoalmente a um indivíduo determinado. É dizer, portanto, que se torna desnecessária a análise da lesividade concreta da conduta, bastando que,

⁵⁵ RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. **Política criminal**. Colex, 2001, p. 272.

⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 125-126.

estatisticamente – e, sendo assim, presumidamente -, a conduta represente um perigo global para o subsistema da sociedade. Entretanto, o mero exame estatístico não é suficiente para fundamentar a intervenção do Direito Penal, principalmente com a utilização da pena privativa de liberdade. É necessário que o injusto penal ultrapasse os limites da ordinária desobediência administrativa, para que se justifique a imposição da pena⁵⁷.

Dessa maneira, no Direito Administrativo Sancionador busca-se um fim preventivo-instrumental numa visão macrossocial ou macroeconômica, mostrando-se desnecessária a justificação da lesividade social da conduta, é dizer, o injusto material. Nestes termos, intenta prever situações de risco ou segurança para um determinado setor de atividade ou subsistema da sociedade. Nessa perspectiva, os delitos de perigo abstrato são perfeitamente compatíveis com os fins propostos pelo Direito Administrativo Sancionador⁵⁸.

Ademais, salta aos olhos que nas sociedades pós-industriais houve grande incremento dos delitos em massa e do crime organizado, ou seja, os delitos assumiram características transnacionais repercutindo de forma global e ultrapassando as dimensões de lesividade de um comportamento individualizado, tornando dificultosa a responsabilização penal. Dessa forma, tornou-se cada vez mais frequente recorrer aos delitos de perigo abstrato para regular as novas peculiaridades da sociedade contemporânea. Nada obstante, também na mesma frequência e com íntima relação à “administrativização do Direito Penal”, observa-se a recorrente utilização dos delitos de acumulação na tutela dos bens jurídicos próprios de um sociedade pós-moderna.

Os delitos de acumulação se baseiam em uma lógica de presunção, na medida em que condicionam a criminalização de uma conduta individualizada – que, por si só, não lesa ou expõe em perigo o bem jurídico – pela possibilidade que a dita conduta seja realizada também por outros sujeitos e, assim, através da acumulação de comportamentos, acabe de fato lesionando o bem jurídico tutelado.

Nas palavras de Feijoo Sánchez, as estruturas por acumulação impõem a sanção de uma conduta não porque esta gera, por si só, uma lesão ou expõe a perigo suficientemente o bem jurídico, mas sim pela possibilidade nociva da reiteração daquele comportamento penalmente irrelevante numa perspectiva individualizada. Utiliza-se, portanto, um método estatístico de probabilidade para problemas macrossociais⁵⁹.

⁵⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”: notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Revista Liberdades**, n. 7, p. 23-62, 2011, p. 40.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 41.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 44.

Com isso, pode-se inferir que a lógica dos delitos de acumulação desdobra-se na eliminação dos requisitos da relação de causalidade entre o comportamento proibido e seus efeitos, bem como da imputação individual, na medida em que se proíbe determinada conduta apenas quando sua possível reiteração for capaz de lesar ou produzir um perigo ao bem jurídico⁶⁰.

Entretanto, as estruturas típicas de acumulação são ilegítimas quando analisadas no contexto do Direito Penal Liberal. Os delitos de acumulação, do ponto de vista individualizado – é dizer, sem a presunção de futuros comportamentos semelhantes que podem, inclusive, sequer serem realizados -, tratam do injusto meramente formal, ou seja, a conduta individualizada é perigosa e passível de criminalização pela acumulação porque assim diz a norma, mesmo que, concretamente, essa conduta não represente nenhum perigo ou não seja capaz de lesionar o bem jurídico tutelado pela norma.

Isto posto, nos delitos de acumulação o comportamento individual carece de lesividade, ou seja, criminaliza-se uma conduta que não significa materialmente um injusto penal. Assim, a conduta não é socialmente lesiva por si mesma, o que redundaria na injusta reprimenda de um indivíduo pelas condutas – prováveis – de outros, sofrendo um mal desproporcional ao correspondente de seu comportamento. Inclusive, os delitos de acumulação, nesse contexto, não se adequam sequer às estruturas dos tipos de perigo abstrato, os quais necessitam indubitavelmente do requisito material do injusto. Portanto, não se pode aceitar, no Direito Penal, a prevenção de comportamentos a qualquer custo, tal como é possível no âmbito do Direito Administrativo, no qual as necessidades preventivas podem conduzir a renúncia das exigências de retribuição individualizada e de ofensividade da conduta⁶¹.

Assim, os delitos de acumulação apresentam-se como um dos traços da “administrativização do Direito Penal” na sociedade contemporânea, estreitando as distâncias entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal. Nesse sentido, importa ressaltar que contribuiu para esse movimento, o fato de que praticamente todos os âmbitos, nos quais o Direito Penal Moderno tem interesse em regular, são objetos de regulação pelo Direito Administrativo Sancionador, tal como o meio ambiente e as infrações econômicas. Desse modo, relega-se ao Direito Penal, de forma secundária, a tipificação de infrações

⁶⁰ MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001, p. 102.

⁶¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”: notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Revista Liberdades**, n. 7, p. 23-62, 2011, p. 45-47.

habitualmente mais graves, quando o Direito Administrativo Sancionador se mostra insuficiente na proteção destes bens socialmente relevantes, tal como o meio ambiente.

Mantendo-se no exemplo do meio ambiente, há um consenso social e doutrinal de que se trata de um bem jurídico extremamente relevante, cuja proteção é necessária perante uma sociedade na qual os riscos assumem contornos globais. Também, por isso, o próprio Direito Administrativo Sancionador já tipifica determinadas condutas que atentem contra o meio ambiente. Entretanto, em que pese a atuação do Direito Administrativo, ainda se demanda do Direito Penal a imposição de sanções mais graves às infrações ambientais quando o Direito Administrativo Sancionador, com seus limitados meios coercitivos, se mostra insuficiente e ineficaz no controle das agressões ao meio ambiente. Diante desse cenário, duas soluções se apresentam: manter a regulação dentro do Direito Administrativo, modificando e adequando seus mecanismos para combater, de forma eficaz, as agressões ao meio ambiente ou invocar a intervenção penal com a aplicação de penas mais gravosas aos infratores. Aos olhos dos críticos de toda e qualquer forma de expansão do Direito Penal, a primeira solução apresenta-se como a mais viável.⁶²

Entretanto, deve-se compreender, para um maior esclarecimento do problema, que as agressões mais graves ao meio ambiente – e que, em tese, deveriam ser as únicas passíveis de intervenção penal – são cometidas por grandes empresas. Nestes casos, a sanção prevista para tais empresas, através do Direito Administrativo Sancionador, é meramente econômica e, conseqüentemente, as empresas já esperam os gastos com as multas administrativas – uma vez que os danos ambientais tornam-se inerentes a sua atividade -, integrando essas despesas – relativas às multas - nos seus custos de produção. A multa é, portanto, um valor já esperado pelo infrator. Nesta conjuntura, diante de grandes estruturas econômicas, o Direito Administrativo mostra-se insuficiente necessitando, portanto, da intervenção penal através de um sistema de controle mais eficaz em comparação ao administrativo.

Com isso, não se propõe uma intervenção do Direito Penal de forma indiscriminada nestas circunstâncias de graves infrações ambientais cometidas por grandes grupos empresariais, mas, ao contrário, defende-se que a referida intervenção penal respeite o princípio da intervenção mínima e da *ultima ratio* do Direito Penal, pois somente sob essa égide é que o Direito Penal dispõe de legitimidade. Portanto, nesse cenário, o problema deixa de ser da expansão do Direito Penal – entendida, nesse momento, como necessária - e passa a

⁶² POZUELO PÉREZ, Laura. De nuevo sobre la denominada "expansión" del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos. In: **El funcionalismo en derecho penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs**. p. 107-135, 2003, p. 125-126.

ser da técnica legislativa utilizada para regular as graves infrações ambientais, é dizer, se houve a plena adequação dos elementos do tipo penal aos princípios basilares do Direito Penal Liberal⁶³.

3.4 As Duas Velocidades do Direito Penal: a resistência dos preceitos liberais diante da expansão do Direito Penal

A modernização do Direito Penal, através de sua expansão, intenta romper com a tradição clássica daquele mediante a introdução de novos preceitos na dogmática penal da modernidade. Por isso, autores como Hassemer e Silva-Sánchez utilizam a antinomia entre Direito Penal Clássico e Direito Penal Moderno para delimitar dois momentos distintos do Direito Penal, a fim de fundamentar suas propostas de intervenção penal na sociedade contemporânea: Direito de Intervenção e Direito Penal de Duas Velocidades, respectivamente.

O Direito Penal Clássico, de viés eminentemente liberal, surge em contraposição ao Direito Natural. Ao falar de “clássico”, Hassemer estabelece que o objeto tratado pelo Direito Penal faz parte da tradição política da Ilustração. Nesse sentido, apoiado nos ideais Iluministas da época, o estado natural se transformou em estado jurídico, no qual o cidadão concede parte de sua liberdade para o Estado, a fim de poder conviver em liberdade com os outros cidadãos que também renunciaram a parte de sua liberdade em favor de uma ordem jurídica vinculante para todos: o contrato social. Assim, o princípio da legalidade constitui o elemento básico de uma filosofia do Direito Penal influenciada pelo pensamento da Ilustração⁶⁴.

O contrato social, que orienta o modelo do Direito Penal Clássico, é construído de forma horizontal e vertical, servindo, portanto, para fundamentar e conferir a finalidade do Direito Penal. No plano vertical, pressupõe-se que o contrato social deva ser garantido institucionalmente, ou seja, o Estado tem o dever vigiar as cláusulas desse contrato, com vistas a coibir os excessos que podem ocorrer no exercício da liberdade pelo cidadão e pelo próprio Estado. Por outro lado, no viés horizontal, o contrato social significa esse acordo –

⁶³ POZUELO PÉREZ, Laura. De nuevo sobre la denominada "expansión" del derecho penal: una relectura de los plantamientos críticos. In: **El funcionalismo en derecho penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs**. p. 107-135, 2003, p. 131-132.

⁶⁴ HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal**. Temis, 1999, p. 4-5.

imaginário, diga-se – entre os cidadãos para a existência de uma ordem jurídica pertencente e vinculada a todos⁶⁵.

Desse modo, o Direito Penal Clássico desponta como um mecanismo de defesa dos cidadãos contra as intervenções coativas do Estado, servindo o Direito Penal, amparado nas teorias absolutas da pena, para retribuir um fato passado. Assim, colocando o indivíduo no alto patamar de proteção, o Direito Penal Clássico de influência Iluminista preconiza os princípios da fragmentariedade, intervenção mínima, legalidade e *ultima ratio*, como meios de garantia da liberdade dos indivíduos⁶⁶.

Em contrapartida, o Direito Penal Moderno é fruto de um processo de modernização do Direito Penal que busca atender as necessidades de uma sociedade pós-industrial, na qual eleva-se o nível de complexidade nas comunicações e instituições sociais em uma sociedade pluralista e individualista, redundando, assim, no surgimento de novos riscos que se encontravam adormecidos durante a euforia da industrialização. Assim, o processo de modernização do Direito Penal rompe com a sua tradição clássica e impõe novos contornos de imputação e responsabilidade penais, bem como a demanda por tutela de outros bens jurídicos.

Ademais, o Direito Penal Moderno é uma instituição distinta do Direito Penal Clássico, donde o primeiro sobrepassou o segundo. Na ótica de Hassemer, há três marcos dessa mudança de paradigma do Direito Penal Moderno, quais sejam na proteção de bens jurídicos; na prevenção; e na orientação às consequências. No primeiro, alerta-se para a transformação do princípio da proteção dos bens jurídicos de uma ótica negativa para uma positiva à criminalização, é dizer, converte o princípio através de uma demanda por criminalização deixando de lado seu caráter limitador do poder punitivo estatal. No segundo, atenta que no Direito Penal Clássico a prevenção era um objetivo colateral, porém o Direito Penal Moderno tem na prevenção sua finalidade dominante, restando dificultoso assegurar os princípios da proporcionalidade e igualdade na aplicação da pena, uma vez que esta tendência conduz à justificação dos fins pelos meios. No terceiro, na mesma medida, a orientação às consequências era tão somente um critério adicional para justificar uma adequada legislação no Direito Penal Clássico, convertendo-se em objetivo dominante no Direito Penal Moderno, redundando, assim, na utilização do Direito Penal como *prima ratio* para solucionar os conflitos sociais, prescindindo da verificação de se, na proteção de determinado bem jurídico

⁶⁵ HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad:** bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Temis, 1999, p. 4-5.

⁶⁶ ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: **La insostenible situación del Derecho penal.** Comares, p. 471-487, 2000. p. 472.

– principalmente, no caso do meio ambiente e da ordem econômica -, é o Direito Penal adequado e justo⁶⁷.

Nada obstante, Hassemer ainda demonstra os principais traços característicos desse Direito Penal Moderno. Primeiramente, ocorre uma ampliação ou incorporação de novos tipos penais, em âmbitos como meio ambiente, Direito Penal Econômico, proteção de dados, drogas, os quais materializam-se através de legislações especiais. Ademais, no moderno Direito Penal busca-se a proteção de bens jurídicos coletivos, os quais já eram tutelados pelo Direito Penal antes mesmo de sua noção moderna. Critica-se, entretanto, a técnica legislativa utilizada, com a criação de tipos penais vagos e amplos. Essa circunstância redundante, também, na utilização dos delitos de perigo abstrato, renunciando à comprovação da efetiva lesão e da relação de causalidade, emergindo como facilitador da utilização do Direito Penal na tutela dos bens jurídicos coletivos ou supraindividuais⁶⁸.

Assim, por tudo que fora traçado em linhas pretéritas, é possível inferir que o Direito Penal Moderno não é orientado ou, até mesmo, mostra-se incompatível com os princípios liberais do Direito Penal Clássico, tais como o princípio da legalidade e da *ultima ratio*, relegando, inclusive, os princípios da proporcionalidade e igualdade a um segundo plano. Desse modo, ao contrário de responder ao injusto por meio de respostas adequadas e justas, o Direito Penal Moderno preocupa-se em prevenir futuros injustos ou conter os grandes problemas sociais futuros, resultando em um Direito Penal que já não se dispõe a responder adequada e razoavelmente a um fato passado, mas sim de buscar o domínio ou controle de um futuro incerto⁶⁹.

Assim, após os traços distintivos elencados, percebe-se que a expansão do Direito Penal é a própria modernização deste e, em que pese toda carga negativa sobre o Direito Penal Moderno trazida por Hassemer, este é uma realidade imparável e, das muitas vezes, necessária. Nesse sentido, Silva-Sánchez admite que a expansão do Direito Penal é algo que está acontecendo e que um esforço em frear essa expansão mostra-se difícil, em virtude da configuração e das aspirações da sociedade atual⁷⁰.

A partir disso, então, Silva-Sánchez constata que a expansão do Direito Penal é uma realidade e que uma tentativa de despenalização de condutas – nas quais centra-se o Direito Penal Moderno, por meio utilização de técnicas legislativas vagas e imprecisas -

⁶⁷ HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, v. 45, n. 1, p. 235-250, 1992, p. 239-240.

⁶⁸ Ibidem, p. 240-243.

⁶⁹ Ibidem, p. 243.

⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 156.

violadoras de bens jurídicos de caráter coletivo seria frustrada. Por isso, entendendo que o cerne do problema não é a expansão do Direito Penal, mas sim a expansão da pena privativa de liberdade, propõe que quando se flexibilize garantias e regras na aplicação da sanção penal, esta não poderá ser de pena privativa de liberdade⁷¹.

Assim, Silva-Sánchez é defensor da ideia de que um Direito Penal que se proponha a aplicar a sanção da pena privativa de liberdade deva se submeter as regras e princípios do modelo liberal, tanto na imputação como nas garantias penais. Por outro lado, com o objetivo de proteger os interesses da sociedade pós-moderna – os quais não pertenciam ao âmbito clássico do Direito Penal – poderia o Direito Penal se expandir, flexibilizando as regras de imputação e garantias, uma vez que seria praticamente impossível tutelar tais interesses no marco de regras e princípios do Direito Penal Liberal, dada a natureza desses objetos de proteção.

Nesse sentido, a proposta de Silva-Sanchez foi a construção de um Direito Penal de Duas Velocidades que, entendendo a pena privativa de liberdade como o mal mais elevado do Direito Penal, representaria um meio-termo entre um Direito Penal amplo e flexível – o qual, inclusive, poderia se converter em uma espécie de *soft law* – e um Direito Penal mínimo e rígido. Assim, admitindo que não seria possível um Direito Penal Máximo ou Mínimo, buscou-se uma estrutura que fosse, por um lado, funcional e, por outro, suficientemente garantista, na medida em que um Direito Penal orientado ao modelo clássico de imputação e de garantias na aplicação da pena privativa de liberdade seria irrenunciavelmente necessário⁷².

Portanto, haveria um espaço de expansão razoável do Direito Penal – mais precisamente da pena privativa de liberdade -, donde quando fosse aplicada uma pena de prisão todo núcleo duro do Direito Penal Clássico, com suas regras de imputação individual, seus princípios e garantias, deveriam ser respeitados. Por outro lado, quando se tratar da tutela de bens jurídicos supraindividuais, nos quais se admite uma razoável flexibilização das garantias do Direito Penal Clássico, mostra-se necessário que a pena cominada para essas condutas que violem bens jurídicos coletivos não seja de prisão. Nesse sentido, quando os ordenamentos jurídicos não planejam respeitar essa regra do Direito Penal de Duas Velocidades, e decidam aplicar a pena privativa de liberdade nos casos de flexibilização,

⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 157.

⁷² *Ibidem*, p. 160.

estar-se-á diante de uma expansão do Direito Penal que carece da necessária razoabilidade político-jurídica⁷³.

Sendo assim, é imprescindível que a modernização do Direito Penal, que realmente pretenda representar uma evolução do mesmo, traga consigo, de modo irrenunciável, o respeito às garantias do Estado de Direito, no qual se encontra o núcleo base do Direito Penal Liberal⁷⁴.

⁷³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 161-162.

⁷⁴ CRESPO, Eduardo Demetrio. **Del «derecho penal liberal» al «derecho penal del enemigo»**. 2004, p. 114.

4 DIREITO PENAL DO RISCO: PROLEGÔMENOS PARA A CRISE DE LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL

A sociedade dominada pelo medo e pela insegurança, fruto do elevado grau de complexidade dos novos riscos modernos, possui a necessidade elementar de minimizar a sensação de insegurança através do controle social dos riscos. É dizer, então, que uma sociedade imersa em riscos mundiais busca incessantemente refúgio nas instituições estatais. Nesse sentido, quando a tendência da sociedade se traduz na recorribilidade à intervenção penal fomenta-se a criação do Direito Penal do Risco, o qual, não obstante inaugurar uma nova era do Direito Penal – qual seja o Direito Penal da sociedade de risco –, contrasta com um Direito Penal Clássico de base liberal, na medida em que projeta uma flexibilização das garantias penais e processuais, a fim de que a sociedade se sinta segura novamente – ainda que de forma simbólica.

Assim, esse Direito Penal do Risco atuante em uma sociedade de risco globalizada representa o início de uma crise de legitimidade do Direito Penal, que tende a se intensificar, na medida em que se abre espaço para o surgimento de novas propostas expansionistas de cunho antigarantista e antiliberal, as quais flertam com o sistema penal de estados totalitários e expõem novos aspectos relacionados à disfuncionalidade da expansão do Direito Penal, tal como o Direito Penal do Inimigo.

4.1 A Escola de Frankfurt e os Dogmáticos do Risco: a dialética de duas perspectivas sobre o Direito Penal do Risco

No debate sobre o futuro do Direito Penal, principalmente em decorrência dos novos contornos sociais de uma sociedade de risco, despontam duas correntes que, tomando como pressuposto analítico o conceito de “risco”, pretendem investigar de que maneira o Direito Penal deve se comunicar com seu entorno, o qual, no cenário atual, apresenta-se sob a forma de uma sociedade de risco.

Assim, no marco de uma denominada modernização, a discussão acerca das fronteiras do Direito Penal passa-se a operar sobre o binômio reducionismo vs expansionismo, levando à modificação de princípios e elementos penais fundamentais, tais como o próprio conteúdo de bem jurídico⁷⁵.

⁷⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. Quartier Latin, 2014, p. 206.

De um lado, os chamados “Dogmáticos do Risco”, representados por Jürgen Wolter, Wolfgang Frisch e Dietrich Kratzsch, são considerados a primeira geração do Direito Penal do Risco, na medida em que se utilizam da teoria do aumento do risco como referência central para a atribuição de responsabilidade penal objetiva e subjetiva. Nesse sentido, entendem que, tanto a “criação do risco” – em uma perspectiva *ex ante* - como a “realização do risco” – em uma perspectiva *ex post* -, são os critérios decisivos para a atribuição penal objetiva e subjetiva⁷⁶.

Desse modo, os “Dogmáticos do Risco” defendem a presença de um Direito Penal do Risco através de leis criminais do risco comprometidas com a minimização destes e prometedoras de segurança, na medida em que se o Direito Penal na sociedade de risco apresentar-se como antiquado não será possível confrontar os riscos e atribuir, de forma plena, a responsabilidade penal. Portanto, acreditam na funcionalidade do Direito Penal como meio de proteção direta e legítima dos interesses legais por meio da extensão da punibilidade, a fim de que a criação dos riscos – ou sua realização – possam ser evitados⁷⁷.

Por outro lado, a “Escola de Frankfurt”, representada essencialmente por Prittwitz, Herzog e Hassemer, contrapõe-se aos “Dogmáticos do Risco”, na medida em que se opõem à ideia de intervenção penal criticando a funcionalização do Direito Penal através de um Direito Penal do Risco, o qual longe de conservar o caráter fragmentário, como *ultima ratio*, tem se convertido em *sola ratio* ou *prima ratio*, mais precisamente em um Direito Penal expansivo de significado tridimensional: a acolhida de novos candidatos no âmbito de bens jurídicos; o adiantamento das barreiras entre o comportamento impunível e o punível; e, em último lugar, a redução das exigências para a reprovabilidade⁷⁸.

Notadamente, Prittwitz propõe uma reconstrução do Direito Penal do Risco – na medida em que, em sua opinião, este desenvolveu-se erradamente⁷⁹ -, mas não compartilha do ponto de partida normativo dos “Dogmáticos do Risco”, tampouco com as previsões catastróficas de Ulrich Beck, o qual entende serem mais políticas do que propriamente

⁷⁶ PRITTWITZ, Cornelius. **Strafrecht und Risiko**: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Vittorio Klostermann, 1993, p. 335-351.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho penal. In: **ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NIETO MARTÍN, Adán; NEUMANN, Ulfried. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo**: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. 2003, p. 261-262.

⁷⁹ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 47, p. 31-45, 2004, p. 42.

sociológicas. Por outro lado, coaduna sua proposta com o conceito sociológico de risco conforme sintetizado por Niklas Luhmann⁸⁰.

Entretanto, Prittwitz não nega a existência de uma sociedade moderna, globalizada, de riscos que, em plena evolução, desperta a necessidade de segurança, remanescendo para o Direito Penal a atribuição de tipificar condutas a fim de tranquilizar a sociedade demonstrando a estabilidade do ordenamento e, ao mesmo tempo, preparando a sociedade para a nova realidade, na medida em que o desenrolar da sociedade de risco se tornará um problema maior no futuro⁸¹. No mesmo sentido, indica que o modelo do risco já penetrou nas sociedades modernas, não sendo diferente no Direito Penal, o qual em sintonia com o desenvolvimento social tem, na política criminal, na teoria da pena e na dogmática jurídico-penal marcas dos impactos da sociedade de risco⁸².

Nesse sentido, critica-se a lógica normativa do Direito Penal do Risco, na medida em que este tipifica um comportamento que não se considera previamente como socialmente inadequado, é dizer, não houve um acerto ético e moral da sociedade acerca do desvalor da ação proibida. Assim, criminaliza-se o comportamento para que, a partir deste momento de tipificação, ele seja considerado socialmente desvalorado⁸³. Nessa acepção, os comportamentos, no Direito Penal do Risco, não se consideram socialmente relevantes de *per se* – como ocorriam no Direito Penal Clássico –, senão que socialmente adequados e inofensivos, ao revés, então, necessitam que sua periculosidade seja auferida por meio da técnica da acumulação ou, até mesmo, através da consideração de perspectivas futuras de periculosidade – probabilidade dos efeitos negativos das ações arriscadas na sobrevivência da humanidade.

Ocorre que é inerente ao processo de globalização, que culminou na sociedade de risco, a repartição injusta de encargos e riscos. Como consequência disso, não surpreende que da noção do Direito Penal como proteção de bens jurídicos surja a defesa de um Direito Penal,

⁸⁰ PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho penal. In: **ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NIETO MARTÍN, Adán; NEUMANN, Ulfried. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt.** 2003, p. 261.

⁸¹ PRITTWITZ, Cornelius. **Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft.** Vittorio Klostermann, 1993, p. 265-266.

⁸² PRITTWITZ, Cornelius. Derecho penal del riesgo y derecho penal del enemigo. **Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales**, n. 6, 2014.

⁸³ PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho penal. In: **ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NIETO MARTÍN, Adán; NEUMANN, Ulfried. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt.** 2003, p. 262.

cuja missão precípua consiste em opor-se tanto a estes riscos modernos, como também às possíveis lesões à existência humana⁸⁴.

Mantendo-se na perspectiva da possibilidade de um Direito Penal para o futuro, Prittwitz não compartilha dos presságios de Schünemann e Stratenwerth, os quais invocando um cenário ameaçador para humanidade decorrente do progresso técnico-científico defendem a limitação da liberdade de atuação dos cidadãos de hoje com o fim de proteger os interesses das gerações futuras. Em que pese a eminente preocupação de ambos doutrinadores, estes não tratam de um ponto central da dogmática jurídico-penal: a real necessidade da intervenção penal na proteção do futuro – em consonância com os princípios da *ultima ratio* e fragmentariedade do Direito Penal⁸⁵.

A proposta de um Direito Penal em prol do futuro mostra-se incoerente com a dogmática jurídico-penal clássica. Num primeiro momento, porque o futuro é incerto e imprevisível, logo utilizar a estrutura penal na tutela de gerações futuras é banalizar o Direito Penal, na medida em que o restringe a meros cálculo probabilísticos, os quais, por conseguinte, podem vir a não se concretizar, uma vez que não há certeza sobre a existência futura do destinatário final da proteção penal – a pessoa humana. Ademais, a situação se agrava pelo fato de que é caro o custo que se paga atualmente em prol de um futuro incerto, na medida em que este se faz a partir da restrição de liberdade do cidadão. É preciso, portanto, que a ameaça à humanidade proceda de um comportamento que se possa razoavelmente proibir para que, apenas assim, se tente assegurar o futuro através do Direito Penal.

Em linhas gerais, portanto, é preciso que o Direito Penal se apresente como o último recurso do estado na salvação da humanidade – se é que, de fato, esta corre risco de perecimento -, adequando-se, assim, ao princípio basilar da dogmática penal clássica: a *ultima ratio*. Ademais, a constatação de um interesse digno de proteção – tal como o futuro da humanidade – e o reconhecimento de graves condutas contrárias a este interesse é uma condição necessária, porém não suficiente para a intervenção do Direito Penal. Nesse sentido, o conceito de bem jurídico, no qual elege-se interesses socialmente relevantes dignos de

⁸⁴ HERZOG, Felix. Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo:(perspectivas más allá del Derecho penal). In: **ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NIETO MARTÍN, Adán; NEUMANN, Ulfried. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt.** 2003, p. 541.

⁸⁵ PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho penal. In: **ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NIETO MARTÍN, Adán; NEUMANN, Ulfried. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt.** 2003, p. 272.

proteção, responde unicamente à questão de se o interesse merece proteção, mas não que essa proteção deverá dar-se pelos instrumentos do Direito Penal⁸⁶.

Além disso, os doutrinadores do risco defendem que, pelo menos, reduzam as exigências de imputação do Direito Penal correspondentes ao perfil do Estado Democrático de Direito com o fim de assegurar a continuidade da vida no planeta. Ressalta-se, então, que aos olhos leigos da população essa flexibilização não seria apenas aceita, mas, sobretudo, efusivamente celebrada. Nada obstante, antes de qualquer discussão sobre a possibilidade de restrições de um Direito Penal do Estado Democrático de Direito, mostra-se necessário responder uma pergunta-chave: o alto preço de restrições de garantias penais e processuais permitirá resolver o problema da humanidade pós-moderna?⁸⁷

Nesse sentido, Prittwitz respondendo à pergunta por ele mesmo formulada, entende que a utilização do Direito Penal sob tais fundamentos constitui uma resposta inefetiva, contraproducente e simbólica, na medida em que o Direito Penal seria funcionalizado para enfrentar problemas prementes e não para satisfazer as reais necessidades coletivas de criminalização. Portanto, resulta errônea a eleição do Direito Penal, com a flexibilização das suas estruturas de imputação, para solucionar os problemas do futuro, na medida em que não incrementa a prevenção de comportamentos lesivos e, ademais, mostra-se contrário aos princípios do Estado Democrático de Direito, pois restringe direitos e garantias penais e processuais⁸⁸.

Herzog, então, evidencia um ponto crucial da crítica feita pela “Escola de Frankfurt” em relação ao Direito Penal do Risco. Segundo o penalista alemão, o Direito Penal do Risco caracteriza-se como um sintoma de decadência do Direito Penal desde uma perspectiva do conceito kantiano do injusto e do Direito Penal, não podendo, assim, cunhar a singularidade de um conceito jurídico-penal dogmático. Em outros termos, não se apresenta, em absoluto, como um meio adequado para estabelecer o mínimo ético-social da sociedade de risco⁸⁹.

Ressalta-se, todavia, que Herzog compartilha da análise de Ulrich Beck de que uma característica marcante da sociedade de risco é a falta de responsabilidade, ou seja, há um

⁸⁶ PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho penal. In: **ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NIETO MARTÍN, Adán; NEUMANN, Ulfried. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt.** 2003, p. 279.

⁸⁷ Ibidem, p. 279-280.

⁸⁸ Ibidem, p. 282.

⁸⁹ HERZOG, Felix. Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo:(perspectivas más allá del Derecho penal). In: **ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NIETO MARTÍN, Adán; NEUMANN, Ulfried. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt.** 2003, p. 249.

problema de “irresponsabilidade organizada”, a qual se esconde por trás do argumento da complexidade da sociedade contemporânea. Nesse sentido, mostra-se vital que a política e a sociedade desenvolvam formas de organização de responsabilidade estruturalmente orientadas de controle social. Portanto, Herzog sem fechar os olhos para a existência de uma sociedade de risco, defende que é preciso identificadores sociais do risco com o intuito de restringir a sociedade através de formas de solidariedade contra a “irresponsabilidade organizada”. Contudo, o Direito Penal do Risco, tal como defendido pelos “Dogmáticos do Risco”, não é capaz de lograr tal êxito⁹⁰.

Mantendo-se na linha da “Escola de Frankfurt”, Hassemer compreende que a utilização do Direito Penal como única – ou primeira – ferramenta capaz de controlar os riscos da sociedade contemporânea e combater a criminalidade moderna, acaba por sepultar a finalidade clássica do Direito Penal de proteção subsidiária de bens jurídicos. Entretanto, a principal contribuição de Hassemer para a escola foi a construção, ainda que em linhas gerais, do “Direito de Intervenção”.

Hassemer, criticando a modernização do Direito Penal, entende que o Direito Penal contemporâneo está marcado pela transição de uma intervenção penal vinculada a princípios constitucionais para uma intervenção penal de fins políticos e simbólicos, deixando de lado as garantias e os princípios penais e constitucionais. Esse contexto é apenas reflexo de uma política criminal orientada às consequências que, diante do medo dos riscos e seus desdobramentos, redundam no desaparecimento da confiança nas intuições estatais de controle, circunstância que serve de estímulo às demandas por mais intervenção penal, endurecimento de penas e flexibilização de garantias, ou seja, por um controle social de riscos mais eficaz.

Assim, vislumbrando as consequências negativas da expansão para o Direito Penal, Hassemer desenvolveu o chamado “Direito de Intervenção”. Destaca-se, entretanto, que o próprio penalista alemão entende que as bases deste novo Direito ainda necessitam serem mais aprofundadas e desenvolvidas, uma vez que apenas foram traçadas suas linhas gerais⁹¹.

O “Direito de Intervenção” seria um novo campo do Direito que estaria localizado entre o Direito Penal e o Direito dos ilícitos administrativos, entre o direito dos atos ilícitos no escopo do Direito Civil e o Direito Público, com elementos que o fariam mais eficientes que

⁹⁰ HERZOG, Felix. Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo:(perspectivas más allá del Derecho penal). In: **ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NIETO MARTÍN, Adán; NEUMANN, Ulfried. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt**. 2003, p. 257-258.

⁹¹ HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**. Porto Alegre, vol. 1, v. 1, 2013.

estes, é dizer, com garantias processuais menos exigentes que o Direito Penal e, para equilibrar a balança, com sanções também menos intensas, principalmente renunciando a imposição da pena privativa de liberdade⁹².

Dessa forma, o novo direito deve conter instrumentos eficientes contra as pessoas jurídicas, principais atores da criminalidade moderna, na medida em que o Direito Penal Clássico é voltado aos indivíduos. No mesmo sentido, o “Direito de Intervenção” deve ser efetivamente orientado pelo perigo e não pelo dano, ou seja, precisa reagir ao perigo e ao risco. Em consequência, o novo Direito deve organizar-se preventivamente, uma vez que o Direito Penal Clássico já se orienta pela repressão e deve manter-se assim⁹³.

Portanto, o “Direito de Intervenção” objetiva buscar soluções para os problemas da sociedade pós-moderna fora do Direito Penal, com o fim de restringir a atuação do Direito Penal aos tipos tradicionais nucleares possibilitando a manutenção dos princípios penais-constitucionais, sedimentando de vez as demandas por flexibilização e criminalização de condutas. Consequentemente, o Direito Penal ficará livre de um uso eminentemente simbólico de suas funções⁹⁴:

[...] temos grandes problemas de uma sociedade moderna de risco, problemas que foram esboçados em muitos de seus aspectos. Não quero que fechemos os olhos diante desses problemas, ao contrário, desejo que sejam observados minuciosamente. Se tentarmos solucionar esses problemas não teremos êxito e o máximo conseguiremos será destruir o Direito Penal ao eliminarmos seus princípios fundamentais. Retirando as garantias do Direito Penal eliminaremos a sua potência protetora jurídica e teremos instrumentos que não servirão para nada, porque estarão mal localizados e por isso sugiro que se reflita sobre outras reações de direito.

Com isso, Hassemer defende que o Direito Penal deve manter suas bases clássicas, respeitando os princípios e garantias penais e processuais, esvaziando do ordenamento as leis penais em branco e os tipos de perigo abstrato. É dizer, não cabe ao Direito Penal regular os riscos, na medida em que aceitar um Direito Penal do Risco seria o mesmo que expurgar da dogmática-penal seu caráter de *ultima ratio*, circunstância que exterminaria o Direito Penal Clássico em sua essência.

⁹² HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, n. 8, p. 54-66, 2003, p. 65.

⁹³ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 8, p. 41-51, 1994, p. 50.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 51.

4.2 Das Leis Penais em Branco ao Princípio da Legalidade: a inadequação de um Direito Penal do Risco

É possível perceber, então, que há um intenso debate, principalmente na doutrina alemã, sobre a questão do risco e o papel do Direito Penal na sociedade pós-moderna. Assim, todo discurso social do risco – principalmente com Luhmann e Beck – repercutiu no discurso jurídico-penal e político-criminal do risco, circunstância que culminou na defesa de um Direito Penal do Risco como instrumento preventivo de controle na sociedade de risco, objetivando a minimização do risco e a produção de segurança.

Assim, as possíveis modificações no edifício dogmático da teoria do delito e nas garantias formais e materiais do Direito Penal que poderão ocorrer com o Direito Penal do Risco são devastadoras. A aceitação do Direito Penal do Risco representa uma ameaça a elementos tão caros e sensíveis da dogmática jurídico-penal do Estado de Direito, tais como os princípios da legalidade, da culpabilidade e da dignidade da pessoa humana, os quais, sobretudo, asseguram a função garantista do Direito Penal.

Ocorre que, para os defensores do Direito Penal do Risco, há uma primazia dos elementos de expansão – proteção de novos bens jurídico-penais, ampliação dos espaços de risco jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e dos princípios político-criminais de garantia – em face dos princípios e garantias do Direito Penal Clássico. Estas circunstâncias conduzem o Direito Penal a uma perigosa via antigarantista, afinal, preconizam a supressão ou relativização de princípios e garantias fundamentais que acabariam dificultando ou impedindo o efetivo combate à criminalidade moderna de bens jurídico-penais altamente complexos⁹⁵.

Assim, o projeto do Direito Penal do Risco representa uma ameaça ao princípio elementar do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito: o princípio da legalidade.

A fórmula latina que consagrou o princípio da legalidade, tal qual é conhecido hoje, foi sistematizada para a linguagem jurídica em 1801 pelo alemão Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach – na medida em que a legalidade já havia sido formulada na época do iluminismo no século XVIII através do método silogístico⁹⁶. Insta ressaltar, ademais, que as

⁹⁵ ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 102-104.

⁹⁶ BRANDÃO, Cláudio. Significado político-constitucional do direito penal. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 7, n. 1, p. 31-45, 2006, p. 39.

garantias que derivaram da legalidade, para Feuerbach, encontravam-se em harmonia com os pensamentos iluministas da época⁹⁷:

I) toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*). Por isso, somente a cominação legal do mal pela lei é o que fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena; II) a imposição de uma pena está condicionada à existência da ação cominada (*nulla poena sine crimine*). Consequentemente, é mediante a lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente necessário; III) o fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Assim, o mal, como consequência jurídica necessária, vincular-se-á, mediante a lei, a uma lesão determinada.

Nada obstante, em que pese a indispensável contribuição de Feuerbach ao princípio da legalidade penal, a fórmula utilizada hoje não se encontrava em suas obras. Ocorre que todas as máximas por ele elencadas em seu Tratado de Direito Penal foram unificadas no brocardo *Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege* (não há crime e não há pena sem lei anterior que a defina)⁹⁸.

A partir disso, é possível vislumbrar a importância do princípio da legalidade para o Direito Penal, na medida em que a legalidade representa a mais importante limitação ao poder de punir em um Estado Democrático de Direito. É dizer, portanto, que somente através de uma lei formal, consubstanciada em um ato de direito do Poder Legislativo, previsto constitucionalmente, podem ser criados delitos e suas penas correspondentes. É a garantia formal de um Estado de Direito, exigindo que o exercício do poder estatal seja fundamentado na Constituição e no limite das leis, circunstância que protegerá a dignidade da pessoa, a liberdade, a justiça e a segurança jurídica⁹⁹.

Assim, o princípio da legalidade é considerado a “Magna Carta do Cidadão” contra o poder punitivo estatal, na medida em que em sua configuração atual mantém quatro exigências tanto para o legislador como também para o juiz¹⁰⁰: a) *nullum crimen sine lex scripta*, por meio da qual a criação de crimes e suas penas apenas pode dar-se através de uma lei formal; b) *nullum crimen sine lex stricta*, a qual proíbe a utilização da analogia no Direito Penal como meio para criação ou ampliação de normas penais, bem como para agravamento de pena; c) *nullum crimen sine lex certa*, segundo o qual a norma penal deve ser clara e determinada antes do fato ser cometido, ou seja, a lei pena deve estar suficientemente clara,

⁹⁷ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p.63.

⁹⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 64.

⁹⁹ ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 107.

¹⁰⁰ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. SA Fabris, 2005, p. 335.

com o objetivo de possibilitar que o destinatário da norma – o cidadão – tenha condições de distinguir as proibições das autorizações, em outras palavras, que ele possa prever quais condutas são jurídico-penalmente proibidas e a pena aplicada em caso de violação; e d) *nullum crimen sine lex praevia*, a qual proíbe a retroatividade da lei penal, ou seja, representa a garantia ao cidadão de que este somente poderá ser punido quando a lei estabelecer previamente que o fato cometido constitui crime, de modo que Direito ulterior não poderá retroagir para punir fatos passados não considerados proibidos¹⁰¹.

Nesse sentido, o modelo garantista de Ferrajoli desdobra o princípio da legalidade em duas vertentes: princípio da mera legalidade (ou legalidade ampla) e o princípio da legalidade estrita – a qual caracteriza essencialmente o sistema garantista. O primeiro limita-se a exigir a lei formal como condição necessária da pena e do delito, motivo pelo qual dirige-se ao juiz no sentido de que este somente deverá considerar como crime aquelas condutas elevadas a tal patamar por lei formal. Assim, a mera legalidade é condição de vigência ou de existência da norma, representando a reserva relativa da lei penal dirigida ao juiz. O segundo comporta o caráter absoluto da reserva da lei penal, na medida em que exige todas as demais garantias como condição necessária da legalidade penal. Em outras palavras, a legalidade estrita, por nível constitucional, é condição de validade ou legitimidade da lei penal, prescrevendo que o conteúdo legislativo da norma seja dotado de significado unívoco e preciso. Por isso, é dirigida ao legislador, ao qual incube prescrever a taxatividade e a determinação da lei penal¹⁰².

Ademais, a questão nuclear do sistema garantista de Ferrajoli é a ideia de certeza, pela qual pode-se distinguir o sistema sobre duas óticas: de um “Direito Penal Mínimo” em contraposição ao “Direito Penal Máximo”, os quais diferenciam-se pela maior ou menor quantidade de vínculos garantistas em seu sistema. Ocorre que a certeza para o Direito Penal Máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que algum inocente possa ser punido. É dizer, então, que o Direito Penal Máximo representa um sistema de controle penal próprio de um Estado absoluto ou totalitário, porquanto os poderes públicos não estão adstritos à lei, circunstância que redundará na intervenção punitiva ilimitada e incondicionada¹⁰³.

Por outro lado, o Direito Penal Mínimo é identificado com o modelo do Estado de Direito, na medida em que os órgãos do Poder Público, principalmente os responsáveis pelo

¹⁰¹ ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 108-113.

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 76.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 83-87.

controle penal, estão rigidamente limitados e vinculados à lei e às formas processuais vinculantes. Assim, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, como também a um ideal de racionalidade e certeza. A certeza, no Direito Penal Mínimo, é no sentido de que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. Desse modo, é imperioso para um Direito Penal racional e correto que as intervenções penais sejam previsíveis e as decisões devidamente fundamentadas¹⁰⁴.

A partir disso, constata-se a convergência da matriz garantista de Ferrajoli com o minimalismo da “Escola de Frankfurt”, mais precisamente com a vertente proposta por Hassemer, uma vez que partem das garantias jurídico-penais de tradição iluminista para analisar o Direito Penal como meio de controle social formalizado, consistente na limitação da intervenção punitiva estatal. Assim, em uma sociedade orientada pelo risco, tanto a perspectiva empregada pelo garantismo de Ferrajoli, como outra professada pelo minimalismo da “Escola de Frankfurt” apresentam-se como orientações racionais, na medida em que tomam a Constituição como base para a construção de um Direito Penal assegurador de garantias fundamentais dos cidadãos frente ao arbítrio estatal em um Estado Democrático de Direito¹⁰⁵.

Todavia, um Direito Penal orientado pelo risco e funcionalizado para responder, ainda que simbolicamente, a uma sociedade dominada pelo medo que anseia por mais intervenção penal converte-se em um instrumento político de manobra social, o qual convencionou-se denominar de Direito Penal do Risco. Este, com seu projeto de flexibilização das garantias político-criminais, desenvolve um terreno fértil para a proliferação do emprego arbitrário e indiscriminado das leis penais em branco e dos tipos penais abertos, os quais ameaçam as estruturas do princípio da legalidade.

Assim, Mezger foi o responsável por desenvolver e ampliar as discussões acerca das leis penais em branco, as quais haviam sido constatadas anteriormente por Binding. Nesse sentido, deve-se a Mezger a introdução das leis penais em branco no âmbito da teoria do tipo ao diferenciar os tipos fechados dos tipos que necessitam de complementação, introduzindo nestes últimos, a noção das leis penais em branco¹⁰⁶.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 83-87.

¹⁰⁵ ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 117.

¹⁰⁶ ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. A técnica das leis penais em branco como instrumento oportuno em um direito penal do risco. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, v. 36, p. 355-385, 2008, p. 358.

Segundo Mezger, os tipos fechados são aqueles que contêm todas as características do fato punível correspondente. Por outro lado, as leis penais em branco são aquelas que remetem a uma complementação que se encontra fora do âmbito destas leis, tratando-se, portanto, de uma técnica legislativa. Ademais, Mezger distingue as leis penais em branco em sentido amplo das leis penais em branco em sentido estrito. Na primeira, a complementação está contida na mesma lei – o que demonstra unicamente um problema de pura técnica legislativa - ou, pelo menos, em outra lei emanada da mesma autoridade legislativa. Na segunda, a complementação da lei penal em branco encontra-se em uma lei emanada de outra autoridade legislativa¹⁰⁷.

Naturalmente, todavia, o conceito de lei penal em branco adquiriu novos contornos com o desenvolvimento da sociedade que culminou na complexa sociedade de risco, principalmente quando atrelado à noção do Direito Penal do Risco. Assim, pode-se considerar leis penais em branco como “tipos legais com sanção penal determinada e preceito indeterminado, dependente de complementação por outro ato legislativo ou administrativo”¹⁰⁸. Portanto, fixam a cominação penal, porém descrevem o conteúdo da norma proibitiva de forma genérica, de modo que necessariamente – para dar precisão ao mandamento - precisam remeter a complementação da lei penal em branco a outro dispositivo normativo emanado de um outro órgão de hierarquia inferior.

Assim, o emprego da técnica legislativa das leis penais em branco tende a se intensificar na sociedade de risco, na medida em que o legislador, adotando o Direito Penal do Risco, passar a fazer um maior uso de conceitos amplos, vagos e indeterminados na proteção dos bens jurídicos universais para atender à necessidade de prevenção dos riscos modernos, o que não seria possível através do Direito Penal Clássico. Em consequência, há um uso cada vez maior da técnica de remissão das leis penais em branco, que conferem a outra norma a determinação dos mandamentos de uma norma penal abstrata.

De um lado, tem-se a ideia da criminalização determinada ao máximo possível – conforme preconizada pelo Direito Penal Clássico e pela matriz garantista de Ferrajoli -, de outra banda há no Direito Penal do Risco um ideário mais flexível e abrangente do Direito Penal, em relação a determinação de certeza das normas, para responder de forma eficaz aos problemas da sociedade pós-moderna. Neste último, considerado como um Direito Penal modernamente orientado pelo risco, permite-se ao legislador introduzir conceitos jurídicos

¹⁰⁷ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**. Parte General. Editorial Bibliografica Argentina: Buenos Aires, 1958, p. 154.

¹⁰⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53.

indeterminados, normativos e cláusulas gerais que possam ser aplicados de modo mais flexível e superficial possível, a fim de aplicá-los com eficiência à criminalidade moderna. Notadamente, portanto, tais circunstâncias importam na utilização cada vez mais frequente de tipos penais abertos e da técnica legislativa das leis penais em branco¹⁰⁹.

Nessa medida, a utilização de leis penais em branco suscita disfunções para o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, principalmente a respeito do princípio da legalidade. Primeiramente, as leis penais em branco exprimem uma tendência moderna de “administrativização do Direito Penal”¹¹⁰. Ademais, outro problema refere-se ao fato de que a lei penal em branco não possibilita aos cidadãos conhecimento suficiente daquilo que lhes é proibido, o que viola o princípio da legalidade em sua exigência da *nullum crimen nulla poena sine lege certa*¹¹¹.

Entretanto, ressalta-se que as leis penais em branco não possuem *per se* um conteúdo arbitrário típico de estados totalitários, inclusive os defensores de um Direito Penal minimalista, tal como a “Escola de Frankfurt”, entendem que a *lex certa* deve adaptar-se às mudanças sociais, culturais, científicas e político-científicas da sociedade. Entretanto, tal adaptação deve realizar-se de modo que o seu *ethos* seja reformulado de maneira a não cair em uma política criminal intervencionista¹¹², é dizer, de forma que não viole os princípios e garantias constitucionais-penais do Estado de Direito, uma vez que a flexibilização de leis penais e a criação destas de forma abrangente com conceitos vagos e indeterminados põe em risco às garantias fundamentais dos cidadãos.

Portanto, não há proibição formal-constitucional para que o legislador estabeleça leis penais em branco, porém seu uso abusivo poderá conduzir a sua inconstitucionalidade quando implicar em violação ao princípio da legalidade. Assim, no momento em que o emprego da lei penal em branco apresentar-se como imprescindível para a criminalização de determinados fatos, o legislador deve se ater aos limites constitucionais e às exigências do princípio da legalidade descrevendo o conteúdo da norma proibitiva de forma clara, sem dubiedades, a fim de que o destinatário da norma, com o auxílio do texto legal e sua interpretação deste, tenha condições de prever a conduta penalmente proibida e sua sanção correspondente. Deste modo, não apenas a técnica legislativa das leis penais em branco estaria

¹⁰⁹ ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 118-119.

¹¹⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53.

¹¹¹ ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 120.

¹¹² *Ibidem*, p. 127.

em harmonia com os preceitos do Estado Democrático de Direito, como também, restaria justificada a intervenção do Estado na esfera dos direitos dos cidadãos¹¹³.

4.3 Direito Penal do Inimigo e Direito Penal de Duas Velocidades: duas propostas de um mesmo Direito Penal expansivo e disfuncional

Nada obstante, além do Direito Penal do Risco, outras propostas de um Direito Penal Moderno compatível com o modelo da sociedade pós-moderna, globalizada e de risco se desenvolvem na doutrina penal. Dentre as propostas, destacam-se o Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs e o Direito Penal de Duas Velocidades de Jesús-Maria Silva Sánchez.

Ressalta-se que, apesar de diferentes, tanto o Direito Penal do Risco, como o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal de Duas Velocidades possuem uma íntima relação, porquanto sustentam a flexibilização ou supressão de princípios e garantias penais em detrimento do combate aos delitos de bens jurídicos coletivos em uma sociedade de risco.

Conforme delineado em linhas pretéritas, Silva Sánchez adota uma postura intermediária entre um Direito Penal amplo e flexível e um Direito Penal Mínimo e rígido quanto as suas garantias. Assim, buscando um ponto médio dessa configuração dualista Silva Sánchez desenvolveu o Direito Penal de Duas Velocidades, o qual preceitua uma expansão moderada da intervenção penal¹¹⁴.

Silva Sánchez parte de dois argumentos. Primeiro, se opõe a plena modernização do Direito Penal, entendida como a expansão e flexibilização de princípios e garantias penais e das regras de imputação penal, principalmente no tocante a pena privativa de liberdade. Segundo, Silva Sánchez nega a volta de um Direito Penal Clássico que, segundo ele, nunca existiu nos termos que seus defensores estabelecem¹¹⁵.

Dessa forma, Silva Sánchez entende que o problema atual não é da expansão do Direito Penal, mas, especificamente, da expansão da pena privativa de liberdade, a qual deve ser limitada ao máximo¹¹⁶. É dizer, então, que na aplicação da pena privativa de liberdade o Direito Penal deveria manter seu núcleo duro, com o respeito às garantias e regras de

¹¹³ ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. A técnica das leis penais em branco como instrumento oportuno em um direito penal do risco. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, v. 36, p. 355-385, 2008, p. 382-383.

¹¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 160.

¹¹⁵ Ibidem, p. 157.

¹¹⁶ Ibidem, p. 152.

imputação, sendo adequado a responder aos delitos do Direito Penal Nuclear. Por outro lado, no campo da criminalidade moderna dever-se-ia expandir o Direito Penal com a flexibilização das regras de imputação e dos princípios de garantia penal, desde que a sanção correspondente não seja da pena privativa de liberdade. Entende-se, portanto, que nestes casos a pena deveria aproximar-se às sanções administrativas.

Exemplificando, Silva Sánchez propõe que no Direito Penal Econômico, considerado como expressão da criminalidade moderna, dever-se-ia haver uma flexibilização controlada das regras de imputação penal e dos princípios político-criminais, tais como o princípio da legalidade e da culpabilidade. Por outro lado, ao Direito Penal Nuclear, entendido como aquele em que se tutela *a priori* bens jurídicos individuais, todas as regras de imputação deveriam ser operadas pelo núcleo duro do Direito Penal, consoante as garantias e princípios penais clássicos rejeitando-se, assim, qualquer flexibilização das regras de imputação, uma vez que a sanção assignada neste campo seria da pena privativa de liberdade.

Com isso, Silva Sánchez acreditava que se criaria um espaço de expansão razoável do Direito Penal, porquanto seria simultaneamente funcional e garantista. De um lado, respeitar-se-iam os princípios, garantias e as regras de imputação do núcleo duro do Direito Penal podendo-se, assim, aplicar a pena privativa de liberdade. De outro lado, para atender às demandas da sociedade de risco dirigidas ao Direito Penal, seria possível flexibilizar os critérios de imputação e as garantias político-criminais, a fim de proporcionar a eficiente tutela dos bens jurídicos coletivos, desde que esta ocorra através de sanções alternativas à pena privativa de liberdade¹¹⁷.

Noutra perspectiva, encontra-se o Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*), introduzido pelo alemão Günther Jakobs em 1985. Para a construção e desenvolvimento da teoria do Direito Penal do Inimigo, Jakobs bebeu da fonte jusfilosófica dos contratualistas, tais como Kant, Rousseau, Hobbes e Fichte. Estes, inclusive, que já se referiam à figura do “inimigo” antes mesmo de Jakobs, devendo-se a este, porém, o câmbio dessa perspectiva para o Direito Penal.

Assim, influenciado pela Teoria do Contrato Social, Jakobs defende que a figura do “inimigo” surge quando o contrato social é violado por uma conduta constante do transgressor. A partir disso, o transgressor – até então considerado cidadão e submetido ao

¹¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 162.

contrato social – transforma-se em “inimigo” e não mais se favorece dos benefícios daquela comunidade-legal, devendo, então, submeter-se à ordem normativa diversa¹¹⁸.

Jakobs reconhece dois sistemas ou tendências de aplicação do Direito Penal: o Direito Penal do Cidadão, aplicado àqueles que ainda se encontram vinculados ao contrato social; e o Direito Penal do Inimigo que, em contrapartida, destina-se àqueles que, não apenas de maneira incidental, mas de forma duradoura, com seu comportamento, sua ocupação profissional ou através de sua vinculação a organização criminosa, abandonou o Direito¹¹⁹. É dizer, portanto, que o “inimigo” é aquele que não oferece segurança cognitiva mínima constante de seu comportamento pessoal representando uma fonte de perigo para a sociedade, o que justificaria o tratamento diferenciado a estes submetendo-os a uma ordem jurídica diversa marcada para supressão ou redução de direitos e garantias individuais próprias dos cidadãos.

Portanto, quando inexistente a garantia mínima de que determinado indivíduo irá comportar-se dentro da ordem normativa, de acordo com a expectativa da sociedade, o Direito Penal deve deixar de ser simples reação da sociedade contra algum de seus membros para torna-se uma reação contra o “inimigo”, adotando-se a tática de guerra¹²⁰. Nestes termos, a pena contra o inimigo não deve ser tida apenas como retribuição de um mal causado, mas deve ter um significado, qual seja de demonstrar que aquele ataque à ordem normativa da sociedade não é determinante e que a estrutura normativa se mantém firme e eficaz¹²¹.

Assim, Cancio Meliá identifica as principais características do Direito Penal do Inimigo, quais sejam: a) a antecipação da punibilidade a fim evitar que o fato criminoso ocorra; b) penas desproporcionais, ou seja, antecipa-se a punibilidade sem, no entanto, reduzir proporcionalmente a pena; c) supressão ou flexibilização de direitos e garantias fundamentais¹²².

Por outro lado, no campo do Direito Penal do Cidadão encontram-se os indivíduos – considerados cidadãos e não inimigos – que cometem delitos de forma eventual ou incidental, fornecendo segurança cognitiva suficiente de seu comportamento não representando, pois, uma fonte de perigo ao ordenamento jurídico e às estruturas do Estado.

¹¹⁸ JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho Penal Del Enemigo**. Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 26.

¹¹⁹ JAKOBS, Günther. **La ciencia del derecho penal ante las exigências del presente**. Cuadernos de conferencias y artículos n. 24, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 32.

¹²⁰ Ibidem, p. 30.

¹²¹ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Traducción Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Civitas, Madrid, 2003, p. 51

¹²² JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho Penal Del Enemigo**. Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 79.

Dessa forma, Jakobs pontua que o Direito Penal do Inimigo otimiza a proteção de bens jurídicos, enquanto o Direito Penal do Cidadão otimiza as esferas de liberdade¹²³.

Ademais, Silva Sánchez trata do Direito Penal do Inimigo como um Direito Penal de Terceira Velocidade, o qual tem como característica marcante a ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais. Assim, Silva Sánchez entende que a transição do “cidadão” para o “inimigo” ocorre mediante a reincidência, a habitualidade delitiva e a integração em organizações delitivas estruturadas. Nessa medida, o “inimigo”, além de não oferecer segurança cognitiva mínima de seu comportamento, nega frontalmente os princípios políticos ou socioeconômicos básicos do modelo de convivência social, o que justificaria a arbitrária intervenção penal¹²⁴.

Nada obstante, para Silva Sánchez o Direito Penal de Terceira Velocidade seria adequado para os casos, sobretudo, de criminalidade de Estado, terrorismo e criminalidade organizada, os quais fazem parte da criminalidade que se acentuou na sociedade complexa imersa em riscos. Desse modo, o Direito Penal do Inimigo deveria ser utilizado com reservas, é dizer, apenas como um instrumento de emergência em casos excepcionais, na medida em que se compara a um “Direito de Guerra” no qual a sociedade, ante a gravidade da situação excepcional do delito, renuncia as garantias em prol da segurança social¹²⁵.

Dessa maneira, Silva Sánchez vincula a legitimidade do Direito Penal do Inimigo à utilização deste Direito Penal de Terceira Velocidade somente nos casos de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em uma situação de emergência, portanto. Assim, tratar-se-ia de reação às situações estritamente necessárias, para fazer frente a fenômenos excepcionalmente graves, justificável desde que utilizado de maneira proporcional e que não ofereça qualquer perigo de contaminação ao Direito Penal “da normalidade”, ou seja, o Direito Penal do Inimigo legítimo seria um Direito Penal aplicado de forma transitória a uma situação específica¹²⁶.

No mesmo sentido, Polaino-Orts – defensor ferrenho do Direito Penal do Inimigo e discípulo de Jakobs – atenta para a inflação de um Direito Penal do Inimigo mal aplicado, se expandindo ilegitimamente para situações em que não é necessário o combate através de suas ferramentas. Assim, propondo um funcionalismo, Polaino-Orts defende que a aplicação do

¹²³ JAKOBS, Günther. **Criminalización em el estadio previo a la lesión de un bien jurídico**. Estudios de Derecho Penal. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997, p. 298.

¹²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 163-167.

¹²⁵ Ibidem, p. 166.

¹²⁶ Ibidem.

Direito Penal do Inimigo deve restringir-se apenas aos casos estritamente necessários, quando há uma verdadeira inimidade jurídica pela específica criminalidade desestabilizadora do sistema normativo e das expectativas normativas. Portanto, a aplicação correta do Direito Penal do Inimigo, entendendo-se este, quando representa o único instrumento para reestabelecer as expectativas normativas da sociedade não é apenas legítimo, senão necessário para o Estado de Direito¹²⁷.

Nesse aspecto, segundo Rubio-Manzanares, deve-se separar o Direito Penal do Inimigo dos estados totalitários do Direito Penal do Inimigo introduzido por Jakobs. No primeiro, apesar de combater o “inimigo”, é um Direito Penal fundado em um estado de exceção permanente que estabelece a norma – e não que é estabelecido pela norma de modo transitório. Por outro lado, o Direito Penal do Inimigo de Jakobs busca regular esferas do estado de exceção dentro da normalidade do Estado de Direito – e não uma excepcionalidade permanente e pura -, sendo aplicável apenas em situações específicas em que há sua necessidade e não de modo permanente. Ademais, o “inimigo” no modelo de Jakobs é normativo, ou seja, definido juridicamente¹²⁸.

Todavia, não obstante sua defesa expansionista, Silva Sánchez remonta certa preocupação com a utilização, cada vez mais evidente, do Direito Penal de Terceira Velocidade nas sociedades pós-modernas, na medida em que se corre o risco dos Estados utilizarem a lógica da situação de “emergência perene”, conquanto o Direito Penal do Inimigo perderia seu caráter transitório passando a fixar um estado permanente de exceção. Assim, neste terreno inóspito, o Direito Penal do Inimigo tenderia a, ilegitimamente, estabilizar-se e crescer¹²⁹.

Portanto, o Direito Penal do Risco não se apresenta como a única contraposição ao Direito Penal Liberal na sociedade de risco, além deste, tem-se assistido de forma crescente na atualidade a defesa e a utilização do Direito Penal de Duas Velocidades e, sobretudo, em maiores proporções, do Direito Penal do Inimigo. Ponto comum nas propostas de um Direito Penal na sociedade de risco é a defesa pela flexibilização de garantias e direitos protegidos pelo Direito Penal Clássico, bem como a antecipação da punibilidade. Desse modo, os princípios penais-constitucionais passam a figurar como barreiras facilmente

¹²⁷ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 186-188.

¹²⁸ TÉBAR RUBIO-MANZANARES, Ignacio. El «derecho penal del enemigo»: de la teoría actual a la práctica represiva del «Nuevo Estado» franquista. Pasado y Memoria. **Revista de Historia Contemporánea**, n. 13, pp. 227-250, 2014, p. 237-249.

¹²⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 166.

transponíveis pelo Estado, elevando o exercício de seu *jus puniendi*, a fim de combater a criminalidade moderna.

Ainda que sob o fundamento de um estado transitório de exceção, o uso do Direito Penal de Emergência representa um retrocesso da dogmática penal e o germen da ruína do próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que esse quadro apresenta um terreno fértil para que o Estado sustente uma situação de emergência constante na sociedade – ainda que não explicitamente –, a fim de estabelecer um estado permanente de exceção. Afinal, segundo preleciona Agamben, “a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos”¹³⁰.

Desse modo, o Direito Penal do Risco, o Direito Penal de Duas Velocidades e, sobretudo, o Direito Penal do Inimigo apresentam-se como tentativas de expansões disfuncionais do Direito Penal Clássico, conduzindo a ordem normativa ao lado oposto do Estado Democrático de Direito: o estado de exceção, o qual apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal ante os perigos para a segurança social, a partir da sociedade de risco¹³¹. É de bom alvitre nesta conjuntura, portanto, trazer à baila a preleção de Beck, na medida em que “a sociedade de risco é uma sociedade catastrófica. Nela, o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade”¹³².

¹³⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 13.

¹³¹ *Ibidem*, p. 48.

¹³² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 28.

5 CONCLUSÃO

A sociedade passou, principalmente após a segunda metade do século XX, por profundas mudanças em diversos setores, de modo que as próprias relações e a formatação da sociedade transformaram-se consubstancialmente. A sociedade pós-moderna é, portanto, reflexo do processo de globalização que foi responsável por incrementar novas perspectivas sobre os riscos que se diferenciam dos riscos anteriores não apenas de modo quantitativo, mas, sobretudo, de maneira qualitativa.

Assim, apesar do debate sobre o risco não ser novidade, foi a partir do panorama da sociologia do risco, principalmente nas figuras de Beck e Luhmann, que se forjou a noção de sociedade de risco, prenunciando o fim da sociedade industrial e seu câmbio por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, a qual na mesma proporção do desenvolvimento científico e tecnológico experimentado produz riscos globais altamente destrutivos.

Os traços destes riscos que os diferenciam dos antecedentes apresentam-se na possibilidade de seus efeitos repercutirem além das fronteiras de sua produção, bem como na probabilidade de refletir nas gerações futuras. A partir disso, os novos riscos globais são considerados consequências indesejadas ou negativas da globalização, sob a perspectiva do preço que sociedade suporta em detrimento do desenvolvimento científico e tecnológico.

Nessa perspectiva, os novos riscos não podem ser antevistos ou calculados, na medida em que na maioria das vezes são riscos imperceptíveis. Assim, evidenciou-se o fato de que os mecanismos clássicos de previsão dos riscos falharam ante a complexidade dos riscos modernos. Toda essa conjuntura redundou na deslegitimação das instituições de controle, o que determinou um elevado nível de insegurança social fomentado, principalmente, pela atividade massificada da mídia como formadora de opinião e do anseio públicos.

A partir da noção dos riscos globais, amplia-se na sociedade a importância e o protagonismo dos bens jurídicos de caráter transindividual, dentre eles o meio ambiente, a ordem econômica, a saúde pública e a proteção de dados, haja vista os novos riscos globais representarem perigos a interesses relevantes para a sociedade, os quais aparecem sob a forma de bens jurídicos a serem tutelados pelo Estado. Assim, a sociedade vê-se imersa em um problema de criminalidade transnacional altamente complexa e de difícil prevenção e repressão.

Assim, o Direito Penal não fica imune às mudanças ocorridas na sociedade. A noção do risco sempre influenciou o Direito Penal, porém, na sociedade pós-moderna, a sociologia do risco é responsável por iniciar o debate sobre a necessidade de transformação – ou modernização - das bases dogmáticas clássicas do Direito Penal, sendo certo que os fenômenos da sociedade de risco exerceram forte influência na ordenação de uma política criminal voltada para o controle dos riscos. Com isso, desenvolveu-se uma forte tendência à expansão do Direito Penal instigada pelas novas realidades sociais e, sobretudo, pela insegurança social subjetiva que cercou a sociedade de dúvidas acerca da eficiência do Direito Penal Clássico - de base liberal - no combate à criminalidade moderna.

Nesse contexto, constatando-se que o Direito Penal Clássico não dispõe de ferramentas suficientes para combater a criminalidade moderna em crescimento - uma vez que, limitado por direitos e garantias penais-constitucionais, o Direito Penal Clássico serve ao núcleo duro do Direito Penal, mais especificamente à tutela de bens jurídicos individuais -, intensifica-se o embate sobre duas propostas de um Direito Penal da sociedade de risco: de um lado, a “Escola de Frankfurt” que defende um minimalismo da intervenção penal zelando pelas bases garantistas do Direito Penal Clássico. É dizer, defende que o Direito Penal não deve atuar no combate aos novos riscos se isto implicar na negação de princípios e regras de imputação do Direito Penal Clássico. De outro lado, os defensores da modernização – e da expansão - do Direito Penal, através da flexibilização de direitos e garantias, da utilização cada vez menor de exigências de imputação, bem como da antecipação do momento da intervenção penal, a fim de abarcar soluções para a criminalidade específica da sociedade pós-moderna, sob a justificativa de que o Direito Penal organizado em bases clássicas não possui o instrumental eficiente para combatê-la.

Entretanto, é preciso perceber que a defesa da modernização do Direito Penal passa pela necessidade de flexibilizar as regras de imputação, afastando-se dos princípios da lesividade, da proporcionalidade, da subsidiariedade e da fragmentariedade, o que representa um retrocesso do Direito Penal do Estado Democrático de Direito, construído a duras penas. Além disso, alerta-se para o fato de que a sociedade da insegurança generalizada, principalmente impulsionada pelos meios de comunicação em massa, pressiona o Estado por uma maior e mais eficaz prevenção e repressão da criminalidade moderna.

Assim, na medida em que o Estado elege o Direito Penal como resposta à pressão social, funcionalizando-o para atingir uma finalidade meramente política de apaziguamento dos anseios da sociedade através do endurecimento de penas, da criação de tipos penais e da antecipação da punibilidade - circunstâncias que não resolvem o problema do crime e acabam

por passar uma falsa percepção da realidade - , o transforma em um Direito Penal Simbólico, retornando à ideia do Direito Penal como *prima* ou *sola ratio* no combate à criminalidade moderna.

A par da modernização do Direito Penal e de sua expansão, surgem propostas de um Direito Penal orientado ao controle dos riscos globais. Dentre elas, destaca-se o Direito Penal do Risco. Este, em essência, seria o projeto de um Direito Penal responsável por resguardar a sociedade dos efeitos negativos e não desejados do desenvolvimento científico e tecnológico da sociedade pós-moderna. Ressalta-se, entretanto, que a ideia inicial do Direito Penal do Risco mostrava-se coerente. Todavia, após seu desenvolvimento, este tornou-se demasiadamente expansivo, na medida em que passou a propor o afastamento de princípios e regras do Direito Penal Clássico, no afã de tornar-se eficiente no combate aos riscos modernos e à criminalidade que os acompanha.

Dessa forma, o Direito Penal do Risco transparece características que evidenciam sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, na medida em que sustenta a flexibilização das regras de imputação e dos princípios político-criminais de garantia, modificando a perspectiva conferida aos princípios penais-constitucionais - como o princípio da legalidade, por exemplo - de mecanismos necessários e úteis à limitação do poder punitivo em um Estado Democrático de Direito, passando a identifica-los como obstáculos ao efetivo combate à criminalidade moderna e, conseqüentemente, à tutela dos bens jurídicos supraindividuais.

Nesse sentido, a partir das características próprias do Direito Penal do Risco, evidencia-se que este representa um terreno fértil para a propagação de institutos que dispensam a necessidade da legalidade, prescindindo da determinação de certeza da norma penal, seja através das leis penais em branco, dos tipos penais abertos ou até mesmo dos delitos de perigo abstrato.

Estas circunstâncias, para além de implicarem em ofensa às regras do Estado Democrático de Direito, também destroem o sistema de garantias penais, sustentado através dos princípios político-criminais de cunho liberal do Direito Penal Clássico. Portanto, no Direito Penal do Risco os princípios e regras penais-constitucionais, tais como o princípio da legalidade, da *ultima ratio*, da fragmentariedade e da culpabilidade, despontam apenas como meras formalidades perfeitamente transponíveis à imputação penal, a fim de obter a eficiência no combate à criminalidade e na intenção de tranquilizar a sociedade subjetivamente insegura. Todavia, qualquer regra ou princípio cujo objetivo seja limitar o arbítrio estatal, mantendo-se

as bases do Estado Democrático de Direito são, sobretudo, indispensáveis e irrenunciáveis, pois somente assim evitar-se-á o retrocesso do garantismo duramente conquistado.

Poder-se-ia defender, ainda, propostas menos incisivas às estruturas do Estado Democrático de Direito, dentre as quais se destaca o Direito Penal de Duas Velocidades. Entretanto, apesar de aparentar uma proposta de Direito Penal da sociedade de risco mais aceitável em relação ao Direito Penal do Risco – na medida em que naquele se flexibiliza as regras de imputação apenas nos casos de sanções diversas das penas privativas de liberdade -, há de ressaltar que o Direito Penal é um todo e como um todo deve ele ser entendido. Dessarte, emerge um perigo de que a flexibilização - mesmo que direcionada a âmbitos da criminalidade moderna de bens jurídicos coletivos com sanções equiparadas às administrativas - possa vir a contaminar todo o sistema penal, inclusive o relativo ao terreno do Direito Penal nuclear, no qual as condutas são sancionadas através da pena privativa de liberdade. Uma vez considerada penalmente relevante determinada conduta e inserida no rol de comportamentos sancionados pelo Direito Penal, obriga-se a respeitar todas as garantias e a exigir todas as regras de imputação necessárias e adequadas, sem qualquer distinção, à intervenção penal na esfera de liberdade do cidadão.

Nesse sentido, não se pode olvidar que uma sanção penal aplicada dentro dos parâmetros dos princípios garantistas do Direito Penal, respeitando a dignidade da pessoa humana, representa uma maior aproximação a um Estado Democrático e o rompimento com qualquer resquício de Estado arbitrário.

A legitimidade da lei penal, como expressão de um Estado de Direito, tem sua validade na Constituição, a qual é responsável por estabelecer limites ao arbítrio estatal. É dizer, portanto, que no Estado Democrático de Direito o poder estatal, sobretudo o punitivo, está vinculado às determinações de princípios e regras de garantias dispostos na Constituição de uma nação.

Desse modo, a flexibilização dos princípios penais garantistas, sobretudo do princípio da legalidade, tal como aduz o Direito Penal do Risco, representa não apenas o início da crise de legitimidade do Direito Penal, mas também, a debilitação do sistema democrático.

Todavia, não se fecha os olhos ao panorama social no qual está inserido o Direito Penal. Assim, a necessidade de modernização do Direito Penal Clássico não é de todo criticável, ou seja, não se condena toda e qualquer forma de modernização ou expansão do Direito Penal. Entretanto, o Direito Penal não pode rejeitar os princípios e regras de matriz liberal em detrimento da modernização, pois isto violaria a essência do Estado de Direito.

Assim, deve o Direito Penal evoluir, de modo a acumular os instrumentos adequados a responder os problemas da sociedade contemporânea, porém dentro dos limites compatíveis com o Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, com a dignidade da pessoa humana.

Portanto, defende-se a intervenção limitada do Direito Penal na sociedade contemporânea, principalmente através do princípio da legalidade – com o estabelecimento de normas claras e determinadas aos seus destinatários -, bem como pautada nos princípios da lesividade, fragmentariedade e *ultima ratio*, pois assim estar-se-á diante de um Direito Penal racional e fortalecido no contexto do Estado Democrático de Direito. Do contrário, a defesa de um Direito Penal do Risco ilimitado e expansivo representaria uma completa disfuncionalidade do Direito Penal, na medida em que se converteria em *prima* ou *sola ratio* no combate aos riscos globais.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.
- AIRES DE SOUSA, Susana. Sociedade do risco: requiem pelo bem jurídico?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 86, p. 231-246, 2010.
- ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. A técnica das leis penais em branco como instrumento oportuno em um direito penal do risco. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, v. 36, p. 355-385, 2008.
- ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: **La insostenible situación del Derecho penal**. Comares, p. 471-487, 2000.
- BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. **Pena y Estado: [función simbólica de la pena]**, n. 1, p. 37-55, 1991.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da Pós-Modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. Quartier Latin, 2014.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 411-436, 2008.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BECK, Ulrich. “Momento Cosmopolita” da sociedade de risco. **Com Ciência**, n. 104, 2008.
- BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. **Modernización reflexiva: política, tradición y estética em el orden social moderno**. Madrid; Alianza Editorial, 1997, 2001.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Brasil, v.14, n. 61, p. 44-121, jul./ago. 2006.
- BRANDÃO, Cláudio. Significado político-constitucional do direito penal. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 7, n. 1, p. 31-45, 2006.
- BRANDÃO, Cláudio; SIQUEIRA, Leonardo. Tipicidade e perigo: para a compreensão da recepção penal da dicotomia do risco e do perigo. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, ano XV, n. 61, p. 43-65, abril/jun. 2016.

BRÜSEKE, Franz Josef. Risco e contingência. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 22, n. 63, fev. 2007.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. “Deu No Jornal”: Notas Sobre A Contribuição Da Mídia Para A (Ir) Racionalidade Da Produção Legislativa No Bojo Do Processo De Expansão Do Direito Penal. **Revista Liberdades**, n. 2, p. 56-77, 2009.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRESPO, Eduardo Demetrio. **Del «derecho penal liberal» al «derecho penal del enemigo»**. 2004.

DA SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. A teoria da sociedade de risco como instrumento para a compreensão da emergência dos movimentos sociais urbanos no Brasil: um contraponto crítico. **Revista Quaestio Iuris**, v. 8, n. 03, p. 1913-1948, 2015.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena. In: **ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NIETO MARTÍN, Adán; NEUMANN, Ulfried. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt**. 2003.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: B de F, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Trotta, 2003.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”: notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Revista Liberdades**, n. 7, p. 23-62, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

GRACIA MARTÍN, Luis. **La polémica en torno a la legitimidad del derecho penal moderno**. Ubijus, 2011.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, n. 8, p. 54-66, 2003.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. **Nuevo Foro Penal**, n. 51, p. 17-30, 1991.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**. Porto Alegre, vol. 1, v. 1, 2013.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. SA Fabris, 2005.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 8, p. 41-51, 1994.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Temis, 1999.

HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, v. 45, n. 1, p. 235-250, 1992.

HERZOG, Felix. Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo:(perspectivas más allá del Derecho penal). In: **ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NIETO MARTÍN, Adán; NEUMANN, Ulfried. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo**: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. 2003, p. 249-258.

JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho Penal Del Enemigo**. Thomson Civitas, Madrid, 2003.

JAKOBS, Günther. **La ciência del derecho penal ante las exigências del presente**. Cuadernos de conferencias y artículos n. 24, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Traducción Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Civitas, Madrid, 2003.

JAKOBS, Günther. **Criminalización em el estadio previo a la lesión de un bien juridico**. Estudios de Derecho Penal. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997.

JUNIOR, Aírto Chaves. O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, v. 41, n. 114, p. 77-129, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1992.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**. Parte General. Editorial Bibliografica Argentina: Buenos Aires, 1958.

PINHEIRO, Rafael Magalhães Abrantes. **Sociedade de Risco e Delitos de Perigo Abstrato**. Horizonte Científico, v. 4, n. 2.

POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: LiberArs, 2014.

POZUELO PÉREZ, Laura. De nuevo sobre la denominada "expansión" del derecho penal: una relectura de los plantamientos críticos. In: **El funcionalismo en derecho penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs**. p. 107-135, 2003.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 47, p. 31-45, 2004.

PRITTWITZ, Cornelius. Derecho penal del riesgo y derecho penal del enemigo. **Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales**, n. 6, 2014.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho penal. In: **ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NIETO MARTÍN, Adán; NEUMANN, Ulfried. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt**. 2003.

PRITTWITZ, Cornelius. **Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft**. Vittorio Klostermann, 1993.

RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. **Política criminal**. Colex, 2001.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: tomo I, v. 1**. Madrid: Civitas, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

TÉBAR RUBIO-MANZANARES, Ignacio. El «derecho penal del enemigo»: de la teoría actual a la práctica represiva del «Nuevo Estado» franquista. Pasado y Memoria. **Revista de Historia Contemporánea**, n. 13, pp. 227-250, 2014.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.