

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

RODRIGO SÁVIO DE MELO LOURENÇO DOS SANTOS

**TEMPO E DIREITO: O PARADOXO CONTEMPORÂNEO DA SOCIEDADE DE
RISCO E A EXPANSÃO DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO**

RECIFE
2016

RODRIGO SÁVIO DE MELO LOURENÇO DOS SANTOS

**TEMPO E DIREITO: O PARADOXO CONTEMPORÂNEO DA SOCIEDADE DE
RISCO E A EXPANSÃO DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO**

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

Orientador: Leonardo Siqueira

Coorientadora: Renata Celeste

RECIFE
2016

Santos, Rodrigo Sávio de Melo Lourenço dos

Tempo e direito: o paradoxo contemporâneo da sociedade de risco e a expansão dos crimes de perigo abstrato. / Rodrigo Sávio de Melo Lourenço dos Santos. – Recife: O Autor, 2016.

58 f.

**Orientador(a): Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira.
Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã.
Trabalho de conclusão de curso, 2016.**

Inclui bibliografia.

1. Direito penal. 2. Sociedade de risco. 3. Crimes (Perigo abstrato). 4. Ulrich Beck. I. Título.

**34 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)**

**Faculdade Damas
TCC 2017-496**

AGRADECIMENTOS

A toda a minha família, em especial aos meus pais Rosa Maria e Domingos Sávio, e ao meu irmão, por sempre acreditarem em mim.

A minha avó, Rita Pereira, a quem amo tanto e que sempre me faz sentir a pessoa mais amada do mundo.

As minhas queridas tias, Silvana Melo, Luciene Pereira e Rosângela Lourenço, por todo o suporte e apoio.

Aos professores da FADIC, pela oportunidade do aprendizado adquirido, em especial ao meu orientador Leonardo Siqueira, minha coorientadora Renata Celeste e ao grande Ricardo Silva, por toda a ajuda e paciência comigo e com os demais colegas.

Por fim, e o mais importante de todos, a Deus, pois é através dele que busco evoluir enquanto ser humano e como estudante todos os dias.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar, a partir da concepção desenvolvida pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, o fenômeno da sociedade de risco, que pelo seu caráter global e amplamente difundido pela mídia e os meios de comunicação, acaba por repercutir significativamente no direito penal. Isso porque através da percepção e da materialização dos novos riscos, oriundos do avanço industrial, percebe-se uma era pós moderna descrente com as instituições de controle, envolta significativamente pela insegurança e a cultura do medo. Nesse mister, vislumbra-se no contemporâneo uma ampliação do campo de incidência do direito penal, de modo a abranger essa nova realidade. Para tanto, faz-se uso com cada vez mais frequência dos crimes de perigo abstrato, elencados como instrumentos necessários de um direito penal moderno. Tal panorama, contudo, acaba incorrendo numa flexibilização de garantias e princípios sob o qual está baseado o modelo de estado democrático de direito, sobretudo o da intervenção mínima ou excepcionalidade do direito penal, basilar para uma aplicação justa e garantista.

Palavras-chaves: Sociedade de risco, ampliação do direito penal, crimes de perigo abstrato.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the phenomenon of risk society, based on the conception developed by the German sociologist Ulrich Beck, which, due to its global character and widely disseminated by the media, has a significant repercussion on criminal law. This is because, through the perception and materialization of the new risks arising from the industrial advance, an unpopular postmodern era with the institutions of control is perceived, enveloped significantly by the insecurity and the culture of fear. In this sense, it is possible to see in the contemporary an extension of the field of incidence of criminal law, in order to cover this new reality. To this end, crimes of abstract danger, which are listed as necessary instruments of modern criminal law, have been used more and more frequently. However, this situation has led to a relaxation of the principles and guarantees under which the model of a democratic state of law is based, especially the one that posits the minimal intervention or exceptionality of criminal law, for a fair application and guarantor.

Keywords: Risk society, expansion of criminal law, crimes of abstract danger.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
2 “AUTODESTRUICÃO E CAPACIDADE DE RECOMEÇAR”: OS RUMOS DA MODERNIDADE SOB AS PERSPECTIVAS DE ULRICH BECK	10
2.1 Notas sobre a modernidade industrial: a ilusão do controle do desenvolvimento	10
2.2 Entre a modernidade industrial e a modernidade reflexiva: origem e consolidação do risco	14
2.3 O desencanto da modernidade e o surgimento do direito do risco	18
3 PERCORRENDO NOVOS CAMINHOS: REFLEXOS DA SOCIEDADE DE RISCO NO DIREITO PENAL	22
3.1 Influências midiáticas sob a ótica de um direito penal globalizado	23
3.2 Uma nova interpretação do bem jurídico: do individual ao supra individual	28
3.3 Delineamentos sobre o crime de dano e o crime de perigo	33
4 CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NO CONTEMPORÂNEO: UM DESAFIO AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	38
4.1 Ampliando o campo de atuação – uma análise do direito penal do risco em contraposição ao direito penal clássico	39
4.2 Crimes de perigo abstrato: instrumentos de um direito penal moderno	43
4.3 Pilares para uma correta aplicação do direito pena: Estado Democrático de Direito e princípio da intervenção mínima	48
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

O processo de temporização pelo qual vem passando a sociedade exerce sobre o direito um papel norteador. Tempo, direito e sociedade são elementos indissociáveis e a percepção de tal relação não é difícil. O direito rege a sociedade, e a sociedade muda com o tempo. Dessa forma, é preciso que o direito se adeque as novas demandas, e por que não dizer, aos novos riscos advindos da temporalidade. Nesse sentido, o presente trabalho situa-se no âmbito de analisar o surgimento de uma sociedade de riscos como fenômeno sociológico e criminal, centrando-se na expansão dos crimes de perigo abstrato em contraponto ao princípio da intervenção mínima ou excepcionalidade penal.

Para tanto, utiliza-se inicialmente das bases teóricas levantadas pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, o qual pontua, que o estágio em que vivemos, caracterizado pela reflexividade, precisa trabalhar com dois pontos contraditórios: a autodestruição e a capacidade de recomeçar. Na medida em que novos riscos são identificados, desenvolve-se também uma expectativa social de controle e eliminação, o que poderia ser feito através do direito penal. Nota-se, um caráter expansivo, dentro do qual os crimes de perigo abstrato ganha relevância.

Questionamentos surgem, no entanto, quanto aos problemas enfrentados pelo expansionismo desses delitos dentro do contexto jurídico de princípios adotado no Estado Democrático de Direito, em especial, o princípio da intervenção mínima ou excepcionalidade penal. Face a isso, seria legítima a expansão dos crimes de perigo abstrato para abranger o paradigma contemporâneo de uma sociedade de riscos? De início, é preciso ressaltar, que nesses crimes o dano é presumido, devendo-os, portanto, serem utilizados como exceção, visto que lidam com esferas anteriores ao dano e ao próprio perigo.

No mesmo sentido, cabe evidenciar que o direito penal deve ter um caráter subsidiário em relação aos demais ramos do direito. Isso significa que a tutela penal só deve ser invocada em último grau, quando nenhuma outra conjuntura jurídica for suficientemente adequada para lidar com as situações e condutas que surgem no dia a dia. Todavia, não é o que se tem notado. Na configuração de uma sociedade global de riscos, o direito penal, impulsionado pelo clamor social midiático e pelos meios de comunicação vem sendo muitas vezes evidenciado como principal instrumento para fazer frente a demanda social por segurança.

Nota-se, assim, que a manifestação de um direito penal do risco, e o consequente aumento na utilização dos crimes de perigo abstrato gera pontos conflitantes em sua estrutura tradicional, e trás a tona relevantes debates doutrinários acerca de tal processo expansionista. Dessa forma, o objetivo maior deste estudo baseia-se, sobretudo, na análise da expansão dos

crimes de perigo abstrato diante do surgimento de uma aldeia global de riscos e os possíveis pontos de tensão que tal processo gera quando confrontado com o princípio da intervenção mínima ou excepcionalidade penal.

Ademais, tem-se como objetivos específicos: compreender o surgimento de uma sociedade global de riscos a partir da passagem da modernidade industrial para a modernidade reflexiva, apresentando a consolidação e principais características desse novo contexto; discutir a respeito dos reflexos e da forma como esse novo panorama vem repercutindo na esfera penal, e, por fim, identificar a abrangência dos crimes de perigo abstrato na atualidade e sua confrontação com o princípio da intervenção mínima ou excepcionalidade penal, basilar de um estado democrático de direito.

A metodologia utilizada no estudo é descritiva, qualitativa, por método analítico hipotético-dedutivo através de pesquisa procedimental de cunho bibliográfico. É descritiva porque faz observação do que já foi estudado sobre o tema. Qualitativa uma vez que interpreta o fenômeno que observa, e na qual as hipóteses são construídas após a observação. É analítico por somente analisar os fenômenos já existentes sem intervenção. Infere-se, portanto, uma verdade geral já constatada, não contida nas partes isoladamente examinadas. Baseia-se em teses e artigos doutrinários, bem como livros publicados a respeito do tema.

No primeiro capítulo, aborda-se inicialmente os aspectos históricos do surgimento da sociedade de risco sob o viés fornecido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, introduzindo como o direito penal é abrangido por essa realidade. Para o autor, tal sociedade é concebida num momento em que as ameaças fabricadas no período industrial tornam-se mais nítidas e passam a suscitar questões dentro do seio social, acarretando dessa forma na necessidade de atribuições de responsabilidades como mecanismo de gerir o risco.

A partir da modernização industrial as pessoas passam a experimentar uma nova forma de vida marcada constantemente por avanços em diversas áreas. Visualiza-se, assim, uma quebra de paradigma com as sociedades pré modernas e é nessa linha argumentativa que o autor identifica as bases do que vem a ensejar uma sociedade envolta por riscos de dimensões e delimitações distintas, incalculáveis e imensuráveis.

Tais riscos, apesar de necessários para manter o grau de desenvolvimento que temos hoje, ao serem percebidos pelo seio social amplia seu caráter reflexivo e conseqüentemente a sensação de insegurança. É a partir do momento que esses riscos existem, e se consolidam perante a sociedade que surge a necessidade de controle, aumentando-se o grau de reflexão, desencanto e descrédito nas instituições.

Adiante, o capítulo 2 mostra como os reflexos desse novo panorama é absorvido no âmbito da dogmática penal. Isso porque o ritmo acelerado da industrialização e os processos decorrentes da sociedade de risco passa a exercer uma significativa influência no direito penal, projetando destaque para alguns institutos, entre eles o bem jurídico. Nesse viés, o conceito de bem jurídico passa a ser visto cada vez mais sob uma ótica difusa, procurando incorporar condutas de caráter transindividual, típicas de uma sociedade globalizada.

Ressalte-se, também, que as influências midiáticas e a facilidade com que a informação é transmitida através dos meios de comunicação num mundo globalizado são grandes fatores para disseminar a insegurança gerada pelo risco. Nesse sentido, diante do clamor social por segurança, vislumbra-se um acentuado crescimento do direito penal, que se dá, entre outros meios, através dos crimes de perigo abstrato. Tais modalidades delitivas ganham relevância nessa nova dinâmica, que tende a contribuir para a inserção do direito penal em áreas que anteriormente ficavam restritas a outros campos do direito.

Por fim, no terceiro capítulo, discute-se a respeito das implicações que isso acarreta quando confrontado com o princípio da intervenção mínima ou excepcionalidade, pilares para uma aplicação justa e garantista da esfera penal pautada em um estado democrático de direito. A sensação de insegurança gerada pelo contexto do risco acaba por converter-se numa forte demanda social, fazendo com que o legislador se mostre cada vez mais atuante. A partir disso, os crimes de perigo abstrato elege-se como instrumentos essenciais de um moderno direito penal, contribuindo sobremaneira para o processo de maximização.

2. “AUTODESTRUICÃO E CAPACIDADE DE RECOMEÇAR”: OS RUMOS DA MODERNIDADE SOB AS PERSPECTIVAS DE ULRICH BECK

É incontestável o papel norteador desempenhado pelo tempo em relação à sociedade. Vive-se uma época de constantes transformações e de mudanças que demandam um pensamento crítico a respeito de como o direito pode ser influenciado. É exatamente nessa dicotomia entre tempo e sociedade que é possível a identificação de “novos riscos”, que não surgiram instantaneamente, mas que são frutos de um processo de temporização. São riscos instigantes, pouco conhecidos, e com um grande potencial de destruição. Afinal, “O risco é ambivalência. Estar em risco é a maneira de ser e de governar no mundo da modernidade; estar em risco é a condição humana no início do século XXI.”¹

2.1 Notas sobre a modernidade industrial: a ilusão do controle do desenvolvimento.

Em uma primeira análise, faz-se necessário remontar-se à história na tentativa de delimitar o que se entende por modernidade industrial, prosseguindo assim no que se propõe esta pesquisa. O termo “modernidade” em linhas gerais, deve ser compreendido como transição. É a ruptura de um paradigma e o início de outro. Nesse aspecto, Zygmunt Baumann² faz uma análise no sentido de que a modernidade nasceu sob o manto da aceleração e da conquista de terras, estando nesses dois processos todas as informações sobre suas características, condutas e o possível destino.

Já Giddens, na tentativa de fazer uma análise inicial do termo, relaciona a modernidade a forma e ao modo de organização social que começava a surgir na Europa a partir do século XVII, associando-a desse modo a uma espécie de recorte dentro de um certo período ou localização temporal inicial³. Lembra o mesmo autor que “as transformações envolvidas na modernidade são mais profundas que a maioria dos tipos de mudanças característicos dos períodos precedentes.”⁴ A modernidade demarca assim um novo tipo de configuração, que viria a transformar o mundo em vários aspectos.

Percebe-se, dessa forma, que o mundo transformou-se e tais transformações vieram ocorrendo continuamente ao longo de processos históricos, os quais foram de suma

¹ BECK, Ulrich. **Momento cosmopolita da sociedade de risco**. 2008. Disponível em: <comciencia.scielo.br>. Acesso em 09 nov. 2015.

² BAUMANN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. São Paulo: Editora Zahar, 2001, p. 76.

³ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 8.

⁴ Id., 1991, p. 10.

importância para se chegar no modelo de desenvolvimento tecnológico que vivenciamos nos dias de hoje. A partir da modernização industrial as pessoas passam a experimentar uma nova forma de vida marcada constantemente por avanços em diversas áreas. Estes, cada vez mais atraentes, faz do homem um ser desbravador na busca de uma instigante capacidade de criação.

Isso fica nítido quando analisamos o conceito de modernização trazido por Ulrich Beck em sua obra sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Para o referido autor, modernização significa um salto na forma de pensar, onde nota-se mudanças consideráveis nos padrões sociais, envolvendo nisso diversos aspectos, sejam eles de poder, de controle ou políticos⁵. Portanto, conclui-se que a modernidade industrial marca o início de um período de intensas transformações, impulsionadas pela necessidade do homem em auto afirmar-se perante o mundo, mostrando ser capaz de utilizar do que dispunha ao seu redor na busca de mais conforto, poder, e de um novo estilo de vida.

É certo que tal necessidade sempre foi uma característica inerente à própria espécie humana. Desde o tempo primitivo, por exemplo, que o homem produz instrumentos com a finalidade de auxiliá-lo na caça, pesca e sobrevivência na luta diante de outros grupos. As grandes navegações e a dominação de territórios também são exemplos dessa característica humana de sempre tentar ir além. Foi exatamente essa busca incessante pelo novo que fez surgir o mundo material moderno, marcado cada vez mais por um padrão de desenvolvimento que desafiava o ser humano a sempre querer mais.

A partir disso, visualiza-se uma nova configuração. Basta pensar num lugar com extensos pastos e diversas florestas, onde a economia girava em torno de manufaturas pouco desenvolvidas, exigindo basicamente a força braçal de um chefe, que possuía alguns empregados. Viviam do que produziam e realizavam trocas com outras comunidades, com estrutura semelhante. O processo de modernização fez aldeias tornarem-se vilas. Vilas tornarem-se cidades. E as manufaturas campestres serem transferidas para as indústrias, culminando no que foi chamado de primeira revolução industrial. Esta, teve seu berço na Inglaterra possuindo como característica principal o desenvolvimento do ferro e do carvão.

Nesse viés, pode-se relacionar o surgimento da modernidade industrial a esse período marcado pelo aumento das forças produtivas que teve início na Europa do século XVII, colocando fim as formas de sociedades tradicionais baseadas na agricultura e manufatura. Fatores como o acúmulo e capitais (em virtude das grandes navegações marítimas), fartura de

⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2 ed., São Paulo: 34, 2011, p. 23.

mão de obra e uma boa demanda de recursos naturais foram fundamentais para impulsionar o desejo de uma vida mais moderna, rompendo com as práticas feudais, que passaram a não ser mais adequadas. A partir daí, a palavra de ordem passa a ser transformação.

Com efeito, interessante pontuar a observação feita por Beck de que a natureza, ao longo do tempo, foi incorporada pela lógica industrial, transformando-se em fonte essencial para o novo estilo de vida que surgia. Esse processo deu-se, claro, paulatinamente, na medida em que a produção fabríco-industrial avançava e se tornava global⁶.

Nascia uma nova forma de pensar o mundo, marcada principalmente pelo desejo de fins produtivos e baseando-se no desenvolvimento de uma sociedade industrial e no avanço do capitalismo. A relação entre o homem e o meio foi substancialmente alterada, principalmente com a segunda revolução industrial, que teve como marco o uso dos combustíveis derivados do petróleo.

Nesse diapasão, é possível reconhecer uma forte quebra de paradigma entre as culturas pré-modernas e as que surgiam a partir desse processo, visto que naquelas, os seres humanos se viam em continuidade com a natureza. O elo entre o homem e o meio era marcado basicamente pela utilização da natureza como forma de pura subsistência⁷. Isso não se mantém com a modernização industrial. Apesar da finitude de tais recursos, o homem os utiliza de forma tal para alcançar os objetivos pretendidos com a industrialização.

Nota-se que a natureza e os recursos naturais passam a ser utilizados de forma desordenada e negligente na busca pelo desenvolvimento. Vislumbrava-se um cenário de intensas transformações, o que se tornava cada vez mais claro com o passar do tempo. A industrialização e a capacidade de produção vinha paulatinamente evoluindo e permanecem em desenvolvimento até hoje.

É nesse campo de pensamento que Beck identifica as bases do que vem a ensejar posteriormente uma sociedade de risco. Baseia sua teoria em dois momentos da modernidade, quais sejam, modernidade industrial (que surge do contexto histórico apresentado anteriormente) e modernidade reflexiva. Noutro dizer, “identifica uma clivagem dentro da modernidade que separou a chamada modernização simples, ocorrida durante o período industrial, da modernização reflexiva, fazendo surgir a sociedade mundial do risco.”⁸

⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2 ed., São Paulo: 34, 2011, p. 8.

⁷ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 57.

⁸ SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas Político-Criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. **Revista Liberdades** (IBCCRIM). Rio de Janeiro, n. 05. 2010, p. 87. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/64-ARTIGO>.

Cabe frisar que o homem acreditava ser detentor das formas necessárias para conter o processo de aceleração industrial, e por confiar nessa capacidade, a preocupação com as consequências que viessem a surgir não foi de imediato um ponto a ser colocado em questão. Isso porque acreditava-se numa capacidade de controle e mesmo sendo possível pelo menos uma mínima percepção dos riscos oriundos da industrialização, tais riscos eram compensáveis, ou seja, necessários quando colocados em paralelo com progresso e o avanço.

É exatamente nesse período da modernidade industrial que está o cerne e a origem dos novos riscos trazidos por Beck em sua teoria, caracterizados como riscos globais. A sociedade de risco, portanto, é consequência da sociedade industrial, onde foram criados os mais variados tipos de novos riscos antes não existentes. Conforme aponta Guivant⁹ “entre esses riscos, Beck inclui os riscos ecológicos, químicos, nucleares e genéticos.” Estes, ao serem percebidos, passam por um processo de reflexão. Diante dessa circunstância, fala-se no risco como sendo um importante fator no processo reflexivo de uma nova configuração social pautada pela insegurança.

Para Beck¹⁰, é preciso focar nas duas visões contraditórias da modernidade, quais sejam, a auto destruição e a capacidade de recomeçar. O homem, fascinado pelo sonho industrial e de desenvolvimento, atingiu um estágio tal que parece ter fugido do próprio controle que acreditava ter. Interessante que não se pode negar que a modernização trouxe avanços, proporcionando condições para que o ser humano goze de uma vida mais atraente e cheia de possibilidades. Porém, em paralelo a isso, trouxe também um lado sombrio, pautado no risco, que se torna mais nítido no estágio atual¹¹.

Os riscos oriundos do processo de modernização, como se verá a seguir, são de dimensões e delimitações distintas, incalculáveis e imensuráveis. Todavia, pode-se dizer, que foram necessários para alcançar o grau de desenvolvimento atingido na atualidade. Denota-se, a partir disso, que a produção de riscos, aliado a ilusão do controle do desenvolvimento, deu ensejo a uma sociedade mais “confortável”, entretanto, pautada na iminência de desastres ambientais, acidentes nucleares e ataques terroristas, ensejando dessa forma cada vez mais a necessidade de controle e contenção.

⁹ GUIVANT, Julia S. **A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck**: entre o diagnóstico e a profecia. 2001. Disponível em: <<http://r1.ufrj.br/esa/V2/ojs/index.php/esa/article/view/188/184>>. Acesso em 28 ago. 2016.

¹⁰ BECK, Ulrich. **Momento cosmopolita da sociedade de risco**. 2008. Disponível em: <comciencia.scielo.br>. Acesso em 09 nov. 2015.

¹¹ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 13.

2.2 Entre a modernidade industrial e a modernidade reflexiva: origem e consolidação do risco.

Vivemos constantemente sob o manto do risco. Desde o momento em que tomamos a decisão de fazer um investimento milionário na bolsa de valores, por exemplo, ou simplesmente sair de casa para uma caminhada matinal, ele se faz presente. O risco, portanto, em uma acepção geral, relaciona-se com a ideia de perigo, mas não necessariamente se confunde com este.

Para Pierpaolo Cruz Bottine¹², o perigo está atrelado à compreensão pelo sujeito da ocorrência de um dano. Existe a probabilidade de ocorrência de um dano, que por óbvio se quer evitar. Já o risco, refere-se à qualidade de uma situação que antecede o próprio perigo. Lida-se, aqui, com algo que ainda não existe, mas que pode vir a acarretar acontecimentos desastrosos se não for levado a sério. Nessa perspectiva, visando entender o surgimento de uma sociedade caracterizada por riscos globais, é preciso de antemão compreender sua origem e a consolidação.

A priori, cumpre destacar que os riscos não são uma novidade do presente momento. Eles sempre existiram e sempre existirão. Dessa forma, é preciso fazer uma diferenciação para identificar o que Beck considera como os novos riscos da modernidade, e que configuram uma nova forma de pensamento. O conceito de risco, nesse novo viés, é mais abrangente e, assim, demanda uma análise específica.

Para Franz Josef Bruseke¹³ “a palavra risco aparece hoje em qualquer contexto discursivo que quer alertar para as consequências futuras negativas de uma variedade praticamente ilimitada de fenômenos e processos.” Assim sendo, visualizaremos a seguir a marca principal dos novos riscos, oriundos do processo de modernização e suas características e distinções dos riscos comuns.

Fato é que o homem sempre esteve envolto por uma gama considerável de riscos. Estes, porém, de caráter individual, não extrapolava a esfera pessoal de determinado indivíduo ou localidade. Em seu livro, a título de exemplo, Beck cita Colombo, que ao sair em busca de continentes e novas terras a descobrir se colocou numa posição em que assumiu riscos¹⁴.

¹² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹³ BRUSEK, Franz Josef. **Risco e Contingência**. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092007000100006>. Acesso em: 15 dez. 2015.

¹⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2 ed., São Paulo: 34, 2011, p. 25.

Segundo ele: “A palavra risco tinha no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da vida na terra.”¹⁵

Desta feita, são várias as situações que se pode mencionar na busca de demonstrar que não é simplesmente o surgimento de riscos que está em voga, na proporção que estes sempre estiveram presente em nossas vidas. Mas sim, a configuração de um novo panorama, onde os eles ultrapassam a esfera individual de cada indivíduo e até mesmo as fronteiras territoriais dos países, ganhando uma nova dimensão e sendo potencialmente mais perigosos.

Interessante notar, também, que tal análise não é feita baseando-se num ponto específico ou centrando-se num sujeito determinado. A partir dessa nova configuração, percebe-se, por exemplo, que a poluição em um determinado ponto do planeta pode acarretar problemas em outro – ainda que distantes territorialmente entre si. As consequências sofridas pelo acidente nuclear de Chernobyl foram sentidas não apenas pela população que ali residia, mas estendeu-se para muito além de seu território. Além disso, os males de tal acidente podem ser sentidos até hoje, através de pessoas que apresentam problemas respiratórios, deformidades e doenças crônicas relacionadas com a exposição às toxinas.

Dessa forma, cabe frisar que a globalidade dos riscos simboliza uma importante distinção no tocante aos riscos atuais em relação aqueles de períodos anteriores. Por isso é tão importante para um correto enquadramento da denominação “novos riscos” compreender a fase anterior que veio a eles, notadamente a modernidade industrial, marcada por um forte processo de industrialização em massa. Para Silva “a produção social de riquezas implicou, sistematicamente, a produção social dos riscos suscetíveis de comprometer as condições básicas de vida alcançada sob um modelo de desenvolvimento¹⁶.”

Interessante pontuar que a distribuição dos riscos não obedece necessariamente à distribuição de riquezas e se irradia para todos os grupos sociais. Nesse sentido, o próprio Beck, em entrevista concedida ao professor de Pós-Graduação Arthur Bueno, da fundação escola de sociologia e política de São Paulo, diz que classe é um conceito considerado insuficiente para dar conta da nova abrangência e das peculiaridades passíveis de serem observadas em uma

¹⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2 ed., São Paulo: 34, 2011, p. 25.

¹⁶ SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas Político-Criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. **Revista Liberdades** (IBCCRIM). Rio de Janeiro, n. 05. 2010. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/64-ARTIGO>.

sociedade mundial de risco. Nesse aspecto, seria necessário um conceito globalizado, que fosse capaz de compreender esse novo panorama além de limites espaciais.¹⁷

Para exemplificar seu pensamento cita as mudanças climáticas, que diluem as desigualdades existentes entre pobres e ricos no sentido de que quanto maior a ameaça planetária, menor a possibilidade de que até mesmo os mais ricos e poderosos possam evitá-la. Assim, “a mudança climática, é, a um só tempo, hierárquica e democrática.”¹⁸

Nota-se, por conseguinte, que os riscos assumem uma nova roupagem, marcada principalmente pela indeterminação, ou seja, pelo fato de não poderem ser precisamente calculados. Não obstante, precisam e devem ser debatidos, sendo de suma importância para tal a necessidade de caracterizá-los. Entender e discutir as características desses novos riscos é essencial para situá-los na era da modernidade que vivemos hoje.

Para Beck¹⁹, os riscos globais podem ser entendidos a partir de três características. A primeira delas é a deslocalização. Ou seja, suas causas e consequências não são limitadas a uma posição ou espaço geográfico, mas, em princípio, estão por toda a parte. Assim, fatos que ocorrem em um determinado ponto do globo podem ser facilmente sentidos em outro. Para visualizar tal característica basta tomar como referência o exemplo já citado do acidente nuclear de Chernobyl.

Uma segunda característica seria a incalculabilidade. Suas consequências são, em princípio, incalculáveis; Ou seja, tratam-se de riscos “hipotéticos”. Não é possível visualizar os seus efeitos sob uma ótica precisamente certa, como uma fórmula matemática. Longe disso, podem ser vistos como sentenças abertas, indefinidas e abstratas.

Por fim, a terceira característica elencada pelo autor é a não compensabilidade. Nesse ponto, trata-se da ideia de os riscos deixarem de ser compensáveis em virtude de sua grande capacidade de destruição. Nessa acepção, é interessante pontuar que os riscos foram necessários para que o avanço tecnológico e industrial acontecesse, havendo, portanto, uma ideia de compensabilidade, que diante dessa nova configuração deixa de existir.

Com isso, tem-se caracterizado uma estrutura básica do que vem a ser os riscos globais, podendo ambas as características acima serem resumidas em: riscos de grandes dimensões,

¹⁷ BUENO, Arthur. Diálogo com Ulrich Beck. In: BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2 ed., São Paulo: 34, 2011, p. 366.

¹⁸ Ibid. p. 367

¹⁹ BECK, Ulrich. **Momento cosmopolita da sociedade de risco**. 2008. Disponível em: <comciencia.scielo.br>. Acesso em 09 nov. 2015.

ou como citado pelo próprio autor, situações de ameaça global²⁰. São esses riscos que caracterizam a sociedade que vivemos hoje. O cenário atual se vê pautado pela peculiaridade dos novos riscos, que tem origem em condutas humanas e que nasceram do constante processo de temporização, ou seja, foram se consolidando com o passar do tempo e do avanço tecnológico e industrial.

Enquanto os riscos comuns concentram-se basicamente na individualidade, os riscos globais, característicos de uma sociedade de risco, são marcados por uma nova configuração. Esta, com um caráter expansivo, no sentido de ser capaz de atingir não apenas quem os produz, mas um número indeterminado de indivíduos. Nota-se, assim, que escapam das formas de controle.

Por evidente, são a percepção dos riscos globais o ponto crucial para adentrarmos na era da reflexividade ou modernidade reflexiva. A partir do momento que esses riscos existem, e se consolidam perante a sociedade (que indubitavelmente começam a sentir seus efeitos), surge a necessidade de controle²¹. É na verdade, a percepção dos riscos que acarreta no interesse do seu estudo, abrindo o leque para várias abordagens²². Mas afinal, seria possível controlá-los?

Para Beck²³ “o diagnóstico do perigo coincide com a sensação inelutável de desamparo diante dele.” Diante da percepção dos novos riscos, questionamentos como o feito acima são cada vez mais frequentes pelo seio social, que incessantemente prega por respostas e meios de segurança. A configuração e consolidação dos riscos globais são o ponto chave da sociedade de risco. Até porque, “riscos não se esgotam em efeitos e danos já ocorridos. Neles, exprimem-se, sobretudo, um componente futuro²⁴.”

Percebe-se, dessa forma, a consolidação do risco global, como algo que existe e está presente no cotidiano, fazendo nascer também no seio social um caráter reflexivo pautado na percepção dos efeitos colaterais do processo de modernização. Isso gera, por conseguinte, incertezas, ansiedade, desencanto e busca por proteção. Em síntese “o processo de modernização torna-se reflexivo, convertendo-se a si mesmo em tema e problema²⁵.”

²⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2 ed., São Paulo: 34, 2011, p. 25.

²¹ SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas Político-Criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. **Revista Libertas** (IBCCRIM). São Paulo, n. 05. 2010. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/64-ARTIGO>.

²² JAMAR, Izabela Lopes. Socialização e criminalização dos riscos: conflito entre a teoria da racionalidade moderna e a teoria penal liberal clássica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 16, n. 70. Revista dos Tribunais, 2008. p. 140.

²³ Ibid., 2011, p. 8.

²⁴ Ibid., 2011, p. 28.

²⁵ Ibid., 2011, p. 24.

Isso contribui para fazer surgir no seio social um acentuado caráter reflexivo a respeito da amplitude dos riscos e seus possíveis efeitos. Com clareza, pontua Silva Sanchez que a sociedade pós industrial é antes de mais nada caracterizada como uma “sociedade de objetiva insegurança²⁶”, o que notadamente contribui para um grau cada vez maior de reflexão, desencanto e descrédito nas instituições de controle.

2.3 O desencanto da modernidade e o surgimento do direito do risco

A palavra reflexão, em sua essência, significa ato ou efeito de refletir-se. Isso aponta na direção de que quando refletimos a respeito de algo, entramos num estágio de confronto onde começamos a pensar mais a fundo sobre o objeto apreendido. Tal reflexão, todavia, não necessariamente partirá de um ponto determinado ou chegará a uma conclusão absoluta. Mas, para os fins deste estudo, parte-se de um ponto de partida específico: o risco. No momento em que começam a serem percebidos, avançam-se os debates e as teorias que desaguarão numa nova forma de pensar a sociedade e conseqüentemente o direito.

É nesse contexto paradoxal de incertezas e buscas por respostas, que surge a modernidade reflexiva, termo cunhado por Beck para definir o estágio em que a sociedade torna-se debate para si mesma. Para ele²⁷ “a sociedade moderna se tornou uma sociedade de risco à medida que se ocupa cada vez mais em debater, prevenir e administrar os riscos que ela mesmo produziu.” A sociedade como um todo apresenta inquietações no tocante aos possíveis riscos que podem afeta-la como consequência dos efeitos de atividades que ela mesma produziu. Tais inquietações caracterizam um período de nítida reflexão.

Assim sendo, fator indispensável para a compreensão do assunto é entender que na nova configuração da sociedade, dita de risco, ela própria se põe em perigo²⁸. Do mesmo modo, vem abandonando cada vez mais a crença na ciência como fator preventivo dos riscos, constatando que a certeza científica não foi capaz de acompanhar os rumos tomados pela modernidade. Isso configura uma fase fortemente marcada pelas incertezas de um futuro rodeado pelo risco, o que gera a reflexão. A própria ciência passa a se confrontar com seus próprios produtos, defeitos e problemas.

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

²⁷ BECK, Ulrich. **Momento cosmopolita da sociedade de risco**. 2008. Disponível em: <comciencia.scielo.br>. Acesso em 09 nov. 2015.

²⁸ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen Da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco**: aspectos críticos e fundamentais. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 34.

Assim, a sociedade de risco pode ser definida como aquela em que a modernidade industrial, marcada principalmente pelo avanço das forças produtivas, deu lugar a modernidade reflexiva, em que se começa a pensar nos efeitos colaterais advindos do processo de industrialização. Noutra dizer, concebe-se a modernidade reflexiva como um cenário no qual fica nítido para o seio social o embate entre modernização e consequências da modernização²⁹.

Em apartada síntese, a partir do momento em que os impactos causados pelo desenvolvimento industrial e tecnológico começam a serem sentidos de forma mais clara e direta, o que pode se dar através dos desastres ambientais, por exemplo, aumentam-se as especulações, anseios e busca por segurança, repercutindo em diversas áreas, inclusive nas ciências jurídicas. Como aponta Bottini³⁰, a força com que o progresso científico se desenvolveu não foi capaz de acompanhar os meios de controle desempenhados por esta mesma ciência para contê-lo, o que gerou um desequilíbrio pautado na ineficiência de contenção dos riscos.

É exatamente a percepção desse desequilíbrio, baseado inclusive no ceticismo científico, que gera a reflexividade, tornando o risco um tema cada vez mais discutido. Beck fala numa desmistificação da racionalidade científica³¹, no sentido de que esta já não é capaz de explicar todos os fenômenos que se colocam no seu campo de incidência. Segundo o autor, do mesmo modo que um dia segue o outro, cada dúvida levantada faz surgir abalos nas bases de segurança que pareciam ser inabaláveis.

Desse modo, verifica-se que é na percepção do risco que está o cerne principal do caráter paradoxal da sociedade. Isso porque se por um lado questiona-se a respeito dos efeitos cada vez mais nítidos do modelo acelerado de desenvolvimento, por outro continua a busca por mais inovações. Nota-se que o caráter reflexivo que gira em torno do risco, colocando-o como centro dos mais variados debates da atualidade, não é capaz de anular o progresso tecnológico, que continua avançando paulatinamente.

Com isso, o paradoxo da sociedade de risco consiste na dicotomia entre percepção do risco e necessidade deste para manutenção da forma de vida que temos hoje. Segundo Bottini³², “ao mesmo tempo em que o modelo econômico tem no risco o seu elemento estrutural nuclear, forma-se na sociedade um consenso intersubjetivo de rechaço a esse mesmo elemento.” É com

²⁹ JAMAR, Izabela Lopes. Socialização e criminalização dos riscos: conflito entre a teoria da racionalidade moderna e a teoria penal liberal clássica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 16, n.70. Revista dos Tribunais, 2008. p.143

³⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.25.

³¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2 ed., São Paulo: 34, 2011, p. 87.

³² Ibid, 2013 p. 36.

base nessa contradição, baseada na necessidade do risco e percepção maléfica dos seus efeitos, que configura-se o caráter paradoxal da fase atual em que vivemos.

Ao mesmo tempo em que não se pretende deixar para trás o avanço tecnológico e de desenvolvimento, requer-se cada vez mais a tentativa de controlar e remediar os efeitos causados pelo progresso. Isso causa impacto nos diversos ramos do direito, especificamente no direito penal. O risco, ponto crucial na análise paradoxal da sociedade atual, adentra nas ciências criminais de forma implacável, fazendo nascer, como consequência disso, o direito pautado no risco, que passa a ser um fator norteador para os novos caminhos percorridos pela política criminal.

Em face do desencanto social, e do anseio cada vez mais forte por respostas diante desse desencanto, o direito passa a ser utilizado como instrumento basilar na busca por controle. Faz-se presente a necessidade de intervenção estatal, como forma de administrar o risco, e por conseguinte tentar amenizar os possíveis efeitos decorrentes das condutas tidas como arriscadas³³.

A partir disso, vislumbra-se uma expansão do direito penal, no sentido de que este começa a ser utilizado como um possível solucionador do desencanto gerado pela fase reflexiva. A dogmática criminal passa a ser vislumbrada por grande parte da sociedade como instrumento essencial no gerenciamento dos riscos e na busca por segurança. Nasce a necessidade não apenas de controle mas também da atribuição de responsabilidades³⁴. A sociedade de riscos é um cenário extremamente favorável para a disseminação de um direito penal de caráter expansivo, o que indubitavelmente é fruto dessa era reflexiva baseada no paradoxo do risco, ou basicamente nos possíveis efeitos que tais podem vim a causar.

Ressalte-se que, a mídia e os meios de comunicação apresentam-se como elementos de suma importância na aproximação entre risco e sociedade, tornando-os mais perceptíveis no seio social. Nota-se assim, uma sociedade marcada pelo rápido acesso à informação, o que conseqüentemente a torna mais aterrorizada e ansiosa pelos meios de proteção. Em outras palavras, “a percepção pública dos riscos facilmente convola-se uma crescente demanda social por segurança, especialmente pelo viés normativo-penal³⁵.”

Nesse cenário, ganha relevância o direito penal do risco, sendo apontado como o possível instrumento capaz de gerar a segurança desejada pela sociedade. Isso exige uma nova

³³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 p. 34.

³⁴ SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas Político-Criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. **Revista Libertas** (IBCCRIM). São Paulo, 2010, p. 95 Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/64-ARTIGO>

³⁵ Ibid, 2010, p. 96.

configuração da dogmática penal, pautada principalmente na gestão dos riscos. Tal gestão, segundo Bottini³⁶, consiste em perceber causas e consequências de uma determinada ação, o que poderia ensejar a absorção pelo direito penal de situações e condutas que não costumam fazer parte de sua estrutura tradicional. Nota-se uma expansão do direito penal no sentido de que o discurso pela segurança torna-se cada vez mais constante e desejado pela sociedade como um todo. Ou seja, o direito penal é completamente afetado e cada vez mais enfatizado diante do paradoxo observado numa sociedade de risco.

Diante destes fatos, “a norma criminal é chamada a cumprir o papel de instrumento de controle dos riscos. As características dos riscos contemporâneos facilitam a propagação do discurso pela extensão do direito penal³⁷.” Na medida em que a demanda social por segurança torna-se um fator cada vez mais presente e constantemente incitado pelos agentes sociais, o direito penal é chamado para fazer frente a essa nova realidade.

Nessa linha de pensamento, na qual o direito penal tenta amoldar-se aos contornos traçados pelo risco, ganha notoriedade os crimes de perigo abstrato, entendidos como aqueles em que a lei descreve uma presunção de perigo na conduta praticada pelo agente. O risco de lesão não precisa ser comprovado visto que é abstratamente previsto pela lei.

Tal modalidade de crimes, portanto, figuram como uma das marcas do direito penal do risco, visto que começam a ser mais utilizados em decorrência da busca social por instrumentos de contenção. Percebe-se, assim, que os crimes de perigo apresentam-se diante dessa nova configuração do direito penal como uma das opções encontradas pelo legislador no possível controle das transformações evidenciadas pela modernidade reflexiva.

³⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 p. 43.

³⁷ *Ibid.*, p. 69.

3. PERCORRENDO NOVOS CAMINHOS: REFLEXOS DA SOCIEDADE DE RISCO NO ÂMBITO DA DOGMÁTICA PENAL

O surgimento de uma sociedade na qual os riscos ganham cada vez mais notoriedade e relevância no debate público, seja pela dificuldade de delimitá-los, seja pela seu alto potencial de destruição, faz nascer algumas questões que demonstram suma importância para a ciência jurídica, em especial para direito penal. Isso porque esse ramo do direito passa a ser visualizado por muitos como sendo um instrumento essencial no combate a essa nova forma de vida, baseada no aumento sempre frequente das atividades tidas como arriscadas.

Com isso, cresce a busca por segurança e a necessidade de intervenção estatal como algo capaz de gerir o risco e apresentar um maior grau de segurança, sem, todavia, abandonar o modelo de desenvolvimento tecnológico e de vida confortável que temos atualmente. Assim sendo, com base nessa dicotomia entre conter o risco e ao mesmo tempo não perder os avanços trazidos pelo processo de modernização, surge o seu caráter paradoxal.

Tal fato deságua no direito penal fazendo brotar dentro nesse ramo jurídico importantes debates doutrinários e ao mesmo tempo demandando que suas características clássicas sejam revistas e pensadas sob a ótica de um direito penal do risco, globalizado e com uma tendência cada vez mais nítida de expansão. Para Silva Sanchez,³⁸ o fenômeno da globalização atrelado ao direito penal faz com que este seja revisto sob uma ótica mais eficaz da criminalidade. Dito de outra forma, o direito penal insere-se na dinâmica dos novos riscos sociais, fazendo nascer uma nova forma de delinquir, que por sua vez está intrinsecamente relacionada à globalização e ao grande fenômeno midiático que vivenciamos hoje.

Nessa perspectiva expansionista, os crimes de perigo abstrato mostram-se imprescindíveis na coerção das condutas arriscadas, visando garantir o grau de segurança requerido pela sociedade reflexiva. Com clareza, diz Bottine que entender a estrutura e elementos dos delitos de perigo abstrato sob a égide de uma sociedade global de riscos é inevitável nos delineamentos a respeito de sua legitimação ou não legitimação perante um Estado Democrático de Direito³⁹.

Não obstante, antes de adentrarmos propriamente no estudo desses delitos, faz-se necessário uma análise do caráter globalizado do direito penal, o qual vem sendo fortemente influenciado pela crescente e massiva intervenção midiática. Percebe-se assim, que no cenário

³⁸ SILVIA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 76.

³⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 86.

atual da sociedade contemporânea, as relações estão cada vez mais globais, sendo de total relevância traçar a ligação existente entre sociedade de risco, globalização e o fenômeno midiático no direito penal.

3.1 Influências midiáticas sob a ótica de um direito penal globalizado

A tendência atual da sociedade e das relações inter pessoais vem sendo substancialmente marcadas pelo fato de estarem cada vez mais globais. Isso porque com o crescente aumento dos meios de comunicação, ampliou-se também o número de possibilidades, diluindo-se os espaços territoriais através da tecnologia e possibilitando o aceleração da informação. Assim, “nada mais é estático. O homem é resultado de fazeres humanos do passado, que o colocam no presente e determinam o seu futuro⁴⁰.”

Nesta linha de pensamento, insurge-se na dogmática penal o fenômeno da globalização, traçando uma nova forma de criminalidade, dita global, e amplamente influenciada pelos meios de comunicação. Interessante pontuar, também, a significativa importância da internet, como ferramenta capaz de interligar instantaneamente todos os pontos do globo. Agora, a conduta de determinado indivíduo cometida em um determinado lugar do planeta pode afetar significativamente um outro, mesmo que numa diferença territorial de milhas de distância entre si. E o mais interessante, apenas com um clique.

A globalização aproxima os perigos e afasta as distâncias existentes. Ou ainda “pressupõe uma maior circulação de informações, pessoas, capitais e conhecimento entre os Estados, de forma a integrá-los, sempre de maneira harmônica⁴¹.” Vale ressaltar, dessa forma, que não existe um lado que seja absolutamente negativo ou positivo no processo de globalização. Tal estrutura organizacional de mundo permite significativos avanços em diversas áreas do conhecimento, uma vez que facilita a vinculação entre os estados e pessoas do globo. No mesmo sentido, contribui para o aparecimento de novos riscos, estando estes intimamente relacionados a essa dinâmica pertencente a uma aldeia global.

⁴⁰ MASI, Carlos Velho. A superação do direito penal clássico: tendências político-criminais na sociedade contemporânea. **Revista Liberdades** (IBCCRIM). Rio de Janeiro, n. 15. 2014, p. 48. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_indice/20-Revista-no-15-Janeiro-Abril-de-2014>.

⁴¹ ANTUNES, Leonardo Leal Peret. A expansão do direito penal na era da globalização e a criminalidade moderna. **Tribuna Virtual** (IBCCRIM). Rio de Janeiro, n. 03, ano 1. 2013, p. 56. Disponível em: <<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/7-A-Expansao-do-Direito-Penal-na-era-da-Globalizacao-e-a-Criminalidade-Moderna>>.

Com clareza, evidencia Beck⁴² que “a vida em cotidiano está se tornando cosmopolita: os seres humanos devem encontrar o significado da vida com os outros e não mais com os mesmos.” Tal termo utilizado pelo autor traduz bem o sentido aqui proposto de globalização. Não estamos mais presos aos limites territoriais e espaciais de determinado lugar, mas sim envolvidos por uma globalidade que abrange a todos. Isso se traduz não apenas nos mercados financeiros e mudanças climáticas, mas também na música, na moda, na indústria de cosméticos, de alimentos, nas artes e em diversos outros setores que quando analisados deixa ainda mais claro a notoriedade de uma sociedade cosmopolita, globalizada e interligada entre si.

Interessante mencionar, também, o pensamento de Zygmunt Bauman, para o qual a globalização é “uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presentes e futuros⁴³”. Sendo mais detalhista, esclarece o autor que trata-se de um processo inerente a atual configuração de mundo que vivemos hoje, e em certa medida tende a afetar a todos de forma proporcional. Nesse prisma argumentativo, a globalização evidencia-se como um ponto importante, principalmente quanto ao fato de interligar pessoas, mercados, culturas e consequentemente: riscos.

É com base nesses fatos que se torna de suma relevância falarmos a respeito de um direito penal globalizado, o qual faz nascer uma nova forma de delinquir baseada primordialmente na não existência de barreiras entre os estados. O crime torna-se global na medida em que tem-se na atual configuração da sociedade globalizada o terreno fértil e necessário para isso. Ou seja, a não existência de limites concretos temporais e espaciais viabiliza e contribui para que novos riscos se implementem e se consolidem, sendo possível falarmos, deste modo, de um direito penal da globalização.

Note, por oportuno, que as características dessa nova forma de pensar o direito penal tornam-se mais claras quando observamos a criminalidade organizada, a criminalidade transnacional e os crimes de colarinho branco. Analisa Silva Sánchez⁴⁴ que tais exemplos são as formas que melhor acentuam os aspectos gerais da delinquência da globalização. Mas o que seria um direito penal globalizado? Para o mesmo autor, trata-se de uma nova forma de pensar

⁴² BECK, Ulrich. **Momento cosmopolita da sociedade de risco**. 2008. Disponível em: <comciencia.scielo.br>. Acesso em 09 nov. 2015.

⁴³ BAUMANN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 8.

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 80.

a dogmática penal, marcada sobretudo por uma tendência de limitar as garantias político-criminais, relativizando-as. Tal perspectiva se encontra em constante crescimento⁴⁵.

Novamente, essa nova configuração do direito penal contemporâneo “trata-se, mais que nada, de responder as exigências do poder político ou das instâncias de aplicação judicial do direito, impotentes na luta dos ordenamentos nacionais contra a criminalidade transnacional⁴⁶.” Cabe frisar que o crime adquire um novo contexto, com uma notória capacidade de diversificação, visto que utiliza o campo proporcionado por uma sociedade globalizada para um maior aproveitamento das formas de delinquir.

De qualquer sorte, esse novo cenário, marcado principalmente por fatores como organização e internacionalização⁴⁷, são o ponto chave da expansão do direito penal, apontada por grande parte do discurso social como a via necessária para abarcar essa nova criminalidade. Esta, por sua vez, se utiliza dos novos riscos para ultrapassar fronteiras, desestabilizar mercados, comprometer o meio ambiente, as relações de consumo e conseqüentemente tornar o crime e suas conseqüências cada vez mais globais.

Ressalte-se que, como visto em momento anterior, a transição da modernidade industrial para a modernidade reflexiva foi marcada principalmente por transformações sociais, econômicas e tecnológicas dando origem a novos riscos e trazendo à tona a sensação coletiva de insegurança. Tal fato é a marca essencial da sociedade moderna e globalizada, onde os limites para a criminalidade tornam-se cada vez menos identificáveis, favorecendo, como já dito, uma nova forma de delinquir.

Nesse contorno, a percepção de riscos pelo seio social configura um caráter reflexivo, sendo este fortemente influenciado pela mídia que pugna com cada vez mais frequência meios de segurança e contenção. Cabe apontar também, como contributo dessa era reflexiva, o crescente aumento do uso das redes sociais, tidas hoje como nichos estratégicos para estreitar relações, difundir informações e ao mesmo tempo alarmar a respeito de algo.

Nesse diapasão, observa-se que existe uma forte tendência de vislumbrar através do direito penal o campo ideal para proliferar a ideia de segurança. A mídia vem exigindo uma resposta do estado frente ao surgimento cada vez maior de riscos, o que acaba atribuindo à dogmática penal o papel de solucionar os problemas gerados pela constante sensação de falta

⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

⁴⁶ Ibid., p. 76.

⁴⁷ MASI, Carlos Velho. A superação do direito penal clássico: tendências político-criminais na sociedade contemporânea. **Revista Liberdades** (IBCCRIM). Rio de Janeiro, n. 15. 2014, p. 57. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_indice/20-Revista-no-15-Janeiro-Abril-de-2014>.

de segurança. Para Bottini⁴⁸, “o risco é incorporado ao direito penal da mesma forma que é incorporado em outros setores comunicativos da sociedade, de maneira impactante e incisiva.” Surge, portanto um direito penal caracterizado pela emergência, de caráter expansionista, punitivo e que ganha respaldo das instituições midiáticas.

Sem embargo, sucede para Beck que diante da necessidade de visualizar no presente as possíveis consequências futuras das atividades de risco, é preciso que estes estejam dentro do debate social, tornando contundente a reflexão operada por esse novo cenário tido como do risco. Aqui, interessante transcrever seu pensamento a respeito do qual “sem técnicas de visualização, sem formas simbólicas, sem meios de comunicação de massa, os riscos não são absolutamente nada⁴⁹.”

Conclui-se, portanto, que para o autor, o reflexo midiático a respeito da sociedade de riscos é tido como positivo uma vez que eles precisam estar entre o seio social para serem amplamente discutidos e debatidos. Só assim, poderão operar seu efeito de reflexão. Em outras palavras, numa era especulativa⁵⁰, pautada na incerteza, a consciência do risco torna-se fundamental e nesse sentido não há que se negar que a mídia desempenha um papel cooperador.

O risco, portanto, torna-se *pop* na medida em que dissemina-se para o seio social. Lembra Bottini⁵¹ que a insegurança é difundida através dos meios de comunicação em massa e da rapidez com que se propaga a informação, gerando um acentuado sentimento de temor social. A popularização do perigo e da insegurança é visto como um pilar necessário para a linha de pensamento desenvolvida por Beck em sua teoria. Se os riscos não chegam ao seio social, não operam, por conseguinte, os efeitos reflexivos esperados.

Assim sendo, como foi visto até agora, visualiza-se a globalização como característica inerente à sociedade mundial de riscos, estando esses conceito intimamente relacionados. A sociedade de risco é global no sentido de que apresenta hoje os instrumentos necessários para uma criminalidade que vai além de lugar, tempo e espaço, visto que suas características permitem uma fácil perpetuação do risco. Sendo mais detalhista “a globalização define os modelos sociais pós industriais e é hoje uma chave para a compreensão da criminalidade.⁵²”

⁴⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 37.

⁴⁹ BUENO, Arthur. Diálogo com Ulrich Beck. In: BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2 ed., São Paulo: editora 34, 2011, p. 362.

⁵⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2 ed., São Paulo: editora 34, 2011, p. 89.

⁵¹ *Ibid.*, 2013, p. 33.

⁵² MASI, Carlos Velho. A superação do direito penal clássico: tendências político-criminais na sociedade contemporânea. **Revista Libertas (IBCCRIM)**. Rio de Janeiro, n. 15. 2014, p. 55. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_libertades_indice/20-Revista-no-15-Janeiro-Abril-de-2014>.

É também um importante fator para o aumento do caráter reflexivo social. Isso porque num mundo globalizado a informação torna-se cada vez mais acessível e rápida, sendo a mídia um importante instrumento na disseminação de conteúdos e ideias, o que para Beck, em relação aos riscos e seus possíveis efeitos, é de suma relevância para manter vivo na sociedade a discussão a respeito destes.

É relevante atentar, todavia, para o fato de que tal influência midiática nem sempre é positiva, principalmente quando relacionada ao direito penal. O discurso por segurança, cada vez mais recorrente diante dessa nova configuração de mundo, faz nascer um clamor social que vem sendo amplamente instrumentalizado pelos canais de comunicação, caracterizando a necessidade de um direito penal de emergência, que se usado de forma indiscriminada, tende a flexibilizar garantias do indivíduo já positivadas na dogmática criminal.

Isso porque conforme aponta Nilo Batista⁵³ “o novo credo criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria ideia de pena.” Ou seja, as instituições midiáticas utilizam-se do discurso penal como forma de fomentar na sociedade a ideia de que é através de mais punição que se chegará a um cenário de mais segurança. Surge, dessa forma, o binômio punição-segurança, abraçado fortemente pela sociedade civil e fazendo com que o legislador se utilize com cada vez mais frequência do direito penal. Entretanto, se pensarmos a fundo, tal anseio acelerado e norteado para a criminalização de novas condutas abre muito mais espaço para um discurso apenas punitivo do que para a própria proteção em si.

Por este viés, nota-se uma harmoniosa relação entre mídia e ciência criminal sob a ótica de um direito penal globalizado, visto que diante do clamor punitivo gerado pela insegurança e do medo decorrente de um discurso do risco, “qualquer ação que pareça eficaz é prontamente aceita pela sociedade como se fosse a solução de todos os problemas relativos à criminalidade⁵⁴.” O direito penal, pois, passa a ser a crença de muitos no sentido de ser a via necessária por meio da qual se chegará na solução dos problemas gerados pela perda de referencial.

Conforme se observa, a racionalidade do risco baseada na noção de insegurança pública e na crescente demanda por soluções rápidas, serve, sobretudo, como o asfalto que pavimentava o caminho necessário para a utilização em maior escala dos delitos de perigo abstrato. Contudo,

⁵³ BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. 2013. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2016.

⁵⁴ ANDRADE, André Lozano. Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade. **Revista Liberdades** (IBCCRIM). Rio de Janeiro, n. 17. 2014, p. 108. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_indice/22-Revista-no-17-Setembro-Dezembro-de-2014>. Acesso em: 15 ago. 2016.

antes de adentrarmos propriamente no atrativo desse assunto, é mister se deter brevemente em alguns pontos a respeito do bem jurídico penal, que sob essa ótica diferenciada ganha novas projeções, entre elas o caráter supra individual.

3.2 Uma nova interpretação do bem jurídico: do individual ao supraindividual

O estudo do bem jurídico sem dúvidas é um dos assuntos mais instigantes da dogmática penal. Isso porque o direito, ao ocupar-se em coibir determinadas condutas tidas como proibitivas, estabelece sanções que por sua vez são graduadas conforme a gravidade da lesão que as pessoas causam a esses bens. O bem jurídico assume, nesses termos, um papel de tutelar aquilo que vem a ser relevante para a nossa vida social e individual e que por isso demanda a proteção do estado. Assim, queda-se de suma importância uma análise a respeito do instituto do bem jurídico bem como refletir sobre os novos contornos estabelecidos em torno deste.

Inicialmente é relevante tentar trazer à tona, para o bom andamento do que se propõe este estudo, a conceituação de bem jurídico, que segundo o pensamento de Luís Regis Prado se traduz basicamente em “valores essenciais à livre convivência e ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, insculpidos na lei fundamental⁵⁵.” Sob esse prisma, nota-se uma forte relação entre a constituição e o direito penal. Tal relação, contudo, não podia se dar de forma diferente visto que para a legitimação de um Estado Democrático de Direito deve a carta maior ser tomada como ponto de partida em qualquer seara jurídica, o que não é diferente no campo penal.

Sob essa perspectiva, e ainda na busca de uma conceituação para tal instituto, diz Claus Roxin⁵⁶ que os bens jurídicos podem ser definidos como finalidades necessárias para uma vida segura e livre, buscando-se a partir disso garantir todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade. Coloca ainda que tal conceito está relacionado ao bom funcionamento de um sistema estatal. Depreende-se desse pensamento, pois, uma noção que se sustenta na busca por um estado baseado sobretudo em concretizar os objetivos traçados em torno de uma vida segura e livre.

Nesse sentido, elencar bens e elevá-los a categoria de jurídicos se mostra essencial uma vez que o conceito é estabelecido exatamente mediante a eleição daqueles que sejam dignos de

⁵⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito Penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 38.

⁵⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 18.

tutela. Sendo mais enfático, “deve-se considerar os bens jurídicos protegidos pelo direito penal como concretizações dos valores constitucionais⁵⁷”. Até porque não há como se fazer uma interpretação coerente da dogmática penal em um Estado Democrático de Direito sem que esteja estabelecida a ideia de bem jurídico.

De se destacar que sucede aqui uma estreita relação entre interesse, valor e norma. É dessa relação que nasce o conceito dogmático de bem jurídico para o direito penal. Do que consta das lições de Luís Greco⁵⁸ “quanto a este conceito não há qualquer dúvida ou problema. Ele nada mais é que o interesse protegido por determinada norma, e onde houver uma norma, haverá um tal interesse.”

Ou seja, para o conceito dogmático a ideia de bem jurídico aparece no direito em conjunto com a ideia de interesse. Isso significa que na medida em que se elege determinados valores os quais são reputados fundamentais para manter bens e necessidades a serem satisfeitas para o desenvolvimento, segurança e estabilidade de uma sociedade, é preciso que exista uma norma, que por sua vez cumpra o papel de elevar tais valores a categoria de jurídico. Esse bem jurídico passa a ser penalmente tutelado quando com base na norma é elaborado um tipo penal. O bem jurídico é a expressão legal do interesse do legislador em tutelar esse bem, que passa a valora-lo de modo favorável⁵⁹.

Cabe lembrar ainda, como aponta Cláudio Brandão⁶⁰, que “o tipo exerce, ao descrever e delimitar na lei, conceitual e abstratamente, o âmbito da conduta proibida, um limite inequívoco à intervenção penal.” Assim, é preciso que a ideia de bem jurídico também seja vista no contorno dessa limitação da intervenção penal, contribuindo para solidificar as bases de um Estado Democrático de Direito com respeito as regras constitucionais.

Nesse sentido, caracteriza-se o bem jurídico como um importante fator de sustentação a tais critérios limitadores, sendo estes essenciais para que o direito penal permaneça em sintonia com tal forma de estado, dita democrática. A eleição dos bens jurídicos dignos de tutela deve

⁵⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. **Revista Liberdades (IBCCRIM)**. Rio de Janeiro, n 1. 2009, p. 20. Disponível em:

<http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/3-ARTIGO>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁵⁸ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 12, n. 49. Revista dos Tribunais, 2004, p. 93.

⁵⁹ MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico penal**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 103.

⁶⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 113.

ocorrer de forma a contribuir para constituição de um padrão crítico referente ao que deve ser criminalizado e ao que deve ficar de fora do campo de incidência do direito penal.

Deve-se atentar, com isso, para o fato de que tal instituto serve como uma espécie de parâmetro no tocante a restringir o poder de incriminar do legislador. Assim sendo, não pode este, como aponta Roxin, penalizar algo simplesmente porque não gosta. Conforme se observa, “a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador⁶¹.” Noutro turno “o direito penal existe para cumprir finalidades, para que algo se realize; não para a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais⁶².”

Sendo mais detalhista, nota-se que o bem jurídico assume uma espécie de “escudo protetivo” frente ao poder punitivo do estado. Isso porque nem todas as condutas praticadas devem ser incriminadas, mas somente aquelas que sejam suficientes tais a atingir um bem essencial da coletividade. O legislador deve estar adstrito a um certo parâmetro na hora de exercer a atividade de elaboração de tipos penais. Caso contrário, estaríamos diante de uma patente flexibilização na estrutura dogmática da ciência penal.

Sob este enfoque, constata-se portanto que tão grande é a relevância do bem jurídico para o direito penal que serve ele de orientação à atividade legislativa, fornecendo embasamento para que o legislador contemple em seu exercício apenas aquilo que seja capaz de causar um perigo concreto, real e efetivo a sociedade⁶³. Extrai-se, daqui, uma das noções trazidas pelo princípio da ofensividade, qual seja limitar o *ius puniendi* estatal. Tal princípio transmuta para o campo penal o seguinte raciocínio: no direito, a conduta típica, ilícita e culpável praticada por um determinado sujeito deve ser apta para ofender algo de um outro sujeito. Esse algo é exatamente o bem jurídico, objeto de proteção penal, também chamado de objeto jurídico do crime.

Nesse prisma, o bem jurídico além de ser visto sob seu enfoque dogmático, deve ser visualizado também sob uma perspectiva político criminal, assumindo um caráter preventivo-informativo. Isso porque se faz presente em momento que antecede a elaboração dos tipos, na tentativa de limitar o poder de punir do estado. Novamente, conhecer o bem jurídico e tê-lo como norteador para a atividade legiferante penal queda-se de suma importância para preenche-lo de sentido e assim tornar legítima a atuação desse ramo do direito. Por óbvio, o bem jurídico

⁶¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 11.

⁶² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 20.

⁶³ BITENCOURT, Cézár Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52.

deve estar presente na atuação do legislador ao decidir o que deve ou não deve ser protegido pela mais severa sanção do direito⁶⁴.

Com clareza, ainda dentro dessa linha de pensamento, importante mencionar os ensinamentos de Roxin⁶⁵ a respeito daquilo que deve ou não deve ser um comportamento passível de punição estatal. Para ele, tal discursão acarreta numa problemática não apenas para o legislador, mas também para toda a ciência do direito penal. Ou seja, não devemos nos debruçar só e somente só sobre um conceito de bem jurídico focado no seu caráter dogmático, mas também sob seu enfoque político-criminal⁶⁶.

Isso porque o conceito tradicional de bem jurídico, com o formato forjado pela maioria da doutrina, vem sendo significativamente flexibilizado diante da necessidade cada vez maior de proteção de interesses transindividuais. O processo acelerado de industrialização visualizado a partir da primeira modernidade, somado a fatores como a globalização, a descrença na ciência, e a forma dinâmica e alarmista através da mídia pela qual temos acesso à informação, fez com que tais inovações passassem a repercutir também no campo do direito, conduzindo assim a política estatal. As relações decorrentes de todos esses processos passaram a exercer uma acentuada e profunda influência no direito, provocando uma tendência de redefinição de alguns de seus institutos. É nesse aspecto que abre-se margem para falarmos de um conceito de bem jurídico penal transindividual.

Na sociedade pós moderna, a dimensão e a velocidade com que os riscos tendem a atingir a coletividade vem se dando de forma cada vez mais acentuada, o que é, por óbvio, uma consequência lógica da própria ação humana⁶⁷. Tal situação tem facilitado o caminho para que comportamentos tidos como arriscados sejam frequentemente absorvidos pela esfera criminal. Ocorre que ao lidar com uma sociedade de riscos é preciso lidar também com uma nova acepção de bem jurídico, que visa por sua vez tutelar interesses difusos, vinculados à sociedade e as consequências dos problemas sociais.

⁶⁴ BRITO, Alexis Couto de. **Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

⁶⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 11.

⁶⁶ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 12, n. 49. Revista dos Tribunais, 2004, p. 92.

⁶⁷ MASI, Carlos Velho. A superação do direito penal clássico: tendências político-criminais na sociedade contemporânea. **Revista Liberdades (IBCCRIM)**. Rio de Janeiro, n. 15. 2014, p. 51. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_indice/20-Revista-no-15-Janeiro-Abril-de-2014>. Acesso em: 12 ago. 2016

Note, por oportuno, que se trata da inserção de um novo conceito, diferenciando-se pois da noção de bem jurídico individual. Pela origem etimológica do termo, o prefixo “trans”, de origem latina, tem, entre outros significados o de “além de”. Desse modo, o bem jurídico transindividual é aquele atinente a interesses ou direitos que se situam além dos indivíduos, não se limitando com exclusividade a um sujeito individual⁶⁸. Diferenciam-se dos bens jurídicos de natureza individual principalmente no tocante a divisibilidade, visto que os bens com interesses ou direitos difusos possuem natureza indivisível, enquanto aqueles (individuais) são divisíveis em relação ao titular.

Nesse contorno, nota-se “o deslocamento de um direito penal voltado à proteção de bens jurídicos individuais e de objetividade natural para outro modelo ligado à tutela jurídico-penal de bens supra individuais, imateriais e imprecisos⁶⁹.” Se antes o estado preocupava-se comumente em resguardar certos bens fundamentais do indivíduo, centrando-se basicamente na figura do sujeito, e norteando-se por uma ideia de cunho individualista, agora passa a se preocupar e reconhecer a existência de bens de caráter transcendental, típicos de uma sociedade globalizada.

Constata-se assim, que a atual configuração social marcada sobretudo por uma nova forma de vida, onde estão presentes os mais diversos conflitos e interesses, faz com que a noção de supra individualidade do bem jurídico seja cada vez mais debatida e transplantada para a seara penal, o que tende a gerar pontos de conflito em sua estrutura clássica. Isso porque tal tendência moderna de abranger o direito penal frente a uma sociedade de riscos “aponta muitas vezes para a proteção de determinados interesses, valores e até funções que, muitas vezes, não possuem um claro referencial individual⁷⁰.”

De qualquer sorte, importante ressaltar que não se está rejeitando o conceito de bem jurídico penal supra individual, mas é preciso que se busque ao máximo evitar a construção com base nele de tipos penais com efeitos meramente simbólicos. Até porque, conforme mostra Bottini, “a organização social contemporânea necessita da proteção de bens transindividuais⁷¹”. A questão que se coloca em jogo, portanto, é saber quando a intervenção penal estará ou não legitimada.

⁶⁸ MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico penal**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 132.

⁶⁹ SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas Político-Criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. **Revista Liberdades** (IBCCRIM). Rio de Janeiro, n. 05. 2010, p. 99. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/64-ARTIGO>. Acesso em: 10 dez. 2015.

⁷⁰ BRITO, Alexis Couto de. **Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 149.

⁷¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 138.

Nesse diapasão, nota-se que não há restrições ou impedimentos para a eleição de bens jurídicos difusos, assim como também não há para os bens individuais. Na verdade, o que se pressupõe para ambos é que estejam dentro dos limites norteadores da dogmática jurídico-penal, observando-se sobretudo a Constituição Federal como referencial do que deve ou não tutelado. Assim, o correto enquadramento no tocante a proteção de bens jurídicos é um fator indispensável quando se está diante de impor limites a expansão desmedida do direito penal sobre novos âmbitos. Isso contribui para identificar quais bens coletivos merecem o status de bem jurídico penal⁷².

Afinal, a partir do momento que os riscos tecnológicos, marcados sobretudo pelas características de serem imprevisíveis e incalculáveis⁷³ se tornam conhecidos da opinião pública surge uma demanda social por segurança, que por sua vez acaba recorrendo a via normativo-penal, supondo-se que “o estado e, em particular, o direito penal, deve oferecer uma resposta⁷⁴.” Diante disso, o direito penal passa a ser visualizado como um mecanismo de gestor de riscos, o que afeta, como consequência, sua construção legislativa.

O risco, como elemento crucial da atual forma de organização social, passa a ser um dos fatores norteador dos novos rumos percorridos pela política criminal. Conforme esclarece Bottini, a dinâmica da produção e do desenvolvimento exigem do legislador uma necessidade cada vez mais recorrente na utilização de normas penais em branco e dos crimes de perigo abstrato⁷⁵.

Tais institutos, apesar de não representarem uma novidade, merecem cautela quanto a sua utilização, principalmente no tocante aos princípios basilares do direito penal de um Estado Democrático de Direito, tema que discutiremos adiante. Por hora, importante nos atermos na análise dos crimes de perigo abstrato, e para isso mostra-se oportuno fazer a correta diferenciação entre os crimes de dano e os crimes de perigo.

3.3 Delineamentos sobre o crime de dano e o crime de perigo

Inicialmente, cumpre atentar que não se tem no Código Penal Brasileiro um conceito pronto e suficientemente satisfatório a respeito do que seja crime, assim como também não está

⁷² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 139.

⁷³ SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas Político-Criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. **Revista Liberdades** (IBCCRIM). Rio de Janeiro, n. 05. 2010, p. 101. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/64-ARTIGO>. Acesso em: 10 dez. 2015.

⁷⁴ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen Da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 101.

⁷⁵ Ibid., 2013, p. 73.

no corpo da legislação todas as classificações pela qual este se submete. Dessa forma, cabe a doutrina fixar tanto o conceito, que pode ser visto sob uma ótica formal, material ou analítica, como também seus vários critérios classificatórios. Aqui, vamos nos ater a tentar diferenciar os crimes de dano e os crimes de perigo, tecendo seus principais desdobramentos.

A diferença básica de um crime de dano e um crime de perigo concentra-se na ocorrência do resultado lesivo ao bem jurídico. Tanto o é que doutrinariamente costuma-se mencionar a lesividade como critério para tal classificação. Assim, quanto a lesividade, como aponta Cláudio Brandão⁷⁶, os crimes de dano são aqueles que apresentam uma violação ao bem jurídico, enquanto os de perigo estão numa fase anterior, na probabilidade de ocorrência do dano. Quanto a essa probabilidade, diz o mencionado autor que “é a situação que se não for elidida, traz o dano como consequência necessária⁷⁷.”

Nesse sentido, convém ressaltar que o critério utilizado nessa pesquisa para atender a essa diferenciação será aquele ligado à proteção de bens jurídicos pela norma penal. Utilizar o bem jurídico e relaciona-lo à classificação dos crimes quanto à lesividade é de suma importância, principalmente no tocante à subdivisão existente entre os crimes de perigo, quais sejam crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. Tal classificação deve ter como ponto inicial a indicação de um bem jurídico, de modo que “falar sobre colocação em perigo, seja ele concreto ou abstrato, é falar em colocar faticamente em perigo um determinado bem jurídico⁷⁸.”

De qualquer sorte, ainda que haja muito a dizer a partir disso, percebe-se que o crime de lesão está relacionado à existência de um referido ataque ao bem jurídico tutelado. Isso quer dizer que se tem um dano efetivo como resultado da conduta. Caso não ocorra a efetiva lesão ao bem tutelado, não é possível falar em consumação, estando esta, portanto, vinculada à ocorrência de um resultado, normativo e naturalístico. Pelo resultado normativo entende-se como sendo exatamente a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal. Já o naturalístico é toda a modificação provocada no mundo exterior pelo comportamento humano voluntário.

Ainda dentro dessa visão, resume Juarez Cirino dos Santos⁷⁹ que os tipos de lesão, são a grande maioria dos tipos legais e se caracterizam pela lesão real do objeto da ação. Ou seja, a ação praticada pelo sujeito ativo do crime não só tem como consequência a efetiva lesão ao

⁷⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 121.

⁷⁷Id., p. 121.

⁷⁸ BRITO, Alexis Couto de. **Imputação objetiva**: crimes de perigo e direito penal brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 100.

⁷⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: Parte Geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006. P. 97.

bem jurídico protegido, mas também o objeto da ação. Com isso, é possível visualizar nitidamente a ocorrência de um resultado, tanto do ponto de vista normativo quanto do ponto de vista naturalístico, havendo, portanto, uma lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, bem como uma modificação no mundo exterior causada com aquela conduta.

O crime de homicídio, tipificado ao teor do artigo 121 do Código Penal Brasileiro, é o exemplo clássico dessa categoria de delitos, visto que a consumação está atrelada ao resultado morte. Conforme as lições de Cezar Roberto Bitencourt⁸⁰ “para ocorrer a consumação é necessária a superveniência da lesão efetiva ao bem jurídico.” Note, que o dano causado ao bem jurídico tutelado é perfeitamente visualizado e delimitado quando o preceito proibitivo da norma incriminadora (matar alguém) é violado, sendo também classificado como crime material. Nos crimes de perigo, por sua vez, não é possível visualizar a efetiva presença de dano, mas um perigo de dano ao bem tutelado. Esse perigo ao qual se expõe o bem é suficiente para a consumação da prática delituosa, podendo como já dito acima ser concreto ou abstrato.

Assim sendo, por crime de perigo concreto entende-se “a situação fática na qual a conduta realizada expõe a perigo concreto um determinado bem jurídico⁸¹”. Ou seja, é necessário que fique claro que com a conduta praticada o bem jurídico em questão foi efetivamente exposto a um risco de ocorrência do resultado, de tal forma que se possa afirmar com clareza que o bem jurídico esteve na iminência de ser lesado. Isso porque seu objeto material ou o sujeito passivo entrou na esfera da ação perigosa⁸². Aqui, a situação concreta de exposição ou de ameaça de um bem jurídico é elementar do tipo, devendo portanto estar presente na sua descrição.

Por sua vez, o crime de perigo abstrato “consiste na técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independente da produção de um resultado naturalístico⁸³”, ou mesmo de um perigo concreto. O perigo está na própria ação típica, consistindo basicamente na razão de ser para que o legislador tipifique tal conduta como reprovável. Assim, basta para a consumação do crime a prática da ação mencionada no tipo, não sendo necessário a prova de que o bem jurídico foi efetivamente exposto a risco.

O que ocorre nesse caso é um desvalor da ação em detrimento do desvalor do resultado, dispensando assim a comprovação do perigo, que é presumido *juris et jure*, ou seja, não precisa

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 36.

⁸¹ BRITO, Alexis Couto de. **Imputação objetiva**: crimes de perigo e direito penal brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 100.

⁸² PEREZ, Carlos Martínéz-Buján. Os crimes de perigo no direito penal econômico e empresarial. **Revista Liberdades** (IBCCRIM). Rio de Janeiro, n. 13. 2013, p. 04. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/166-ARTIGO>. Acesso em: 12 out. 2016.

⁸³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 87.

ser provado, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que pressupõe perigosa⁸⁴. Dito de outra forma “por crime de perigo abstrato entende-se a situação fática na qual o perigo não aparece como algo necessariamente verificável para a adequação típica, já que não é elemento do tipo⁸⁵”. O que há na verdade é uma presunção de perigo imposta pelo legislador e que coloca sob sanção uma determinada conduta. Isso é o bastante para que o crime seja consumado.

A título de exemplo, pode-se mencionar o crime tipificado ao teor do artigo 130 do Código Penal – perigo de contato venéreo. O bem juridicamente protegido pelo tipo é a incolumidade física e a saúde da pessoa. Note que nesse caso basta que a vítima tenha sido exposta ao perigo de contágio de moléstia venérea mediante a prática de relações sexuais ou outro ato de libidinagem. Assim, para que se caracterize a infração penal em comento não se exige que o bem juridicamente tutelado seja de fato lesionado. Isso ocorreria com a efetiva transmissão da moléstia venérea, o que não importa a título de consumação. Esta, se dá no momento da prática do ato sexual capaz de transmitir a moléstia venérea, ainda que a vítima não venha a ser contaminada⁸⁶.

Outro exemplo que se pode mencionar para ilustrar o conceito dos tipos de perigo abstrato é aquele previsto no artigo 306 da lei 9.503 de 23 de setembro de 1997, que se refere a conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência. Tal delito, de embriaguez ao volante, é de perigo abstrato uma vez que dispensa a comprovação da potencialidade lesiva da conduta, configurando-se pela ação de conduzir o veículo automotor em estado de embriaguez.

Note, por oportuno, como bem evidencia Hassamer⁸⁷, que nessas modalidades de crimes o injusto passa a ser decorrência de uma pura avaliação técnica. Ou seja, o legislador imagina uma determinada situação que pode porventura causar um determinado dano, descrevendo-a de forma técnica no tipo penal. Mas para a sua consumação não se exige que tal dano seja concretizado. sequer se exige que o bem jurídico em questão seja efetivamente colocado em perigo. O que existe na verdade é uma presunção de perigo que funciona como razão para que o legislador represente determinada conduta como um ilícito penal.

⁸⁴ BITENCOURT, César Roberto. **Teoria geral do delito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 36.

⁸⁵ *Ibid.*, 2015. P. 100.

⁸⁶ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 132-138.

⁸⁷ HASSAMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de estudos criminais**. Rio Grande do Sul, ano 2, n. 8. ITEC, 2003. p. 61.

Do exposto, convém ressaltar que tais espécies delitivas vem sendo utilizadas cada vez mais como instrumentos diante da nova configuração social evidenciada pela percepção do risco, desencadeando assim uma das discussões mais em voga no direito penal moderno. Tudo isso porque a sociedade civil, agora reflexiva, vem pleiteando num grau bastante significativo a utilização de instrumentos que sejam capazes de gerir as atividades arriscadas. Isso vem refletindo no direito penal, fazendo com que este seja cada vez mais ampliado, o que conseqüentemente leva a questionar a respeito da sua utilização como *ultima ratio* dentro do ordenamento jurídico.

4. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NO CONTEMPORÂNEO: UM DESAFIO AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Diante de uma sociedade cada vez mais marcada pelo manto do risco, sendo este exaltado dia após dia pela mídia e pelos meios de comunicação, ganha evidência certos instrumentos elencados tais como mecanismos necessários para fazer frente ao que chama-se de direito penal moderno. Dentre eles, assume notoriedade os crimes de perigo abstrato, os quais de certa forma contribuí para que o direito penal perca seu caráter subsidiário e seja muitas vezes norteado pela ideia de *prima ratio* da política social.

Percebe-se, assim, que é frequente a difusão de “fórmulas” relacionadas ao efficientismo penal, de modo que este ramo do direito é colocado muitas vezes como a grande solução para os novos paradigmas da sociedade moderna. Como já evidenciado em linhas anteriores, o panorama moderno é marcado por riscos coletivos e incontroláveis que contribuí, pois, para uma sensação coletiva de insegurança fortemente influenciada pelo processo de globalização. Para Sergio Moccia⁸⁸, “dentro desse processo, o efficientismo penal busca obter a resposta punitiva mais rápida e eficaz, limitando ou suprimindo garantias substanciais e processuais”.

Tal movimento vem contribuindo sobremaneira para uma maximização do direito penal, que “se volta para inibição de ações arriscadas, independente de suas consequências concretas⁸⁹”. Importante ressaltar, também, que essa onda expansionista acaba sendo fortemente influenciada pelo clamor social de uma atuação mais severa da dogmática penal. Nesse viés, fala-se de um discurso de emergência relacionado a política criminal no qual a norma assume o papel de gerir os riscos oriundos desse novo contexto social.

Dito de outra forma, tal sensação de insegurança vivenciada pelo mundo nas últimas décadas e que ganha respaldo pelo grande fluxo de informações, trocas de experiências e sensações veiculadas pela mídia acaba por converter-se em uma demanda social para que o estado, por meio do direito penal, ofereça uma resposta⁹⁰. Nesse contexto, busca o legislador fazer uso de novos instrumentos, através dos quais cria novas figuras típicas para fazer frente a essa nova realidade configurada pela criminalidade moderna.

⁸⁸ MOCCIA, Sergio. A involução pós-moderna do sistema penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 21, n. 100. Revista dos Tribunais, 2013, p. 42-43.

⁸⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 68.

⁹⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, n. 103. 2008, p. 411.

Ante esse cenário, sucede que é possível perceber uma dicotomia lógica no estudo do direito penal, visto que alguns autores, a exemplo de Hassamer⁹¹, demarca a passagem de uma linha clássica para o que chama de direito penal moderno. Isso porque a grande discussão a respeito dos novos riscos e o papel frenético desempenhado pela mídia em torno destes, trouxe para o direito penal uma noção marcada pela recorrente demanda social por segurança, o que reflete significativamente no nascedouro dessa ideia de um direito penal moderno pautado no risco. Adiante, analisaremos brevemente os pontos dessa transição bem como suas principais características.

4.1 Ampliando o campo de atuação – uma análise do direito penal do risco em contraposição ao direito penal clássico

A sociedade de risco e a cultura do medo contribuem para o fenômeno de maximização do direito penal de forma que “com a emergência de novos riscos sociais, a política criminal pode ser sintetizada pelo fenômeno do expansionismo⁹²”, o que abre espaço para a proliferação de novos tipos e contribui para a consolidação de um moderno direito penal. Tal modernização apresenta características peculiares, quando confrontadas com o modelo clássico.

Dentre elas, encontra-se a utilização cada vez mais recorrente dos tipos de perigo abstrato, denotando-se a partir disso que “exsurge a tendência à criminalização de esferas ou de zonas prévias⁹³” ao dano, características tais de uma segurança antecipatória que por sua vez vem repercutindo de forma bastante acentuada no âmbito do direito penal. Assim, faz-se mister entender que nessa seara, esse ramo jurídico assume novos delineamentos, ganhando o status de direito penal moderno, do risco ou de emergência e fazendo uso de características e instrumentos que lhe permitam fazer frente a esse caráter expansionista.

Conforme se observa, “assiste-se hoje a reformas penais caracterizadas pela ânsia em combater com urgência os problemas amplamente difundidos pelos meios de comunicação, os

⁹¹ HASSAMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, ano 2, n. 8. Revista dos Tribunais, 1994.

⁹² MASI, Carlos Velho. A superação do direito penal clássico: tendências político-criminais na sociedade contemporânea. **Revista Liberdades (IBCCRIM)**. Rio de Janeiro, n. 15. 2014, p. 46. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_indice/20-Revista-no-15-Janeiro-Abril-de-2014>. Acesso em: 12 ago. 2016.

⁹³ SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas Político-Criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. **Revista Liberdades (IBCCRIM)**. Rio de Janeiro, n. 05. 2010, p. 102. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/64-ARTIGO>. Acesso em: 10 dez. 2015.

quais, exatamente por isso são sentidos com maior intensidade⁹⁴.” Isso torna conflituosa a relação desse novo panorama quando colocada ao lado dos princípios e garantias clássicas do modelo tradicional, principalmente quanto ao seu caráter subsidiário, ponto que será discutido mais adiante.

Por hora, é preciso ater-se a tentar fazer uma distinção entre o direito penal clássico e o direito penal moderno, o que exige reflexão a respeito das novas formas de criminalidade e demanda uma ligação entre os aspectos históricos e sociológicos. Além disso, para um correto enquadramento do assunto, faz-se mister pontuar as principais características atinente a ambos. Neste cenário, interessante trazer os ensinamentos de Hassamer⁹⁵, segundo o qual “o direito penal clássico desenvolve-se pela morte do direito natural”, o que implica dizer, sem embargo, que é possível observar um desenvolvimento linear onde garantias e avanços foram sendo conquistados paulatinamente, num nítido processo de evolução, que parte inicialmente da noção de um estado teocrático e absoluto, onde o *jus puniendi* era visto como um dogma de natureza divina.

Tentando seguir uma linha histórica, é relevante salientar, como aponta Cláudio Brandão que “os monarcas utilizavam-se do direito penal com o fim de assegurar a continuidade do absolutismo, pois quanto maior fosse o terror penal, maior seria o temor de rebelar-se contra o regime⁹⁶”. Lembra o mesmo autor, que é na idade moderna que se tem o nascedouro do princípio da legalidade, sendo este posteriormente acolhido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e mais tarde formulado cientificamente por Feuerbach⁹⁷.

Consigne-se que tal princípio é um grande norteador da dogmática penal e no nosso ordenamento jurídico encontra-se previsto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Serve como parâmetro para que o estado faça frente ao seu poder de punir, de forma a respeitar um dos norteadores do nosso sistema jurídico, qual seja a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, “o fundamento do princípio da legalidade é a segurança jurídica⁹⁸”, visto que o poder público não pode agir de forma arbitrária frente aos direitos pessoais do indivíduo.

⁹⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, n. 103. 2008, p. 419.

⁹⁵ HASSAMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de estudos criminais**. Rio Grande do Sul, ano 2, n. 8. ITEC, 2003, p. 56.

⁹⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 30.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 30-36.

⁹⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Princípios Constitucionais Penais**. 2015, p. 23. Disponível em: <atualidadesdodireito.com>. Acesso em: 05 nov. 2015.

Compreende-se assim, que as conquistas trazidas pelo o princípio da legalidade devem sempre estar presente no âmbito do direito penal, afinal é através dele que vai se traçar “o limite divisor entre dois direitos em jogo: os direitos pessoais de uma lado e o direito de punir do estado de outro⁹⁹”. É baseado nisso que o direito penal passa a adotar o modelo político do contrato social de Rousseau. Com ele, “aqueles que tem que viver socializados uns com os outros renunciam, alternativamente, a uma parte da sua liberdade natural e exigem com isso uma garantia de liberdade para todos¹⁰⁰”.

Sendo mais detalhista, o direito penal passa a cumprir, mesmo como meio de repressão, funções estabelecidas no contrato social, o que é feito através do estado. Nesse viés, configura-se também como “instrumento de garantia da liberdade individual, revelando-se, portanto, indispensável à manutenção harmônica da convivência social¹⁰¹.” Através dessa ideia, pode-se estabelecer limites ao direito penal, sempre norteado pela noção de que é posto como instituição legítima para punir, mas nunca de forma arbitrária, desnecessária, exacerbada e em desrespeito aos direitos do indivíduo. Novamente, “o poder do estado, particularmente no direito penal, deve se vincular e conceber, em princípio, pelos direitos do indivíduo¹⁰².”

Nesse contorno, a necessária referência a um direito penal clássico é algo que não pode ser negado, visto que apresenta-se como fundamental para o bom convívio em sociedade, norteando-se na limitação do seu poder punitivo pelos direitos dos cidadãos. Assim, ainda que a primeira vista isso possa parecer contraditório, o direito penal não configura-se como sendo somente punitivo, mas também limitativo e garantista, pautando-se para tal no modelo de Estado Democrático de Direito. É diante disso que convém destacar a importância de se prestar obediência aos princípios penais, que derivam da constituição, a exemplo da intervenção mínima¹⁰³.

Sob este enfoque, denota-se que para o modelo penal clássico “só podem figurar como delitos aquelas condutas que lesam ou expõem a perigo bens jurídicos de um modo grave, e

⁹⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 35.

¹⁰⁰ HASSAMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de estudos criminais**. Rio Grande do Sul, ano 2, n. 8. ITEC, 2003, p. 56.

¹⁰¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, n. 103. 2008, p. 414.

¹⁰² MASI, Carlos Velho. A superação do direito penal clássico: tendências político-criminais na sociedade contemporânea. **Revista Liberdades (IBCCRIM)**. Rio de Janeiro, n. 15. 2014. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_indice/20-Revista-no-15-Janeiro-Abril-de-2014>. Acesso em: 12 ago. 2016.

¹⁰³ Id., 2003, p. 57

frente às quais não exista nenhuma outra reação legítima senão a pena estatal¹⁰⁴.” O direito penal, portanto, como modo de controle social, deve ser subsidiário somente tendo sua atuação respaldada quando as demais instâncias jurídicas de controle não forem suficientes para tal. Ter esse panorama em mente é indispensável, inclusive para traçar as características atribuídas ao novo campo do direito penal, chamado de direito penal moderno, direito penal do risco ou direito penal de emergência.

Reitere-se que tal noção, de um novo contorno da ciência penal, está intimamente relacionada com a ideia trazida por Beck no seu conceito de sociedade de risco. De forma bastante contundente “o surgimento dos novos riscos tecnológicos provocou abalos em todas as instituições fundamentais da sociedade industrial – e, entre elas, o direito¹⁰⁵.” Os comportamentos foram encapados pela ideia do risco, sendo este sempre exaltado de forma alarmista e tendenciosa pela mídia e os meios de comunicação, algo comum num mundo globalizado. Isso, evidentemente, aumenta o alcance e a velocidade com que a informação é capaz de chegar até nós.

Conforme se observa, do exposto, é possível chegar a uma constatação inevitável: é diante das incertezas geradas pelos novos riscos que a demanda social por segurança aumenta, e conseqüentemente atinge o direito penal, de forma que contribui para o seu expansionismo. A sociedade de riscos, portanto, tem um lado negativo no sentido de que seu caráter alarmista gera na meio social uma sensação desenfreada de insegurança fazendo com que a dogmática penal seja afetada. O discurso atual baseia-se na utilização do direito penal como capaz de oferecer respostas ao problema gerado pela patente e objetiva insegurança, marca de uma sociedade pós industrial¹⁰⁶.

Para Hassamer, “a dialética da modernidade leva a que o direito penal se desenvolva como um instrumento de solução dos conflitos sociais¹⁰⁷”, o que vem sendo massivamente perpetuado pela opinião pública e pela mídia, que propugna ansiosamente a criação de novos tipos, de forma que estes sejam capazes de trazer novamente a segurança perdida. Nota-se, um

¹⁰⁴ MARTÍN, Luis Gracia. A modernização do direito penal como exigência da realização do postulado do estado de direito (social e democrático). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São paulo, ano 19, n. 88. Revista dos Tribunais, 2011, p. 109.

¹⁰⁵ SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas Político-Criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. **Revista Liberdades** (IBCCRIM). Rio de Janeiro, n. 05. 2010. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/64-ARTIGO>. Acesso em: 10 dez. 2015, p. 105.

¹⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

¹⁰⁷ HASSAMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de estudos criminais**. Rio Grande do Sul, ano 2, n. 8. ITEC, 2003, p. 59.

demasiado uso daquele ramo jurídico que deveria ser utilizado apenas como última opção. Dessa maneira, o direito penal, nos últimos tempos, tem ampliado de modo tão significativo sua atuação, que tal fato vem despertando uma forte preocupação quando confrontada com as garantias individuais fundamentais.

De forma bastante acertada, vislumbra-se que na organização social contemporânea há uma ampliação da intervenção penal onde se exige uma posição mais atuante de um direito que se volte a abranger a criminalidade difusa que existe atualmente. Constatase, pois, que essa nova acepção se apresenta com características peculiares, exigindo da comunidade jurídica que mantenha vivo o debate a respeito delas, visto que da forma como vem se desenvolvendo tende a flexibilizar garantias constitucionais.

O bem jurídico, assunto já tratado em linhas anteriores, assume uma nova forma de ser, dita supra individual. Como conteúdo do crime, tal instituto é visto como elemento estruturante do próprio direito penal. Ocorre que “a excessiva abstração dos interesses supra individuais impede sua delimitação clara e, conseqüentemente, sua utilidade como instrumento de limitação do direito penal¹⁰⁸.” Depreende-se, pois, que tais bens são formulados de modo vago e impreciso, sem qualquer substrato material, distanciados da lesão perceptível dos interesses dos indivíduos.

Da mesma forma, ganha papel de protagonista outro instrumento, os crimes de perigo abstrato, onde há um desvalor da ação em detrimento de um desvalor do resultado, aduzindo a uma ideia de antecipação da intervenção penal. Tais modalidades são necessárias para fazer frente a proteção dos bens jurídicos coletivos e se satisfazem com a simples criação de um perigo, não sendo necessário qualquer comprovação de dano efetivo.

4.2 Crimes de perigo abstrato: instrumentos de um direito penal moderno

A forma catastrófica com que o discurso do risco é colocado vem contribuindo de maneira bastante significativa para uma maximização do direito penal. Isso porque, através dele, tem se buscado apresentar respostas a sociedade civil, preferencialmente por meio dos tipos de perigo abstrato. Tais respostas tem-se feito necessárias principalmente face a grande onda de incertezas gerada por algumas atividades da sociedade atual, fruto do processo de

¹⁰⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 139.

modernização, como as relacionadas “à tecnologia atômica e nuclear, à informática, à genética ou à fabricação e comercialização de produtos¹⁰⁹.”

Com isso, ressalta-se mais uma vez a ideia de que há um aumento da moldura penal como instrumento preventivo da sociedade de riscos, onde “as técnicas de tutela tendem a ter um caráter cada vez mais formal, normalmente estabelecido na violação de um dever de natureza administrativa ou no exclusivo desvalor da ação¹¹⁰.” Por tal motivo, os crimes de perigo abstrato, que conforme o direito penal clássico devem ser utilizados apenas de forma bastante excepcional, ganham cada vez mais evidência e vem sendo amplamente utilizados pelo legislador na tentativa de fazer frente a essa nova realidade.

O aparecimento do risco torna-se uma razão de ser para que se tenha um legislador atuando de maneira significativa na esfera penal. Tal hipótese nos conduz a constatar que a cultura do medo, fortemente influenciada pela mídia e os meios de comunicação, é uma característica da modernidade reflexiva e tem contribuído sobremaneira para a proliferação legislativa no âmbito penal, repercutindo e projetando discursões a respeito do seu caráter subsidiário.

Nesse aspecto, o clamor punitivista, incentivado pelo medo generalizado dos tempos modernos, “parece depositar no sistema penal a esperança de cura dos sintomas da sociedade de risco e do conseqüente estado de urgência¹¹¹”, fazendo com que a incidência desse ramo do direito passe a ser cada vez mais recorrente. Essa difusão midiática em larga escala da cultura do medo tem um papel fundamental no contorno de um moderno direito penal. Faz-se uso dos crimes de perigo abstrato que, nesse contexto da contemporaneidade envolta por riscos e pela perda de segurança, são usados como instrumentos de controle e contenção do medo ampliando-se assim a incidência punitiva da norma criminal.

Neste cenário, o aumento dos riscos gerou como consequência o aparecimento da insegurança que precisa ser combatida pelo estado. O legislador, então, procura descrever todas

¹⁰⁹ MARTÍN, Luis Gracia. A modernização do direito penal como exigência da realização do postulado do estado de direito (social e democrático). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São paul, ano 19, n. 88. Revista dos Tribunais, 2011, p. 100.

¹¹⁰ MASI, Carlos Velho. A superação do direito penal clássico: tendências político-criminais na sociedade contemporânea. **Revista Liberdades** (IBCCRIM). Rio de Janeiro, n. 15. 2014. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_indice/20-Revista-no-15-Janeiro-Abril-de-2014>. Acesso em: 12 ago. 2016.

¹¹¹ CARVALHO, Thiago Farbes de. O imaginário punitivo na contemporaneidade: os paradoxos da democracia em face dos movimentos de sobrepenalização e da gestão do risco criminal com base na segurança. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 22, n. 108. Revista dos Tribunais, 2014, p. 467.

as hipóteses inimagináveis, no que Hassamer¹¹² chama de “ampliação territorial”, sendo esta uma nova e moderna forma de legislação, que faz uso (entre outras coisas) de algo que no direito penal clássico sempre foi tido como exceção, os delitos de perigo abstrato.

Percebe-se, portanto, que a tendência em voga na atual prática político-criminal é da utilização do direito penal como algo próximo ao que seria o direito administrativo sancionador. Este, que por tutelar a esfera coletiva como um ente organizacional, trás conceitos menos claros e descrições de tipos com menor precisão, o que não deve ocorrer no direito penal, ramo que pela função que desempenha deve sempre observar princípios e limites mais rigorosos¹¹³.

Nesse aspecto, importante observar que existem diferenças entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, que quando colocadas em debate deixa claro que este último não pode caminhar para um processo de administrativização. Isso porque tem seu campo de atuação delimitado pela noção do bem jurídico. Quando um legislador elege um bem jurídico ele realiza uma atividade política que não pode se dissociar do texto constitucional sob o risco de este restar violado. Assim, toda lei penal tutela um bem apontando pela própria lei e que tecnicamente falando deve estar de acordo com a constituição e com toda a sua gama de princípios¹¹⁴.

Por outro lado, no campo do direito administrativo sancionador, não é preciso que a “conduta específica, em si mesma concebida, seja relevantemente perturbadora de um bem jurídico, e por tal razão, tampouco é necessária uma análise da lesividade no caso concreto¹¹⁵”. Da mesma forma, não está este vinculado a se orientar obrigatoriamente por critérios de legalidade na persecução dos ilícitos, sendo esta portanto uma grande diferença quando comparado ao direito penal.

Ainda sobre o assunto, cabe elucidar que o direito administrativo sancionador é entendido como um instrumento no papel de gerencia da administração, visto que regulamenta e organiza o funcionamento social mediante normas mais flexíveis. Ou seja, busca-se, através dele, sancionar condutas que sejam perturbadoras para um determinado modelo de gestão setorial, “onde a sanção prevista tem o objetivo de advertência ou de reparação, desprovida de qualquer referência à culpabilidade do autor e à prevenção especial¹¹⁶”. Exatamente por isso

¹¹² HASSAMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, ano 2, n. 8. Revista dos Tribunais, 1994, p. 46.

¹¹³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 151.

¹¹⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 19.

¹¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 117.

¹¹⁶ Ibid., 2013, p. 151.

não tem por que seguir critérios de lesividade ou periculosidade concreta, voltando-se notadamente a atender aspectos estatísticos e de afetação geral¹¹⁷.

O direito penal, por sua vez “persegue a proteção de bens concretos em casos concretos e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio¹¹⁸.” No mesmo sentido, ainda com o propósito de deixar claro tal distinção, consigne-se que a finalidade da norma penal é a proteção de bens jurídicos enquanto a finalidade da norma administrativa consiste basicamente em ordenar, gerir, administrar as relações de determinados âmbitos de atuação social, regulamentando o que pode e o que não pode.

Diante dos pontos colocados, resta claro que a dinâmica atual de ampliação do direito penal por meio dos crimes de perigo abstrato, aproximando-o muitas vezes do direito administrativo sancionador, não é uma via acertada visto que os preceitos da norma administrativa não implicam em proteger bens jurídicos, que por sua vez são corolários para uma adequada aplicação do direito penal baseada no conceito de dignidade humana como referência do indivíduo.

Todavia, tem-se notado cada vez mais que é uma característica do direito penal das sociedades pós industriais que este se converta, assim como o direito administrativo sancionador, “em um direito de gestão ordinária de grandes problemas sociais¹¹⁹”, algo que é sem dúvidas motivado pela massiva cultura do risco. Assim, faz-se questionamentos diante da crise no paradigma jurídico-penal no sentido que os instrumentos utilizados para cessar a insegurança trazida pela sociedade de riscos tende de um lado a flexibilizar cada vez mais as garantias materiais e de outro legitimar o expansionismo.

Aqui, importante atentar para o fato de que tal tendência de flexibilização representa um enorme retrocesso, visto que no âmbito da criminalidade moderna “o direito penal não pode ser modernizar sem abrir mão de alguns princípios¹²⁰”. Além disso, convém esclarecer que a complexidade das novas atividades e dos novos riscos não apresentam em sua estrutura um campo delimitado sob o qual o direito penal possa incidir. Isso porque trata-se de riscos ainda pouco conhecidos, com um enorme caráter generalizante, sendo exatamente essa abstração o

¹¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 116.

¹¹⁸ Ibid., 2002, p. 116.

¹¹⁹ Ibid., 2002, p. 120.

¹²⁰ HASSAMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista brasileira de ciências criminais.** São Paulo, ano 2, n. 8. Revista dos Tribunais, 1994, p. 49.

terreno fértil sob o qual se planta a ideia de utilização num número cada vez maior dos delitos de perigo abstrato.

O fato da norma penal exercer um caráter de coercibilidade maior do que o evidenciado em qualquer outro ramo do direito tem feito com que ele seja utilizado amplamente, abrangendo situações que talvez não devessem ser por ele abrangidas. Tudo isso com a finalidade de trazer para o seio social a ideia de que existe um estado atuando no tocante a combater a grande sensação de insegurança trazida pela cultura do medo, baseada no risco.

Dessa forma, em troca de uma maior sensação de segurança trazida pelo direito penal, amplia-se o caráter de incidência através dos crimes de perigo abstrato e em contrapartida se reduz o contexto de garantias de um direito penal clássico. Tal situação, ressalte-se, tende a causar uma ideia de simbolismo no direito penal, fazendo com que este seja orientado pelas consequências que determinadas ações podem resultar, e não pela ideia do dano ou ofensa ao bem jurídico.

Surge um direito penal baseado na falsa ideia de oferecer segurança através da “ampliação ou na criação de novas cominações penais¹²¹”, podendo-se falar, desse modo em um direito penal simbólico, designado de modo geral pelo fato de apresentar apenas uma aparência de eficácia diante do contexto dos novos riscos. Diante do clamor pela contenção dos riscos pelos setores sociais, algo cada vez mais recorrente na sociedade atual, surge o legislador com sua pretensão de dar uma rápida resposta à opinião pública.

Conforme dito, a dinâmica da produção legislativa é afetada pelo paradoxo do risco, de modo que o legislador se faz cada vez mais atuante e utiliza o direito penal como maneira para dar respostas rápidas. Isso, porém, tende a criar na sociedade civil a perfeita ilusão de que todos os problemas referentes ao risco e a criminalidade moderna se resolverão através da tutela penal, algo que também é incentivado pela mídia e os meios de comunicação.

Além disso, o conceito de sociedade de risco cunhado por Ulrich Beck, com todas as suas características delineadas por meio de um discurso alarmista, onde fala por exemplo em riscos catastróficos e na auto destruição do planeta¹²² também tende, de certa forma, a contribuir para legitimação de um direito penal contemporâneo pautado em possíveis flexibilizações nos seus conceitos, institutos e princípios.

¹²¹ HASSAMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de estudos criminais**. Rio Grande do Sul, ano 2, n. 8. ITEC, 2003, p. 59.

¹²² BECK, Ulrich. **Momento cosmopolita da sociedade de risco**. 2008. Disponível em: <comciencia.scielo.br>. Acesso em 09 nov. 2015.

Todavia, para um correto enquadramento do assunto, cumpre atentar para o fato de que uma ampliação desmedida do direito penal, seja por meio do aumento dos delitos de perigo abstrato, de leis penais em branco, ou qualquer outro instrumento apto para tal, constitui patente violação ao princípio da intervenção mínima penal e conseqüentemente ao modelo de estado adotado, qual seja o Estado Democrático de Direito. Para Hassamer¹²³, “retirando as garantias do direito penal, eliminaremos a sua potência protetora jurídica e teremos instrumentos que não servirão para nada porque estarão mal localizados.”

4.3 Pilares para uma correta aplicação do direito penal: Estado Democrático de Direito e princípio da intervenção mínima

O direito, de forma geral, é um fenômeno caracterizado pela intervenção humana na solução de conflitos através de instrumentos de pacificação social. De todos os ramos do direito, aquele que se apresenta de forma mais violenta perante o indivíduo é o direito penal, interferindo na maioria das vezes no campo da liberdade. Dessa forma, quando um indivíduo comete uma infração penal está praticando uma conduta que foi anteriormente colocada como proibida pelo estado. Dita infração é gênero da qual podem ser espécies o crime e a contravenção. Assim sendo, a infração significa uma conduta contrária ao direito podendo ser uma infração penal, tributária, civil, administrativa, trabalhista, empresarial.

A infração penal concretiza-se a partir do momento em que há uma violação a uma norma penal e, por isso, atribui-se uma penalidade como consequência da conduta proibida. A pena é, portanto, o instrumento utilizado pelo direito penal como forma de sancionar aquele que praticou a conduta típica, antijurídica e culpável. É a mais gravosa forma de intervenção estatal pois “através dela, retiram-se, da pessoa humana, direitos constitucionalmente assegurados, quais sejam: vida, liberdade e patrimônio¹²⁴.” Consigne-se que isso advém do fato de que certas condutas agridem de forma mais séria o direito, uma vez que violam interesses essenciais para a existência da coletividade e, assim sendo, demandam do estado uma atuação mais incisiva perante o indivíduo, interferindo inclusive na sua liberdade.

Nesse viés, as infrações penais são espécies de infrações que podem ser caracterizadas como infrações mais sérias justamente por proteger bens jurídicos, ou seja, valores

¹²³ HASSAMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, ano 2, n. 8. Revista dos Tribunais, 1994, p. 51.

¹²⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3.

fundamentais para uma convivência social e harmoniosa. Se destacam das demais em virtude de sua qualidade e da sua quantidade de sanção e por isso representa a forma mais violenta do estado atuar, o que não as afasta do dever de respeitar os ditames constitucionais e apenas serem utilizadas quando todos os demais ramos do direito não se mostrarem suficientes.

Hoje, todavia, diante do cenário do risco e da cultura do medo, visualiza-se uma mudança de enfoque na utilização do direito penal, que distanciando-se um pouco do caráter antropocêntrico individual, passa a centrar-se na proteção de bens jurídicos difusos ou coletivos, utilizando-se cada vez mais dos crimes de perigo abstrato. Dito de outra forma, “o direito penal moderno teria substituído o modelo do tipo de lesão ou de perigo concreto de bens individuais por outro, no qual predomina o perigo abstrato e, inclusive, o presumido¹²⁵.”

Nota-se, assim, que diante do reflexo do risco presente na sociedade pós moderna, que gera insegurança, instabilidade, desconfiança e descrença nas instituições de controle, o direito penal vem se expandindo como mecanismo de segurança e de prevenção, e para isso é chamado a intervir em áreas que até então não pertenciam ao seu âmbito de incidência. Nesse sentido, torna-se cada vez mais necessário confrontar tal processo de expansão que vem ocorrendo nas ciências penais com o modelo de Estado Democrático de Direito, bem como com o princípio da intervenção mínima penal, pilares para uma correta aplicação desse ramo jurídico.

A partir da consagração das ideias iluministas, começa-se a evidenciar uma evolução no tocante ao *jus puniendi* estatal, visto que passa o direito penal a caminhar para uma atuação mais eficaz e pautada em princípios que asseguram ao indivíduo a garantia de observância da dignidade da pessoa humana¹²⁶. Tais ideias não foram postas ao acaso, passando obviamente por um processo de luta e evolução na busca de uma aplicação mais justa e garantista do direito, longe de arbitrariedades e rompendo com uma atuação desmedida.

Dessa maneira, é importante ressaltar que a partir disso foram surgindo instrumentos de controle da atuação do próprio estado. Este, não pode valer-se de sua supremacia para apresentar-se perante a sociedade de forma injusta e arbitrária, mas pelo contrário, deve fazê-lo sempre em consonância com a constituição e os princípios que norteiam o ordenamento jurídico. O Estado Democrático de Direito, portanto, “tem uma dimensão antropocêntrica,

¹²⁵ MARTÍN, Luis Gracia. A modernização do direito penal como exigência da realização do postulado do estado de direito (social e democrático). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São paul, ano 19, n. 88. Revista dos Tribunais, 2011, p. 104.

¹²⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 14.

fundada na dignidade humana¹²⁷”, e por isso deve nortear todo o ordenamento jurídico, sobretudo o direito penal.

Demarca uma relação entre a lei e aquela função do estado responsável pela sua realização, o poder legislativo. Para Luís Roberto Barroso, tal modelo de estado se desenvolve a partir do término da segunda guerra mundial tendo como característica primordial a ideia de legalidade baseada na constituição. Ainda para o mesmo autor, “a validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais¹²⁸”.

Consigne-se que a ligação existente entre estado e direito constitucional é quase que indissociável. Isso porque nos elementos clássicos que compõem o conceito de estado, como soberania, população e território devem também ser acrescidos muitos outros, atribuindo-se a esse ente um caráter não apenas institucional, mas também jurídico. O Estado Democrático de Direito, nessa concepção, é um pressuposto vital para os sistemas político-jurídicos que busca fazer frente as garantias do cidadão. Consiste numa evolução gradual ocorrida nos modelos de estado onde se nota o reconhecimento, entre outras coisas, de garantias e incorporação dos direitos fundamentais.

Além disso, serve como forma de controlar os possíveis abusos entre o próprio estado e a sociedade, não permitindo o exercício do *jus puniendi* de forma arbitrária e desmedida. Ou seja, “o estado democrático de direito é estado constitucional submetido a constituição a aos valores humanos nelas consagrados¹²⁹”. Desse modo, deve estar em consonância com os princípios norteadores do direito penal, visto que apesar de este ter por fim maior a proteção de bens jurídicos, tal proteção não pode se dar de maneira agressiva a tais princípios, entre eles o princípio da intervenção mínima penal. Isso porque “não será lícita a criminalização de uma conduta na qual não seja possível vislumbrar, no mínimo, uma ameaça ao bem jurídico protegido¹³⁰”.

Depreende-se, portanto, que a partir da ideia trazida pelo modelo de Estado Democrático de Direito, “os princípios e os valores formadores do modelo político de estado, que garantem

¹²⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, n. 103. 2008, p. 430.

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 234.

¹²⁹ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 421.

¹³⁰ ANDRADE, André Lozano. Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade. **Revista Liberdades (IBCCRIM)**. Rio de Janeiro, n. 17. 2014. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_indice/22-Revista-no-17-Setembro-Dezembro-de-2014>. Acesso em: 15 ago. 2016, p. 105.

a funcionalidade das relações nele desenvolvidas, são o objeto da tutela dos instrumentos de controle social, dentro dos quais se inclui o direito penal¹³¹.” Nesse aspecto, importante reconhecer que a dignidade humana eleger-se como valor fundamental e por isso mostra-se de suma relevância a observância dos ditames trazidos pelo princípio da intervenção mínima ou excepcionalidade no direito penal, que parece vim sendo, cada vez mais, negligenciado diante de uma sociedade marcada pelo fenômeno do risco.

Não se pode esquecer, jamais, que “a dignidade humana é o princípio basilar sobre o qual se constrói, funcionalmente, o sistema penal¹³²”, e por isso não mostra-se correta a aplicação da sanção penal de modo a abranger bens jurídicos de pouca relevância ou situações que possam ser resolvidas por outros campos do direito, como o civil e o administrativo. Configura-se, assim, a subsidiariedade do direito penal visto que tal ramo jurídico deve ser utilizado apenas como última opção, como *ultima ratio*, como último meio a ser chamado diante do fracasso das demais instâncias de controle.

Afinal, os princípios penais, dentre eles o da intervenção mínima ou excepcionalidade, representam importantes formas de se garantir a efetiva manifestação de um estado de direito, preservando as garantias individuais. De um modo geral, todos os princípios carregam em si esse papel, de servir como postulado político criminal e assim sendo demarcar o âmbito de atuação do direito penal como um todo. Saliente-se, ainda, que “não são apenas um conjunto de valores ou de prescrições éticas ou programáticas; eles são normas jurídicas e possuem caráter cogente”.

Do exposto, cumpre observar que, embora seja utilizado para punir, também deve ser o direito penal limitativo e garantista, uma vez que “não é possível, em estruturas legislativas inspiradas na democracia, adotarem-se remédios normativos e práticas jurisprudenciais que acabem por empurrar os sistemas penais em direção a preocupantes formas de arbítrios¹³³.” O princípio da intervenção mínima, portanto, representa um importante fator de contenção do próprio poder do estado, mais especificamente, do próprio poder punitivo do direito penal. Isso porque a tutela penal deixar de incidir ao caso concreto quando existir, de forma eficaz, outros meios de controle social menos lesivos aos direitos individuais.

Para Nilo Batista, o princípio da intervenção mínima foi delineado na concepção do “grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do

¹³¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 131.

¹³² Ibid., p. 133.

¹³³ MOCCIA, Sergio. A involução pós-moderna do sistema penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 21, n. 100. Revista dos Tribunais, 2013, p. 42.

absolutismo, que mantivera o espírito minuciosamente abrangente das legislações medievais¹³⁴.” A partir do momento em que toma-se a dignidade humana como eixo central do modelo de estado adotado, é preciso, também, que a intervenção penal se dê em consonância com esta, refletindo desse modo no seu caráter minimalista de atuação. Ou seja, o direito penal deve ser instrumento de *ultima ratio* de forma a evitar que seu uso desmedido caracterize um estado policaiesco¹³⁵.

Assim, deve-se vislumbrar a aplicação do direito penal apenas “em situações determinadas e específicas, em que o desvalor da conduta e seus resultados sejam evidentemente lesivos para os interesses sociais¹³⁶.” Considere, ainda, que tal princípio, apesar de não encontrar-se expresso na Constituição Federal de 88, é uma derivação clara dos seus postulados, sendo assim classificado quanto a sua origem como um princípio doutrinário jurisprudencial de limitação do poder punitivo estatal.

Conforme aponta a grande maioria da doutrina, a exemplo de Nilo Batista¹³⁷, Cezar Roberto Bitencourt¹³⁸ e Luiz Regis Prado¹³⁹, a intervenção mínima possui duas facetas, fragmentariedade e subsidiariedade. Para a primeira, apenas os bens jurídicos de extrema relevância é que devem ser objeto da tutela penal. Sob este enfoque, constitui-se o direito penal como instrumento de controle social regido pelo caráter fragmentário, no sentido de que não deve tutelar todos os bens jurídicos, mas somente aqueles considerados essenciais. Dito de outra forma, “deve selecionar os bens jurídicos que ostentem maior relevância social, protegendo-os apenas dos ataques mais violentos, dos ataques intoleráveis¹⁴⁰.”

Ainda dentro dessa visão, completando o raciocínio acima, entende-se que o direito penal não deve ser o ramo do ordenamento jurídico brasileiro que se destina a reger o dia a dia da coletividade. Isso significa que sua intervenção deve ser sempre excepcional, de modo que sendo possível tutelar as condutas por outros ramos do direito, assim deve ser feito.

¹³⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 84.

¹³⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Princípios Constitucionais Penais**. 2015. Disponível em: <atualidadesdireito.com>. Acesso em: 05 nov. 2015.

¹³⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 216.

¹³⁷ Ibid., 2007, p. 85.

¹³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38.

¹³⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito Penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 119-120.

¹⁴⁰ ANDRADE, André Lozano. Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade. **Revista Liberdades (IBCCRIM)**. Rio de Janeiro, n. 17. 2014. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_indice/22-Revista-no-17-Setembro-Dezembro-de-2014>. Acesso em: 15 ago. 2016.

Dessa forma, constata-se que “o uso excessivo da sanção criminal não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa¹⁴¹.”, fazendo com este perca sua legitimidade. Isso advém do fato de que “a sociedade, em longo prazo, notará que o sistema é falho e seus agentes incapazes de garantir a segurança e lidar com a criminalidade.” O que se tem na verdade é um legislador mais atuante e que através da expansão do direito penal, principalmente através da criação dos tipos de perigo abstrato, visa oferecer a sociedade uma falsa sensação de segurança, que por sua vez é, cada vez mais, buscada pelo seio social.

Numa era pós moderna pautada no risco, onde fica em evidencia o caráter reflexivo, o legislador cria o tipo penal de precaução através dos crimes de perigo abstrato, mas o que nota-se na verdade é que ainda não tem-se um campo de delimitação claro para legitimar essa aplicação¹⁴², o que como consequência lógica faz surgir alguns pontos conflitantes com a dogmática penal. Isso fica claro, sobretudo quando confrontado com os balizamentos trazidos pela noção da excepcionalidade.

Sob essa perspectiva, “a distribuição dos maléficos na sociedade do risco aponta no sentido da expansão *ad absurdum* do mais atroz ramo jurídico¹⁴³”, indo de encontro aos postulados do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, é importante ressaltar que a finalidade do direito penal, “a exemplo do próprio estado, não é ser outra senão a de proteger o indivíduo e a pacífica coexistência entre os membros do corpo social¹⁴⁴”, ideia que, por sua vez, guarda discrepância com a tendência atual de expansão desse ramo jurídico através dos crimes de perigo abstrato.

¹⁴¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito Penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 120.

¹⁴² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 122.

¹⁴³ SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas Político-Criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. **Revista Liberdades** (IBCCRIM). Rio de Janeiro, n. 05. 2010. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/64-ARTIGO>. Acesso em: 10 dez. 2015, p. 97.

¹⁴⁴ MOCCIA, Sergio. A involução pós-moderna do sistema penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 21, n. 100. Revista dos Tribunais, 2013, p. 48.

CONCLUSÃO

É fato que estamos o tempo todo cercados pelo risco. Desde situações simplórias até aquelas que envolve um maior grau de periculosidade, ele se faz presente e sempre se fez. Dessa forma, o risco por si só não é uma novidade das sociedades pós modernas. O que é novo, contudo, é a forma e o alcance com que este se manifesta. Isso porque com o processo acelerado de industrialização e o aumento tecnológico, o risco assumiu uma nova forma de ser, dita global, no qual perpassa fronteiras territoriais, nem sempre sendo delimitados e ainda possuindo capacidade de atingir um número indeterminado de pessoas.

Nesse diapasão, conforme apontado ao longo deste trabalho, ganha relevância a teoria apresentada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, o qual faz um recorte no tempo dividindo-o em dois períodos, modernidade industrial e modernidade reflexiva. O primeiro, fortemente caracterizado pelo avanço dos meios de produção, e o segundo, onde a percepção e a reflexão a respeito desses avanços aumentam significativamente, dando origem a sociedade de risco. Tal fato, de cunho sociológico acaba repercutindo também na esfera criminal, gerando discussões a respeito do surgimento de um direito penal do risco.

Diante do aumento da sensação coletiva de insegurança, somado a descrença nas instituições de controle, amplia-se o campo de incidência do direito penal, de modo que este é inserido nesse novo paradigma. A própria sociedade passa a se confrontar com seus produtos, defeitos e problemas e esse sentimento é fortemente influenciado pela mídia e os meios de comunicação, que num mundo globalizado tem o alcance de se fazer presente de forma cada vez mais significativa e tendenciosa na vida das pessoas.

Nesse viés, é possível propagar amplamente qualquer discurso, inclusive aquele baseado na ideia de que o direito penal seria o instrumento apto para fazer frente a esse novo panorama, aumentando o seu caráter punitivo e sua esfera de atuação. Assim sendo, tem-se um legislador cada vez mais atuante, fazendo com que esse ramo do direito assumira um papel de protagonista no âmbito do controle social. Ganha relevância, portanto, alguns instrumentos, tidos como necessários para abranger essa nova criminalidade moderna.

Entre eles, destaca-se os crimes de perigo abstrato, que por impor uma antecipação da tutela penal são evidenciados na contenção dos novos riscos pelo seu caráter preventivo. Dessa forma, o legislador tem se utilizado dessa modalidade de delito com significativa frequência na intenção de fazer incidir a responsabilidade penal sob determinadas situações independente da ocorrência de um resultado naturalístico ou da efetiva colocação em perigo do bem jurídico. O dano, nesse caso, é presumido e amplia-se o campo de atuação do direito penal, que, por regra,

dentro do contexto de princípios de um Estado Democrático de Direito, deve ser utilizado apenas como última opção.

Nesse mister, constata-se que o caráter expansionista do direito penal e o uso frequente dos crimes de perigo abstrato acaba por incorrer em flexibilizações de princípios e garantias evidenciadas no contexto de um Estado Democrático de Direito. Isso fica claro, por exemplo, quando contrastamos tal tendência de maximização com um dos princípios basilares da dogmática penal, o da intervenção mínima ou excepcionalidade.

Quanto menos se utilizar o direito penal na vida das pessoas mais eficiente ele o é, pois dessa forma preserva o seu caráter subsidiário e sua força como instrumento de coerção social. Ou seja, de acordo com o princípio básico da intervenção mínima, ele só deve ser utilizado como última linha de defesa, apenas quando restar ineficiente a tutela da situação por outros ramos do direito. A força do direito penal está exatamente em ele ser pouco utilizado para reger a sociedade, preocupando-se apenas com a proteção de bens jurídicos que sejam relevantes e guiando sua atuação para áreas que de fato necessite de sua inserção.

Através do conceito de sociedade de risco, sendo esta fruto de decisões humanas e caracterizando-se por ela mesma se colocar em perigo, o que entra em discussão é sobretudo legitimidade do sistema jurídico penal para fazer frente a essa novo contexto. Assim, tal ramo do direito, que deve sempre ser orientado e norteado por seu caráter fragmentário e subsidiário, acaba por incorrer nas influências da opinião pública e através disso aumentar de forma demasiada a sua esfera de atuação.

Para tanto, o legislador faz uso dos crimes de perigo abstrato, que devem ser tidos como exceção. Nota-se, nesse sentido, que a ciência penal vem sendo desenvolvida como mecanismo de solução e gestão dos riscos existentes na sociedade pós industrial, acelerando a atividade legislativa, que muitas vezes surge de forma atécnica e com conceitos extremamente vagos e imprecisos. Tudo com o objetivo de oferecer respostas à insegurança trazida por essa nova realidade.

Verifica-se, assim, que a sanção penal passa a ser vislumbrada por grande parte da sociedade, e também pelo legislador, como instrumento imprescindível no tocante ao gerenciamento dos riscos modernos, sendo apontada, portanto, como mecanismo apto para fazer frente a essa demanda. Por conseguinte, criminaliza-se condutas através de legislações que surgem de certa forma sem um substrato de cunho criminológico ou de política criminal, criando uma falsa sensação de segurança e contribuindo para proliferação cada vez mais acentuada de tipos penais.

Por fim, sem esgotar esse tema, que é vasto e amplamente discutido, espera-se que tal pesquisa mostre-se relevante no sentido de tentar fomentar o debate evidenciado entre as transformações sociais e a esfera criminal, que insurge através das questões ora trazidas. Até porque, inúmeros são os contornos e delineamentos desenvolvidos pelo que se pretende chamar de direito penal moderno. Por óbvio, isso suscita dos operadores e estudiosos um caráter crítico a respeito do assunto, buscando uma aplicação coerente com os ditames de um Estado Democrático de Direito e evitando com que princípios e garantias sejam flexibilizados em troca de um caráter meramente simbólico da norma penal.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, André Lozano. Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade. **Revista Liberdades** (IBCCRIM). Rio de Janeiro, n. 17. 2014. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_indice/22-Revista-no-17-Setembro-Dezembro-de-2014>. Acesso em: 15 ago. 2016.
- ANTUNES, Leonardo Leal Peret. A expansão do direito penal na era da globalização e a criminalidade moderna. **Tribuna Virtual IBCCRIM**. Rio de Janeiro, n. 03, ano 1. 2013. Disponível em: <<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/7-A-Expansao-do-Direito-Penal-na-era-da-Globalizacao-e-a-Criminalidade-Moderna>>. Acesso em: 02 ago. 2016.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- _____. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. 2013. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2016.
- BAUMANN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. São Paulo: Editora Zahar, 2001.
- _____. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2 ed., São Paulo: editora 34, 2011.
- _____. **Momento cosmopolita da sociedade de risco**. 2008. Disponível em: <comciencia.scielo.br>. Acesso em 09 nov. 2015.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. **Revista Liberdades** (IBCCRIM). Rio de Janeiro, n. 1. 2009. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/3-ARTIGO>. Acesso em: 10 out. 2016.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. **Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina, 2012.
- BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Teoria geral do delito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BRITO, Alexis Couto de. **Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.
- BRUSEK, Franz Josef. **Risco e Contingência**. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092007000100006>. Acesso em: 15 dez. 2015.
- BUENO, Arthur. Diálogo com Ulrich Beck. In: BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2 ed., São Paulo: editora 34, 2011.

- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991.
- GUIVANT, Julia S. **A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck**: entre o diagnóstico e a profecia. 2001. Disponível em: <<http://r1.ufrj.br/esa/V2/ojs/index.php/esa/article/view/188/184>>. Acesso em 28 ago. 2016.
- GOMES, Luiz Flávio. **Princípios Constitucionais Penais**. 2015. Disponível em: <atualidadesdodireito.com>. Acesso em: 05 nov. 2015.
- GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 12, n. 49. Revista dos Tribunais, 2004.
- JAMAR, Izabela Lopes. Socialização e criminalização dos riscos: conflito entre a teoria da racionalidade moderna e a teoria penal liberal clássica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 16, n. 70. Revista dos Tribunais, 2008.
- MASI, Carlos Velho. A superação do direito penal clássico: tendências político-criminais na sociedade contemporânea. **Revista Liberdades (IBCCRIM)**. Rio de Janeiro, n. 15. 2014. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_indice/20-Revista-no-15-Janeiro-Abril-de-2014>. Acesso em: 12 ago. 2016.
- MOTTA, Ivan Martins. **Erro de proibição e bem jurídico penal**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.
- PEREZ, Carlos Martínéz-Buján. Os crimes de perigo no direito penal econômico e empresarial. **Revista Liberdades (IBCCRIM)**. Rio de Janeiro, n. 13. 2013. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/166-ARTIGO>. Acesso em: 12 out. 2016.
- PRADO AMARAL, Cláudio. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**: dogmática, e política criminal na sociedade de riscos. São Paulo: IBCCRIM, 2007.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito Penal**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.
- SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas Político-Criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. **Revista Liberdades (IBCCRIM)**. Rio de Janeiro, n. 05. 2010. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/64-ARTIGO>. Acesso em: 10 dez. 2015.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA, Pablo Rodrigo Alflen Da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco**: aspectos críticos e fundamentais. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.