

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

ANA PAULA MOTTA COSTA

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

GABRIEL ANTINOLFI DIVAN

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C928

Criminologias e política criminal I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Ana Paula Motta Costa; Gustavo Noronha de Avila; Gabriel Antinolfi Divan. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-688-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

Apresentação

Em 15 de Novembro realizamos mais uma edição do Grupo de Trabalho “Criminologias e Política Criminal”. Já são cinco anos de presença do GT em todos os eventos do CONPEDI, sempre com expressiva adesão da comunidade acadêmica.

“Crimes contra a Liberdade Religiosa”, de Roberto Baggio Berbiciz e Guilherme Ferreira Colpo, discutiram a legitimidade da tutela penal neste particular. Discutiu-se as (im) possibilidades de tutela e conflitos entre liberdade de expressão e a religiosa, em uma análise a partir da dogmática penal e constitucional.

Há poucas publicações brasileiras acerca dos limites éticos das pesquisas criminológicas, tendo em vista esta especificidade, Bruna Lazaretti e Gustavo Noronha de Ávila, tratam do tema em “Ética na Pesquisa Criminológica: um Panorama Brasileiro”. É discutido o estado da arte acerca do tema, bem como a normatização pátria e a comparada.

A partir do paradigma da seletividade penal, característica das mais importantes da criminologia crítica, Eduardo Tedesco Castamann e Gabriel Divan, analisam os limites do discurso abolicionista em uma perspectiva centrada nos crimes que nem sempre são objetos de apuração pelo sistema penal.

Em pesquisa empírica, realizada no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Gabriela Favretto Guimarães e Ana Paula Motta Costa, discutem o conflito entre a Pichação e o sistema penal. São trazidos não apenas argumentos dogmático-penais, como também a partir da filosofia da arte, apontando os limites (ou falta deles) para os processos de criminalização.

Maria Tereza Soares Lopes, em “A Descriminalização do Aborto no Brasil: breve análise do HC 124.306/RJ e de sua conformidade com o ordenamento jurídico pátrio.”, trava discussão acerca de importante caso concreto que traz a possibilidade de uma quarta hipótese de afastamento da lei penal para caso de aborto: aquele feito até o 3º mês de gestação. A hipótese discutida é a da legitimidade constitucional para a hipótese, pois os tratados de direitos humanos possuem caráter supralegal, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica, que contraria a hipótese vencedora no referido julgado.

No texto “A Expansão do Direito Penal Tradicional frente os Novos Paradigmas da Sociedade de Risco”, Camila Morás da Silva e Daniela Favaretto Mattos, analisam os impactos político-criminais das complexidades sociais contemporâneas. Defendem, neste sentido, a visão de Silva-Sánchez quanto à importância do direito penal consciente de suas possibilidades.

Mauri Quiterio Rodrigues debate a ideia de como a intolerância funciona como combustível do combate à criminalidade. Trabalha, em específico, com quem possui mais risco das pessoas serem confundidas com criminosos e qual é o custo social da chamada busca pela segurança.

Flávia Vianna e Maisa Lopes enfrentam o tema da aplicação do princípio da insignificância ao policial militar, quando cometer o delito do art. 28 da Lei Drogas. Concluem, de acordo com critérios castrenses, que não seriam possível.

“A Norma que Pune: Direito, Castigo e a Causa Negra no Brasil”, de Fábio dos Santos Gonçalves e Bruno Rotta Almeida, analisam as criminalizações dos negros em nosso país. Partem de uma contextualização histórico-política e seus impactos na região Sul do Rio Grande do Sul. Demonstram como as alterações legislativas não significaram o abrandamento da histórica criminalizações dos negros.

Os rumos da política criminal cautelar brasileira, cujo dispositivo mais consagrado é a prisão preventiva, são discutidos no texto “A Ordem Pública como Fundamento da Prisão Preventiva: apontamentos sobre a Reforma do CPP no Brasil” de Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves e Flávia Ávila Penido. É destacado que o “fundamento” da ordem pública segue sendo previsto na redação atual do chamado “novo CPP”, com a devida crítica à esta permanência.

A discussão acerca da teoria da associação diferencial, em Sutherland, e sua aplicação no Brasil é trazida por Letícia Silva da Costa e Janaína Thais Daniel Varalli. Desde a discussão do Primeiro Comando da Capital e os impactos destes na violência urbana, as autoras trazem a referida teoria como possibilidade de explicação das interações daquele grupo.

Nem sempre o debate político-criminal brasileiro está assentado em hipóteses de realidade. Esta é a questão trazida por José Wilson Ferreira Lima, em “Análise de Critérios para a

Elaboração da Política Criminal pelo Parlamento Brasileiro”, demonstrando a inadequação dos Projetos de Lei Substitutivos n. 149/2015 e n. 279/2018 com os preceitos do Estado Democrático de Direito.

A partir do documentário “Cortina de Fumaça”, Sara Alacoque Guerra e Paulo Thiago Fernandes Dias, discutem o proibicionismo de drogas. Destacam como o discurso de guerra às drogas reforça a seletividade estrutural de nosso sistema, desde um diálogo com o referencial da criminologia crítica.

Dentro de uma apreciação constitucional, Tainá Fernanda Pedrini e Pollyanna Maria da Silva, discutem o complexo tema da prática por indígenas de homicídios culturalmente motivados. Em acordo com suas premissas teóricas, realizam a crítica da possibilidade do homicídio, utilizando o espectro dos direitos humanos.

Na sequência, temos o texto “Da Atipicidade das Conduitas dos Crimes de Resistência, Desacato e Desobediência: uma análise fundamentada na criminologia crítica e no garantismo penal”, de Bárbara Amelize Costa e Pablo Alves de Oliveira. Os autores discutem as (im)possibilidades de criminalização de condutas que poderiam diferenciar demasiadamente Estado e indivíduo.

Um balanço dos três anos de vigência da qualificadora referente ao feminicídio, é proposto por Valdir Florisbal Jung. Mesmo depois da nova hipótese de criminalização, a pesquisa constatou o aumento no número de feminicídios e discute, a partir disto, encaminhamentos para a sua efetividade.

A partir dos pressupostos da teoria (criminológica) crítica de Richard Jackson, Caroline Bussoloto Brum analisa a (in)existência do narcoterrorismo no Brasil. Analisa o PCC como possível exemplo narcoterrorista, chegando a conclusão de que não seria o caso, pois o grupo não tem como objetivo a alteração do sistema político-econômico.

Bruna Vidal Rocha e Dani Rudnicki discutem a questão do patriarcado no contexto do sistema de justiça criminal. Desde um caso concreto, problematizam também questões raciais e estrutural-econômicas aplicadas ao exemplo discutido.

As inseguranças do presente são discutidas em “Segurança Humana: da origem à obrigatoriedade de ações de proteção por parte do Estado”. Defendendo uma análise interdisciplinar do fenômeno da violência, os autores constataam a centralidade da segurança pública na ciência criminal.

“Tutela Jurídica do Idoso em Contexto Prisional”, de Warley Freitas de Lima e Randal Magani, traz a discussão acerca de uma população, no contexto carcerário, duplamente vulnerável: o idoso. O tema não é frequentemente tratado, sendo que o texto demonstra o crescimento do número de idosos no cárcere brasileiro e a ausência de tratamento adequado desse grupo.

Temos, assim, um corpo heterogêneo de importantes trabalhos que contribuem decisivamente à criminologia brasileira.

Desejamos a todos/as uma excelente leitura!

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Avila – UNICESUMAR

Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan – UPF

Prof. Dr. Ana Paula Motta Costa - UFRGS / UniRitter

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL TRADICIONAL FRENTE OS NOVOS PARADIGMAS DA SOCIEDADE DE RISCO

THE EXPANSION OF CLASSICAL CRIMINAL LAW FRONT THE NEW PARADIGMS OF RISK SOCIETY

Camila Morás da Silva ¹
Daniela Favaretto Mattos ²

Resumo

Buscou-se verificar se a aplicação do Direito Penal tradicional imputa-se adequada à Sociedade de risco, ou se há espaço para uma nova política criminal na proteção das demandas modernas. Investigou-se a estrutura do modelo contemporâneo social e os reflexos deste no Direito Penal, sendo a Teoria das Velocidades do Direito Penal alternativa moderada à presente problemática. O método de abordagem fora o dedutivo, partindo-se de teorias e leis gerais visando explicar fenômenos singulares. Métodos de procedimento histórico e funcionalista, investigando influências do passado e fazendo uma interpretação dos componentes sociais. E, a técnica bibliográfica, amparando-se em referências anteriormente publicadas.

Palavras-chave: Direito penal, Expansão, Princípios e garantias, Sociedade do risco, Velocidades do direito penal

Abstract/Resumen/Résumé

It was sought to verify if the application of traditional Criminal Law is imputed to the society at risk, or if there is room for a new criminal policy. It had been approached the contemporary social model and its reflexes in the Criminal Law, being the Theory of the Speeds of the Criminal Law alternative moderate to the problematic one. The method of approach was deductive, starting from general theories and laws aiming to explain singular phenomena. Methods of historical procedure investigating influences of the past and the bibliographical technique, based on references previously published.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Expansion, Principles and guarantees, Society of risk, Speeds of criminal law

¹ Advogada. Mestranda em Direito na Universidade Federal de Santa Maria - UFSM.

² Advogada. Mestranda em Direito na Universidade Federal de Santa Maria - UFSM.

INTRODUÇÃO

A sociedade é fruto de alterações em seus patamares costumeiros e tecnológicos, as quais quando ocorrerem com mais intensidade, deixam como consequência nova moldura no cenário social, cultural, histórico, industrial e mercadológico. Nesse sentido, o atual sistema de desenvolvimento é assentado em incertezas, medo e impotência frente a proliferação de novos riscos, posto que, a transição do período referente ao ápice dos avanços tecnológicos e científicos para o contexto da modernidade, ou Sociedade (industrial) de Risco, surge fundada na imprevisibilidade dos efeitos decorrente de tal alteração.

A partir da atual estrutura social, regida pela preocupação e necessidade de limitação dos novos, inesperados e desconhecidos riscos, emerge a premissa de que o Direito Penal deve assumir a qualidade de garantidor da concretização do sentimento de segurança almejado pela sociedade atemorizada. Entretanto, a utilização da lei penal como instrumento de controle social, por vezes, manifesta graves violações à princípios e garantias fundamentais, incompatíveis com o modelo de Estado Democrático de Direito, exigindo que se faça uma averiguação cuidadosa sobre sua utilização.

Para que a presente análise fosse possível, utilizou-se do método dedutivo como método de abordagem da temática, uma vez que parte-se de premissas maiores e gerais – a teoria da sociedade do risco – restringindo-se o estudo à análise de utilização do Direito Penal no âmbito brasileiro através da criação de novas leis, bem como a averiguação da teoria da expansão do Direito Penal como forma de solução do conflito.

A presente pesquisa empregou método histórico visto que partiu-se da premissa de que o contexto atual está intimamente vinculado com o passado, sendo aquele uma decorrência deste. Também, valeu-se do método funcionalista, pois, procurou-se estudar a interferência da sociedade de risco na aplicação do Direito Penal frente as novas demandas sociais contemporâneas, e conseqüentemente, a imposição de novos paradigmas para tal ciência jurídica.

Ainda, empregou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, posto que através da realização de fichamentos e resumos, e pelo apoio em livros publicações anteriores disponíveis, bem como a técnica documental, posto que manejou-se de informativos, projetos de lei e obras de outras natureza.

Por conseguinte, o trabalho dividiu-se em dois capítulos. No primeiro, realizou-se, inicialmente, estudos referente a temática da sociedade do risco, teoria alcinhada pelo

sociólogo alemão Ulrich Beck, verificando sua estrutura e seus reflexos sociais. Ainda, neste capítulo, em um segundo momento, passou-se a analisar, mais pormenorizadamente, os efeitos da sociedade do risco na esfera jurídica do Direito Penal, com a abordagem do contexto prático legislativo atual.

Na sequência, o segundo capítulo buscou examinar em que medida a utilização da ciência penal como instrumento estatal de controle dos novos riscos demonstra-se como uma violação à princípios e garantias individuais e fundamentais. Assim, em um momento posterior deste capítulo, objetivou-se considerar a teoria expansiva do Direito Penal, mais precisamente, a Teoria das Velocidades do Direito Penal, como alternativa para o problema da presente pesquisa.

1 A CONSOLIDAÇÃO DA SOCIEDADE DO RISCO E OS SEUS EFEITOS NO DIREITO PENAL TRADICIONAL

As discussões sobre as inquietudes relacionadas a uma sociedade pós-industrial sob o enquadramento de um mundo globalizado, obtiveram maior destaque desde a década de 90, posto que o “pós-industrialismo” revela um passado ainda vigente, e uma teoria social prospectiva sensível no presente (BECK, 2010). A modernização do modelo de sociedade industrial para o contexto de pós-industrial, ou sociedade industrial do risco, pode ser evidenciadas em três principais momentos distintos (HAMMERSCHMIDT, 2002).

A sociedade pré-industrial representa a primeira fase, onde o cenário social pautava-se na estruturação agrícola feudal e de quase total ignorância sobre a criação de riscos, uma vez que o homem, naquele contexto, convivia com pequenos riscos, sob os quais acreditava exercer controle. As tradições de um povo que convivia com pragas advindas de causas externas (SILVA-SÁNCHEZ, 2002) aos poucos, perde espaço para o desenvolvimento tecnológico.

A era industrial ascende e com ela é constituído o mito de que atinge-se o máximo da modernidade frente ao desenvolvimento (RIBEIRO, 2007) esquemático de trabalho, da divisão de classes, a constituição de setores de produção, o crescimento econômico, da segurança total, e o progresso científico e tecnológico. No estado de constante progresso dos conhecimentos humanos, os riscos na sociedade industrial eram dominados pela lógica da produção de riquezas. Entretanto, uma possível falha de normas

e instituições desenvolvidas na sociedade industrial, nas esferas do direito, da ciência, dos cálculos de risco, dentre outras, alterou esse cenário (MACHADO, 2005).

Entende-se que o surgimento desses novos e inesperados riscos decorreu dos mecanismos usados para regular e controlar a primeira modernidade, a qual garantia a essas ameaças uma falsa aparência de normalidade, propiciando o livre desenvolver desses riscos durante o referido momento. A partir de então, verifica-se a possibilidade de consequências decorrentes dos malefícios advindos da evolução industrial, resultando na consciência da importância de conter os riscos inesperados (MACHADO, 2005).

A sociedade, diante da imagem de normalidade e convicta da garantia de segurança nas novas tecnologias, passa a confiar cegamente no funcionamento dessas tecnologias. Isso, por sua vez, ocasionou a flexibilização das preocupações com as possíveis falhas, desencadeando uma nova ordem de riscos imprevisíveis (MACHADO, 2005). Todavia, o sentimento de autossuficiência e supremacia perante a natureza se fragiliza quando o progresso passa a ser ofuscado pela produção de riscos. Ocorre que, nesse momento, a lógica da produção de riscos da sociedade industrial se reconfigura, de modo que a produção de riscos começa a definir os padrões de produção de riquezas (BECK, 2010).

Os riscos, na maioria das vezes, já não são mais perceptíveis (BECK, 2010), o que distancia-nos das possibilidades de controlá-los iniciando-se uma era que concede espaço para que as ameaças ultrapassem as fronteiras territoriais e transcendam os limites temporais de seus efeitos (MACHADO, 2005). Passamos para um contexto de globalização, onde tudo que passa a acontecer deve ser redirecionado em torno de um eixo mundial onde os efeitos colaterais passam a comprometer não somente a vida, mas também as demais esferas que regem a vida, manifestando seus efeitos na economia, na política, na saúde, nos alimentos, nos procedimentos judiciais, no poder e na responsabilidade (BECK, 2010).

Se, por um lado, o caminho trilhado pelo progresso da sociedade possibilitou um domínio significativo dos meios de exploração da natureza, propiciando ao homem uma evolução em conhecimentos científico e tecnológico nos diversos ramos, de outro, os efeitos colaterais advindos desta conquista obrigam a Modernidade a confrontar-se com as premissas e princípios sócio-industriais. É nesse contexto que o filósofo alemão, Ulrich Beck, diagnostica a atual sociedade pelos seus efeitos reflexivos como uma “nova fase, na qual o progresso pode transformar-se em autodestruição, em que um tipo de

modernidade rompe e altera uma outra, é o que eu designo como fase de modernidade reflexiva” (BECK; GIDDENS; LASH, 1994).

Ulrich Beck, caracteriza a sociedade pós-industrial como aquela baseada pela existência de novos riscos como desencadeadores da inquietação social. Este novo modelo social é baseado na sensação de insegurança da sociedade, “pela qual pode-se fazer algo e continuar a fazê-lo sem ter de responder pessoalmente por isto. Atua-se, por assim dizer, à própria revelia. Atua-se fisicamente, sem que se atue moral e politicamente” (BECK, 2010).

Por conseguinte, o projeto normativo que estimula e constitui os pilares desta sociedade é o da busca pela segurança dos iminentes riscos, posto que os danos desses novos riscos “não podem mais ser atribuídos a certas autoridades – o princípio de causação perdeu sua eficácia; não podem mais ser compensados financeiramente” (BECK, 1999). As regras de causalidade perdem suas forças frente a dificuldade de atribuir-se a pessoas a responsabilidade dos efeitos, momento em que os danos não podem mais ser objeto de compensação, visto que, na maioria das vezes, são irreparáveis e de implicações globais (BECK, 2010).

A sociedade passa a demandar tutela a bens necessários a vida de todos e não somente individualmente. Os bens difusos ganham espaço, pois o homem, diante de eventos inesperados e desconhecidos atua com insegurança sobre o mundo sem, às vezes, saber como seria o modo correto de agir (SIQUEIRA, 2003). Por logo, a magnitude dos problemas originados pelos novos riscos clama por maior rigidez de controle, no intuito de minimizar a expansão dos riscos por meio de ações e decisões punitivas (GUZELLA, 2008).

A tensão que envolve a atuação do Estado contemporâneo apresenta seus efeitos na necessidade de alterarem-se alguns padrões legais consolidados. Isto, pois a sociedade se coloca em ação demandando que se expanda as ciências jurídicas de um modo que estas tutelem e orientem o aparato normativo visando alcançar – utópica – segurança e prevenção através das vias puramente legislativas (MEDEIROS, 2008). A necessidade de imposição de uma ação estatal positiva torna-se inquestionável do ponto de vista social e demasiadamente exigida, uma vez que a busca por valores normativos que abrandem as expectativas sociais passa a ser uma obsessão social (SILVA-SÁNCHEZ, 2002).

O alarmismo dado aos riscos na contemporaneidade espalhou-se de tal forma que as soluções existentes já não suprem as novas demandas. Isto quer dizer que, os mecanismos de controle social se revelaram insuficientes e superficiais, e as reações

humanas, por sua vez, passam a reivindicar novos e eficazes mecanismos de contenção social (MACHADO, 2005). Por logo, vislumbrando na normatização dessas novas condutas a possibilidade de concretude da ideia de segurança em relação às atividades que, até então, eram tidas como lícitas, mas que, ao passo do tempo, revelaram-se como fontes originárias do risco.

Nesta entoad, as exigências impostas pela complexidade social no âmbito jurídico, ao impor-lhe que acompanhe sua contínua transformação, exerce influência sobre todas as áreas do direito, mas em especial sobre o Direito Penal, imputando-lhe uma transformação paradigmática. Tal observação leva a crer que não se poderia esperar situação diversa, pois a crise nos mecanismos de controle do Estado estender-se-ia, invariavelmente, ao instrumento de maior potencial coercitivo, como consequência da demanda por rígida tutela aos interesses sociais frente estes novos riscos (BECK, 2004).

Permite-se dizer que a atual utilização do Direito Penal tradicional se traduz pela busca de orientações normativas com caráter sancionatório rígido como solução para o sentimento estrutural de uma “sociedade de insegurança”. Por logo, a lei penal, assume especial relevância para, mesmo que nominalmente, satisfazer as angústias decorrentes do medo (SILVA-SÁNCHEZ, 2002). É a partir desta visão direcionada para a produção de sanções, que nasce o sentimento de imputar responsabilidades e, junto deste, a ideia de que o Direito Penal seria a seara jurídica potencialmente capaz de regular e conter a abundante gama de novos riscos.

Percebe-se, então, que a sociedade do risco estabelece novas implicações e verte a compreensão de um “Direito Penal do Risco” (MEDEIROS, 2008), caracterizado pelo aumento da intervenção do Estado através do uso da ciência penal para a repressão de novos riscos, mesmo que com isso se torne necessário realizar mudanças na estruturação de garantias individuais do direito tradicional (BECK, 2004). Na esteira das consequências desta busca por controle e vigilância, as alterações no terreno penal foram instrumentalizando-o politicamente em escala gradual, como forma de controlar os novos riscos e alternativa para responder aos anseios sociais (GUZELLA, 2008).

Seguindo a linha de funcionalização da norma penal, o crítico alemão Winfried Hassemer (2003) aduz que:

Esta política tem como fundamento a ideia de que o Direito Penal é um instrumento normativo aceitável e realmente efetivo de condução e contra-direção, um meio mais do que política interna (segurança, saúde, economia, etc). [...] Esta nova política tem como objetivo a proteção do bem-estar do homem, a saúde pública, a capacidade de funcionamento dos mercados de

capital, o fomento estatal da econômica, o processamento de dados na economia e a administração [tradução livre]³.

Assim, estar-se-ia diante da extensão do foco da proteção jurídica penal da violação de bens jurídicos individuais – vida, patrimônio, integridade física – para bens jurídicos amplos e essencialmente vagos – saúde pública, segurança pública, meio ambiente – bem como, além disso, pretendendo-se tutelar a norma penal de forma antecipatória à proteção desses bens. Fato que se evidencia através da presente criação de delitos de perigo comum, com natureza puramente abstrata. Ou seja, crimes que consideram como sendo suficiente para a sua consumação a realização de uma conduta hipoteticamente perigosa (COSTA-JÚNIOR, 1996), ou em outras palavras, crimes que independem da produção do ato efetivamente lesivo (ROXIN, 2006).

No caso brasileiro, uma série de leis penais foram editadas a partir do final do Século XX, início do Século XXI, e que ilustram com clareza o debate acima (GONÇALVES, 2011). A título de exemplo, o artigo 33, caput, da Lei nº 11.343 de 2006 (BRASIL, 2006), aponta em seu bojo 18 (dezoito) verbos nucleares. Não obstante, as tipificações trazidas pelo artigo acima referido possuem cunho meramente formal, ou seja, independem, para a consumação do delito, de um resultado efetivamente danoso no bem jurídico que se propõe a tutelar. No caso, mais em específico, a saúde pública, uma vez que elenca condutas como “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar [...]” que, segundo este prisma, presume-se sejam danosas (GONÇALVES, 2011).

A partir do exemplo acima, resta nítido a ocorrência de uma ampliação da possibilidade de sanção (*certainty*⁴) através de condutas que independem de resultado material, como forma de objetivar a punição abrangente (SILVA-SÁNCHEZ, 2002), mesmo que para tal viole-se a até então consagrada dogmática penal e a presente teoria

³ “Esta política tiene como fundamento la idea de que el derecho penal es un instrumento normativamente aceptable y realmente efectivo de conducción y contraconducción, um médio más de política interna (seguridad, salud, economía, etc. Esta nueva ciminalización objectiva la protección del “bienestar” del hombre, salud pública, capacidad de funcionamiento de los mecados de capital, fomento estatal de la economía o procesamiento de datos em la economía y la administración” (HASSEMER, 2003).

⁴ Ao descrever os apelos sociais por respostas de cunho punitivista à globalização e sua consequente nova forma de delinquência, o autor Jesús Maria Silva-Sánchez aduz que a intervenção penal encontra na criação de crimes formais a ampliação da possibilidade de aplicação de sanção penal. Isto, possibilita que o Direito Penal atinja delitos não somente individuais, mas também supra-individuais e, inclusive, do próprio Estado. Assim, estar-se-á diante de uma menor *certainty*, ou certeza das consequências jurídico-penais, posto a magnitude da tarefa imposta ao Direito Penal para com as novas demandas da sociedade do risco (SILVA-SÁNCHEZ, 2002).

da imputação objetiva⁵ – tipicidade material (DÍAZ, 1996). Remete-se, assim, a impossibilidade de se criar consequências antecipadamente, posto que a imputação de uma conduta delituosa pode ser realizada apenas “quando há a criação de um risco juridicamente desaprovado que se concretiza na produção do resultado⁶” [tradução livre] (DÍAZ, 1996).

Ao expandir-se a normativa da tutela penal, entretanto, delega-se à criminalização hipertrófica (BECK, 2004) a responsabilidade de prevenção e repressão. Todavia, medidas legislativas imediatistas, as quais buscam a minimização dos condutas hipoteticamente lesivas a curto prazo, por suas vezes podem tornar-se inadequadas quando analisadas a longo prazo ou, ainda, originar novas mazelas (SIMÕES, 2014).

A implementação deste modelo de tipicidade penal como instrumento de combate, por exemplo, às drogas, aponta efeitos indesejados quando, na prática, o que se obtém é o aumento na população carcerária durante os dez anos de vigência da nova lei sem, com isso, poder se afirmar que houve diminuição das condutas relacionadas ao tráfico de entorpecentes e o conseqüente aumento na segurança pública ou, ainda, a diminuição dos riscos advindos do tráfico e do consumo de drogas. Tal resultado se demonstra em índices que retratam o salto no encarceramento de 15% para 30%, com grande impacto no índice de cárcere feminino, o qual aponta aumento de 513% em sua população desde o advento da lei (IGLECIO, 2016).

Torna-se nítido que a resposta utilizada pelo legislador no caso do combate ao tráfico de entorpecentes, diante da complexidade delineada a partir do prisma da saúde pública e da insegurança social, não encontrou solução no Direito Penal tradicional, pois resultou na prática apenas em uma falsa sensação de punição e no fracasso de sua suposta finalidade preventiva geral ou especial (BITTENCOURT, 2009), repressora e ressocializante. Assim, a atual legislação de drogas é, sem dúvida, um exemplo da necessidade de discutir-se sobre a criação de tipos penais abertos, uma vez que a tentativa mal conduzida de utilizar-se da ciência penal para contornar o clamor social pode se mostrar ineficaz.

⁵ A teoria da imputação objetiva aborda a questão sobre a severidade e relevância do dano para a esfera jurídica. Ou seja, para que se possa imputar um resultado e sua consequência sanção jurídica, é necessário que, além da real ocorrência do resultado lesivo, haja a ocorrência de um dano realmente reprovável juridicamente. Assim, a materialidade do delito não pode ser genérica ou formal, pois deve manifestar um lesão efetiva ao bem jurídico tutelado (DÍAZ, 1996).

⁶ “Cuando há creado um riesgo juridicamente desaprovado que se concreta en la producción del resultado” (DÍAZ, 1996).

O legislador atua de modo a contemplar a autêntica presunção de um dano, criando crimes de mera realização gramatical do preceito penal, atribuindo um “viés estritamente formalista das imputações em decorrência da necessidade de coibir condutas que [...] poderão acarretar risco ou lesão ao bem jurídico” (MACHADO, 2005). Neste contexto, portanto, resta cristalino que o Legislador foca sua atuação especialmente na criação de novos tipos penais como forma de apresentar uma resposta ao ânimo social em vez de trabalhar com as formas de imputação já existentes no Direito Penal da parte geral. Neste sentido, diz Winfried Hassemer (2003) aponta:

Os centros da política criminal geral não são atualmente o direito penal formal e a parte geral do Código Penal, tal como o direito das consequências jurídica. O centro é mais bem constituído na parte especial, seja no Código Penal, seja no direito penal complementar. Terrorismo, meio ambiente, crime organizado, delitos econômicos, drogas e proteção de dados são os âmbitos nos quais o legislador realiza sua atividade configuradora no último tempo⁷ [tradução livre].

Ainda, diz o crítico alemão, que contexto de política criminal atual não está voltado para uma descriminalização, nem para uma modificação na criminalização, mas sim para uma nova criminalização, direcionando seus esforços para núcleos de proibições meramente formais e de eficácia simbólica. Isto quer dizer que a direção da atual política criminal não estava inclinada ao direito penal formal ou para a parte geral do Código Penal, mas sim para a parte especial deste, voltando-se para um direito penal complementar meramente formal, abstrato (HASSEMER, 2003).

Nas palavras do autor Winfried Hassemer (2003) “O legislador segue em grande medida os sentimentos públicos de ameaça da população nos campos mencionados, e intenta, em casos necessários, satisfazer uma “necessidade de ação”, política atual mediante uma legislação meramente “simbólica” [tradução livre⁸]. Assim, tem-se como consequência lógica o fato de que o presente modelo de tipificação penal apresenta certa dificuldade de imputação e de individualização de condutas, fazendo com que “[...] para todos os especialistas resulte evidente que a “nova criminalização” venha acompanhada de um “deficit de execução”; uma circunstância que faz pensar se tem sentido a

⁷ “Los centros de la política criminal general no son actualmente el derecho penal formal y la parte general de Código Penal, tal como el derecho de las consecuencias jurídicas. El centro lo constituyen más bien la parte especial, sea en el Código Penal, sea en el derecho penal complementario. Terrorismo, medio ambiente, crimen organizado, delitos económicos, drogas y protección de datos son los ámbitos en los cuales el legislador realiza su actividad configuradora en el último tiempo (HASSEMER, 2003).

⁸ “El legislador sigue en gran medida los sentimientos públicos de amenaza de la población en los campos mencionados, e intenta, en caso necesario, satisfacer una “necesidad de acción”, política actual mediante una legislación meramente “simbólica” (HASSEMER, 2003).

introdução do Direito Penal nestas áreas na forma atual” [tradução livre⁹] (HASSEMER, 2003)

Entende-se que o grande sentimento público de insegurança e medo presentes no modelo de sociedade definido por Ulrich Beck orienta o legislador a satisfazer os anseios do clamor social. Todavia, conforme o exemplo utilizado acima, a aplicação da norma penal de modo irrestrito e demasiadamente expansionista traduzem-se na prática, perante o cenário atual, como manto para a não-responsabilização (BECK; GIDDENS; LASH, 2000), configurando uma legislação meramente simbólica.

Percebe-se uma tendência criminal retrógrada, a qual vêm assentada na praticidade, exercida através da redução de garantias fundamentais e com caráter iminentemente intimidador. Isto, pois, a política criminal orientada pela sociedade de risco se traduz, primordialmente, no objetivo de consecução da segurança e como instrumento para corresponder as pressões sociais de forma imediata. Assim, a tipificação excessivamente dilargada e com eventual indeterminação conceitual rege-se em discordância dos princípios penais, os quais direcionam para uma política criminal de “tolerância zero”.

Dentre os princípios gravemente afetados, sucintamente, pode-se elencar o da ofensividade e lesividade¹⁰, o da fragmentariedade¹¹, da intervenção mínima do Estado na vida particular, a *ultima ratio*¹², entre outros. De modo a corroborar com tal entendimento, Jesús Maria Silva Sánchez (2002) aduz para uma – perigosa – alteração nos paradigmas da norma penal e de um Direito Penal com menos garantias, o qual concede espaço para a flexibilização de preceitos político-criminais. Portanto, a sanção penal não pode ser vislumbrada como remédio para todas as necessidades sociais, uma vez que o endurecimento da pena, assim como o aumento desenfreado na tipificação de condutas não são sinônimos de precaução, como bem demonstrado nos exemplos de normas penais de crimes de perigos e natureza abstrata.

Destaca-se que não se pode considerar a presunção de periculosidade, haja vista que a utilização de tipos penais de caráter preventivo mostra-se baseado em um sistema

⁹ “[...]para todos los especialistas resulta evidente que la “nueva criminalización” viene acompañada de “déficit de ejecución”; una circunstancia que hace pensar si tiene sentido la introducción del derecho penal en estas áreas en la forma actual” (HASSEMER, 2003).

¹⁰ Não haverá crime na ausência de lesão concreta a bem jurídico (GOMES, 2002).

¹¹ A partir da incorporação de bens jurídicos supraindividuais, não há como selecionar ofensas a esses bens jurídicos (CASTELLO, 2011).

¹² A esfera criminal é o remédio sancionador máximo disponível em nosso ordenamento jurídico (SILVA-SÁNCHEZ, 2002)

de imputação assentado em indícios ou suspeitas não refutáveis, conflitando diretamente com um modelo de Estado Democrático de Direito. Ainda, defende-se que o direito penal trabalha com uma lógica diversa dos demais instrumentos de gestão de risco, e que seu funcionamento se orienta nas garantias individuais em todos os elementos de construção do tipo incriminador, com objetivo diverso da seguridade geral, mas alusivo a imputação de um fato punível a um indivíduo determinado, através dos limites impostos pelos princípios constitucionais estabelecidos (BOTTINI, 2006).

Sob esta ótica, Pierpaolo Cruz Bottini (bottini, 2006) exhibe um elucidativo comentário acerca da necessidade de manutenção das premissas estatais e da norma penal nos seu molde clássico de modo a organizar uma política compreendida e analisada sob os prismas tradicionais:

O que se faz necessário é a configuração de limites precisos para a atuação repressiva estatal, por meio da construção de uma política criminal racional e teleológica que impeça, em nome do alargamento da proteção de interesses fundamentais, o exercício irracional do *ius puniendi*, e isso somente será possível com uma metodologia funcional que pautar o sistema penal pelas premissas básicas do modelo de Estado vigente.

Este cenário de assustadoras flexibilizações e permissividades emergidas na sociedade do risco, demonstra que a forma com que a nova política criminal está sendo desenhada considera o direito como ferramenta de sonegação de direitos do cidadão (STRECK, 2001), posto que as garantias fundamentais transparecem ser mais um “entrate” para o sistema penal, do que a base de um sistema norteado por um Estado Democrático de Direito (BECK, 2004). Assim, imprescindível uma adequação da instrumentalização penal que viabilize, não somente a inclusão das novas demandas sociais em seu âmbito de tutela, mas também a consagração de uma esfera jurídica mais eficiente e adequada ao novo cenário social.

2 A TEORIA DAS VELOCIDADES COMO ALTERNATIVA DE ADEQUAÇÃO AO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

A fragilidade da estrutura da atual política criminal passa a exigir que se faça uma análise crítica sobre as possíveis alternativas para a atuação do Direito Penal em meio a esse contexto contemporâneo. Para tanto, é necessário considerar uma visão dialética no que tange a incontestável necessidade do Estado responder aos anseios sociais por segurança, e, simultaneamente, resgatar a identidade do Direito Penal de modo a capacita-

lo para que sua aplicação possa, efetivamente, controlar esses novos riscos (AMARAL, 2007).

Sob essas circunstâncias, a pergunta crucial a ser respondida, diante da dificuldade em se frear a expansão do Direito Penal, versa sobre a existência da possibilidade, ou não, de criação ou adaptação da esfera do Direito Penal, que equacione o problema entre a tradição normativa do Direito Penal baseada na intervenção subsidiária, e a funcionalização da lei penal para torná-la instrumento estatal de reação aos novos riscos.

Diante da falta de equilíbrio desencadeadora da crise do direito penal, novas e conflitantes perspectivas de se analisar e interpretar este novo contexto surgem. No entanto, adotar-se-á, para fins de alternativa a ser analisada na presente proposta, a postura do autor Jesús-Maria Silva Sánchez, o qual adota uma postura definida como intermediária, capaz de transmitir um equilíbrio entre as visões conflitantes acima expostas. Sua postura fez com que, doutrinariamente, sua teoria fosse avaliada e denominada como *expansão moderada* (FRANCO, 2000), uma vez que, para muitos, a teoria apresentada pelo autor sobre a crise do Direito Penal apresenta uma harmonia legislativa possível de ser sustentado entre as duas extremidades da referida problemática.

Nesse sentido, o penalista espanhol Silva Sánchez entende que seria concebível que se permitisse a flexibilização controlada das regras de imputação e dos princípios criminais, de modo suficientemente comedido a ponto de encontrar um “ponto médio” entre o Direito Penal amplo e adaptável e o Direito Penal conservador de caráter rígido e minimalista (BECK, 2004). Para que isso fosse possível, entretanto, desenvolveu uma hipótese dual para a aplicação do direito penal, a qual foi alcunhada por ele como Velocidades do Direito Penal (SILVA-SÁNCHEZ, 2002).

Durante o projetar desta teoria, o autor trabalhou com a suposição de que o Direito Penal da globalização e da integração supranacional possui forte tendência de ser unificado, contudo, com características menos garantistas e, por logo, mais flexível no que tangem as garantias político-criminais substantivas e processuais (BECK, 2004). Essa constatação passou por algumas considerações do autor, as quais merecem destaque para melhor compreensão da sua ideia.

Inicialmente, deteve-se no fato de que a globalização impõe ao Direito Penal demandas, substancialmente práticas, uma vez que condiciona para uma abordagem mais “eficaz” da criminalidade. Observou, também, que a delinquência na sociedade do risco possui caráter, essencialmente, econômico, pelo qual a maioria dos novos riscos estão

assentados em vantagens econômicas e no compulsivo objetivo de obter-se lucro, expandindo seus efeitos para vários outros bens jurídicos. Ainda, percebeu que a utilização do direito penal como resposta às novas demandas apresentam caráter estritamente punitivista, posto que a sociedade e Estado são submetidos a alardes que provocam medo e insegurança demasiadamente intensos (BECK, 2004).

Atrelado a estas análises, o autor se posiciona desfavoravelmente a possibilidade de se atribuírem as novas demandas para outras esferas do direito, em especial, por três razões. A primeira, decorre do fato de que as instâncias viáveis para a adesão nos novos riscos mostram-se inexistentes, insuficientes ou ainda, ineficazes. Tal constatação é aludida, pois, a sociedade não transparece funcionar de forma a criar uma ética social que resulte na tutela dos bens jurídicos. A segunda, posto que no seu entendimento, essas esferas consideráveis, atualmente, não apresentam condições de trabalhar efetivamente na prevenção como é necessário. E, por fim, a terceira justificativa, seria a burocratização e corrupção vêm desencadeando um contínuo e crescente descrédito nas outras esferas do direito, em singular, no direito administrativo (SILVA-SÁNCHEZ, 2002).

A partir dessas observações, conclui que o Direito Penal apresenta-se como único instrumento eficaz para atuar em meio a este contexto social. Todavia, para isso, se faz necessário que ocorra uma expansão na *ad absurdum* da outrora *ultima ratio* (SILVA-SÁNCHEZ, 2002). Abre-se, então, espaço para que a função racionalizadora do Estado, sobre as exigências sociais, resulte em um Direito Penal funcional, e de mesmo modo, garantista.

Com isso, Silva Sánchez pronuncia uma perspectiva baseada, especialmente, na setorização do direito em dois nichos. Esta divisão, chamada de Velocidades do Direito Penal, fundamenta-se na “direta relação existente entre as garantias que incorporam um determinado sistema de imputação e gravidade das sanções que resultam de sua aplicação” (SILVA-SÁNCHEZ, 2002). Em outras palavras, pode-se afirmar que a teoria elucidada pelo autor desenvolve-se sob a ótica da conduta e a proporcionalidade da sanção a ser aplicada.

Nesse âmago, o autor doutrina no sentido de que a expansão do Direito Penal em geral não é especificamente o problema, mas sim a expansão da pena privativa de liberdade, posto que, no seu entendimento, esta sim deve ser controlada para que se possa englobar à ciência penal as formas modernas de causar dano com eficiência. Tal afirmação respalda-se, segundo o autor, no fato de que tanto a dogmática do delito quanto a rigidez dos princípios e garantias presentes na aplicação do direito penal tradicional

estão vinculadas, diretamente, com as consequências jurídicas impostas (SILVA-SÁNCHEZ, 2002).

Para melhor esclarecimento desta questão, o autor explana seu ponto de vista da seguinte maneira:

Com efeito, a diminuição de garantias e de rigor dogmático poderia ser explicada (e inclusive legitimada) no Direito Penal contemporâneo se isso fosse o elemento correspondente a generalização de sanções pecuniárias ou privativas de direitos, ou – mais ainda – da reparação penal (nos casos em que esta fosse concebível) em lugar das penas privativas de liberdade (SILVA-SÁNCHEZ, 2002).

. Nessa perspectiva, a ideia manifestada por Jesús Maria Silva-Sánchez não encontra dificuldades em aderir um sistema menos intenso de garantias dentro do próprio Direito Penal, desde que as sanções previstas fossem diversas da pena privativa de liberdade. Assim, as regras consideradas pelo direito nuclear da pena privativa de liberdade não precisariam ser transportadas ao direito penal moderno aplicável às penas alternativas. Se estaria diante de ditames e princípios com dois níveis distintos (SILVA-SÁNCHEZ, 2002).

Por este modelo, a setorização dualista, representada pelas duas Velocidades do Direito Penal, seriam divididas da seguinte maneira: de um lado, na primeira velocidade, estariam os delitos que integram o núcleo do tipo penal e que por isso exigem a manutenção das garantias e princípios fundamentais de modo inflexível; por sua vez, a segunda velocidade seria destinada aos delitos que permitem a limitação ou transformação de princípios e garantias, a fim de salvaguardar essas novas áreas arriscadas, de modo a contemplar apenas sanções não privativas de liberdade (SILVA-SÁNCHEZ, 2002).

Para melhor compreensão da identificação atribuída aos dois modelos dogmáticos e político-criminais abordados, menciona-se que aquele voltado aos princípios literais do Direito Penal é denominado de Direito Penal Nuclear, o qual seria o “cerne” da lei penal (BECK, 2004), enquanto aquele destinado a relativização de princípios e afastamento da pena de prisão, como Direito Penal Periférico.

Por essas duas premissas o autor busca equilibrar a necessidade de se salvaguardar os direitos, liberdades e garantias individuais, através da pena privativa de liberdade e sua natureza mais invasiva, e simultaneamente, a tutela dos bens jurídicos coletivos perante os novos riscos, através de uma zona menos intensa, no caso, as sanções pecuniárias, restritivas de direitos ou reparatórias (MACHADO, 2005)

Ao idealizar tal sistema de aplicabilidade do direito penal frente a inegável tendência expansionista do mesmo, Jesús Maria Silva-Sánchez (2001) explica que:

Na medida em que a pena é privativa de liberdade, uma pura consideração da proporcionalidade exigiria que a conduta assim sancionada tenha um impacto significativo em termos de afetação ou lesão individual; ao mesmo tempo, prosseguir - precisamente por causa do que foi dito - manter um sistema claro de imputação individual (pessoal). Agora, na medida em que a sanção não é exclusiva da liberdade, mas privada de direitos ou de natureza pecuniária, parece que não seria necessário exigir uma afetação pessoal tão estrita; e a imputação não teria que ser tão abertamente pessoal também. A ausência de penalidades "corporais" tornaria o modelo de imputação mais flexível. Em suma, para dar sentido a este nível, seria importante que a sanção fosse imposta por uma instância judicial, de modo a manter (na medida do possível) os elementos da estigmatização social e da capacidade simbólica-comunicativa do direito penal [tradução livre¹³].

O que se pode perceber diante da fixação desta premissa pelo autor é que a abertura para uma expansão razoável do Direito Penal é proporcionado pelas condutas que, por si só, lesionam ou colocam em perigo um bem individual, e, eventualmente, passa a consagrar bens supra-individuais efetivamente lesados ou com iminência real de perigo, desde que concebidos com, pelo menos, um mínimo de rigor (SILVA-SÁNCHEZ, 2002).

Isto representa dizer que a sistemática exposta pelo autor, ao autorizar a intervenção da ciência penal desvinculada a pena privativa de liberdade apresenta-se como uma medida conveniente para a solução dos delitos derivados do novo contexto em sociedade de risco. Assim, os novos delitos, que em sua maior parcela estão relacionados com bem universais, entes despersonalizados e buscas econômicas, passariam, por meio da imputação de penas alternativas, como as restritivas de direitos, as pecuniárias, bem como a possibilidade de utilização de sanções meramente reparatórias, a serem abrangidos pela seara penal (MEDEIROS, 2008).

Ou seja, ao assumir o posicionamento de ampliação do direito penal por meio de uma dupla via como resposta à demanda punitiva, o autor, de certa forma, desconsidera a teoria do direito penal como uma teoria geral e uniforme. Porém, tal renúncia se defende

¹³ “En la medida en que la sanción sea privativa de libertad, una pura consideración de proporcionalidad requeriría que la conducta así sancionada tuviera una significativa repercusión en términos de afectación o lesividad individual; a la vez, procedería – precisamente por lo dicho – mantener un claro sistema de imputación individual (personal). Ahora bien, em la medida em que la sanción no sea privativa de libertad, sino privativa de derechos o pecuniária, parece que no habría que exigir tan estricta afectación personal; y la imputación tampoco tendría que ser tan abiertamente personal. La ausencia de penas ‘corporales’ permitiría flexibilizar el modelo de imputación. Com todo, para dotar de sentido a este nivel sí sería importante que la sanción se impusiera por una instancia judicial, de modo que retuviera (en la medida de lo posible) los elementos de estigmatización social y de capacidad simbólico-comunicativa propios del Derecho penal” (SILVA-SÁNCHEZ, 2001).

posto que seriam mantidos as regras, garantias e princípios tradicionais utilizados no Direito Penal Clássico, apenas reservados para o direito “nuclear” de primeira velocidade. Bem como, a diminuição do rigor na segunda velocidade, se justificaria pelo afastamento da pena privativa de liberdade, o que permite a aproximação das sanções periféricas às penas administrativas, tanto quanto à generalização das punição pecuniária ou restritiva de direitos, mas, de mesmo modo, realizada através da judicialização e imparcialidade (BECK, 2004).

A linha de pensamento apresentada por Jesús Maria Silva-Sánchez deixa claro a característica de mediador entre os extremos do pensamento conservador e minimalista do Direito Penal, e dos defensores da expansão penal. Isto, pois, fazendo jus ao manifestado por diversas opiniões de reconhecidos doutrinadores, sua visão condiciona a conclusão de que ele se opõe à uma modernização absoluta do Direito Penal, mas sim a uma harmonização entre essa a ciência penal e a sociedade contemporânea (SILVA-SÁNCHEZ, 2002).

De encontro com essa afirmação, ainda, menciona que adota tal opinião haja vista que advoga contra uma modernização total do Direito Penal equivale a propugnar a iminência de um direito penal de classes, pelo qual o delinquente caracterizado como comum seguiria recebendo uma pena, enquanto criminosos relacionados aos novos riscos, como, por exemplo, os vinculados a crimes ecológicos ou econômicos, ficariam a margem do Direito Penal (SILVA-SÁNCHEZ, 2002).

Portanto, não se trata de distinguir regras e garantias a partir de critérios subjetivos, ou segundo sujeitos, mas sim conforme os fatos e suas consequências jurídicas. No caso, a proposta versa sobre uma discussão no que tange as consequências jurídicas que se decidirá impor, uma vez que as demandas que passaram a incorporar o Direito Penal tradicional não se mostram compatíveis com os meios de tutela clássicos dada a natureza desses novos objetos de proteção. Tal premissa respalda-se de mesmo modo no inegável “poder sancionatório e ao mecanismo público de persecução criminal (no que tange à comparação com o direito civil), assim como à maior imparcialidade política da função jurisdicional (em cotejo com o direito administrativo)” (BECK, 2004) do Direito Penal.

Nessa lógica, o autor alega que o Direito Penal em nosso âmbito cultura é concebido, para além da agressividade da pena privativa de liberdade, pelo seu efeito simbólico para com a sociedade, o qual, por sua vez, não restaria atingido no seu modelo dual, pois mesmo com penas alternativas se estaria diante de um conceito já consolidado

sobre a esfera penal (ANNJOS, 2009). Inclusive, tanto o significado “penal” quanto a judicialização com garantia de maior imparcialidade (em comparação com as demais esferas do direito) (BECK, 2004), apresentam-se como uma das causas na irrefutável transformação, mesmo que gradual, do direito penal em instrumento estatal de controle e resposta às novas demandas da sociedade do risco.

Vinculado à essa questão, ressalta-se ainda que, na visão do referido autor frente ao modo em que o direito penal vem sendo utilizado, a sociedade contemporânea marcada pela disseminação do medo e insegurança, não mostra-se, sequer, disposta a aceitar um modelo liberal e mínimo do Direito Penal (BECK, 2004). Em resumo, pode-se dizer que o autor alega ser viável uma expansão do Direito Penal que se atente:

[...] a função simbólica que esse sistema de controle social pode carrear, sem que isto implique necessariamente a imposição de penas privativas de liberdade, mas, sim, que esta expansão possa se dar com o recurso à previsão das penas restritivas de direitos ou penas pecuniárias. E indo mais além, o autor demonstra certa simpatia, inclusive, com a adoção de sanções meramente reparatórias, como aquelas que são típicas de um direito de reparação civil (BECK, 2004).

Portanto, é possível perceber que a alternativa anunciada por Silva Sánchez, por meio da possibilidade de coexistirem espécies de subsistemas sancionatórios dentro do sistema penal (SOUZA, 2007), possui nítido viés de cautela retratados na preocupação de admitir-se uma subdivisão do Direito Penal baseada nos critérios de proporcionalidade. Isto, pois, a fragmentação diante da compreensão de que as condutas são diferentes, e por logo, merecem tratamentos diferentes, oportuniza que o Direito Penal intervenha adequadamente e maximize a eficácia das punições imputadas.

Assim, por exemplo, as condutas à bens jurídicos supraindividuais, os entes despersonalizados e os demais riscos manifestados na contemporaneidade, e que também apresentam alto grau de lesividade e que merecem a tutela penal, podem ser alvo de sanção apropriada à sua natureza e correspondente forma e a intensidade com que atingem a sociedade (BATISTA, 2001). Desse modo, desmistificaria-se a crença de que apenas com a superação das bases tidas como tradicionais, vislumbrada nas inúmeras leis penais “heroicas” e “solucionadoras de problemas sociais”, é que se alcançaria êxito no controle dos novos riscos (BECK, 2004).

Havendo esta proporção, seria possível estabelecer o tão almejado ponto de equilíbrio entre as demandas sociais e as garantias e direitos fundamentais do indivíduo. De mesmo modo, além de ser proporcional, a pena vista sob os diferentes modos delitivos e trabalhada conforme a sua natureza, facilitam uma melhor adequação do sistema para

com essas novas condutas. Ou seja, com a divisão do Direito Penal em sistemas de repressão que consideram a necessidade de se dar tratamentos diversos à condutas diversas, se otimiza a aplicação do direito penal frente as novas demandas da sociedade do risco.

Consequentemente, pode-se falar que tal aparato penal adaptado e evoluído, sem ceder as “dogmáticas alternativas” incompatíveis e insustentáveis em um Estado de Direito, mostra-se como adequado as circunstâncias jurídicas e sociais atuais. Portanto, a adoção deste novo modelo, o qual é interpretado à luz da sociedade, reflete diretamente na potencialização dos ganhos frente as inevitáveis perdas que permeiam a imputação de sanções penais B, 2004).

CONCLUSÃO

A partir do que foi exposto no presente estudo, infere-se que a problemática em questão não reside na ausência de alternativa que considere as premissas basilares da esfera jurídica penal e, simultaneamente, nos novos bens jurídicos a serem tutelados no presente contexto social, mas sim, no impasse decorrente da irrestrita e inadequada utilização do Direito Penal de forma imediatista, com fundamento de satisfazer as aspirações sociais.

Para tanto, foi imperioso que se analisasse a estrutura social atual, bem como seu contexto histórico para que se pudesse verificar com mais nitidez os seus efeitos. Portanto, diante o exposto no primeiro capítulo, pode-se afirmar que a definição e contextualização da teoria da sociedade de risco é fruto da imprevisibilidade dos novos riscos originados a partir do descomedido crescimento tecnológico e científico.

Consoante o evidenciado, foi possível diagnosticar a estrutura social não estava preparada para a alteração drástica do cenário social para bases globais e imprecisas. Diante desta alteração do arranjo social, pode-se verificar que o Estado, sofrendo graves pressões sociais para o controle dos novos e desconhecidos riscos, na tentativa de promover mais tranquilidade e segurança social, optou por munir-se da lei penal para tal objetivo. Todavia, a referida instrumentalização da norma penal realizou-se de modo inadequado e desarmônico com as bases estruturais do Direito Penal tradicional, imputando severas violações à direitos fundamentais concedidos à todos os cidadãos.

A partir da percepção de ineficácia do meio empregado no cenário legislativo penal atual se fez necessário refletir sobre a alternativas que consagassem as premissas essenciais do Direito Penal, bem como alcançasse as novas demandas reveladas pela

sociedade do risco. Em meio as diferentes e variadas manifestações críticas acerca das possíveis formas de contenção jurídica dos novos riscos, o presente trabalho deteve sua atenção para àquela cuja característica principal é a capacidade de equilíbrio entre a manutenção dos princípios e garantias conquistados ao longo da história e assegurados em um Estado Democrático de Direito, e a aplicação de um Direito Penal distante de um modelo repressivo e meramente simbólico, que detivesse atenção às transformações sociais e as suas hodiernas exigências.

Desse modo, o estudo em questão teve como eixo norteador para a solução da problemática em enfoque, a teoria desenvolvida pelo crítico jurista espanhol Jesús Maria Silva-Sánchez, denominada de Teoria das Velocidades do Direito Penal. Nesta, o autor faz uma setorização do Direito Penal tradicional em dois campos, com organizações sancionatórias distintas. Na primeira velocidade, permaneceriam os delitos cuja conseqüente sanção jurídica é a pena privativa de liberdade, ficando, a segunda velocidade responsável pelos crimes que não possibilitam a imputação de restrição de liberdade.

Diante do novo modelo social calcado na existência de inesperados e desconhecidos riscos, resta inquestionável a gradual expansão do Direito Penal. Todavia, esta vem ocorrendo de forma demasiadamente irrestrita e inadequada, convergindo com os limites do poder punitivo do Estado e com progressiva relativização das garantias individuais. Portanto, mostra-se indispensável que se reconsiderem a utilização da lei penal de forma imediatista e irrestrita, posto que as novas forma de proteção social por meio desse ramo do direito prescinde de uma adaptação dogmática a fim de evitar excessos e alcançar uma proteção eficaz aos novos bens objeto de resguardo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade do risco.** São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ANNJOS, Fernando Vernice dos. **Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro.** Dissertação de mestrado. 2009.

Disponível em:

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Versao_integral_dissertacao_de_mestrado_Fernando_Vernice_dos.pdf>. Acesso em: 07 set. 2018.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

_____, Ulrich; GIDDENS, Anthony, LASH, Scott. **Reflexive Modernization: Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order**. California: Stanford University Press, 1994. p. 2. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=KqGRmn29488C&hl=pt-BR&source=gbs_navlinks_s>. Acesso em: 07 set. 2018.

_____, BECK. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 79-84. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/25138345/100926816-beck-ulrich-o-que-e-globalizacao>>. Acesso em: 07 set. 2018.

BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: 2006.

BRASIL. **Lei 11.343** de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 07 set. 2018.

CASTELLO, Rodrigo. **Princípio da fragmentariedade no direito penal**. 2011. Disponível em: <<https://rodrigocastello.jusbrasil.com.br/artigos/121936751/principio-da-fragmentariedade-no-direitopenal>>. Acesso em: 07 set. 2018.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal ecológico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

DÍAZ, Claudia López. Introducción a la imputación objetiva. Universidad Externado de Colombia, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da ofensividade no direito penal. São Paulo: 2002. **Revista dos Tribunais**.

GONÇALVES, Marcelo Santin. **Comentários à Lei de Drogas – Lei 11343/06**. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,comentarios-a-lei-de-drogas-lei-11-34306,31729.html>>. Acesso em: 07 set. 2018.

GUZELLA, Tathiana Laiz. **A expansão do direito penal e a sociedade de risco**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/13_357.pdf>. Acesso em: 07 set. 2018.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003. p. 58-59. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6170>. Acesso em: 07 set. 2018.

IGLECIO, Patricia. **Lei de drogas completa dez anos sob fortes críticas e a certeza de que a guerra às drogas não dá certo**. 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/09/20/lei-de-drogas-completa-dez-anos-sob-fortes-criticase-certeza-de-que-guerra-as-drogas-nao-da-certo/>>. Acesso em: 07 set. 2018.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005

MEDEIROS, Carlos Henrique Pereira de. Direito Penal na “sociedade mundial de riscos”- Uma aproximação da crise da ciência penal frente às exigências do contemporâneo. In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XII, n. 66, 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6170>. Acesso em: 07 set. 2018.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Globalização, sociedade de risco e segurança**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/41660/40855>>. Acesso em: 07 set. 2018.

ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general**. v. 1. Fundamentos La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.

SIMÕES, Juliana Thomazini Nader. **A evolução da lei antidrogas no Brasil e as influências na determinação de seus rumos**. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,aevolucao-da-lei-antidrogas-no-brasil-e-as-influencias-na-determinacao-de-seus-rumos,47356.html>>. Acesso em: 07 set. 2018.

SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. **Tutela penal dos interesses difusos na sociedade de risco**. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4034/tutela-penal-dos-interesses-difusos-nasociedade-de-risco>>. Acesso em: 07 set. 2018.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. São Paulo: Quartier Latán, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.