XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

MIGUEL TEDESCO WEDY

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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 Naspolini - 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 – Santa Catarina
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 – Goías
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

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Miguel Tedesco Wedy. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-716-8
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

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Penal, Direito Processual Penal e Constituição II reuniu-se, na data de 16 de novembro de 2018, durante o XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, sediado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), campus Porto Alegre, com o propósito de discutir questões emergentes e de vultosa importância no tocante às práticas penais, às leis penais brasileiras e ao tratamento dado aos assuntos tratados em cada qual dos artigos pela doutrina nacional e internacional.

De início, poderá o leitor perceber que os temas tratados são ecléticos e transitaram, com grande transdiciplinaridade, por outras grandes áreas do conhecimento, mais precisamente as ciências humanas e as ciências médicas, estas exploradas, notadamente, quando analisada a questão das medidas de segurança, bem como no tratamento da dimensão biopolítica da violência perpetrada contra a mulher no âmbito doméstico e carcerário e, por último, quando da análise das práticas reificantes na sociedade do controle.

O tema das medidas de segurança foi explorado pelo artigo intitulado "Medida (de segurança) cautelar: a herança do tradicionalismo penal-psiquiátrico no processo penal brasileiro", de autoria de Thayara Silva Castelo Branco e Antonio Eduardo Ramires Santoro, o qual aborda, a partir de uma perspectiva crítica, o ranço do positivismo criminológico que coloca a periculosidade como verticalizadora do Sistema de Justiça Criminal, análise realizada a partir da Lei nº 12.403/11, a qual reformou o sistema de cautelares no processo penal brasileiro, introduzindo, dentre elas, medidas diversas da prisão como a internação provisória de inimputável ou semi-imputável.

Por seu turno, o artigo de autoria de André Giovane de Castro e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth abordou, a partir da filosofia agambeniana, a violência perpetrada contra as mulheres nas esferas doméstica e prisional, com base em dados de homicídios e encarceramento, à luz da Lei Maria da Penha e da Lei de Drogas, sob o título "Da casa ao cárcere: uma leitura biopolítica dos campos de violência contra a mulher".

Já o artigo de Elesandra Maria Da Rosa Costella, sob o título "As (possíveis) respostas da teoria do reconhecimento às práticas reificantes da sociedade do controle" abordou o tema da utilização do direito penal como instrumento de controle social das classes marginalizadas,

compostas por pessoas consideradas enquanto vidas dispensáveis, às quais se nega o reconhecimento e inclusão no sistema social, reificando-as, uma vez que a inclusão, na sociedade contemporânea, é condicionada à capacidade de consumo.

Importante destacar que os textos ora apresentados revelam o entendimento de pesquisadores das mais diversas partes do Brasil, de norte a sul e de leste a oeste, e externam parte da realidade prática vivenciada pela população de diversos Estados, desde o ponto de vista de questões prisionais até aquelas concernentes ao exercício de policiamento ostensivo realizado pelo exército brasileiro, nas chamadas práticas de Garantia da Lei e da Ordem (GLO).

Isso fica muito evidente a partir do artigo de autoria de Guilherme Rego Magalhães, o qual, sob o título "A resiliência da prisão especial como instituição jurídica e social", aborda o tema da prisão especial no direito brasileiro, da sua função em nossa estrutura social e de como ela foi racionalizada ao longo de sua história, a fim de apontar o seu anacronismo.

Por sua vez, o artigo intitulado "O princípio da sustentabilidade e a execução provisória da pena privativa de liberdade", escrito por Alan Peixoto de Oliveira e Cássia Daiane Maier Gloger, analisou a compatibilidade da norma constitucional, como redigida na Constituição da República com a execução provisória da pena privativa de liberdade, diante dos aportes do Princípio da Sustentabilidade, empreendendo uma reconstituição do sistema Global de Direitos Humanos previstos nos documentos internacionais do qual o Brasil é signatário.

Nesse bloco, situa-se, ainda, o artigo intitulado "O inadimplemento da pena de multa e a progressão de regime prisional sob o prisma do direito penal libertário", de Marcos Paulo Andrade Bianchini, que versa sobre a compatibilidade da decisão no Agravo Regimental da Execução Penal nº 16 – STF, que impediu a progressão de regime de condenado por inadimplemento da pena de multa, com a teoria do Direito Penal Libertário.

O artigo intitulado "A atuação das Forças Armadas nas Operações Ágata e o programa de proteção integrada nas fronteiras brasileiras no combate à criminalidade", elaborado por Andreia Alves De Almeida e Savio Antiógenes Borges Lessa, por seu turno, tem por foco a atuação das Forças Armadas na faixa de fronteira, analisando seu poder de polícia e atribuição subsidiária – a partir do novo Programa de Proteção Integrada de Fronteiras.

Outrossim, as discussões envolveram desde as práticas desenvolvidas no seio de um direito penal de ordem tradicional/individualista, até aquelas relativas à lida com os novos bens jurídicos de ordem transindividual, a exemplo do meio ambiente, para o que apresentadas foram algumas transformações dogmáticas capazes de dotar o direito penal de

empoderamento com vistas à realização de uma mais efetiva tutela do novel bem jurídico penal ameaçado ou agredido.

Nesse bloco, cumpre destacar o texto de autoria de Linia Dayana Lopes Machado e Viviane Aprigio Prado e Silva, o qual, sob o título "Tutela ambiental na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: a necessidade de uma teoria da decisão judicial", empreendeu uma discussão sobre os desafios colocados pelo Direito Ambiental ao Poder Judiciário, considerando a existência do que pode ser considerado como lacunas legislativas no que diz respeito às práticas lesivas ao meio ambiente.

Também sobre o tema da tutela penal do meio ambiente, o artigo de Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Aflaton Castanheira Maluf analisou a evolução da legislação ambiental no Brasil, especialmente a legislação penal, com foco na questão penal ambiental atual e futura, com ênfase no PLS 236/2012, em texto intitulado "O Direito Penal ambiental no PLS 236/2012 – Novo Código Penal."

De resto, verá o leitor que os textos também envolveram discussões concernentes ao processo de expansão do Direito Penal e da flexibilização de garantias na seara processual penal, demonstrando a necessidade de uma leitura transdisciplinar das Ciências Criminais. Essa preocupação assume centralidade no artigo de Daniel Angeli de Almeida, o qual, sob o título "A instauração de um novo paradigma do direito penal ante o advento da sociedade de risco: um necessário reexame da teoria do bem jurídico", discute a entrada na era pós-industrial, a qual impõe mudanças em diversas áreas do conhecimento, sobretudo no Direito Penal, que se vê obrigado a rever seus princípios clássicos, a abandonar velhas verdades e adaptar-se para responder aos novos desafios da sociedade de risco.

Por sua vez, o artigo "O transtorno punitivo compulsivo e a banalização da cautelaridade processual", escrito por Jéssica de Souza Antonio e Ana Paula Motta Costa, propõe uma reflexão crítica acerca da prática encarceradora cautelar que vem acometendo o Processo Penal, contrastando-a com uma racionalidade punitiva dentro do processo penal democrático.

No mesmo sentido, o artigo "Denunciação criminosa contra inimputáveis: senso ou contrassenso?", de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Rafaela De Oliveira Alban, examina o crime de denunciação caluniosa, com a finalidade de verificar a possibilidade ou não do inimputável ser vítima dessa modalidade delitiva em face da previsão da elementar típica de imputação de "crime".

Essa discussão – acerca do expansionismo penal e suas consequências – também permeia o artigo de Leonardo Pozzi Loverso e Greice Patricia Fuller, o qual aborda a possibilidade do acesso de dados em smartphones do investigado, o que tem se revelado controverso quando diretamente realizado pela polícia, a partir das recentes decisões proferidas pelo STJ e STF sobre o assunto. Trata-se do texto intitulado "Acesso de dados pessoais pela polícia em smartphones de suspeitos na investigação criminal".

As novas tecnologias também ocupam espaço central no artigo "A tecnologia a serviço da criminalidade: meios de combate à lavagem de dinheiro em criptomoedas", de Hamilton Calazans Câmara Neto e Romulo Rhemo Palitot Braga, que realiza uma ordem cronológica de criação e posterior valorização das criptmoedas, associando-se à análise da efetivação do crime de lavagem de dinheiro e sua respectiva Lei 9.613/98 e 12.683/2012.

A preocupação com o direito penal em face das novas tecnologias também está presente no artigo "Os aspectos penais da exposição pornográfica não consentida na internet", no qual Osmar Fernando Gonçalves Barreto e Wagner Seian Hanashiro salientam que a exposição pornográfica não consentida na internet é uma violação e traz suas repercussões na esfera criminal, de maneira a ser enquadrada nas condutas já tipificadas no Código Penal, porém como um desdobramento da violência sexual, mas neste caso praticada no ambiente virtual, e, portanto, denominada como: estupro virtual.

O tema das garantias processuais e suas relativizações também ocupa espaço central no texto "A condução coercitiva da testemunha no processo penal e as garantias constitucionais", escrito por Tatiane Gonçalves Mendes Faria e Maria Laura Vargas Cabral, e que investiga a condução coercitiva de testemunhas no processo penal e seus direitos fundamentais, principalmente o direito à locomoção e ao silêncio, a partir do entendimento exarado no julgamento da ADPF 395.

A preocupação com a temática das garantias e sua vulneração contemporânea também se evidencia no artigo "Conflitos entre o Direito Penal moderno e o garantismo à luz constituição federal de 1988", de Jussara Maria Moreno Jacintho e Jorge Flávio Santana Cruz, que aborda as constantes reformas legislativas no âmbito penal e processual penal, que acabam interferindo nos direitos e garantias fundamentais, na medida em que suprimem ou reduzem as garantias por não respeitarem os limites impostos pelo legislador constituinte originário.

Esta temática também serve de fio condutor do artigo de Henrique Gaspar Mello de Mendonça e Carlos Alberto Menezes. Sob o título "A trajetória do Direito Penal:

Modernidade; Garantismo e Constituição", os autores relacionam a modernidade, o garantismo e a Constituição, a fim de detectar uma normatividade e meios efetivos para evitar arbítrios do Estado na sua missão de proporcionar segurança à coletividade.

Em face do contexto exapansionista delineado, alternativas são apresentadas. Nesse sentido, Marilande Fátima Manfrin Leida, no texto intitulado "Justiça Restaurativa e Justiça Retributiva: diferentes métodos à administração de conflitos e violência", apresenta as diferenças entre a justiça restaurativa e a justiça retributiva na resolução de conflitos criminais, evidenciando a preponderância do sistema de justiça penal retributivo, cada vez mais punitivista e inquisitorial, imposto por um terceiro alheio ao fato, que define a residualidade da competência da justiça restaurativa.

Por fim, o texto de Valdir Florisbal Jung, intitulado "Tribunal do Júri: a influência do perfil do réu e da vítima nas decisões do conselho de sentença", volta-se para o tema da influência do perfil do réu e da vítima nas decisões no Tribunal do Júri, salientando o quanto informações extraprocessuais, como a conduta e os antecedentes do réu e da vítima, influenciam suas decisões.

Enfim, diante de um cenário nacional de grande turbulência política e econômica e diante de práticas justificadas pelo neoconstitucionalismo e que ganham, com grandes efeitos colaterais, dimensões populistas em face das decisões proferidas por tribunais superiores em assuntos de extrema relevância no dia a dia das pessoas, os textos ora apresentados contribuem, de alguma forma, para iluminar o paradigma crítico do atual momento.

Boa leitura a todos, é o que desejam os apresentadores!

Porto Alegre, novembro de 2018.

Profa. Dra. Miguel Tedesco Wedy – UNISINOS

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

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 INSTAURAÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA DO DIREITO PENAL ANTE O ADVENTO DA SOCIEDADE DE RISCO: UM NECESSÁRIO REEXAME DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

THE INSTITUTION OF A NEW PARADIGM OF CRIMINAL LAW DUE TO THE ADVENT OF THE RISK SOCIETY: A NECESSARY REVIEW OF THE CRIMINAL THEORY

Daniel Angeli de Almeida [1]

Resumo

A racionalidade científica sustentada pelas ciências naturais reinou na produção científica de conhecimento durante séculos, monopolizando os instrumentos para o estudo dos fenômenos naturais. Sua epistemologia influenciou a produção científica também no âmbito das ciências sociais. Contudo, o advento da pós-modernidade reestruturou as bases da sociedade e desafiou os dogmas até então impostos pelo modelo da racionalidade científica industrial. A entrada na era pós-industrial impõe mudanças em diversas áreas do conhecimento, sobretudo no Direito Penal, que se vê obrigado a rever seus princípios clássicos, a abandonar velhas verdades e adaptar-se para responder aos novos desafios da sociedade de risco.

Palavras-chave: Racionalidade científica, Sociedade de risco, Pós-modernidade, Bem jurídico penal

Abstract/Resumen/Résumé

The scientific rationality sustained by the natural sciences reigned in the scientific production of knowledge for centuries, monopolizing the instruments for the study of natural phenomena. His epistemology influenced the scientific production also in the scope of the social sciences. The advent of postmodernity restructured the foundations of society and challenged the dogmas imposed by the industrial scientific rationality model. Indeed, the entry into the post-industrial era imposes changes in several areas of knowledge, especially in criminal law, which is forced to revise its classic principles and adapt itself to respond to the new challenges of the risk society.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Postmodernity, Scientific rationality, Risk society, Criminal law

---

[1] Mestrando em Direito Público pela UFBA.

1. INTRODUÇÃO

As sociedades humanas desenvolveram, a partir da revolução científica do século XVII, o modelo da racionalidade científica como paradigma dominante da produção e gestão do conhecimento. Por muito tempo este modelo reinou, não apenas no âmbito das ciências naturais, mas também dentre as ciências humanas. Foi justamente esta linha de pensamento que gerou o que denomina de determinismo mecanicista, que consiste na possibilidade que tem o ser humano de, para além da mera observação e compreensão dos fenômenos naturais, dominá-los, produzi-los e utilizá-los para os fins que bem desejar.

O Direito Penal, pertencente à esfera das ciências sociais e humanas, não ficou de fora do âmbito de influência deste modelo de racionalidade. Pelo contrário, sofreu violenta invasão desta modalidade de pensamento e, em virtude disso, enraizou em suas bases os princípios e fundamentos que justificaram, por longos séculos, toda a produção, interpretação e aplicação das leis penais.

O mundo globalizado não influenciou apenas a dinâmica da sociedade, mas também (e sobretudo), a produção dos riscos no processo de modernização. Antes confinados ao lugar de sua produção ou mesmo aos sujeitos que se encontravam geograficamente vinculados à sua matriz produtora, os riscos da modernização passaram a veicular consequências globalizadas. Nenhum indivíduo está completamente seguro contra as ameaças produzidas na nova sociedade que se revela nas últimas décadas do século XX.

As ciências sociais, que passaram progressivamente a desvincular seus métodos daqueles utilizados pelas ciências exatas, também sofrem com a mudança da dinâmica social. Inexoravelmente, a modificação das relações sociais provoca uma profunda reestruturação das ciências que as têm como objeto de estudo. Os teóricos do Direito Penal veem-se obrigados a formular os novos contornos deste ramo jurídico, pois as antigas estruturas encontram-se desgastadas e não mais prestam para atender aos desafios que agora se apresentam.

A criminalidade enfrentada pelo Direito Penal, antes restrita às ameaças pontuais à saúde e ao patrimônio dos indivíduos, agora recebe influxos do novo modelo social globalizado. Os novos riscos ameaçam a sociedade como um todo, pois possuem potencial de afetar uma quantidade indeterminada de pessoas.

Para combater os novos riscos e trazer segurança à população, o Direito Penal ajusta suas estruturas e, a forma mais eficaz de lidar com os novos desafios passa necessariamente pela releitura da teoria do bem jurídico penal.

2. A SOCIEDADE INDUSTRIAL E A RACIONALIDADE CIENTÍFICA: OS CONTORNOS DE UM DIREITO PENAL CLÁSSICO

O que se tem entendido atualmente por paradigma dominante vai muito além da vinculação da produção científica a certos dogmas e premissas consideradas inafastáveis. A expressão ganha uma dimensão maior do que *a priori* se pode pensar. O paradigma dominante não é algo palpável ou concreto, aliás, nem sempre é facilmente reconhecível. Ele envolve a comunidade científica como um todo e não permite a produção de conhecimento em desarmonia com seu modelo. A sua força estruturante é tão relevante para o pensamento científico que a mudança paradigmática altera completamente a referência da produção científica. Thomas Kuhn (2013, p. 201), ilustrando a mudança de um paradigma, afirma que "é como se a comunidade profissional tivesse sido subitamente transportada para um novo planeta, onde objetos familiares são vistos sob uma luz diferente e a eles se apregam objetos desconhecidos".

O paradigma dominante estabelece a estrutura que rege e ordena a produção de conhecimento em determinado recorte de tempo e espaço, de forma que somente o conhecimento produzido de acordo com as suas regras epistemológicas pode ser considerado científico, e, portanto, verdadeiro. Em sentido contrário, a produção de conhecimento elaborada em desconformidade com os ditames do paradigma dominante não goza do *status* de cientificidade, estando distante do que pode ser classificado como verdade.

As sociedades humanas ocidentais que se estruturaram a partir das revoluções científicas do século XVI foram iluminadas pelo modelo de racionalidade das ciências naturais. Sob a égide deste paradigma, apenas uma forma de conhecimento (a das ciências naturais) seria capaz de produzir verdades, sendo, por isso mesmo, superior aos demais modelos de produção de conhecimento. Boaventura Sousa Santos (2003, p. 21) afirma categoricamente que "a nova racionalidade científica é também um modelo totalitário, na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas". O conhecimento verdadeiro só é alcançável quando o intérprete se baseia nas regras e princípios estatuídos pelo paradigma dominante, caso contrário, não se está produzindo ciência.

A obra de Descartes é simbólica quando se trata da necessidade de um método para a produção do conhecimento científico. Em "Regras para direção do espírito" (1999, p. 17), o autor afirma que:

> Em todo este Tratado, esforçar-nos-emos por procurar com tanto cuidado e tornar tão fáceis todas as vias abertas aos homens para o conhecimento da verdade, que quem quer que tenha perfeitamente aprendido todo o nosso método — ainda que seja o mais medíocre dos espíritos — verá que nenhuma destas vias lhe está mais vedada do que aos outros e que já nada ignora por falta de espírito ou de arte.

O modelo de racionalidade científica pretende ser a via única para alcançar a verdade: há apenas uma estrada a ser trilhada para que o conhecimento seja produzido.

O método das ciências naturais procura extrair da natureza a sua essência, isto é, visa estabelecer as leis que regem os fenômenos naturais. A extração destas verdades só é possível através dos processos de observação, medição, quantificação, classificação, e todas as categorizações que forem necessárias para que o objeto do conhecimento seja palpável, compreensível, ou, simplesmente, científico. Boaventura (2003, p. 28) afirma que "o método científico assenta na redução da complexidade. O mundo é complicado e a mente humana não o pode compreender completamente". O objetivo é transformar todo o conhecimento em migalhas para que possam ser reunidas e, assim, viabilizar a compreensão das relações existentes no todo complexo e desvendar as leis que regem a natureza.

De posse destas normas, é possível antever o resultado dos fenômenos naturais. A previsibilidade dos efeitos de determinada atividade cientificamente controlada garante ao cientista a segurança na produção do conhecimento e na obtenção do resultado esperado. A segurança e a estabilidade se tornam cânones do pensamento científico, além de pressupostos para a evolução tecnológica. A capacidade de observar os fenômenos e compreendê-los gera a capacidade de dominar a natureza e transformá-la. Boaventura (2003, p. 31) afirma que "[...] o determinismo mecanicista é o horizonte certo de uma forma de conhecimento que se pretende utilitário e funcional, reconhecido menos pela capacidade de compreender profundamente o real do que pela capacidade de o dominar e transformar". A previsibilidade e a segurança dos efeitos dos fenômenos foram circunstâncias garantidoras do surgimento, consolidação e evolução científica e tecnológica.

O apogeu da racionalidade científica é marcado pelo alto desenvolvimento industrial e tecnológico. O domínio sobre o resultado dos fenômenos permite a produção em larga escala, fortalecendo a produção industrial a ponto de estabelecer um mercado internacional. Com isso, facilita-se o acesso aos bens produzidos pela indústria e, consequentemente, há uma melhoria na qualidade e expectativa de vida das comunidades. Portanto, em virtude do desenvolvimento das ciências exatas foi possível a melhoria das condições de vida das

sociedades humanas. Estes avanços, contudo, tiveram consequências também no campo social e jurídico. Como afirma Jesús-María Silva Sánchez (2002, p. 98):

> [...] no último terço do século XIX a Europa vivenciou um fenômeno que haveria de modificar substancialmente o conceito até então vigente de Direito Penal. Como consequência da industrialização, se produziu um movimento maciço de emigração do campo para as cidades.

A estrutura dos centros urbanos não estava preparada para receber a quantidade de pessoas que buscavam melhoria da qualidade de vida através do êxodo rural. Esse fenômeno provocou o empobrecimento geral da população migrante, que não encontrava postos de trabalho suficientes para cobrir a considerável demanda que apresentava. Disso resulta a marginalização e o crescimento da criminalidade urbana, sobretudo a delinquência patrimonial (DE GIORGI, 2006, p. 41).

Nesse contexto, a manutenção da segurança pública e a estabilidade das relações patrimoniais surgem como novas tarefas do poder público. O Estado é o responsável pela manutenção do bem-estar social, devendo responder as crescentes demandas pela satisfação dos interesses sociais. As teorias do contrato social predominam, aduzindo que os indivíduos concordam em abdicar de parcela de sua liberdade para obedecer às leis e, em contrapartida, o Estado é responsável por conferir condições adequadas de vida e segurança aos particulares. O Direito Penal é chamado a intervir, já que o crescimento e a habitualidade dos delitos praticados transformam o ambiente social num campo de insegurança. Logo, o catálogo de bens jurídicos penalmente protegidos só poderia refletir aquilo que a sociedade mais buscava: a segurança individual, sobretudo a proteção da saúde e do patrimônio.

Também influenciada pela certeza científica e pelo dogma causal dos fenômenos naturais (para todo efeito se imputa uma causa), é desenvolvida a teoria analítica do crime fundada no causalismo penal. Efetivamente, o dogma causal estabeleceu, no campo do Direito Penal, a teoria causalista da ação, segundo a qual a ação é o movimento humano voluntário produtor de uma modificação no mundo exterior. O livre-arbítrio era o fundamento da culpabilidade, já que o executor do delito poderia optar, dentre as diversas condutas possíveis, pelo caminho da licitude.

Paralelamente, a teoria absoluta da pena, então vigente no Direito Penal, não se mostra mais adequada para justificar a responsabilidade do infrator. Com efeito, dita teoria encara a sanção penal como mera retribuição do injusto provocado: a pena é um mal necessário. Pune-se porque pecou (*Punitur quia peccatum est*). Esta orientação, oriunda do

direito canônico, sucumbe ante o fortalecimento do Estado e das doutrinas do contrato social. Não é mais o pecado o fundamento da pena, mas sim a quebra do pacto social, consubstanciado nas leis penais. Portanto, outros devem ser os fins perseguidos pela aplicação das penas. Surge então, nas palavras de Silva Sánchez (2002, 99), "a concepção da pena funcional". Trata-se, em apertada síntese, da finalidade preventiva da pena, consubstanciada na prevenção especial (voltada para o criminoso) e prevenção geral (voltada para a sociedade).

No que se refere à concepção da prevenção geral, a pena funcionaria como uma intimidação geral, ou seja, uma coação psicológica exercida contra a comunidade para impedir que os indivíduos praticassem novos crimes, ante a certeza e gravidade da pena. Contudo, Gustavo Osna (2008, p. 264) adverte que:

> Em um raciocínio lógico-dedutivo, poder-se-ia afirmar, então, que, aceita a pena como uma prevenção geral negativa, voltada ao desestímulo de condutas delituosas, agravar as sanções penais corresponderia a aumentar o temor existente na sociedade e, por consequência, reduzir a quantidade de condutas lesivas à ordem jurídica. Essa engrenagem pode parecer perfeita, e o questionamento sobre as melhorias a serem trazidas pelo asseveramento das penas solvido. Não se trata, entretanto, da realidade.

A construção de uma teoria da pena baseada na prevenção, bem como o surgimento de uma teoria do delito fundada no causalismo, possibilitaram uma significativa evolução nas ciências penais. Certamente, o final do século XVIII consagrou o aparecimento do Direito Penal como se conhece atualmente. As revoluções liberais assentaram as bases para a criação dos princípios reitores do Direito Penal, que, assim como a teoria do bem jurídico, possuíam feição individual e patrimonialista.

Logo de partida, fundamental é ressaltar o princípio da legalidade, marco fundante do Direito Penal e consequência imediata do positivismo jurídico-penal. Nilo Batista (2007, p. 65) explica que o referido princípio, "a um só tempo garantia o indivíduo perante o poder estatal e demarcava este mesmo poder como o espaço exclusivo da coerção penal", e ainda salienta que o princípio da legalidade, consubstanciado na máxima "nullum crimen nulla poena sine legem", "constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo". A racionalidade do Direito Penal, cânone do racionalismo científico, é materializada através do princípio da legalidade, que espalha suas ramificações (subprincípios) por toda a ordem jurídico-penal, dentre as quais é possível citar: a proibição da retroatividade da lei penal; a proibição de criação de crimes pelo costume ou por analogia; e a proibição de incriminações vagas ou indeterminadas (BATISTA, 2007, p. 68-77).

Outro princípio gestado pelas revoluções liberais burguesas foi o da intervenção mínima, que diz ser o Direito Penal a *ultima ratio* de proteção dos bens jurídicos, isto é, funciona como soldado de reserva, pois só deve intervir nos casos de ofensas graves aos bens jurídicos tutelados. "Ao princípio da intervenção mínima se relacionam duas características do direito penal: a *fragmentariedade* e a *subsidiariedade*" (BATISTA, 2007, p. 85). A subsidiariedade do Direito Penal faz com que este ramo jurídico somente seja utilizado quando todos os outros meios de se solucionar o conflito tornem-se ineficientes. A intervenção penal é sempre a derradeira, justamente em razão do elevadíssimo grau de intervenção na esfera de liberdade do indivíduo. A fragmentariedade, por sua vez, evita que o Direito Penal lide com migalhas, com fatos de pouca relevância, isto é, impõe seja feita uma seleção de quais os bens jurídicos serão tutelados criminalmente.

Por fim, mas não esgotando os princípios penais clássicos, o princípio da lesividade exige, para a intervenção penal, a alteridade ou exterioridade da lesão ao direito. Não cabe ao Direito Penal preocupar-se com meras cogitações, pensamentos não exteriorizados ou condições existenciais. A mão forte sancionadora somente incide sobre condutas efetivamente ofensivas a bens jurídicos tutelados. É necessário que a conduta criminosa se exteriorize e produza um resultado lesivo para que haja intervenção penal. Como se pode perceber, o Direito Penal clássico não se coaduna com crimes de perigo, mormente os de perigo abstrato, que sequer expõem o bem jurídico a risco concreto de lesão.

Os princípios acima analisados delinearam a fase clássica do Direito Penal, que acompanhou toda a evolução da sociedade industrial até o final do século XX, dirigida pelas regras epistemológicas da racionalidade científica.

Entretanto, o raciocínio científico baseado na estabilidade das reações e na possibilidade de domínio dos fenômenos, tal qual formulado pelas ciências naturais, não ficou confinado ao Direito Penal, ele foi transportado para o campo das ciências sociais como um todo, com o objetivo claro de antever e controlar os fenômenos sociais. Não por outro motivo, Émile Durkheim (2004, p. 49) estabelece regras a respeito dos fatos sociais, sendo que "A primeira regra e a mais fundamental é: considerar os factos sociais como coisas".

A pretendida objetivização do fato social encontra obstáculos no percurso, dentre os quais Boaventura (2003, p. 36) adverte que "as ciências sociais não podem estabelecer leis universais porque os fenômenos sociais são historicamente condicionados e culturalmente

determinados". E prossegue, afirmando que "as ciências sociais não são objectivas porque o cientista social não pode libertar-se, no acto de observação, dos valores que informam a sua prática em geral e, portanto, também a sua prática de cientista". A utilização emprestada dos métodos criados para as ciências naturais provocou, no campo das ciências humanas, um atraso histórico na produção científica.

Justamente para escapar do atraso proporcionado pela utilização emprestada do método das ciências naturais, surgiu dentre os cientistas sociais uma nova concepção, segundo a qual as ciências sociais dispunham de um estatuto metodológico próprio. Boaventura (2003, p. 38) explica que "a ciência social será sempre uma ciência subjetiva e não objetiva como as ciências naturais", o que faz necessária a utilização de regras epistemológicas autônomas. Seguindo esta linha de pensamento, surgiu a chamada fenomenologia, afirmando que o conhecimento é sempre parcial, subjetivo, e nunca total, objetivo: a ciência é historicamente determinada. Neste sentido, Husserl (2006, p. 163) afirma que:

> É apenas preconceito que induz em erro achar que a metodologia das ciências a priori dadas historicamente, que são inteiramente ciências ideais exatas, tenha de ser, sem mais, nem menos, modelo para cada nova ciência e, mais ainda, para nossa fenomenologia transcendental – como se pudesse haver somente ciências eidéticas de um único tipo metódico, o da 'exatidão'. A fenomenologia transcendental, como ciência de essências descritiva, pertence, porém, a uma classe fundamental de ciências eidéticas totalmente diferente das ciências matemáticas.

A tentativa de divórcio epistemológico efetuada pela fenomenologia de Husserl, malgrado não tenha obtido êxito em separar-se completamente do pensamento racionalista científico, é capaz de demonstrar, nas palavras de Boaventura (2003, p. 40), "um sinal de crise", de forma que apresenta alguns dos componentes de transição para outro paradigma científico. Esses sinais de crise se ampliaram com a chegada do século XX, sobretudo com as doutrinas fenomenológicas surgidas a partir da obra de Edmund Husserl.

Este novo ponto de vista aos poucos vai rasgando a racionalidade científica baseada no dualismo sujeito/objeto, natureza/cultura ou, ainda, homem/animal. O conhecimento deixa de ser apanhável, e passa a ser simplesmente vivificado, presenciado, sentido.

As teorias acima referidas, bem como outros pensamentos elaborados mais recentemente, demonstram que a racionalidade científica típica das ciências naturais, que tem por característica a separação estanque entre sujeito e objeto, vem sendo questionada progressivamente. Já não é possível, nem mesmo cientificamente aceitável, propor uma linha de raciocínio científico em que o objeto a ser estudado encontre-se num ambiente

hermeticamente fechado, sem influências externas. O que se vê atualmente é o reconhecimento da inseparabilidade entre sujeito e objeto, pois o primeiro só consegue observar o segundo a partir do seu ponto de vista histórico. Já não se produz conhecimento com base no determinismo mecanicista: não é possível dominar o objeto de estudo, pois ele influencia o cientista e por ele é influenciado. Este novo modelo de pensamento científico afasta a segurança e previsibilidade tão desejadas pelo modelo da racionalidade científica moderna, pondo em cheque sua permanência como paradigma dominante.

Todas estas repercussões demonstram que o paradigma científico surgido em meados do século XVI e consolidado com a revolução liberal burguesa do século XVIII está, atualmente, em grave decadência. A era em que se vive hoje é marcada pela transição paradigmática, isto é, pela ascensão de um novo paradigma científico, denominado de paradigma da pós-modernidade, que traz consigo um complexo de novas características e princípios. Esta transição faz com que o Direito Penal sofra graves modificações na sua estrutura principiológica e, sobretudo, no catálogo de bens jurídicos tutelados, surgindo a necessidade de se rever a clássica teoria do bem jurídico.

3. O ADVENTO DA PÓS-MODERNIDADE E A SOCIEDADE DE RISCO

A humanidade atravessou vários séculos sob a égide do paradigma da racionalidade científica, período em que se produziram tecnologias que revolucionaram os mais variados campos do conhecimento, abrangendo tanto as ciências exatas como as ciências sociais. A sociedade que hoje se desenha possui uma estrutura distinta da sociedade industrial. A modernidade vai abandonando os contornos do paradigma industrial para estabelecer um novo modelo, chamado por Ulrich Beck (2011) de sociedade de risco.

As características da nova sociedade são uma decorrência do avançado estado de industrialização provocado pelo paradigma da racionalidade científica. María José Jiménez Díaz (2014, p. 08:2) esclarece os contornos da nova dinâmica social:

> Esta sociedade se caracteriza fundamentalmente por sua complexidade, transnacionalidade, dinamismo em sua economia, multiplicidade de interconexões causais e a existência de um alto grau de intervenção de coletivos. Em suma, uma sociedade na qual os avanços científicos e tecnológicos, assim como o fenômeno da globalização, entre outros fatores, favorecem o surgimento de novos perigos frente aos quais o cidadão comum se sente ameaçado (por exemplo, aqueles derivados do uso da energia nuclear). (tradução nossa)

O próprio processo de modernização produz efeitos colaterais latentes, denominados riscos. Para Beck (2011, p. 23) "na modernidade tardia, a produção social de *riqueza* é

acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos". A grande tônica do processo de modernização deixa de ser a legitimação da acumulação desigual de riquezas, típica da sociedade industrial, e passa a ser a legitimação do progresso através do isolamento dos riscos produzidos no próprio processo de modernização.

A sede irrefreável pela modernização não encontra obstáculos instransponíveis, muito pelo contrário, cada novo obstáculo deve ser sempre superado para que se viabilize a continuidade da modernização, ainda que essa superação faça surgir efeitos colaterais. A produção de riscos, por ser um efeito colateral inerente ao processo de modernização, deve ser sistematicamente justificada e isolada de modo a não impedir a continuidade do procedimento. Neste aspecto, Zygmund Bauman (2001, p. 40) concorda, ao afirmar que "a sociedade que entra no século XXI não é menos 'moderna' que a que entrou no século XX; o máximo que se pode dizer é que ela é moderna de um modo diferente".

Mas quais características teriam estes novos riscos, capazes de causar tamanha destruição, que já não teriam sido enfrentadas pelos cientistas? Os riscos desde sempre existiram e constituíram efeitos colaterais do progresso, no entanto, a humanidade sempre conviveu com eles e nunca foi ameaçada de extinção. Entretanto, os riscos produzidos pela sociedade pós-industrial são qualitativamente diferentes dos riscos outrora produzidos pela sociedade industrial. A mudança substancial é resultado, sobretudo, do fenômeno da globalização, que, ao mesmo tempo em que integra toda a sociedade mundial aos benefícios produzidos pela revolução tecnológica, gera riscos que possuem uma dimensão igualmente global. Beck (2011, p. 26) explica que:

> Os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, portanto, de seus equivalentes medievais [...] fundamentalmente por conta da globalidade de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas modernas. São riscos de modernização. São um produto de série do maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior. [...] eles ameaçam a vida no planeta, sob todas as suas formas.

De fato, o fenômeno da globalização altera significativamente a compreensão do alcance e da potencialidade dos riscos produzidos. A principal consequência deste fenômeno, qual seja, a diluição das fronteiras entre as nações, faz com que as ameaças vividas por um Estado não fiquem confinadas apenas em seu território. Ao contrário, podem ser sentidas regionalmente e, não raro, mundialmente. Os indivíduos passam a enfrentar não apenas os riscos produzidos localmente, mas também aqueles gerados numa escala global. É que apesar de estarem longe do epicentro de gênese do risco, seus efeitos podem alcançá-los na outra face do planeta.

Paulo Silva Fernandes (2001, p. 42), a partir de uma perspectiva da sensação de insegurança dos indivíduos, ressalta que:

> Cada vez mais os acontecimentos do dia-a-dia numa parte do mundo são influenciados pelo que acontece na outra, o que desde logo parece induzir no cidadão médio uma sensação de falta de domínio do curso dos acontecimentos, o que não pode senão resultar em multiplicação dos sentimentos de insegurança.

Percebe-se, então, que a antiga segurança e previsibilidade prometidas pela sociedade industrial, tributária da certeza científica proporcionada pelo paradigma das ciências naturais, passam a ser vulneradas e transformadas em incerteza e imprevisibilidade, que, por sua vez, geram insegurança, em razão do fenômeno da globalização das ameaças.

Com efeito, a imprevisibilidade do alcance dos riscos é tamanha que ninguém está a salvo dos seus efeitos deletérios. Até mesmo os próprios criadores dos riscos não estão imunes às consequências que podem ser geradas a partir da sua concretização. Beck (2011, p. 44) dá a esse fenômeno o nome de *efeito bumerangue*, estabelecendo uma democratização dos riscos, já que "cedo ou tarde, eles alcançam inclusive aqueles que os produziram ou que lucraram com eles. Em sua disseminação, os riscos apresentam socialmente um efeito bumerangue: nem os ricos e poderosos estão seguros diante deles".

Na medida em que se consolida a sociedade de riscos, cristalizam-se as inseguranças provocadas por este novo paradigma. A sociedade de riscos é também a sociedade da insegurança, na forma como sugere Paulo Silva Fernandes (2001, p. 45): "se vivemos em (sociedade do) risco, também se poderá dizer que vão-se assumindo os contornos de uma sociedade da insegurança: é precisamente esta que caracteriza o ser dos nossos tempos". A sensação de insegurança gera para os indivíduos novas necessidades, dentre as quais necessidades de segurança, de previsibilidade, de estabilidade. A nova sociedade de riscos, para manter-se ativa e operante, oferece aos indivíduos um mercado de instrumentos contra os riscos por ela criados.

Este, de fato, é um fenômeno que se repete a cada ascensão de um novo paradigma. Afinal, um paradigma que se pretende dominante deve ser capaz de se autossustentar, ou seja, deve ser capaz de criar mecanismos próprios para justificar suas falhas e conviver com elas, e até mais: lucrar com elas. Essa é a tônica das revoluções científicas, segundo o pensamento de Thomas Kuhn (2013, p. 180), ao afirmar que "quando os paradigmas participam [...] de um debate sobre a escolha de um paradigma, seu papel é necessariamente circular. Cada grupo utiliza seu próprio paradigma para argumentar em favor desse mesmo paradigma". O paradigma da sociedade de riscos, portanto, ao mesmo tempo em que cria novas necessidades

de segurança, também apresenta as soluções para estas novas demandas. Cria-se, assim, um mercado do risco, onde atuam indivíduos que oferecem produtos para a inocuização dos riscos produzidos pelo progresso da modernidade tardia.

A nova dinâmica da sociedade de risco é demonstrada por Ulrich Beck (2011, p. 56), pois "os riscos não são nesse caso apenas riscos, são também oportunidades de mercado. É precisamente com o avanço da sociedade de risco que se desenvolvem como decorrência as oposições entre aqueles que são afetados pelos riscos e aqueles que lucram com eles". Neste novo contexto de mercantilização do risco, o melhor instrumento para a proteção contra as ameaças produzidas é a informação. A maneira mais eficiente de se proteger dos riscos é conhecê-los e saber como evitá-los. Surgem, assim, atores sociais que forjam conhecimentos acerca do risco e aqueles que disseminam este conhecimento. Não por outro motivo, Beck (2011, p.56) afirma que "a sociedade do risco é, nesse sentido, também a sociedade da ciência, da mídia e da informação".

O risco produzido pela sociedade pós-industrial só pode ser combatido através da informação. Isso porque estes novos riscos não são tangíveis, não são perceptíveis pela experiência primária. Os novos riscos são invisíveis, abstratos, ubíquos, isto é, estão em todo lugar e ao mesmo tempo. Não se pode percebê-los, nem sequer senti-los, mas apenas sabe-se que eles existem. Paulo Silva Fernandes (2001, p. 62) afirma que na sociedade de risco existem "perigos (leia-se riscos) invisíveis, incertos na sua verificação, estanhos à compreensão (não só) do senso comum, uma vez que não são facilmente decifráveis ou compreensíveis". Comportam-se desta maneira os riscos relacionados ao meio ambiente, tais como a ruptura da camada de ozônio ou a contaminação dos alimentos por agrotóxicos.

A imperceptibilidade dos riscos faz com que eles tenham que ser anunciados pelos cientistas responsáveis pela sua medição. O que antes eram fenômenos controlados pelos humanos, agora se revelam riscos instáveis e passíveis de atingir uma vasta quantidade de indivíduos. Neste contexto, os cientistas têm legitimidade não apenas para anunciar os riscos, mas também os mecanismos que devem ser adotadas para proteção. Portanto, a cientificização do risco gera consigo a comercialização do risco. Para Beck (2011, p. 67)

> Diferente das necessidades, os riscos podem não apenas ser invocados (por meio da publicidade etc.), prorrogados de modo a favorecer as vendas, em resumo: manipulados. Por meio de definições cambiantes de riscos, podem ser geradas necessidades inteiramente novas – e por decorrência, mercados inteiramente novos.

A situação do mercado de riscos muda completamente quando ocorre um erro de diagnóstico a respeito do risco. O que antes era disseminado com valores positivos e gerava

enormes lucros para os seus responsáveis pode, do dia para a noite, transformar-se numa catástrofe de dimensões continentais. A concretização do risco acarreta consequências das mais variadas, desde a queda de ações no mercado de bolsas de valores até a migração de populações inteiras de um continente para outro. Neste momento, a grande mídia tem o dever de justificar o ocorrido, uma vez que todo o procedimento deveria estar sendo fiscalizado segundo os modernos padrões técnicos de aferição do risco. Beck (2011, p. 38) explica como se dá o processo de distribuição das responsabilidades na sociedade de risco:

> Para onde quer que aponte o holofote que rastreia causas, irrompe o fogo, por assim dizer; é preciso que os 'bombeiros argumentativos', rapidamente mobilizados e parcamente equipados, apaguem e salvem, com um forte jato de contrainterpretação, o que ainda der para apagar e salvar. Quem quer subitamente se veja exposto no pelourinho da produção de riscos, acabará refutando, na medida do possível, com uma 'contra-ciência' paulatinamente institucionalizada em termos empresariais, os argumentos que o prendem ao pelourinho, trazendo outras causas e portanto outros réus à tona. A imagem diversifica-se. O acesso à mídia torna-se crucial.

Cria-se uma necessidade de se atribuir a alguém a responsabilidade pela efetivação do risco indesejado. Contudo, em função do caráter difuso do risco produzido, típico da globalização, torna-se extremamente difícil encontrar o bode expiatório para ser responsabilizado. Como encontrar responsabilidades individuais frente a acontecimento provocados por uma coletividade? E mesmo quando se encontra um responsável pela cadeia de acontecimentos desastrosos, figura-se complicado atribuir-lhe a culpa através dos instrumentos e regras que as ciências jurídicas oferecem. Os bens jurídico-penais protegidos pelas legislações clássicas do Direito Penal são capazes de lidar com os novos riscos criados pela modernização tardia?

O caráter essencialmente patrimonialista do Direito Penal clássico já não pode oferecer respostas às novas realidades criadas pelo advento da chamada pós-modernidade. Faz-se necessária, portanto, uma completa transformação da estrutura do Direito Penal e Processual Penal para que estas ciências possam acompanhar o novo modelo de sociedade de risco. As ciências jurídico-penais tornam-se um campo fértil para o aparecimento de um novo paradigma. Esse novo paradigma será estudado no próximo capítulo.

4. O DIREITO PENAL DA PÓS-MODERNIDADE E O SURGIMENTO DE UM NOVO VIÉS PUNITIVO

Em primeiro lugar, é importante lembrar que o novo paradigma que se forma no Direito Penal ainda não está consolidado. A nova estrutura social aos poucos vai

transformando os institutos jurídico-penais para adaptá-los à realidade. A passagem para um novo paradigma é lenta e gradual, praticamente imperceptível aos olhos dos menos atentos. A sociedade de risco ainda está se estabilizando no plano sociológico, fincando suas características essenciais e, com isso, influenciando as transformações das ciências que lhe são correlatas.

Os manuais científicos vão sendo atualizados para abranger os novos problemas surgidos com a adesão ao novo paradigma, bem como vão sendo substituídos os instrumentos disponíveis para solucionar os antigos problemas. Thomas Kuhn (2013, p. 237) ilustra esta passagem, afirmando que "num processo frequentemente comparado à adição de tijolos a uma construção, os cientistas juntaram um a um os fatos, conceitos, leis ou teorias ao caudal de informações proporcionado pelo manual científico contemporâneo".

O Direito Penal não passa incólume pela mudança estrutural da sociedade. A percepção de que a sociedade industrial começa a produzir efeitos colaterais danosos, capazes de afetar a humanidade em escala global, exige que as ciências jurídicas adaptem seus institutos e teorias para a nova realidade. Para Ulrich Beck (2011, p. 62) "o direito ajusta suas velas – de modo algum voluntariamente, e sim com o vigoroso apoio das ruas e da política – na direção em que sopra o vento". Assim, são sentidas também na seara jurídico-penal as mudanças nas estruturas sociais.

Tais mudanças são efetuadas com o fito de alinhar o Direito Penal às exigências práticas do combate à nova criminalidade que surge com o advento da sociedade pós-industrial. Não adiantaria reformulações meramente teóricas, se estas fossem incapazes de responder às demandas inéditas que o novo modelo social impõe. Jesús-María Silva Sanchéz (2002, p. 76) alerta que "a globalização dirige ao Direito Penal demandas fundamentalmente práticas, no sentido de uma abordagem mais eficaz da criminalidade". A principal consequência deste fenômeno é o abandono do determinismo mecanicista, pois já não há domínio do homem sobre os acontecimentos naturais ou sociais, há sim uma exigência de adaptação à nova realidade imposta ao sistema jurídico-penal.

A passagem para uma sociedade caracterizada pela insegurança generalizada faz com que os cidadãos reclamem do Estado uma postura de combate à insegurança e exijam o fornecimento de mecanismos de prevenção frente aos riscos. Cresce progressivamente a necessidade de novos instrumentos para combater os riscos. O Direito Penal é chamado para entrar em campo em meio a instabilidade das relações de uma sociedade insegura. Para Silva Sánchez (2002, p. 41), "em uma sociedade que carece de consenso sobre valores positivos,

parece que corresponde ao Direito Penal *malgré lui* a missão fundamental de gerar consenso e reforçar a comunidade". O Direito Penal, tradicionalmente caracterizado por ser o soldado de reserva, a *ultima ratio* de proteção dos bens jurídicos, passa a ser o principal instrumento de combate aos riscos criados pela sociedade pós-moderna.

Os novos riscos têm a característica marcante de afetar a coletividade como um todo. Eles ameaçam a própria existência da humanidade. Este caráter supraindividual dos novos riscos demanda proteção através da criação de novos bens jurídicos, também de caráter supraindividual. A essência patrimonial e individualista do Direito Penal clássico já não é capaz de responder às novas ameaças produzidas. É necessário um novo catálogo de bens jurídicos, baseados sobretudo na supraindividualidade das ameaças. A primeira grande transformação jurídico-penal proporcionada pela sociedade de risco é a criação de novos tipos penais que protegem bens jurídicos supraindividuais. Nesse contexto, é possível observar a proliferação de legislações protetivas do meio ambiente, do sistema econômico-financeiro, da saúde pública, do mercado de consumo, da paz pública, dentre outras.

Além da supraindividualidade dos novos bens jurídicos penalmente protegidos, também se afigura presente uma característica importante dos novos conteúdos tutelados: a artificialidade. Os novos modelos de relações travados na pós-modernidade, sobretudo a comunicação virtual, demandam instrumentos totalmente novos para sua proteção. A tônica da sociedade de risco adere a um modelo fundado na ubiquidade, no qual o indivíduo pode estar presente em qualquer lugar do mundo através da internet, e por isso o elenco de bens jurídicos vai se alterando. A nova criminalidade também acompanha as revoluções tecnológicas, dentre as quais pode-se citar a ciberdelinquência, propugnada por Silva Sánchez (2002, p. 28):

> O progresso técnico dá lugar, no âmbito da delinquência dolosa tradicional [...], a adoção de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos; assim mesmo, surgem modalidades delitivas dolosas de novo cunho que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia. A criminalidade, associada aos meios informáticos e à internet (a chamada ciberdelinquência), é, seguramente, o maior exemplo de tal evolução.

Este fenômeno não se resume ao surgimento de novos bens jurídicos. Até mesmo os tradicionais bens jurídicos vão sofrendo uma transformação para adquirir uma nova roupagem. As velhas modalidades delituosas agora são praticadas por intermédio de novos instrumentos disponibilizados pelo avanço tecnológico. O patrimônio, por exemplo, tradicional bem jurídico protegido pelo Direito Penal, ganha novos meios de ser vulnerado, máxime pela crescente possibilidade de se efetuar operações bancárias por meio da internet. Uma rápida análise nos crimes elencados no Código Penal brasileiro e na legislação penal

extravagante já permite identificar um catálogo substancialmente renovado de bens jurídico-penais protegidos.

Nesse sentido, os crimes contra a honra (calúnia e difamação), por exemplo, ganham especial poder de disseminação quando executados por intermédio da rede mundial de computadores. Da mesma forma, a apologia ao crime, os delitos de preconceito, a pedofilia, a divulgação de material confidencial, entre outros, são delitos que, se cometidos pelos novos sistemas de comunicação, ganham uma notável amplitude em relação ao alcance e à potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado.

Além da atualização da lista de tipos penais, a supraindividualidade e a artificialidade dos novos bens jurídicos fazem com que seja extremamente dificultosa a imputação de responsabilidade aos causadores dos danos. A própria lesão provocada pela prática do delito não é mais perceptível. Dada a artificialidade do bem jurídico protegido, a lesão provocada certamente será do mesmo modo artificial, presumida. Como estabelecer a culpabilidade do agente em condutas que não ocasionam um resultado material? Para responder a esta nova formulação de bens jurídicos, tornou-se necessária a opção do legislador pela criação dos chamados delitos de perigo.

Os crimes de perigo diferem dos crimes de dano porque dispensam uma lesão efetiva ao bem jurídico tutelado. A mera probabilidade de lesão, criada pela prática de uma conduta abstratamente arriscada, já é suficiente para a consumação do injusto penal. Dentre os crimes de perigo, existem aqueles que expõem o bem jurídico a um risco concreto de lesão através da conduta arriscada, chamados de crimes de perigo concreto; e existem aqueles em que a mera prática da conduta prevista no tipo objetivo já é penalmente relevante, sendo desnecessário que o bem jurídico tenha sido concretamente exposto a perigo, chamados de delitos de perigo abstrato. Nestes últimos, a periculosidade da conduta é determinada *ex ante*, por opção legislativa.

A opção legislativa pela criação dos modelos de tipos penais acima apresentados tem uma clara consequência prática: a criminalização de atos preparatórios ao invés de atos executivos. O excessivo número de novos tipos penais de perigo abstrato demonstra a intenção do legislador de antecipação da intervenção penal para o momento anterior à efetiva prática do delito, a fim de conferir proteção eficiente aos bens jurídicos. Doravante, afasta-se substancialmente o clássico princípio da ofensividade, que exige o efetivo dano ao bem jurídico tutelado, em nome do (sub)princípio da vedação à proteção insuficiente, extraído do princípio (postulado) da proporcionalidade.

Paulo Silva Fernandes (2001, p. 86) resume esta nova política criminal assumida pela sociedade de risco:

> [...] a proteção deve ser conferida na óptica de bens jurídicos mais ou menos vagos e supraindividuais, com recurso a crimes de perigo (nomeadamente abstracto), em função a dotar o direito penal de respostas aos novos desafios da sociedade de risco, antecipando a tutela de bens e flexibilizando categorias, tais como as da imputabilidade, da culpa, do dolo, etc..

Seguindo esta trilha, a solução encontrada pelo Direito Penal para enfrentar a dita criminalidade contemporânea passa pela flexibilização das categorias da teoria do delito. Seria extremamente difícil para o Direito punitivo o enfrentamento dos novos modelos de delitos através das regras clássicas das ciências penais. Silva Sánchez (2002, p. 69) expõe a problemática de forma lúcida:

> [...] desde a presunção de inocência e o princípio de culpabilidade, assim como as regras do devido processo e a jurisdicionalidade, passando pela totalidade dos conceitos da teoria do delito, os princípios do Direito Penal em conjunto são contemplados como sutilezas que se opõem a uma solução real dos problemas.

A mudança na concepção do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal acarreta mudanças estruturais na teoria do delito. Não é suficiente, portanto, a criação de novos bens jurídicos e a releitura daqueles já existentes. Faz-se necessário, para a proteção adequada da comunidade, a reestruturação da Parte Geral do Código Penal.

Claus Roxin ensina que a função do Direito Penal é a efetiva proteção de bens jurídicos, que são, segundo o mesmo autor (2014, p. 47), "dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo, para a realização de seus direitos fundamentais ou para o funcionamento de um sistema estatal baseado nessas finalidades". Sendo assim, uma mudança tão profunda na concepção de bens jurídicos, como a ocasionada pelo advento da pós-modernidade, necessariamente enseja uma transformação estrutural nos institutos penais, já que estes estavam condicionados à proteção de um modelo distinto de bens jurídicos.

Por fim, saliente-se que, em função dos influxos que sofre o Direito Penal a partir do advento da sociedade de risco, foram surgindo teorias que se recusam a modificar a qualidade do bem jurídico penalmente protegido, de forma que o combate aos novos riscos deveria ser feito por outro ramo do direito. O Direito Penal não deveria desfigurar seus institutos a fim de responder às demandas de uma nova sociedade baseada nos riscos. Segundo esta vertente, o Direito Penal clássico já possui os mecanismos adequados para controle e resposta à criminalidade, não necessitando de transformações para se adequar às novas exigências da sociedade de risco. Os bens jurídicos tradicionais não necessitariam de atualização, pois já refletem os interesses sociais mais importantes e resguardam a segurança e estabilidade da

comunidade. Eventuais novas demandas apresentadas não deveriam ser trazidas para o campo jurídico-penal, pois podem ser eficazmente solucionadas por outros ramos do direito, ou mesmo através da criação de um novo ramo, diferente do Direito Penal, como o Direito de Intervenção. Assim, estaria garantida a estrutura original do Direito Penal e, ao mesmo tempo, poderia ser emitida uma resposta razoável às novas demandas.

O Direito de Intervenção seria basicamente um ramo intermediário entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador, já que não aplicaria penas de prisão em suas condenações, contudo, as garantias processuais seriam reduzidas a fim de homenagear a celeridade do procedimento e a possibilidade de negociação dos termos da punição.

A teoria que ganha mais afeição do público, talvez por apresentar respostas mais práticas aos desafios, é a corrente de cariz expansionista, segundo a qual o Direito Penal deve reestruturar seus institutos para garantir que as novas demandas sociais sejam eficazmente respondidas, ainda que isso resulte numa desfiguração do Direito Penal clássico e das garantias penais e processuais conquistadas com as revoluções liberais. Dentre os defensores desta vertente, pode-se citar Jesús-María Silva Sánchez (2002, p. 148), que defende uma readaptação do Direito Penal através da sua divisão em três velocidades distintas:

> Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal 'da prisão', na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção.

Silva Sánchez (2002, p. 148) continua, afirmando que é necessária uma terceira velocidade do Direito Penal, esta destinada a combater a delinquência de maior gravidade, a qual combinaria a pena de prisão, típica da primeira velocidade, com a flexibilização das garantias político-criminais, característica da segunda velocidade. A concepção de uma terceira velocidade do Direito Penal, na forma preconizada por Silva Sanchéz, guarda um estreito vínculo com a noção de direito penal do inimigo, defendida por Gunther Jakobs, vinculação reconhecida até mesmo pelo próprio autor (2002, p. 149): a terceira velocidade do Direito Penal "guarda uma estreita relação com o denominado, a partir da difusão dessa terminologia por Jakobs, "Direito Penal do inimigo" (*Feindstrafrecht*), que se contrapõe ao dos cidadãos (*Burgerstrafrecht*)".

Silva Sanchéz afirma que o Direito Penal de terceira velocidade seria um instrumento emergencial utilizado temporariamente para situações de grande instabilidade política, ou

seja, seria uma medida típica de um estado de exceção. Na concepção do referido autor (2002, p. 150):

> [...] convém ressaltar que o Direito Penal de terceira velocidade não pode manifestar-se senão como o instrumento de abordagem de fatos 'de emergência', uma vez que expressão de uma espécie de 'Direito de guerra' com o qual a sociedade, diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação.

Entretanto, Silva Sanchéz parece esquecer que os elementos de uma sociedade de risco anunciam a entrada num estado de exceção permanente, devido à existência de uma sensação de insegurança generalizada. A falácia de um Direito Penal de terceira velocidade não seria bem vinda sequer pelo próprio idealizador da sociedade de risco, Ulrich Beck (2011, p. 96), que afirma que: "A sociedade de risco não é, portanto, uma sociedade revolucionária, mas mais do que isto: uma sociedade catastrofal. Nela, o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade". Desta forma, este Direito Penal excepcional, na forma preconizada pelo autor, tenderia a se perpetuar nas estruturas de uma sociedade caótica, lastreada na produção e isolamento de riscos potencialmente capazes de destruir de toda a humanidade.

5. CONCLUSÕES

Lidar com novos problemas é, por si só, um grande problema enfrentado pela humanidade. Não só porque os novos problemas se acumulam aos antigos que já estão sendo combatidos, mas porque "novos" problemas demandam novas soluções, e, por vezes, novos instrumentos para solvê-los. O aparecimento dos novos problemas derivados do advento da sociedade de risco teve como grande desafio para o Direito Penal a criação de novos instrumentos para combatê-los. O ponto chave para solucionar as novas demandas perpassa pela releitura da teoria do bem jurídico.

Com efeito, o Direito Penal moderno tem como função primordial a proteção exclusiva de bens jurídicos. Esta missão faz do Direito Penal um instrumento de proteção de bens jurídicos. Mas não é todo e qualquer bem jurídico que tem idoneidade para ser objeto de proteção do Direito Penal. A teoria jurídico-criminal se estrutura a partir de princípios e características que fundamentam a proteção de apenas alguns bens jurídicos, aqueles mais importantes para a convivência em sociedade e manutenção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Esta é a concretização do princípio da intervenção mínima.

O aparecimento de novos riscos, contudo, obumbra o clássico princípio jurídico-penal da intervenção mínima. Os novos riscos produzem uma sensação de insegurança

generalizada e, consequentemente, demandam a utilização de instrumentos altamente invasivos para que seja reconquistada a normalidade e a segurança. O Direito Penal é chamado para intervir ordinariamente, e não extraordinariamente, como de costume.

Por outro lado, os novos riscos possuem feição internacionalizada, como decorrência direta da globalização das ameaças. A concretização de riscos tem o potencial de afetar uma infinidade de indivíduos, declarando a sua supraindividualidade. O Direito Penal, portanto, ajusta suas velas, propugnando a criação de novos bens jurídicos, de cariz essencialmente supraindividual.

Não obstante, as novas relações globalizadas caracterizam-se pela artificialidade, ou seja, pela virtualidade. A internet revoluciona as comunicações e permite a prática de uma infinidade de novos crimes, ou até mesmo de crimes já conhecidos, mas desta vez por meio de um terreno inédito. O Direito Penal, mais uma vez, reestrutura-se, de forma a criar bens jurídicos de caráter também artificiais, desmaterializando o conteúdo do bem jurídico. Da mesma forma, devido à ausência de materialidade do bem jurídico, este não pode ser fisicamente violado, isto é, não é possível produzir-se um resultado material, portanto, são modificadas as regras de consumação dos tipos penais, com o aparecimento e consolidação de inúmeros tipos penais de perigo abstrato, que inexigem sequer risco concreto ao bem jurídico tutelado. Abandona-se, portanto, o clássico princípio da ofensividade.

Vê-se que o movimento de reestruturação do Direito Penal nasce de uma exigência prática, e não meramente teórica, para viabilizar a própria proteção da sociedade. É inegável que mudanças na estrutura do Direito Penal são estritamente necessárias para acompanhar a evolução social. Contudo, estas mudanças devem ser feitas paulatinamente, sem olvidar as regras já estatuídas e conquistadas através de antigas revoluções. Não é possível abandonar direito fundamentais já conquistados em nome de uma maior proteção da sociedade. Sendo assim, a expansão do Direito Penal é desejada e eficaz para conter os novos riscos, mas deve ser feita dentro de balizas já estabelecidas pelos direitos já conquistados, de forma a não contradizer a lógica garantista do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUMAN, Zygmund. *Modernidade líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

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

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal*: parte especial (arts. 121 ao 361). 8 ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal* – Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

DESCARTES, René. *Regras para a direção do espírito*. Lisboa: Edições 70, 1999.

DÍAZ, María José Jiménez. Sociedad del riesgo e intervención penal. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2014, núm. 16-08, p. 08:1-08:25 – ISSN 1695-0194. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>. Acesso em: 07 out. 2016.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução Eduardo Lúcio Nogueira. 9ª ed. Lisboa: Editorial Presença, 2004.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "Sociedade de risco" e o futuro do Direito Penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

HEIDEGGER, Martin. *Basic Writings*: Ten Key Essays, plus the Introduction to Being and Time. Revised and Expanded ed. San Francisco, EUA: HarperCollins, 1993.

HUSSERL, Edmund. *Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. Tradução Márcio Suzuki. Aparecida, SP: Ideias & letras, 2006.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções cientificas*. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

OSNA, Gustavo. O enrijecimento das sanções penais frente à problemática da criminalidade – análise das possibilidades de redução da violência por meio de um asseveramento das punições. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Vol. 1, n. 21. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2008.

ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: *Novos estudos de direito penal*. Org. Alaor Leite. Trad. Luís Greco... [et alli] – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.* Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo: Cortez, 2003.