

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR

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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

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

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

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

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

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

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

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

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alceu de Oliveira Pinto Junior; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-415-0

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

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



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

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Ainda saudosos do calor humano proporcionado pelos encontros presenciais do Conpedi, porém nos valendo da tecnologia para virtualmente congregar juristas de todo o País, reunimos, numa tarde de sexta-feira da primavera brasileira, no intuito de discutir questões ecléticas sobre o Direito Penal e o Processo Penal sob a égide da Constituição Federal de 1988. Os textos doravante apresentados qualificam-se pela profundidade e pela qualidade, o que foi o norte dos debates encetados e desenvolvidos no âmbito do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, por ocasião do IV Encontro Virtual do Conpedi.

Foram os seguintes os assuntos discutidos e que ora compõem, em textos, o livro:

- “A ação penal de iniciativa pública condicionada no crime de estelionato: a retroatividade da representação como critério de prosseguibilidade das ações penais em curso perante as garantias constitucionais”, em que o objetivo do estudo é analisar as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, conhecida como lei do pacote anticrime, no tocante a ação penal do crime de estelionato, a qual se tornou de iniciativa pública condicionada à representação, ressalvadas as exceções legais. Os autores, entretanto, chamam atenção para o fato de que surgiram questionamentos acerca da retroatividade da lei penal, os quais apresentaram divergências doutrinárias e entendimento diferenciado pelos Tribunais Superiores.
- “A proteção na sociedade de risco e o direito penal de garantia”. No texto aborda-se os problemas enfrentados pelo Direito Penal na proteção das demandas originadas na sociedade de risco e aqueles pela ciência criminal nos litígios originados na sociedade de risco. Após, apresentam-se alguns dos conflitos estruturais internos do Direito Penal diante das novas exigências sociais e, por fim, expõem-se algumas correntes existentes sobre a utilização do Direito Penal no gerenciamento dos novos riscos, concluindo-se pela possibilidade da intervenção penal na proteção dos riscos e segurança social, desde que respeitados os princípios limitadores do poder punitivo estatal e as garantias do Estado Democrático de Direito.
- “A reabilitação criminal da pessoa jurídica: desafios à efetiva sujeição penal dos entes morais na ordem jurídica nacional”. O estudo analisa a possibilidade de reabilitação criminal da pessoa jurídica, a partir do método indutivo e de pesquisa qualitativa e descritiva. À

mingua de previsão específica de reabilitação para os entes morais, conclui-se pela integração do ordenamento pela analogia. O tratamento das inabilitações dos falidos pela Lei 14.112/20 é paradigma. A pessoa jurídica tem um patrimônio moral legítimo e intangível, por representar outra dimensão das personalidades das pessoas físicas que a integram. Essa perspectiva, alinhada à deontologia depuradora da reabilitação, justifica a integração do sistema pela analogia, favorecendo o reempreendedorismo e os benefícios sociais da atividade econômica.

- “A revista vexatória na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul à luz da perspectiva de gênero”. O artigo tem como objetivo verificar de que forma as revistas íntimas constituem uma violação de direitos humanos, a partir de pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Adota-se o método dialógico de abordagem, mobilizando-o com revisão bibliográfica e análise de julgados. Conclui-se que a prática da revista íntima viola princípios constitucionalmente previstos, como o da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da pessoalidade da pena. Na análise jurisprudencial, referente ao ano de 2019, verificou-se dois posicionamentos diferentes sobre a revista íntima entre as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça gaúcho.

- “A superlotação das penitenciárias brasileiras: uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana do preso”. Neste trabalho objetiva-se discorrer acerca da atual situação do sistema penitenciário brasileiro, visando elencar possíveis soluções a fim de amenizar os problemas enfrentados. Através da pesquisa bibliográfica, é apresentado o papel da pena, evidenciando a violação aos princípios da dignidade humana do preso, a humanização e legislações vigentes, frente à situação degradante das penitenciárias brasileiras. Aborda-se a questão da privatização do sistema penitenciário como uma possível solução, a qual, somada a outras medidas, como, por exemplo, a atuação mais efetiva do Estado, inserção de políticas públicas, poderão amenizar os problemas enfrentados atualmente.

- “A tutela penal dos interesses metaindividuais nos crimes contra o sistema financeiro nacional”. O texto discute a intrincada questão dos bens e interesses jurídico-penais tutelados na Ordem Econômica Nacional, cujo fundamento encontra-se na Constituição Federal. O bem jurídico constitui o elemento nuclear do tipo penal, sua razão de ser, sendo a principal razão para se admitir a intervenção estatal no exercício de seu poder-dever de punição. Os objetivos principais do trabalho giram em torno dos bens e interesses tutelados nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, especificamente a Lei nº 7.492/1986, sem deixar de apontar eventuais lacunas e deficiências que estariam a exigir a atuação legiferante do Estado.

- “Direito penal do inimigo e prisão preventiva: crise da técnica processual penal.” A pesquisa propõe identificar a presença dos elementos da teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no instituto da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. A pesquisa é bibliográfica, qualitativa, e o método utilizado é dedutivo. O trabalho é voltado para os estudantes, profissionais do direito, e para aqueles que simpatizam com o tema.

- “Efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da autoridade policial na primeira análise dos fatos e representação por medidas cautelares.” O artigo visa abordar as atribuições jurídicas da autoridade policial, inter-relacionada a aspectos sociológicos e a adequação e efetividade do serviço público da polícia judiciária, especificamente quando da análise fático-jurídica referentes aos fatos que chegam ao seu conhecimento e quando da representação por medidas cautelares. O aprofundamento teórico e sociológico são circunstâncias imprescindíveis para o desenvolvimento e evolução de tal matéria, assim como a análise jurídica em coadunação com os ditames constitucionais. Essa pesquisa possui abordagem pragmática, objetivando desvendar, na atual conjuntura jurídica, o quanto a atividade policial cumpre sua(s) finalidade (s) sócio-jurídica(s).

- “Estrangeiras, prisões e identidade (s): uma reflexão a partir da Lei n. 13445, de 24 de maio de 2017. No artigo, dialoga-se com presas estrangeiras mediadas por pesquisadoras(es), que lhes dão voz, e outros estudiosos da população prisional. Debate-se com a Lei de Migração, Execução Penal e a Constituição Federal. Expõe-se inovação em conteúdo dos conceitos de não nacional e de estrangeira, com itálico. Observa-se predominância do tráfico de drogas, com destaque da cocaína; prevalência de jovens, mães, primárias, com emprego declarado, escolaridade e status superior à média das brasileiras presas; questões relacionadas às motivações para o crime, ao gênero, à etnia e à cor da pele.

- “Mandados de criminalização e o enfrentamento à criminalidade organizada.” O artigo trata da teoria dos mandados constitucionais de criminalização e seus reflexos no combate à criminalidade organizada, tendo em vista que a Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) acrescentou o crime de organização criminosa no rol dos crimes hediondos, previsto na Lei nº 8.072/1990 (que cumpriu o mandato explícito de penalização constante do inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal). Nesta senda, transcorre-se sobre o princípio da proporcionalidade (proibição da proteção deficiente) e o fato da hediondez do crime organizado ter sido condicionado à prática de crimes hediondos e suas implicações no enfrentamento às novas formas de criminalidade.

- “O direito penal brasileiro no início do século XXI: novas velhas respostas ao fenômeno da criminalidade”. O artigo objetiva analisar o expansionismo penal brasileiro a partir da edição da Lei nº 13.964/2019. Parte-se do seguinte problema de pesquisa: em que medida o “Pacote Anticrime” oferece ao fenômeno da criminalidade respostas que perpassam pela expansão do Direito Penal e pelo agravamento das condições do apenado? O texto é perspectivado pelo método hipotético-dedutivo e se estrutura em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos: inicialmente, avalia o processo de expansão do Direito Penal como um fenômeno global com reflexos locais; em seguida, avalia o referido processo expansionista a partir da edição, no País, da Lei nº 13.964/2019.

- “ O dogma da independência das instâncias e a interface entre ilícitos administrativos e crimes contra o mercado de capitais: efeitos das decisões da CVM sobre o processo penal”. O trabalho propõe a superação, ao menos na abrangência em que atualmente enunciado, do dogma da independência das instâncias, acolhido majoritariamente pela jurisprudência brasileira. Argumenta-se que se trata, em verdade, de uma relação de interdependência. Sugerem-se novas propostas interpretativas a respeito dos efeitos gerados pelas decisões administrativas na esfera penal. As soluções apresentadas serão testadas no âmbito do mercado de capitais, campo fértil de sobreposição entre ilícitos administrativos e penais.

- “O fenômeno da transnacionalidade no novo ‘plea bargaining’ brasileiro: uma análise do art. 28-A do Código de Processo Penal”. A pesquisa pretende investigar a instalação através da Lei 13.964/2019 da nova modalidade de barganha negocial chamada de acordo de não persecução criminal, que seria fruto de uma ordem estatal diversa, abrangida por uma concepção baseada no Direito Transnacional. Tem-se em conta a discussão acerca da finalidade do Processo Penal nesta nova modalidade de consenso criminal, sua influência como um modelo normativo que transcende as fronteiras nacionais e sua eventual colisão a partir dos conceitos e definições da teoria do bem jurídico penal aplicadas há décadas no país. O método da pesquisa é o dedutivo.

- “O pacote anticrime e seus impactos no sistema acusatório brasileiro: a constitucionalidade do artigo 385, do CPP na jurisprudência dos Tribunais”. Enfoca-se no texto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal precisam rapidamente alinhar-se à nova tendência do sistema acusatório brasileiro superando seus precedentes que ainda emprestam constitucionalidade ao artigo 385, do Código de Processo Penal apesar da recente mudança promovida pela Lei 13.694/2019. Desse modo, por meio de pesquisa documental e teórica-bibliográfica, propõe-se uma reflexão sobre os argumentos

que ainda sustentam a constitucionalidade do artigo 385, do Código de Processo Penal em face das mudanças promovidas pela Lei 13.964/2019, modificando os poderes instrutórios do juiz em razão dessa nova realidade legislativa

- “O princípio do devido processo legal como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e da personalidade”. Advindo do ideal inglês do *due process of law*, especialmente associado à Magna Carta do Rei João Sem-Terra, do ano de 1215, o princípio do devido processo legal consiste no estabelecimento de autolimitações ao poder estatal através do reconhecimento de garantias aos indivíduos. Diante do movimento de constitucionalização do Direito, tal princípio passou a ser concebido como possível instrumento de efetivação dos direitos fundamentais da personalidade. Objetivou-se assim, no trabalho, analisar a eficácia do princípio do devido processo legal, especialmente na seara penal. Para tanto, utiliza-se a abordagem metodológica hipotético-dedutiva, por meio da revisão bibliográfica.

- “O problema não está resolvido: que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada?” Partindo do pressuposto de que, teoricamente, o processo penal encontra-se em esfera distinta ao processo civil é que se desenvolveu a presente pesquisa, que objetiva a teoria das nulidades no processo penal brasileiro, principalmente, porque alguns institutos – equivocadamente -utilizados no âmbito do estudo das nulidades do processo penal são remissivos ao processo civil. Este artigo tem como objetivo discutir sobre que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada diante da sua ausência efetiva. Trata-se de um texto fruto de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

- “O programa universal de enfrentamento ao Covid-19 e o direito penal como instrumento subsidiário de proteção”. As consequências globais da pandemia causada pelo COVID-19 ampliaram a crítica sobre o enlace entre a pauta internacional de proteção à humanidade e os programas internos de proteção à saúde pública. Nesse contexto, o artigo tem o objetivo de analisar as ações internacionais e locais voltadas ao enfrentamento da atual pandemia, criticando – a partir da perspectiva dedutiva com o recorte na saúde pública brasileira – a complexidade da relação entre o plano político de saúde local e a emergência da proteção da saúde universal. O estudo avalia a intervenção penal como um instrumento adequado à proteção da saúde pública.

- “O tribunal do Júri como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de competência: uma reinterpretação à luz da sua posição topológica na Constituição Federal”. O artigo tem como objetivo analisar o Tribunal do Júri, previsto Título II, Capítulo I, da Constituição Federal, como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de

competência. Daí porque cabe ao acusado, após encerrada a instrução, optar pelo seu exercício. Do contrário, não estaremos diante de um direito fundamental, mas de uma imposição arbitrária. Isso, pois, atualmente, especialmente em crimes de grande repercussão, o Tribunal do Júri tem revelado inseguranças quanto à imparcialidade dos jurados, havendo clara predisposição condenatória. O método da pesquisa é o dedutivo.

- “O viés de confirmação na tomada de decisão no âmbito do processo penal brasileiro: o instituto do juiz de garantias como instrumento de desenviesamento”. O estudo aborda o direito processual penal a partir de uma perspectiva interdisciplinar, apoiando-se nas descobertas recentes provenientes da psicologia cognitiva e da economia comportamental sobre a tomada de decisão e julgamento, especificamente no tocante à existência de heurísticas e vieses, especialmente o viés de confirmação e sua influência no processo penal brasileiro. A partir daí, verifica-se o funcionamento do instituto do juiz de garantias e sua possível utilização como instrumento de desenviesamento da sentença penal, como forma de promover maior imparcialidade no julgamento.

- “Reconhecimento de pessoa no direito brasileiro. A falibilidade da memória humana: uma análise à vista da redução do erro.” O artigo analisa a prova de reconhecimento de pessoa e suas repercussões no cenário criminal, especialmente por ser um meio de prova que ocupa espaço de destaque nos processos penais. O reconhecimento como espécie de prova dependente da memória, logo está propenso ao erro. Portanto, não é possível atribuir a esse meio de prova uma infalibilidade que não lhe é própria. O estudo dedica-se à necessidade de se adotar meios adequados capazes de assegurar resultados mais confiáveis à vista da redução do erro. Para tais fins, busca-se um diálogo com psicologia do testemunho. A pesquisa bibliográfica é a metodologia principal.

- “Regime disciplinar diferenciado: capacidade postulatória do delegado de polícia e o controle da criminalidade organizada”. A judicialização em busca de provimentos cautelares de internação de líderes de organizações criminosas desafia as autoridades e o Estado brasileiro. Não raro os crimes são perpetrados dentro de estabelecimentos prisionais, e vê-se o delegado de polícia diante de realidade inexorável de insuficiência na adoção de medidas de contenção da criminalidade, porquanto prisão, para quem já está preso, soa como uma contradição. A partir de análise do sistema de justiça criminal, pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, demonstra-se a legitimidade dos delegados de polícia na formulação de pleitos para isolamento no regime disciplinar diferenciado daqueles investigados que preencherem os requisitos.

- “Termo de Ajustamento de Conduta como uma técnica extraprocessual para a concretização do direito ao trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas.” Neste artigo, discute-se o TAC ou ACDH como uma técnica extraprocessual para a concretização do trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas. O objetivo é analisar de que maneira o termo pode ser um instrumento para estabelecer os parâmetros para labor decente aos encarcerados no Pará e Amazonas. Por fim, conclui-se que o acordo representa uma ferramenta adequada para concretizar o trabalho decente aos apenados no Pará e Amazonas, preservando os Direitos Humanos e fundamentais. Na pesquisa, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com uma análise documental e bibliográfica e uma abordagem qualitativa do tema.

- “Testemunho de ‘Hearsay’ como prova atípica e sua aplicação jurisprudencial”. O artigo trata o depoimento de testemunhas que não presenciaram crime, mas “ouviram dizer”, como prova atípica. Então, trata de apresentar a jurisprudência das Cortes Superiores e do TJRS acerca da admissibilidade do testemunho de hearsay para o recebimento da peça acusatória, a pronúncia e a sentença condenatória, partindo-se de uma revisão bibliográfica sobre a prova testemunhal no Processo Penal. Ainda que a doutrina seja contrária à utilização do hearsay, os magistrados majoritariamente aceitam o depoimento indireto para a instauração de investigação e o início do processo criminal, vedando-o para atos decisórios em atenção ao Estado Democrático de Direito.

“Vulnerabilidade e crimes contra a relação de consumo em tempo de pandemia do Covid-19.” A pandemia do COVID-19 tem trazido uma nova realidade e efeitos diretos a sociedade, nas mais diversas áreas. Nesse viés o comércio eletrônico tem crescido, gerando oportunidades para empresas que estão com potencial de venda reduzidos. Entretanto, também tem crescido a vulnerabilidade do consumidor, vivenciando crimes cada vez mais comuns contra a relação de consumo. Portanto, o artigo visa demonstrar os problemas originados do avanço do comércio digital no período de pandemia, bem como evidenciar a vulnerabilidade do consumidor e os crimes na relação de consumo atual.

Observa-se, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e /ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura. É o que desejam os organizadores.

Primavera de 2021

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Dom Helder – Escola de Direito

Prof. Dr. Alceu de Oliveira Pinto Júnior

Universidade do Vale do Itajaí

A PROTEÇÃO NA SOCIEDADE DE RISCO E O DIREITO PENAL DE GARANTIA

PROTECTION IN RISK SOCIETY AND CRIMINAL LAW TO GUARANTEE

Thais Aline Mazetto Corazza ¹
Gustavo Noronha de Avila ²
Camila Cristina De Oliveira Dumas ³

Resumo

Aborda-se os problemas enfrentados pelo Direito Penal na proteção das demandas originadas na sociedade de risco. Através do método indutivo, demonstra-se os problemas enfrentados pela ciência criminal nos litígios originados na sociedade de risco. Após, apresentam-se alguns dos conflitos estruturais internos do Direito Penal diante das novas exigências sociais e por fim, expõem-se algumas correntes existentes sobre a utilização do Direito Penal no gerenciamento dos novos riscos, concluindo-se pela possibilidade da intervenção penal na proteção dos riscos e segurança social, desde que respeitados os princípios limitadores do poder punitivo estatal e as garantias do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito penal, Garantia, Proteção, Sociedade de risco, Proteção, Princípios

Abstract/Resumen/Résumé

Approaches the problems faced by Criminal Law in protecting the demands arising from the risk society. Through the inductive method, it demonstrates the problems faced by criminal science in litigation originated in risk society. After, of the internal structural conflicts of Criminal Law are presented in the face of new social demands and, finally, some currents about use of Criminal Law in the management of new risks are presented, concluding by the possibility of criminal intervention in protection risks, as long as the limiting principles of the State's punitive power and the guarantees of the Democratic Rule of Law are respected.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Guarantee, Protection, Risk society, Protection, Principles

¹ Doutoranda e Pesquisadora Capes no Centro Universitário de Maringá - UNICESUMAR. Mestre e graduada em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá - UNICESUMAR, Maringá (PR), Brasil. Advogada.

² Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais pela PUC-RS. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, em Ciência Jurídica do Unicesumar-Maringá.

³ Mestre em Direitos da Personalidade pelo UniCesumar (Centro Universitário de Maringá) Paraná, pós-graduada em ciências penais pela UEM (Universidade Estadual de Maringá),

1. Introdução

Na sociedade atual brasileira, resultante da complexidade em harmonizar as tendências de política criminal e legislativa do sistema penal em evolução, não há consenso sobre compatibilizar um Direito Penal que resguarde de maneira adequada os bens jurídicos na sociedade de risco sem afetar os princípios limitadores do poder punitivo do Estado e sem descaracterizar o real Estado de Direito.

Diversas situações de expansão do Direito Penal são observadas, a saber, a flexibilização dos princípios, a antecipação de tutela, a dilatação da abrangência das normas, entre outras, que demonstram que o clássico sistema penal tem limitações diante da realidade social atual.

Tais fenômenos não é obra do acaso, eles derivam diretamente do meio social no qual o Direito Penal é gerado e aplicado. O exame das transformações da política criminal deve ser realizado sob um aspecto que conglomere o modo de organização da sociedade contemporâneo, suas características principais e as edificações normativas que dela derivam.

Assim, o presente estudo, através do método indutivo, objetiva demonstrar aos problemas enfrentadas pela ciênciacriminal nos litígios originados na sociedade de risco, bem como expor alguns discursos jurídicos sobre o uso do Direito Penal na proteção de bens indispensáveis para a vida comum, em sociedade. Não se quer, com o presente trabalho, esgotar o assunto, nem tampouco solucioná-lo, mas tão somente apresentar, através de uma abordagem expositiva, uma questão atual e relevante ao ordenamento jurídico.

Para tanto, se desenvolverá uma breve pesquisa, orientada pelo método indutivo, através de análises fundamentais e qualitativas, tendo como recursos bibliografias, literaturas e documentos.

2. A Sociedade de Risco

Hodiernamente, a sociedade atual é caracterizada pela “sedimentação do modelo de produção econômica sobre a dinâmica do novo, do inédito, do desenvolvimento científico exacerbado” (BOTTINI, 2010, p. 31), pela sondagem e manuseio de energia nuclear, recursos alimentícios e desenvolvimento genéticos, produtos químicos, ou seja, uma sociedade concebida como “exasperadamente tecnológica” (DIAS, 2001, p. 44). Esse conjunto de fatores, apesar de representar mérito ao desenvolvimento do homem, acaba gerando riscos

para vida em comum, podendo trazer consequências negativas e capazes de ameaçar um número indeterminado de pessoas, bem como comprometer a vida humana na Terra.

A extinção de espécimes animais, o esgotamento de recursos naturais não renováveis, a supressão de vegetação indispensável para a qualidade de vida, o crescimento demográfico, a pobreza em grande escala, o agravamento do efeito estufa, as explosões de usinas nucleares de Chernobyl (Ucrânia, 1986) e de Fukushima (Japão, 2011), entre outros, são exemplos de consequências danosas decorrente do progresso global não planejado.

Portanto, caracterizam a sociedade atual o surgimento desses citados novos riscos e o crescimento da sua efetiva concretização. E essa citada sociedade contemporânea vem sendo chamada de sociedade de risco ou sociedade pós-industrial, modelo social fundamentalmente desenvolvido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, que se baseia no crescimento do risco como elemento da organização social (BECK, 2006).

Beck expõe que houve uma ruptura da modernidade que a distanciou da sociedade industrial clássica, fazendo com que surgisse um modelo com características novas, ou seja, a sociedade (industrial) do risco. Esse rompimento teria acontecido no momento em que as implicações negativas decorrentes do avanço tecnológico e do sistema de produção/consumo da sociedade industrial clássica passaram a colocar sob ameaça os indivíduos, proporcionando o surgimento de novos riscos (MENDOZA BUERGO, 2001, p.25) e fazendo com que estes principiasse a “dominar os debates e conflitos públicos, tanto políticos quanto privados” (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 15).

Para Giddens (1991, p. 13) a sociedade de risco é caracterizada pelo momento em que “as consequências da modernidade” ficaram “mais radicalizadas e universalizadas do que antes”¹⁰, em outras palavras, essa sociedade se caracteriza como o conjunto de relações econômico/sociais que dão forma a era pós-industrial, onde o modelo de produção novo delimita um novo papel ao risco.

Veja-se que os riscos sempre estiveram presentes nas atividades do homem todo o tempo, porém houveram mudanças significativas nas características dos riscos atuais em relação às outras épocas. Diversamente de antes, quando só a natureza e seus desastres colocavam em crise bens fundamentais, atualmente os riscos são produzidos e artificiais (MENDOZA BUERGO, 2001, p. 26), pois criados pelo homem. Isso significa que condutas que representem afronta acima da permitida para determinadas atividades poderão ser controladas por medidas coercitivas. É justamente neste ponto que surge a possibilidade de

incidência do Direito Penal como forma de reprimir comportamentos humanos que tem potencialidade de prejudicar bens e interesses fundamentais para a vida em sociedade.

O não reconhecimento da extensão de seus danos também é características dos novos riscos. Isso porque após a mencionada explosão da usina nuclear em Chernobyl (1986), as atenções voltaram-se para a gravidade dos estragos causados pelas inovações tecnológicas, passando a se exigir uma atuação penal não só repressiva, mas também preventiva na contenção dos novos riscos.

A sociedade de risco é também formada por uma série de interações globais que permitem a manifestação popularmente conhecida como *efeito borboleta*. Este último estabelece que pequenas decisões ou simples condutas (ou falta delas) podem ser intensificadas por uma vasta cadeia de conexões, gerando consequências trágicas no final. Como exemplo Mendoza Buergo (2001, p. 28) cita o buraco da camada de ozônio e a poluição atmosférica, como consequências de pequenas decisões humanas, tomadas por muitas pessoas ao mesmo tempo, de maneira involuntária.

Outra característica dos riscos atuais são suas consequências sociais, vez que os resultados dos comportamentos arriscados geram o “efeito bumerangue” (BECK, 2006, p. 53), em outras palavras, refletem diretamente em todos os setores da sociedade, até mesmo naqueles que se beneficiam da produção dos riscos. Tal retorno, muitas vezes, é tão intenso que permite que os sujeitos que exploram o progresso tecnológico comecem a exigir restrições a respeito da realização das atividades nocivas. É aqui que a sociedade pós-industrial se transformou em reflexiva (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 111-23), vez que passou “a questionar a viabilidade dos seus meios de produção e transformação de riquezas” (FIGUEIREDO, 2021).

O surgimento desses novos riscos e a necessidade de administrá-los interfere diretamente nos campos político, econômico e científico. Quanto às relações econômicas, os interesses que envolvem os riscos são muitos. Anteriormente, o prévio estudo sobre os riscos que poderiam ser gerados por determinadas atividades não se tratava de requisito para a realização destas, vez que a busca pelo crescimento da produção, pelo avanço desenfreado e pelo valor agregado ao produto justificavam os fins e absorviam os riscos a elas inerentes (BOTTINI, 2010, p. 43).

De modo contrário, na atual sociedade de risco, quando o indivíduo começou a perceber que estava sendo afetado pelas novas dimensões e suas consequências graves decorrentes dos riscos, despertou o interesse na examinação da construção dos meios de produção,

concluindo-se, muitas vezes, que eram contraproducentes (BOTTINI, 2010, p. 43), pois geravam mais malefícios do que benefícios para o homem.

Ainda no âmbito econômico, vale citar que há setores sociais que são diretamente afetados com a produção de atividades perigosas. Por outro lado, há aqueles que se beneficiam diretamente da ocorrência de riscos, tanto como valor agregado aos novos meios de produção, quanto como atividade econômica principal. É o caso da “indústria produtora de filtros de contenção de poluição e de outros insumos necessários ao controle de riscos” (BOTTINI, 2010, p. 44).

Esses diversos interesses geram conflitos econômicos, vez que cada setor defende a maneira de gerenciamento que lhe seja mais favorável, acabando por estimular discursos políticos e sociais sobre o tema e como consequência traz uma sensação de insegurança subjetiva para a sociedade (MENDOZA BUERGO, 2001, p. 30).

Também é abalado o campo científico. Aqui as consequências dos novos riscos podem ser desconhecidas, motivo pelo qual a ciência tem dificuldade em estabelecer nexos de causalidade entre uma conduta e um resultado, bem como em entrar em consenso entre as constatações técnicas, o que acaba se revertendo em descrédito por parte da sociedade, bem como acaba sendo utilizado como instrumento benéfico a interesses econômicos e políticos (GIDDENS, 1991, p. 46).

Essa compreensão da situação pela qual a sociedade está passando é fundamental para o estudo do Direito Penal atual. O risco é um fenômeno determinante na nova política criminal, cujo papel é a tutela dos bens e interesses fundamentais para a vida em sociedade.

3. Os novos riscos no Direito Penal e suas implicações

O surgimento do risco e suas peculiaridades transformou o clima social de paz levando a um estado de temor e incerteza, o que acabou potencializando um clamor por segurança normativa, em especial aquela direcionada ao Direito Penal.

Essa exigência social dá causa à hodierna expansão do campo de atuação do Direito Penal. Isso porque a norma incriminadora é chamada para cumprir o papel de instrumento de controle social por meio de uma política criminal específica, que não implica na paralisação do modelo produtivo e do avanço tecnológico, mas sim na manutenção desse sistema, com gestão de riscos. Fala-se em uma responsabilidade “promocional de valores que orientam as

relações humanas em sociedade, uma função garantidora das gerações futuras e uma função regulamentadora de temas até então estranhos” (MEDEIROS, 2009).

No entanto, esse novo ponto de vista de atuação, à qual é incumbida a responsabilidade de normatizar os variados e complexos fenômenos sociais relacionados à concepção dos novos riscos, trouxe com ela diversas consequências à sistemática do Direito Penal. Logo que começou a atuar no gerenciamento dos novos riscos, verificou-se que o Direito Penal era limitado e incapaz de executar as tarefas que lhe foram confiadas. Dessa maneira, instituiu-se a relativização dos princípios e pressupostos tradicionais, nascendo então o que recebeu o nome de *Direito Penal do Risco*.

Essa concepção novo foi satisfatória, em um primeiro momento, para abrandar as expectativas sociais por prevenção e segurança, fazendo com que um conflito interno estrutural no Direito Penal se manifestasse.

As normas e legislações expandiram seus âmbitos de proteção a bens jurídicos difusos e coletivos e, com o fito de atender às expectativas da sociedade de risco, começou a tutelá-los partindo da utilização da técnica de crimes de perigo abstrato, de mera conduta e alguns crimes omissivos, entre outras. Veja-se que no contexto clássico esta forma de incriminação era exceção e sob a nova perspectiva, começou a ser regra, fazendo emergir dúvidas com relação à legitimidade da intervenção penal, tendo em vista os critérios de imputação tradicionais.

Isso porque, nesse método de incriminação, o injusto do resultado é transferido para a conduta, de maneira que o comportamento delitivo carece daquela lesividade clássica, qual seja, aquela que afeta, de fato, o bem jurídico protegido, podendo ser visualizados como simples/meros desvios de normas de padrões de segurança. E, quando se aborda essa questão sob o prisma dos princípios da intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade e *ultima ratio*, nota-se que tais modalidades de contenção de riscos podem não se mostrar legítimas.

Na tipificação de condutas de risco, o princípio da proporcionalidade também é afetado, uma vez que a falta de relação com o resultado concreto não propicia bases para delimitação do objeto de tutela, dificultando a formação de juízo acerca da gravidade do comportamento ilícito. Ademais, o afastamento da proporcionalidade é mais latente na questão lesão e pena. Os tipos de risco não dizem respeito a um dano efetivo ou perigo real, de forma que impossibilitam o estabelecimento de um critério entre o resultado da conduta e a pena aplicada.

A capacidade preventiva do Direito Penal na sociedade de riscos é contrária à premissa tradicional de último recurso para a contenção de conflitos sociais. E antecipar demasiadamente a tutela penal para situações prévias à lesão ao bem jurídico acaba gerando o completo afastamento dos pressupostos que justificam o Direito Penal.

É importante ressaltar ainda que essa ideia de adiantamento da intervenção penal, lançada a partir da segurança preventiva pela qual se orienta a sociedade de risco, parece conduzir-se pelo princípio da precaução. Bottini (2010, p. 111) observa que o anseio de proteção social leva o Direito Penal a reprimir comportamentos cuja periculosidade é apenas sinalizada, na qual os riscos são apenas suspeitos e não patentes. Para o autor, não é apenas o resultado lesivo que é antecipado, já que em alguns dispositivos legais é adiantada até mesmo a constatação do risco.

Essa dificuldade para se estabelecer os efeitos dos riscos e a velocidade com que novas situações nascem demandou do legislador o recurso também às normas penais em branco. O aumento de tipos penais que tem seus conteúdos preenchidos por normas regulamentadoras mais flexíveis gerou a aproximação do Direito Penal ao Direito Administrativo. Veja-se que essa técnica é facilmente verificada na legislação penal ambiental brasileira, na qual diversos comportamentos são incriminados por estarem em descompasso com regulamentação administrativa.

Ocorre que o citado modelo normativo, além de contrariar os princípios garantistas defendidos por Ferrajoli (2006), tem a potencialidade de ferir os princípios da legalidade, taxatividade e reserva legal, uma vez que o comportamento ilícito é previsto em regulamentação complementadora e não definido por elementos presentes na lei penal, dificultando ou até mesmo impedindo o imediato conhecimento de qual comportamento é vedado pelo tipo penal.

A elaboração dogmática (BOTTINI, 2010, p. 97) do Direito Penal também sofreu intervenção da nova estrutura social. As modificações na legislação penal exigem um esforço no sentido de adaptar seus fundamentos à nova realidade (DIAS, 2001, p. 43), o que é feito através da reconstrução de conceitos estruturantes do sistema penal, como no instituto da causalidade, por exemplo. O problema encontrado, em especial pela ciência, de relacionar uma conduta a um resultado fez com que o simples comportamento que gere um risco não permitido materializasse o tipo penal, de modo a retomar os estudos da teoria da imputação objetiva. Nas palavras de Bottini (2010, p. 97) “a ação penalmente relevante não é mais aquela que causa, no sentido naturalístico, um resultado danoso, mas aquela que cria um risco relevante e intolerável para o bem jurídico protegido”. Assim, o risco surge como fenômeno de elaboração

dogmática e indica uma íntima relação das modernas teorias penais com as mudanças estruturais constatadas no modelo contemporâneo de organização social (BOTTINI, 2010, p. 98).

Também podem ser objeto de reformulação os conceitos de autor e vítima, vez que no âmbito do Direito Penal na sociedade de risco, qualquer sujeito que realize uma conduta que põe em risco algum bem jurídico supraindividual ou coletivo poderá, ao mesmo tempo, ser vítima de seus próprios atos (SOUZA, 2007, p. 112).

Assim, pode-se constatar, que o novo meio social do qual decorrem atualmente as relações humanas exigem do Direito Penal adaptações legislativas e dogmáticas que, muitas vezes, distanciam princípios que acompanharam sua elaboração e consolidação em um Estado Democrático de Direito. Todos esses fatores, em conjunto, geraram discursos teóricos acerca do sistema penal.

4. Princípios de Política-criminal

Com a inspiração da exposição feita por Beccaria (2006, p. 202-240), em 1764, em seu breviário de política criminal *Dos Delitos e Das Penas*, far-se-á um breve relato acerca do enunciado dos princípios da política criminal, tendo em vista que, ignorando-os, produzir-se-ia um não-Direito:

a) Princípio da Legalidade dos Delitos e das Penas: traduz-se na previsão legal de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5.º, XXXIX, CF e art. 1.º, CP). Esse princípio dá lugar a uma série de garantias e consêquências em que se manifesta o seu aspecto material (e não só formal), o que importa em restrições ao legislador e ao intérprete da lei penal.

b) Princípio da Proporcionalidade: para Beccaria (2006, p. 229), as penas previstas em lei devem ser proporcionais aos delitos, e, também, ao dano causado à sociedade. O dano à sociedade é a verdadeira medida dos crimes. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1795, estabelece em seu art. 12: “A lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”. Deve, no entanto, existir sempre uma medida de justo equilíbrio – abstrata e concreta – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado) e da pena cominada ou imposta.

c) Princípio da intervenção Mínima: só deverá ocorrer a intervenção da lei penal quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio* e, preferencialmente, só deverá fazê-lo, na medida em que for capaz de ter eficácia. Posto que, o uso excessivo da sanção penal não garante uma maior proteção de bens, ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa.

d) Princípio da Culpabilidade: por esse princípio não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) e de que a pena não pode ultrapassar a medida de culpabilidade – proporcionalidade na culpabilidade. Até a Idade Média percebia-se a existência do princípio canônico *versare in re illicita*, segundo o qual se imputava o ato criminoso ao agente pelo simples fato de ter ele agido voluntariamente, ainda que não houvesse dolo ou culpa (CEREZO MIR, 1994, p. 60). Hodiernamente, porém, o princípio da culpabilidade possui três dimensões (LUISI, 2003, p. 33): a) vedação de aplicação da pena sem culpabilidade; b) proibição da responsabilidade penal sem dolo ou culpa; c) a gravidade da pena deve ser proporcional à gravidade do fato cometido.

e) Princípio da Humanidade na Execução de Penas: a questão sobre a humanização das penas criminais tem sido uma reivindicação constante no perpassar evolutivo do Direito Penal. Das penas de morte e corporais, progressivamente, se passaàs penas privativas de liberdade e destas às penas alternativas (por exemplo: prestação de serviços à comunidade, multas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana). Em um Estado de Direito democrático vedam-se a criação, a aplicação ou a execução de pena ou de qualquer outra medida que atentar contra a dignidade humana, conforme se verifica da proibição constitucional constante no art. 5.º, XLV a XLIX, da Constituição Federal de 1988.

f) Princípio da Lesividade: não se pode admitir que se incriminemas condutas puramente subjetivas, ou seja, aquelas que não lesionem bens alheios. Se a ação ou omissão for meramente pecaminosa ou imoral, não apresentará a necessária lesividade que dá legitimação a intervenção do Direito Penal. Assim, levando-se em conta esse princípio, não se pune a autolesão, salvo quando se projeta a prejudicar terceiros, como nos casos dos art. 171, § 2.º, V, do CP (autolesão para fraudar seguro), o uso pretérito de droga, entre outros.

5. Os discursos jurídicos a respeito da intervenção do Direito Penal na contenção dos novos riscos

Como já dito, o surgimento dos novos riscos e a necessidade de gerenciá-los ensejou uma série de discursos jurídicos, tanto no sentido de rejeitar, quanto no sentido de apoiar a utilização do Direito Penal. Tratam-se de estudos vastos e complexos, que não se objetiva detalhar no presente estudo, fazendo-se apenas uma breve exposição a respeito da ideia basilar de alguns deles.

As propostas da Escola de Frankfurt (fazem parte dessa linha Hassemer, Albrecht, Muñoz Conde e, no Brasil, Alflen da Silva) são resistentes à utilização do Direito Penal no gerenciamento dos novos riscos. Partem da premissa de que o Direito Penal deve preservar seu âmbito clássico de tutela, limitando-se a incidir apenas sobre comportamentos que violem, de forma agressiva, bens indispensáveis para a vida em comum. Para Hassemer (1991, p. 23-36) quando o Direito Penal atua buscando diminuir a insegurança decorrente da sociedade de risco e administrar processos e relações complexas, afasta-se de sua missão original de apenas garantir uma escala de valores necessários à vida em sociedade.

O objetivo da tese em análise é assegurar a menor intervenção estatal possível, a fim de garantir o máximo de liberdade. Dessa forma, somente seriam objeto de atenção penal os riscos provenientes do progresso tecnológico que causassem lesão efetiva aos bens jurídicos referidos (BOTTINI, 2010, p. 100), sendo que todo o restante deve ficar ao encargo de outros ramos do direito, bem como das outras formas sociais de administração de riscos.

O autor Silva Sánchez trata o Direito Penal sob uma ótica diferenciada. Ao contrário da Escola de Frankfurt, não se posiciona pela redução do Direito Penal a um patamar mínimo, mas propõe um sistema que tenha atuação no gerenciamento dos novos riscos e que, ao mesmo tempo, observe e respeite os princípios de um Estado Democrático de Direito (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 105).

Dessa forma, seriam mantidos no campo de abrangência do Direito Penal tanto as condutas ofensivas a bens jurídicos clássicos (vida, propriedade, saúde) quanto as que afetam bens e interesses coletivos ou que representem risco para o bem jurídico tutelado pela norma penal. Para o primeiro caso, estariam em vigor as regras e instrumentos do Direito Penal tradicional, com seus princípios e sanções privativas de liberdade. Para o segundo caso, seria aplicado um Direito Penal flexibilizado, com punições não privativas de liberdade, capazes somente de amparar e conter os novos riscos (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 142).

O autor Silva Sánchez (2002, p. 147) propõe ainda um *Direito Penal de duas velocidades*. No Direito Penal da primeira velocidade tem-se o núcleo do Direito Criminal, ou seja, o Direito Penal clássico, onde tutela-se bens jurídicos individuais e se atende a todas as

garantias penais e processuais inerentes a um Estado de Direito. Aqui se tem, verdadeiramente, o Direito Penal, aplicador das penas privativas de liberdade.

No Direito Penal de segunda velocidade, por sua vez, o autor advoga pela criação de um *Direito Penal de 2ª velocidade*, moderno, para tutelar *novos* bens jurídicos, sobretudo os de caráter coletivo, difusos e transindividuais, flexibilizando-se, assim, as garantias penais e processuais asseguradas pelo Direito Penal tradicional, vez que, nesta segunda velocidade não serão aceitas as penas privativas de liberdade. Trata-se de uma ideia que se aproxima do Direito Penal moderno explanado por Luis Gracia Martín.

Em resumo, defende-se aqui a aplicação do Direito Penal em duas vertentes (velocidades), sendo uma punida com penas privativas de liberdade (Direito Penal nuclear, mínimo e rígido), e outra com penas de caráter cível e administrativo, porém, nesta última, ter-se-á a relativização das garantias penais e processuais penais - Direito Penal amplo e flexível (SILVA SÁNCHEZ 2002, p. 147).

Observa ainda Silva Sánchez (2002, p. 139) que, para que o Direito Penal de 2ª velocidade seja eficiente, apesar da aplicabilidade de penas de caráter não-corporal, é necessário que suas sanções fossem impostas por meio da instância judicial penal, preservando-se os elementos de estigmatização social e a capacidade simbólico-comunicativa própria do Direito Penal.

Saliente-se, por derradeiro, que Silva Sánchez (2002, p. 148), contrário à expansão do Direito Penal, defende a existência de um Direito Penal de 3ª velocidade, advindo da ideia cunhada por Günther Jakobs, em 1985, qual seja o *Direito Penal do inimigo*, quando tratou acerca da possibilidade de se punir atos preparatórios da conduta delitiva. Nessa linha, Jakobs constrói sua teoria justamente para os Estados Democráticos de Direitos, considerando “inimigo” todo aquele que rejeita, não reconhece e não participa do sistema normativo e a ordem social vigentes, colocando-se à margem. Por esses motivos, as garantias, as sanções, os institutos clássicos conquistados pela humanidade não o alcançam, pois o inimigo não cumpre “o contrato social” (ROUSSEAU, 2001). Tais sujeitos não oferecem nenhuma segurança cognitiva, pois não conseguem assimilar a norma e a ordem, por tal motivo, para eles não há Direito, mas sim uma legislação de luta, de combate, que na realidade traduz-se em um “não Direito”, de pura coação, com escopo unicamente de neutralizar o indivíduo, oferecendo-lhe respostas diferenciadas para preservar o sistema normativo por ele ferido e rejeitado.

Desta forma, teríamos dois Direitos Penais: um para o cidadão - cindido em Direito Penal de 1ª e de 2ª velocidade – e outro para o inimigo – Direito Penal de 3ª velocidade.

Outro setor possibilita a utilização do Direito Penal na gerência dos novos riscos, propondo, para tanto, mudanças significativas na dogmática, institutos e princípios. Para Stratenwerth é defendida a sugestão do afastamento do Direito Penal tradicional, preso à tutela de bens jurídicos individuais, em prol de um Direito Penal protetor das relações coletivas como um todo. O autor propõe uma nova dogmática, de modo a proporcionar uma atuação penal de “enfrentamento antecipado e preventivo das situações de possível perigo para a estabilidade social e garanta as expectativas e a segurança do normal funcionamento dos contextos de interação” (BOTTINI, 2010, p. 106).

Semelhante raciocínio segue Garcia Martín, acrescentando que o sistema penal e seus institutos estão obsoletos e se destinam a âmbitos sociais muito limitados, de maneira que se torna incapaz de gerenciar as novas demandas sociais (BOTTINI, 2010, p. 107).

Veja-se que essa diversidade de posicionamentos pautada nas exigências contemporâneas evidencia a dificuldade encontrada pelo operador do Direito para estabelecer um consenso da gradação penal no gerenciamento dos novos riscos. Diante desse quadro, aponta-se que a problemática requer estudos pormenorizados dos princípios e institutos afetados em decorrência das inovações sociais ocorridas, de maneira a fixar diretrizes que possibilitem uma resposta penal eficaz às necessidades sociais.

5. Considerações finais

Atualmente as demandas da sociedade a respeito da proteção através do Direito Penal não se vê satisfeita de um modo funcional com o Direito Penal reduzido a seu núcleo principal, de forma que se torna inevitável a sua expansão.

Contudo, essa ampliação do Direito Criminal, não pode ser embasada na sua requerida força comunicativa na imposição de penas privativas de liberdade. Dessa maneira, observa-se que o problema não é tanto a expansão do Direito Penal, de forma geral, mas sim e especificamente a expansão do Direito Penal da pena privativa de liberdade e de outras medidas de cunho preventivo especial, uma vez que a expansão do Direito Punitivo carece de razoabilidade político-jurídica.

Primeiramente, o fato de o Direito Penal estar sendo usado, e com determinada frequência pelo legislador, como “resposta imediata” para todos os problemas sociais relatados de forma sensacionalista pela mídia (o conhecido Direito Penal de emergência), sem que apresente maiores reflexões, acaba culminando um populismo penal que não se pode

admitir, e a ciência acaba sendo concebida como verdadeira *panaceia* contra todos os males.

De outra maneira, em razão de a pena privativa de liberdade ser usada sem razoabilidade político-jurídica - agora camuflada por outras modalidades punitivas de caráter preventivo especial (como a castração química, o controle telemático, o cadastro de características genéticas de criminosos sexuais, entre outros) - , porque constatada a falência da prisão, a tendência é que se tenha, nas próximas décadas, um punitivismo sem limites, para além da enorme população carcerária, cuja situação real não responde ao *princípio da adequação*, vez que longe de cumprir as finalidades preventivo socializadoras da pena, acaba sendo aplicada em detrimento de grupos vulneráveis de uma sociedade de estruturas inadequadas e deformadas.

Diante disso, mesmo que valiosa a proposta trazida por Silva Sánches que considera que outros meios, que não a aplicação da pena privativa de liberdade, são eficazes para reparar danos causados por meros ilícitos de acumulação ou perigo presumido, e longe de um perigo real para bens individuais, percebe-se que essa postura flexibilizadora de garantias, poderá, e de fato já ocorre, contaminar todo esse sistema de garantias, possibilitando um punitivismo desenfreado de práticas de duvidosa eficácia, atrelados e fundamentados por preceitos de utilitarismo prevencionista especial, característicos do positivismo naturalista.

Passa-se a adotar como respostas penais adequadas a sociedade de risco, característica da pós-modernidade, onde o medo e insegurança se misturam diuturnamente, reclamando resposta garantidoras da “paz social e ordem pública”, conceitos esses de absoluta imprecisão jurídica.

Nota-se assim que insegurança experimentada pela sociedade é mais comunicacional do que real, demonstrando o fenômeno da violência integrante no cotidiano, onipresente na sociedade, difundindo um estado de pânico no cidadão diante dos seus potenciais “inimigos”.

Essa situação experimentada pelos cidadãos necessita de contraprestações, ainda que simbólicas, de modelos ou respostas de natureza penal, com aptidão para conter o alarme social observado, vez que essa sensação de incremento da criminalidade violenta acaba gerando uma forte demanda por políticas criminais duras.

O uso da 2ª *velocidade* do Direito Penal, desenvolvida para suprir a insaciável demanda da sociedade, sob o fundamento de que a preservação dos elementos de estigmatização social e a capacidade simbólico-comunicativa do Direito Penal empreenderiam maior eficácia na aplicação das penas. E que penas.

Essa realidade é preocupante, mas também demonstra a vulgarização de todo o Direito Penal – o qual deveria intervir minimamente, sendo utilizado somente de forma subsidiária, como *ultima ratio*, ou seja, para a resolução de problemas em que os demais ramos do Direito mostrem-se incapazes de solucionar – dá uma ideia de como o movimento flexibilizador de garantias poderia se espalhar por todo o sistema, permitindo a aplicação compulsória de modalidades novas de respostas penais, sem maiores ponderações de índole garantista, tudo em nome da celeridade e defesa da sociedade. Como consequência, há a perda de todo o poder místico e coercitivo inerente ao Direito Punitivo, causando seu embotamento e equiparando-o aos demais ramos do Direito.

No entanto, no momento em que o mecanismo de controle mais rígido é colocado em prática como gestor dos novos riscos, se verifica um conflito estrutural interno nas ciências penal e jurídica. A flexibilização demasiados princípios limitadores do poder punitivo estatal levaria à uma desestruturação do modelo de organização político-penal atual, porquanto um Direito Penal do risco vasto e ilimitado, que não atenda aos princípios e restrições desenvolvidos para evitar a utilização excessiva da sanção penal, não tem compatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

Os citados problemas, no entanto, não impedem uma atuação penal nem fazem concluir por um Direito Penal minimalista, apenas requerem adaptações dogmáticas, principiológicas e institucionais no sistema penal com capacidade de tornar eficaz a sua intervenção frente aos novos desafios.

Assim, para uma tutela dos bens jurídicos indispensáveis adequada para a vida em comum, a utilização de instrumentos penais na sociedade contemporânea se mostra relevante, na medida em que protege dos riscos e garante maior segurança social, o que deve ocorrer, contudo, respeitando os princípios limitadores do poder punitivo estatal e as garantias do Estado Democrático de Direito, de forma a evitar excessos, bem como outorgar proteção deficiente aos bens objeto de resguardo.

Referências

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona/ Buenos Aires/México: Paidós Ibérica, 2006.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. São Paulo:USP, 1997.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CEREZO MIR, José. Direito penal e direitos humanos: experiência espanhola e européia. Trad. Luiz Regis Prado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT, 1994, v. 6.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 33. São Paulo: RT, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Direito penal do risco, meio ambiente e conceito material de crime** (alguns apontamentos sobre a expansão do Direito Penal em confronto com seus padrões materiais de legitimidade). Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/viewFile/68/41> . Acesso em 25 set. 2021.

GUIDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

HASSEMER, Winfried. **Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos**. Pena y Estado, Barcelona, fasc. 1, p. 23-36, 1991.

JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. Trad. Manuel Cancio Meliá. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. ver. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

MEDEIROS, Carlos Henrique Pereira de. Direito Penal na “sociedade mundial de riscos”- Uma aproximação da crise da ciência penal frente às exigências do contemporâneo. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 66, 01/07/2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6170 . Acesso em 8 set. 2021.

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

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato Social** (Título original: Le Contrat Social revisado por Antonio Carlos Marquês). Trad. Pietro Nasseti. 20. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001

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

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latam, 2007.