

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo, através de pesquisa de caráter bibliográfico e descritivo, analisará o contexto da pós modernidade trazido pela chamada Sociedade de Risco, formulada pelo sociólogo alemão Ulrick Beck. Neste contexto, o autor estabelece que ocorreram inúmeras mudanças sociais, principalmente, no que tange o período da pós modernidade. Desta forma, requer-se uma nova postura também dos ramos clássicos do direito, como o direito penal, o qual deve se readaptar à nova sociedade, abarcando todas as novas circunstâncias e modificando algumas de suas antigas visões e posturas, visando a efetiva tutela dos direitos e garantias sociais, conforme os preceitos constitucionais.

Neste sentido, questões como crimes ambientais e crimes terroristas, que antes não existiam na sociedade, passaram a fazer parte da realidade e do cotidiano social. Portanto, o direito penal precisa se readequar para tutelar as novas realidades sociais, para que possa garantir sua efetiva proteção.

Contudo, o Direito Penal, que era considerado como *ultima ratio*, até mesmo por ter como um de seus princípios basilares a subsidiariedade, disposto no Ordenamento Jurídico brasileiro através da Constituição Federal de 1988, passou a ter um caráter de *prima ratio*. Esta mudança na tutela do direito penal ocasionou possíveis problemas, como a alteração de uma postura educativa do direito penal para uma postura de medo na sociedade, com a flexibilização de princípios constitucionais e de direitos fundamentais, ocasionando uma insegurança jurídica cada vez maior nos indivíduos.

Portanto, dentre as mudanças no contexto do Direito Penal que serão analisadas neste trabalho, destaca-se o controle do medo e a sua excessiva administratização, compreendidas através do contexto ocasionado pela sociedade de risco.

2 DIREITO PENAL SOB A VISÃO DA TEORIA DA SOCIEDADE DE RISCO DE ULRICK BECK

A teoria da sociedade de risco formulada pelo sociólogo Alemão Ulrick Beck nasceu de um contexto de grandes transformações sociais, industriais e ambientais que o mundo vivenciava em meados de 1986. Entre eles, destaca-se o desastre de Chernobyl, a queda do muro de Berlim, a derrocada do socialismo e o aumento de várias doenças, como câncer, em efeito colateral da sociedade industrial. Neste sentido, quanto às transformações sociais, o autor vislumbra que:

O conceito de “sociedade industrial” ou “de classes” (na mais ampla vertente de Marx e Weber) gira em torno da questão de como a riqueza socialmente produzida pode ser distribuída de forma socialmente desigual e ao mesmo tempo “legítima”. Isto coincide com o novo paradigma da sociedade de risco, que se apoia fundamentalmente na solução de um problema similar e no entanto inteiramente distinto. Como é possível que as ameaças e riscos sistematicamente coproduzidos no processo tardio de modernização sejam evitados, minimizados, dramatizados, canalizados e, quando vindos à luz sob a forma de “efeitos colaterais latentes”, isolados e redistribuídos de modo tal que não comprometam o processo de modernização e nem as fronteiras do que é (ecológica, medicinal, psicológica ou socialmente) “aceitável”?. (BECK, 2011, p.23).

Desta forma, a teoria de sociedade de risco formulada pelo autor anuncia o fim de uma sociedade industrial, na qual os riscos para a existência individual e comunitária existiam a partir de acontecimentos naturais ou de ações humanas próximas. Para a contenção era suficiente a tutela penal dispensada aos bens jurídicos clássicos. (MACHADO; GUIMARÃES, 2017, p. 2).

Chernobil não é a essência da sociedade de risco, mas é a externalidade que desperta o olhar humano e sua racionalidade histórica para a representação de seus fenômenos. Esta reflexão (conhecimento e contato) dos novos riscos, por sua vez, acaba ocasionando fenômenos complexos e de difícil solução na sociedade moderna. A consciência dos novos riscos ao ser largamente difundida, muitas vezes de modo equivocado e midiático, salienta uma nova forma de desencantamento. Não mais se desacredita no mundo divino oferecedor de tradições e mitos, mas se impõe a descrença coletiva do homem em lidar de modo confiável com os objetos de sua própria produção (SALVADOR NETTO, 2006, p.94).

De acordo com o autor Alamiro Velludo Salvador Netto (2006, p.83), extrai-se um reflexo da sociedade de risco e seu vínculo com o direito penal, que seria a constância das desilusões ao invés de impulsionar uma releitura do sistema, o que resulta em seu maior (e ineficaz) recrudescimento. Segundo o autor:

Vive-se o momento absoluto da criminalização com o mais forte dos rigorismos, não obstante um Estado Democrático de Direito e a repetida vivência das garantias liberais. Concomitantemente ao desenvolvimento da ciência penal, as opções jurídicas de efetividade das normas restam por trazer em seu bojo, como tentativa de superação dos conflitos, noções confusas e muito pouco razoáveis, espelhando os dois problemas apontados e derivados da sociedade de risco. Nega-se a ciência jurídico penal, mas se aplicam suas assertivas quando interessantes para lastrear esta ou aquela tomada de opinião, sempre voltadas à aplicação de pena como fator de resolução de conflitos. (SALVADOR NETTO, 2006, p.84).

O direito penal, em uma perspectiva formal, é utilizado como mecanismo de intervenção estatal na repressão de condutas socialmente indesejáveis, sendo um dos mais utilizados pelo Estado para a promoção da contenção preventiva de condutas hipoteticamente arriscadas. Ademais, transformou a atuação do direito penal para que intervisse em campos que, até então, não atuava, como na proteção de direitos difusos e nas questões ambientais (MACHADO; GUIMARÃES, 2017, p.02).

A sociedade mundial, nos últimos anos, passou por intensas transformações através do chamado fenômeno da globalização que ocasiona, cada vez mais, a perda do controle sobre os riscos, diante dos perigos ocasionados pelo avanço da tecnologia e os problemas provocados pela irresponsabilidade humana no manejo do meio ambiente. Neste sentido, autores como Lorena Siqueira Rodrigues e Karlos Alves Barbosa preceituam que os crimes de perigo abstrato são uma construção do legislador para enfrentar novos contextos de risco, os quais surgem na sociedade contemporânea, também denominada de sociedade de risco.

Os crimes de perigo abstrato possuem estreita relação com o surgimento da Sociedade de Risco, como estabelecem os autores supracitados. Senão vejamos:

Assim, é possível entender como a sociedade de risco influencia de forma direta na tipificação dos delitos de perigo abstrato. O desenvolvimento tecnológico, os novos riscos, o inédito e a necessidade de proteção de novos bens jurídicos, exige que o direito penal seja expandido, o que acaba acarretando a criação desses tipos de crime. (RODRIGUES; BARBOSA, 2019, p.20).

Destarte, esta é apenas uma das problemáticas que a introdução dos paradigmas de uma sociedade de risco ocasiona, visto que, ela provoca a constatação do desencaixe das estruturas de controle tradicionais com os comportamentos que fomentam a tutela jurisdicional, tendo em vista que, cotidianamente, nossas próprias condições cognitivas de vida são modificadas (SALVADOR NETTO, 2006, p.82).

Nesse novo contexto retratado por Beck em sua teoria sobre a sociedade de risco, impõe-se ao direito penal uma readaptação de seu rol de proteção e formulação, abrangendo questões até então não retratadas, como crimes ambientais e terroristas. Vejamos a seguir:

O “novo direito penal”, no contexto de uma sociedade contemporânea globalizada caracterizada pelos riscos produzidos, representa a inauguração de uma nova era do Direito Penal Clássico. Assim, a vida na sociedade do risco torna a sociedade suscetível a riscos até então

desconhecidos, influenciando o Direito Penal clássico e pressionando-o a uma situação expansionista a fim de que se alcance segurança e fomentando a criação de um Direito Penal do Risco, dogmática segundo a qual o recrudescimento da lei e medidas punitivas são imprescindíveis para aumentar a segurança dos cidadãos, ainda que em detrimento dos direitos humanos e das garantias penais e processuais dos acusados pela prática de delitos que coloquem em risco a sociedade global. (MACHADO; GUIMARÃES, 2017, p. 2).

O já mencionado fenômeno da globalização trouxe diversas mudanças, não apenas o avanço tecnológico, mas também alterações de paradigma em alguns ramos do direito, como é o caso do direito penal que como nos demais busca se readaptar às mudanças e avanços sociais:

O direito penal não pode evitar as novas características das sociedades contemporâneas se quer cumprir suas funções sociais. O descobrimento de certas características dos sistemas sociais, como sociedade do risco, obriga a uma nova política criminal que complemente a criminalização clássica. (SANCHEZ, 2011, p.34).

Desta forma, com a “readaptação” do direito penal, a sua legitimidade está centrada no binômio reducionismo garantista e de expansão. Assim, se por um lado há uma sociedade que requer uma atuação preventiva do direito penal, por outro, tem-se a reformulação da dogmática jurídico penal, o que também causa certa perplexidade, pois princípios e garantias fundamentais dos indivíduos que funcionam como obstáculo para a intervenção estatal em excesso na esfera individual, passam a ser flexibilizados e, até mesmo, “deixados de lado” nessa busca de uma suposta eficiência para o combate aos novos riscos. (MACHADO; GUIMARÃES, 2017, p. 3).

Ainda sobre este aspecto:

As relações conflituosas no bojo desta sociedade de risco e as alterações que incorpora no direito penal como fruto desta segunda etapa entendida como da modernidade reflexiva, importam na necessária tentativa de intelectualização jurídico dogmática dos fenômenos ocasionados. (SALVADOR NETTO, 2006, p.86).

Ressalta-se, que o próprio Ulrich Beck no prefácio de seu livro “Sociedade de Risco” dissertou sobre o rumo a uma outra modernidade, esclarecendo que toda a obra possui como “palavra chave” para seu entendimento, que seria o “pós”. Analisemos:

Ao “pós industrialismo” já nos acostumamos há algum tempo. Ainda lhe associamos alguns conteúdos. Com a “pós modernidade”, tudo já começa a ficar mais nebuloso”. Na penumbra conceitual do pós esclarecimento, todos os gatos são pardos. “Pós” é a senha para a

desorientação que se deixa levar pela moda. Ela aponta para um além que não é capaz de nomear, enquanto, nos conteúdos, que simultaneamente nomeia e nega, mantém-se na rigidez do que já é conhecido. Passado mais “pós” essa é a receita básica com a qual confrontamos, em verborrágica e obtusa confusão, uma realidade que parece sair dos trilhos. (BECK, 2011, p.11).

Portanto, resta claro que neste contexto de mudanças vivenciadas pela sociedade no Estado pós moderno, o direito penal que, por essência, tem como objetivo preservar bens jurídicos essenciais, deve se readequar:

Nesse novo cenário social, fomenta-se a criação de um novo “Direito Penal do Risco” para uma sociedade de perigos iminentes. Diante desse novo dirigismo da sociedade de riscos, recrudescer a crença na capacidade de intimidação pelas penas, revalorizando-se a prevenção geral através de sanções de natureza penal frente a condutas de determinados grupos de pessoas, representando “fontes de perigo”, e que devem ser combatidas a qualquer custo (“Direito Penal do Inimigo”), sem desprezar o caráter preventivo especial (ressocializador). Portanto, a legitimidade do Direito Penal está situada no binômio reducionismo garantista e expansão (funcionalista). (MACHADO; GUIMARÃES, 2017, p. 5).

Verifica-se que a expansão do direito penal acompanhou o desenvolvimento da sociedade e de suas necessidades, cumprindo a função de proteger importantes bens para a humanidade. Afinal, se não houvesse esta expansão, o direito penal seria ineficaz ao longo do tempo (RODRIGUES; BARBOSA, 2019, p.29).

Contudo, uma grande preocupação quanto a esta readequação do direito penal em um novo contexto social está relacionada aos possíveis desrespeitos às garantias institucionais estabelecidas pelo Estado democrático de Direito e os direitos fundamentais pertencentes a todos os indivíduos. Neste sentido:

Os crimes de perigo abstrato não ferem obrigatoriamente o princípio da intervenção mínima. Deve ser observado se a norma criada poderia ser tutelada por outro ramo do direito, como o direito civil ou administrativo. Cabe aqui ressaltar que na sociedade de risco existe certa dificuldade outros meios controlarem os riscos restando ao Direito Penal essa função. (RODRIGUES; BARBOSA, 2019, p.22).

Nesta perspectiva, uma seara a ser trabalhada seria o do direito penal e o controle do medo na sociedade de risco no Estado democrático de direito, visto que o direito penal passa, de certa forma, a se responsabilizar pela proteção dos novos bens jurídicos penais, mas acaba, também, flexibilizando vários direitos fundamentais e princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro, como o princípio da subsidiariedade.

Sobre estas restrições:

O novo direito penal do risco não somente restringe garantias político-criminais clássicas, mas também corrói as garantias processuais. Basicamente, esta escola denuncia a funcionalização social do direito penal, plasmada na crescente criação de bens jurídicos abstratos sem referente individual e na abstração da proteção de bens jurídicos clássicos mediante delitos de perigo. Além disso, denuncia a funcionalização política através da configuração de um direito penal simbólico que não cumpre os fins legítimos do direito penal. (SANCHEZ, 2011, p.39).

Destarte, para definir a devida relação do direito penal com o controle do medo na sociedade de risco é importante adentrar em uma distinção feita por Ulrick Beck (2011, p.63) sobre as diferenças entre situações de classe e de risco. Ainda segundo o autor, “nas situações de classe é o ser que determina a consciência, enquanto nas situações de risco a consciência (conhecimento) determina o ser.” (BECK, 2011, p.64).

O feitiço da invisibilidade do risco também pode ser quebrado através de experiências pessoais: quem sabe através dos sinais que prenunciam a morte de uma árvore de estimação; a usina nuclear que se planeja construir na região; um acidente com lixo tóxico ; a circulação de notícias a respeito disto ou daquilo que seja capaz de sensibilizar para novos sintomas: resíduos tóxicos nos alimentos etc. Esse tipo de suscetibilidade não gera qualquer tipo de unidade social que seja visível aos próprios olhos ou aos olhos dos outros. Nada que se possa qualificar ou organizar como camada, grupo ou classe social. (BECK, 2011, p.63).

Neste aspecto, o direito penal atuaria com um precursor do medo na sociedade de risco, gerando insegurança jurídica, pois passaria a criminalizar, cada vez mais, perigos em abstrato. Para além disso, aumentaria o rol de ações que se configuram como ilícitos penais ou ainda a pena das condutas já previstas.

Verifica-se que a crise que o direito penal enfrenta surgiu a partir da primeira metade do século XX, com posturas político-criminais de índoles amplamente restritivas no tocante à intervenção da dogmática jurídico penal na proteção de bens jurídicos peculiares da sociedade pós industrial. Por sua vez, esta tarefa implica na reformulação de muitos de seus fundamentos e o plano de aplicação do direito penal, em face do novo modelo de organização social, que é denominado “sociedade de risco.

A partir disso, o novo risco da sociedade contemporânea faz com que o direito penal tenha a necessidade de readaptação de seus institutos, com o objetivo de garantir a

máxima efetividade na proteção dos novos bens jurídicos penais, justamente por lidar com as incertezas da sociedade de risco (MACHADO; GUIMARÃES, 2017, p.9).

Nesta toada:

O risco pode ser definido como um modo sistemático de lidar com perigos e inseguranças da própria modernidade. Ainda os riscos, em oposição aos antigos perigos, são consequências que se relacionam com as ameaçadoras forças da modernização e de sua globalização da dúvida. (BECK, 211, p. 21).

Esta mudança sofrida pelo direito penal ocasiona novas demandas e interesses penais, antecipando a tutela penal e, conseqüentemente, criando novos tipos penais ou majorando a pena de um tipo já existente. Dessa forma, cria-se a ilusão de segurança jurídica para o problema, já que o direito teria conseguido “apreender” o fenômeno, entendendo sua dinâmica e seus conflitos (MACHADO; GUIMARÃES, 2017, p.13).

Portanto, resta claro que o direito penal deve se readequar às novas demandas e mudanças sociais ocorridas neste novo contexto. Porém, não pode minimizar ou, até mesmo, ignorar a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, visto que são garantias fundamentais. Assim, compreende-se que a não proteção destes direitos vai contra todo o ordenamento jurídico brasileiro, estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

3 TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO PENAL DE *ULTIMA RATIO* PARA *PRIMA RATIO*

Os princípios são de extrema relevância em um ordenamento jurídico. Estes, são estabelecidos dentro de um contexto pós positivista e compreendidos como essenciais para auxiliar a aplicabilidade efetiva das normas jurídicas. Válido ressaltar, ainda, que os princípios podem ser classificados em explícitos ou implícitos. Senão vejamos:

Para garantir que o poder punitivo seja exercido com seriedade, preservando os direitos individuais, garantindo também que tal poder seja utilizado em ataques de real gravidade de uma forma controlada e limitada, têm-se os princípios limitadores do poder de punir do Estado como, por exemplo, o princípio da intervenção mínima, ou também denominado da subsidiariedade ou da *ultima ratio*. (ORLANDO; GÊNOVA, 2011, p.11).

O princípio da *ultima ratio* não está previsto de forma explícita na Constituição Federal de 1988, porém, tratando-se de um Estado democrático de direito, este se torna essencial no ordenamento jurídico. Ainda nesta perspectiva, ressalta-se:

A Constituição Federal prevê direitos e deveres ao garantir a integridade pessoal contra a tortura e ao tratamento desumano ou degradante, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, respeito á integridade física e moral do preso, dentre outros. Dessa forma, para que estes direitos sejam respeitados, não há outra forma, senão a utilização de um direito penal mínimo. (ORLANDO; GÊNOVA, 2011, p.25).

Em consonância com o entendimento proposto por este princípio, o direito penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, o remédio para a proteção de bens jurídicos ou direitos fundamentais. Assim, entende-se que a proteção penal deve apenas ocorrer quando os demais ramos do direito não puderem intervir ou se mostrarem insuficientes.

No entendimento de conceituados autores como Cézar Bittencourt, o princípio da intervenção mínima ou da *ultima ratio* é o será responsável por orientar e limitar o poder incriminador do Estado:

O princípio da intervenção mínima, também conhecida como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. (BITENCOURT, 2006, p.17).

Também conhecido como Princípio da Intervenção Mínima, está disposto de forma clara na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (SOUZA TAVARES, 2017, p.13). Segundo o artigo 8^a da referida Declaração, “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”

Portanto, resta claro que o direito penal só deve ser acionado quando, realmente, necessário, ou seja, quando não houver outra forma e nenhuma outra esfera do direito para proteger e garantir a efetiva tutela do bem jurídico questionado. Desta forma, o direito penal só deve ser aplicado em caráter subsidiário. Ainda sobre o assunto:

O princípio da intervenção mínima não se limita à não tipificação de condutas, mas também deve ser observado pelo legislador quando da

cominação da pena. A pena privativa de liberdade deve ser a última das sanções a ser cominada, já que não ressocializa o indivíduo, além do custo de sua execução ser bastante elevado para o Estado. (ORLANDO; GÊNOVA, 2011, p.211).

Com relação ao caráter subsidiário do direito penal, deve-se ter em mente que o mesmo está estritamente ligado ao princípio da subsidiariedade. Dessa forma, entende-se que no momento de sua utilização deve ser observado o grau de violação cometido pelo agente contra o bem jurídico que é tutelado pela norma.

Isto ocorre devido aos possíveis efeitos devastadores que o direito penal pode ocasionar na vida do indivíduo, sendo assim, deve ser o último mecanismo de controle social. O princípio da *ultima ratio* é também um limitador do poder punitivo, ou seja, pode ser entendido como uma barreira contra possíveis criminalizações desproporcionais e desobediências aos princípios fundamentais do cidadão por parte do Estado (SOUZA TAVARES, 2017, p.15).

Desta forma, o princípio da intervenção mínima além de agir na seleção dos comportamentos mais gravosos aos bens jurídicos, também pode atuar de forma contrária. Enquanto evita que qualquer conduta seja criminalizada, ele também se presta à descriminalização de ações que já não são vistas como nocivas aos bens jurídicos (SOUZA TAVARES, 2017, p.16).

Ressalta-se, que a teoria do direito penal mínimo ou direito penal como *ultima ratio*, é uma corrente em que não se prega em nenhuma hipótese da utilização da teoria máxima do direito penal, tão pouco do abolicionismo completo. Ela procura estabelecer adoção de medidas em caráter necessário, ou seja, a utilização do direito penal apenas quando outros ramos do direito não forem necessariamente capazes de solucionar o problema social em questão. (BISPO RAZABONI JUNIOR; NADIM DE LAZARI; DOMINGOS DE LUCA, 2017, p.255).

Por sua vez, a teoria se orienta por princípios fundamentais que são indispensáveis a sua garantia, como: Dignidade da Pessoa Humana, Intervenção Mínima, Lesividade, Adequação Social, Insignificância, Individualização da Pena, Proporcionalidade, Limitação de Penas, Culpabilidade, Responsabilidade Social e o Princípio da Legalidade. (BISPO RAZABONI JUNIOR; NADIM DE LAZARI; DOMINGOS DE LUCA, 2017, p.255).

Logo, não basta que um bem esteja dotado de suficiente importância social para que a tutela penal seja necessária. Almeja-se um Direito Penal

constitucionalmente orientado: subsidiário e garantidor dos direitos fundamentais. Além de ser fundamento da tutela punitiva, a Constituição deve ser também seu limite (com o respeito aos princípios da proporcionalidade, ofensividade, insignificância, entre outros). (LOPES; FRANCO, 2017, p.17).

Portanto, compreende-se a função do tipo penal de selecionar as condutas ou comportamentos apreendidos como proibidos pelo legislador, ou seja, uma função seletiva capaz de efetivar a própria característica do direito penal, que é entendida, tradicionalmente, como fragmentária. Neste ponto, reside o poder de escolha do proibido, o qual existe tanto no ato legislativo de tipificar, quanto no ato judicial de atribuir tipicidade. Portanto, concretiza-se na determinação do proibido o princípio liberal e garantidor da subsidiariedade do direito penal como *ultima ratio* de intervenção do Estado na esfera pública e privada do cidadão. (SALVADOR NETTO, 2006, p.87).

Na sociedade de risco e na mudança de perspectiva sofrida pelo direito penal, altera-se o princípio da subsidiariedade, construindo um direito penal *prima ratio* e não de *ultima ratio*, como era tradicionalmente conhecido. Assim, vejamos:

As normas despem-se da clareza e da certeza, dando espaço aos tipos penais abertos e a maior incidência das chamadas normas penais em branco. A subsidiariedade altera sua dinâmica construindo um direito penal de “*prima ratio*”, estendendo a máxima tutela do Estado a bens jurídicos sequer pensados como objetos de defesa através da criminalização, ou ampliando as punições às condutas prévias á presumida lesividade destes mesmos bens, conforme o agora denominado direito penal do inimigo. (SALVADOR NETTO, 2006, p.89).

Ressalta-se, que o desrespeito pelo princípio da *ultima ratio* também é uma violação à previsão na Constituição Federal e, conseqüentemente, ao que rege o ordenamento jurídico brasileiro. Ainda neste sentido:

O princípio da intervenção mínima, fundamento de um direito penal mínimo, corresponde a um mandamento obrigatório, já que a criação desmedida de condutas típicas gera conseqüências e efeitos negativos como, por exemplo, a chamada inflação legislativa, o conflito aparente de normas e a insegurança decorrente da impossibilidade de conhecimento de todas as leis. (ORLANDO; GÊNNOVA, 2011, p.224).

Contudo, é necessário destacar que o que se percebe, cada vez mais, é que o direito penal está perdendo seu caráter de *ultima ratio*, passando a adotar um caráter de *prima ratio*, principalmente quanto ao novo contexto trazido pela sociedade de risco. Ademais, entende-se que esta mudança ocasiona a flexibilização de vários princípios e,

consequentemente, de vários direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal, o que pode ser extremamente maléfico para a sociedade, diante da violação de seus preceitos fundamentais e ocasionando notável insegurança jurídica.

É necessário desmitificar o entendimento de que a criação descriteriosa de tipos penais e a atribuição de maior severidade às penas representam solução para o problema da criminalidade, uma que não são meios suficientes para convencer o infrator a desistir de suas ações criminosas. (ORLANDO; GÊNOVA, 2011, p.225).

Acrescenta-se, ainda, que é através do princípio da intervenção mínima ou da *ultima ratio*, intrinsecamente relacionado ao disposto pela Constituição Federal de 1988, que será alcançado um direito penal mais justo protetor das garantias sociais, o que, consequentemente, é mais benéfico para a sociedade e a tutela de seus direitos.

4 A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

Como já exposto, a mudança enfrentada pelo direito penal na sociedade de risco e a sua mudança de *ultima ratio* para *prima ratio*, tende a restringir a proteção de vários princípios fundamentais no Ordenamento Jurídico brasileiro, como o princípio da subsidiariedade. Desta forma, questiona-se, atualmente, a administrativização deste direito:

A administrativização do direito penal deve ser tratada como uma patologia que desnaturaliza as características essenciais do direito penal, implicando, portanto, uma utilização ilegítima da pena e das normas que estipulam como consequência jurídica uma pena. Esta ideia só pode ser compartilhada, desde logo, se se assume como ponto de partida que a forma diversa como cada ramo do ordenamento jurídico cumpre seus fins preventivos determina um ponto de partida qualitativo (ou, se preferir, quantitativo-qualitativo) para a identificação do que não pode ser definido como injusto penal. (SANCHEZ, 2011, p.39).

Verifica-se que, via de regra, a doutrina penalista clássica apresenta a diferença entre ilícito penal e ilícito administrativo no grau de reprovabilidade, ou seja, a intensidade em que cada um é responsável por violar o valor moral protegido pelo Estado. Então, a separação entre eles atende apenas aos critérios de conveniência e oportunidade pelo Estado. (LOPES; FRANCO, 2013, p.14).

Desta forma, o que se percebe atualmente é uma proliferação de normas de direito penal que tratam, na verdade, de desobediências, violações, deveres e funções do

Estado. Portanto, entende-se que estas deveriam estar restritas ao campo do direito administrativo. (LOPES; FRANCO, 2013, p.15).

Neste contexto, verifica-se que:

O uso expansivo da pena acaba tendo como consequência, a médio e a longo prazo, que o Direito Penal em seu conjunto vá perdendo suas características, desnaturalizando-se e adquirindo outros contornos. O problema desta administrativização e privatização da persecução é que os critérios de oportunidade tendem a ser indiferentes aos fatos e à sua gravidade e obedecem mais a outros fatores fenomenológicos menos controláveis (sobrecarga do trabalho do Ministério Público ou falta de meios, por exemplo). A solução para estes problemas práticos não reside na busca de novas soluções processuais, mas em expulsar do direito penal aquelas normas que resultam disfuncionais, ainda que não se possa ocultar que isso dependa de que se desenvolvam outros sistemas jurídicos de controle social que apareçam como alternativas funcionais válidas. (SANCHEZ, 2011, p. 25-26).

Nesta toada, a fronteira entre as finalidades que devem ser buscadas pelo direito penal e pelo direito administrativo sancionador está relacionada com a ideia de bem jurídico protegido e à noção de ofensividade. Portanto, percebe-se a necessidade de identificar o bem jurídico que é digno de proteção penal de modo diferente das funções estatais. (LOPES; FRANCO, 2013, p.18).

Sobre esta importante distinção feita sobre bem jurídico e função estatal, vislumbra-se que:

A distinção fundamental entre bem jurídico e função está, assim, na constatação de que a função não tem existência própria, dependendo de uma relação entre suas variáveis – o que apenas possibilita o cálculo de seus correspondentes predicados, sem conteúdo substancial –, enquanto o bem jurídico, por outro lado, pode ser tomado e valorado por si próprio (BECHARA, 2011, p.55).

Merece destaque o fato de que o princípio da ofensividade é um dos principais pontos diferenciadores destes ramos do direito, pois os diferentes graus de reprovabilidade estão ligados à capacidade das condutas oferecerem ameaças aos bens jurídicos (LOPES; FRANCO, 2013, p.19).

Portanto, deve-se ter em mente o caráter mais “agressivo” do direito penal, o qual foi originalmente designado para proteger graves violações aos bens jurídicos importantes, como por exemplo a proteção à vida. Neste aspecto vejamos no trecho abaixo a diferença do caráter sancionador entre o direito penal e o direito administrativo:

A intervenção penal deve ser reservada às condutas graves, oferecendo limites concretos e delineados ao arbítrio Estatal. O injusto penal não pode, pois, configurar mera insurgência a um comando do Estado, a um dever de obediência, caso contrário, ofender-se-ia a concepção principiológica do *ius puniendi* no campo do Direito Penal, convertendo-se o mesmo em mero guia da potestade sancionadora do Estado-administração. (LOPES; FRANCO, 2013, p.19).

Para além disso, verifica-se a importância de delimitação do campo de atuação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, principalmente, como forma de evitar a utilização cada vez mais excessiva e desnecessária do direito penal em demandas que poderiam ser facilmente solucionadas pelo direito administrativo. Ressalta-se que:

Os fins do direito administrativo são estritamente preventivo-instrumentais numa perspectiva social ou global, sem a necessidade de justificar individualmente a lesividade social da conduta (o injusto material). Por isso, as infrações de perigo abstrato são perfeitamente compatíveis com os fins deste ramo do direito sancionatório. Ao revés, a pena só pode cumprir seus fins preventivos através da retribuição de um fato concreto que consiste em uma conduta que, por si mesma, encerra uma lesividade potencial. O direito penal só pode prevenir riscos futuros com base na retribuição de riscos efetivos passados com os quais a sociedade tem que aprender, enquanto ao direito administrativo cabe a prevenção de situações de risco ou de insegurança. Para ser legítima, a pena estatal é vedada a possibilidade de punir um fato que, individualmente considerado, careça de lesividade ou periculosidade para outros âmbitos de organização, isto é, que não seja uma organização defeituosa capaz de afetar, por si mesma, outros âmbitos de organização. (SANCHEZ, 2011, p.41).

Como já visto e devidamente analisado nos tópicos anteriores, estes novos dilemas envolvendo o direito penal surgem com a pós modernidade e a teoria da sociedade de risco. Quanto a este aspecto, entende-se que:

O contexto expansionista do Direito Penal relaciona-se diretamente com o surgimento de uma sociedade de riscos. Suas principais características são a mudança do paradigma liberal do Direito Penal, com a ampliação de bens jurídicos tutelados e a flexibilização de regras de imputação. Há, ainda e em algumas situações, o afastamento do bem jurídico e a utilização da proteção de funções estatais como estratégia da intervenção penal. Para tanto, utiliza-se da proliferação de normas penais como meio de garantia de obediência a comandos do Estado que visam proteger funções estatais. (LOPES; FRANCO, 2013, p.23).

Ressalta-se que é devida a análise da questão do perigo abstrato e do aumento cada vez maior do medo e de seu controle, para evitar uma significativa administrativização do Direito penal:

A questão do perigo abstrato deve ser analisada, quanto à sua constitucionalidade (questão da ofensividade), considerando-se a necessária evitação da administrativização do Direito Penal (esta característica sim, atentatória ao princípio da ofensividade, sem a menor dúvida). O perigo, mesmo que abstrato, deve ser ligado a um valor de proteção necessária, e cuja ofensa (ou ameaça) deva ser punida criminalmente. Mais que isto, a presunção do perigo abstrato não pode ser tida de forma absoluta, alijando-se a possibilidade do caso concreto retirar esta característica determinada a priori. (LOPES; FRANCO, 2013, p.24)

Dentre as consequências dos crimes de perigo abstrato, destaca-se:

Com os delitos de perigo abstrato que caracterizam o moderno direito penal, criam-se delitos de desobediência e desaparecem as fronteiras entre a natureza repressiva e a reativa do direito penal e a função preventiva e proativa da polícia, ou seja, confundem-se as funções características do direito penal e as do direito administrativo. Este novo direito penal levanta sérias objeções político-criminais na medida em que os problemas se mantêm sem solução, enquanto o perfil de um direito penal próprio de um Estado liberal vai desaparecendo em prol de um perfil de Estado de segurança. Trata-se de penalizações de caráter formal, mas que não são efetivas e que representam uma tendência a operar como controle social de forma mais simbólica do que coerciva ou instrumental. (SANCHEZ, 2011, p. 33).

Para além disso, compreende-se que cabe ao direito administrativo sancionador apenas a tutela legítima das funções estatais, sendo elas tanto a tutela da atividade administrativa quanto a ordenadora do Estado, sendo extremamente necessário para a sistematização de um ordenamento jurídico racional, respeitando a lógica constitucional de regulação social. (LOPES; FRANCO, 2013, p.24).

Ademais, no contexto da já mencionada sociedade de risco, deve-se repensar o caráter do direito administrativo sancionador, para que este tutele devidamente as demandas que seriam suas e não do direito penal. Vejamos:

Assim, é preciso repensar, sob o viés filosófico, normativo e pragmático, a finalidade e a estrutura do Direito Administrativo-sancionador. Somente assim, diante de uma sociedade de riscos globais, esse campo do direito estará preparado para receber uma demanda cada vez mais premente. Em resumo, é necessário reestruturar e fortalecer o Direito Administrativo sancionador. (LOPES; FRANCO, 2013, p.22).

Portanto, com os desafios e mudanças vivenciados pelo mundo no contexto atual da sociedade de risco, o direito penal tornou-se responsável por proteger e abranger vários bens jurídicos até então não abarcados por ele. Contudo, a questão também trouxe consequências negativas, principalmente na eficácia da tutela.

Dentre as consequências supramencionadas, a principal seria a relativização dos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal, transformando o caráter de *ultima ratio* para *prima ratio* no que tange o direito penal.

Por fim, com base na análise desta pesquisa, compreende-se que muitos conflitos que estão sendo resolvidos pelo direito penal poderiam ser abarcados e solucionados na seara do direito administrativo.

5 CONCLUSÃO

No decorrer deste artigo restou evidente o quanto a pós modernidade, ou o contexto evidenciado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, a chamada Sociedade de Risco trouxeram inovações em vários aspectos da sociedade, modificando as relações sociais e, conseqüentemente, os ramos jurídicos que são responsáveis pela sua proteção e efetiva tutela, como o direito penal.

Evidencia-se, que o direito penal, no contexto da sociedade de risco, precisa se readaptar às novas demandas que a sociedade atual necessita, pois deve estar de acordo com as suas transformações. Dessa forma, faz com que ilícitos sejam alterados ou que os que já existem tenham suas penas alteradas.

Contudo, não se pode fazer com que a mudança sofrida pelo direito penal passe a flexibilizar princípios constitucionais extremamente importantes, como o princípio da subsidiariedade, pois viola os preceitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988.

O direito penal, portanto, que até então era considerado como *ultima ratio*, justamente por suas consequências práticas serem muitos mais invasivas, vem se tornando cada vez mais *prima ratio*, o que deve ser problematizado.

Esta mudança, é bastante preocupante, visto que a flexibilização ou, até mesmo, a inobservância de princípios constitucionais interfere de forma direta na concretização de vários direitos fundamentais dos indivíduos, o que é extremamente prejudicial para a tutela dos direitos sociais.

Destaca-se, ainda, que o direito penal, por natureza, tem um viés de certa forma educativo, porém, todas estas mudanças significativas, como o número cada vez mais crescente de delitos e, conseqüentemente, de encarceramento, faz com que o caráter educativo se transforme em medo.

Portanto, o controle do medo no direito penal na sociedade de risco, tornou-se um ponto de muita relevância, fazendo com que, cada vez mais, se busque alternativas para garantir o efetivo controle.

Diante do controle do medo, outro ponto merece destaque, sendo ele a administratização do direito penal. Dessa forma, apesar do Direito Penal e do Direito Administrativo terem tutelas jurídicas diferentes, diante desta mudança sofrida pelo direito penal, os objetos jurídicos antes tutelados pelo direito administrativo, passaram a ser tutelados pelo direito penal, o que é prejudicial.

Portanto, diante da sociedade de risco, o direito penal apesar de ter que se enquadrar a esta nova realidade, não pode ignorar a vigências dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais na sua aplicabilidade e a substituição para *prima ratio*, muitas vezes, pode levar a violações de garantias constitucionais.

Por fim, apenas com a observância dos direitos fundamentais e com o devido respeito ao caráter de *ultima ratio* do direito penal é que será possível fazer o efetivo controle do medo e, até mesmo, possibilitar que muitas ilicitudes atualmente tuteladas por ele voltem para a seara do direito administrativo, visto que o direito penal pode levar a resultados mais prejudiciais, como a perda da liberdade do indivíduo. Portanto, este ramo do direito requer um maior cuidado em sua aplicabilidade.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECHARA, Ana Elisa Libertore S. Critérios Político-Criminais da Intervenção Penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada. **In**: FRANCO, Alberto Silva (Coord); LIRA, Rafael (Coord). Direito penal econômico: questões atuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BISPO RAZABONI JUNIOR, Ricardo; NADIM DE LAZARI, Rafael José; DOMINGOS DE LUCA, Guilherme. Direito Penal Mínimo: A Teoria do Equilíbrio da Norma Penal. **In** Revista Eletrônica de Graduação do UNIVEM - REGRAD, [S.l.], v. 10, n. 01, p. 245 - 258, oct. 2017. ISSN 1984-7866, 2017. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/REGRAD/article/view/2187>>. Acesso em: 01 de Agosto de 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 2006.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal 4. ed. rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Ímpetus, 2009.

LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. **Administrativização do Direito Penal Econômico**. Artigo desenvolvido no Mestrado em Direito Empresarial da Faculdade de Direito Milton Campos. Minas Gerais, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=de4994a3a1ec0331>>. Acesso em: 20 de julho de 2020.

MACHADO, Linia Dayana Lopes; GUIMARÃES, Rejaine Silva. Direito Penal No Contexto da Sociedade de Risco: Um Desafio da Pós Modernidade. **In** Revista Direito Penal, Processo Penal e Constituição, e-ISSN: 2526-0200, Brasília, v. 3, n. 1, p. 1 – 16, Jan/Jun. 2017. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/1933>> Acesso em 15 de Julho de 2020.

ORLANDO, Marielen Paura; GÊNOVA, Jairo José. O princípio da intervenção mínima no Direito Penal. **In** Revista Eletrônica de Graduação do UNIVEM - REGRAD, volume 4, Jan-Dez/2011.

RODRIGUES, Lorena Siqueira; BARBOSA, Karlos Alves. **Sociedade de Risco e a Expansão do Direito Penal**: uma análise dos crimes de perigo abstrado à luz do Estado Constitucional. 2019. Disponível em:<<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/26416/3/SociedadeRiscoExpans%C3%A3o.pdf>> Acesso em: 28 de julho de 2020.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade Penal e Sociedade de Risco**. Editora Quartier Latin. 2006.

SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Sobre a Administrativização do Direito Penal na “Sociedade de Risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. **In** Revista Liberdades, nº 07-maio-agosto de 2011. Disponível em:<http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rc_on_id=84>. Acesso em: 28 de Julho de 2020.

TAVARES, Johnatan Lohan Borges de Souza. **Uma Crítica ao Direito Penal Brasileiro Como *Prima Ratio***. 2017. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Paraná. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/55955/JOHNATAN%20LOHAN%20BORGES%20DE%20SOUZA%20TAVARES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 10 de Julho de 2020.