

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

Daniel Angeli de Almeida*

RESUMO

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

Palavras-chaves: Racionalidade científica. Sociedade de risco. Bem jurídico penal.

INTRODUÇÃO

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

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

** Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogado. E-mail: danielangelidealmeida@yahoo.com.br.

Entretanto, o advento do século XX transformou a antiga concepção de sociedade industrial. Com efeito, o fenômeno da globalização modificou a compreensão dos fenômenos naturais e sociais: nenhum fenômeno está restrito ao lugar de sua ocorrência, pois eles produzem reverberações que podem ser sentidas do outro lado do planeta.

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

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

A criminalidade enfrentada pelo Direito Penal, antes restrita às ameaças pontuais à saúde e ao patrimônio dos indivíduos, agora recebe influxos do novo modelo social globalizado. Com efeito, os novos riscos ameaçam a sociedade como um todo, pois possuem potencial de afetar uma quantidade indeterminada de pessoas. O envenenamento produzido pelos agrotóxicos nos alimentos, os crimes contra o mercado e as relações de consumo, o funcionamento do sistema financeiro, a saúde pública, os riscos do manuseio de energia nuclear, dentre outros, têm potencial de afetar uma coletividade de indivíduos.

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

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

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

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

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

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

Em todo este Tratado, esforçar-nos-emos por procurar com tanto cuidado e tornar tão fáceis todas as vias abertas aos homens para o

conhecimento da verdade, que quem quer que tenha perfeitamente aprendido todo o nosso método — ainda que seja o mais medíocre dos espíritos — verá que nenhuma destas vias lhe está mais vedada do que aos outros e que já nada ignora por falta de espírito ou de arte.

Nesse sentido, é notável que o modelo de racionalidade científica é via única para se alcançar a verdade: há apenas uma estrada, um método, que deve ser trilhado para que o conhecimento seja produzido.

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

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

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

desenvolvimento das ciências exatas foi possível a melhoria das condições de vida das sociedades humanas. Estes avanços, contudo, tiveram consequências também no campo social e jurídico. Como afirma Jesús-María Silva Sánchez (2002, p. 98):

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

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

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

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

Paralelamente, a teoria absoluta da pena, então vigente no Direito Penal, não se mostra mais adequada para justificar a responsabilidade do infrator. Com efeito, essa teoria encara a

sanção penal como mera retribuição do injusto provocado: a pena é um mal necessário. Pune-se porque pecou (*Punitur quia peccatum est*). Esta orientação, oriunda do direito canônico, sucumbe ante o fortalecimento do Estado e das doutrinas do contrato social. Não é mais o pecado o fundamento da pena, mas sim a quebra do pacto social, consubstanciado nas leis penais. Portanto, outros devem ser os fins perseguidos pela aplicação das penas. Surge então, nas palavras de Silva Sánchez (2002, 99), “a concepção da pena funcional”. Trata-se, em apertada síntese, da finalidade preventiva da pena, consubstanciada na prevenção especial (voltada para o criminoso) e prevenção geral (voltada para a sociedade).

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

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

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

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

da retroatividade da lei penal; a proibição de criação de crimes pelo costume ou por analogia; e a proibição de incriminações vagas ou indeterminadas (BATISTA, 2007, p. 68-77).

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

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

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

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

A pretendida objetivização do fato social encontra obstáculos no percurso, dentre os quais Boaventura (2003, p. 36) adverte que “as ciências sociais não podem estabelecer leis universais porque os fenômenos sociais são historicamente condicionados e culturalmente determinados”. E prossegue, afirmando que “as ciências sociais não são objectivas porque o cientista social não pode libertar-se, no acto de observação, dos valores que informam a sua prática em geral e, portanto, também a sua prática de cientista”. A utilização emprestada dos métodos criados para as ciências naturais provocou, no campo das ciências humanas, um atraso histórico na produção científica.

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

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

A tentativa de divórcio epistemológico efetuada pela fenomenologia de Husserl, malgrado não tenha obtido êxito em separar-se completamente do pensamento racionalista científico, é capaz de demonstrar, nas palavras de Boaventura (2003, p. 40), “um sinal de crise”, de forma que apresenta alguns dos componentes de transição para outro paradigma científico. Esses sinais de crise se ampliaram com a chegada do século XX, sobretudo com as doutrinas fenomenológicas surgidas a partir da obra de Edmund Husserl. Neste sentido, Maurice Merleau-Ponty (2006, p. 408) rejeita a distinção entre sujeito/objeto, entre homem/natureza, ou mesmo entre corpo/consciência, demonstrando uma nítida inclinação pela autonomia metodológica das ciências humanas:

Mas o sistema da experiência não está desdobrado diante de mim como se eu fosse Deus, ele é vivido por mim de um certo ponto de vista, não sou seu espectador, sou parte dele, e é minha inerência a um ponto de vista que torna possível ao mesmo tempo a finitude de minha percepção e sua abertura total enquanto horizonte de toda percepção.

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

Na mesma linha, Sartre (1987, p. 154) já havia levantado a ideia de um método de produção de conhecimento “progressivo-regressivo”, dando a entender que, ao mesmo tempo em que a história influencia a biografia do homem, cada ser humano é um ser atuante, capaz de produzir e reescrever a história com base nas suas vivências. Sartre estabelece um elo necessário entre o sujeito e o objeto, pois ambos têm papéis relevantes na construção da história, influenciando-se reciprocamente.

As teorias acima referidas, bem como outros pensamentos elaborados mais recentemente¹, demonstram que a racionalidade científica típica das ciências naturais, que tem por característica a separação estanque entre sujeito e objeto, vem sendo questionada progressivamente. Já não é possível, nem mesmo cientificamente aceitável, propor uma linha de raciocínio científico em que o objeto a ser estudado encontre-se num ambiente hermeticamente fechado, sem influências externas. O que se vê atualmente é o reconhecimento da inseparabilidade entre sujeito e objeto, pois o primeiro só consegue observar o segundo a partir do seu ponto de vista histórico. Já não se produz conhecimento com base no determinismo mecanicista: não é possível dominar o objeto de estudo, pois ele influencia o cientista e por ele é influenciado. Este novo modelo de pensamento científico afasta a segurança e previsibilidade tão desejadas pelo modelo da racionalidade científica moderna, pondo em cheque sua permanência como paradigma dominante.

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

¹ Por todos, Heidegger (1993, p. 93): "First, every metaphysical question always encompasses the whole range of metaphysical problems. Each question is itself always the whole. Therefore, second, every metaphysical question can be asked only in such a way that the questioner as such is present together with the question, that is, is placed in question".

O ADVENTO DA PÓS-MODERNIDADE E A SOCIEDADE DE RISCO

A humanidade atravessou vários séculos sob a égide do paradigma da racionalidade científica, período em que se produziram tecnologias que revolucionaram os mais variados campos do conhecimento, abrangendo tanto as ciências exatas como as ciências sociais. A sociedade que hoje se desenha possui uma estrutura distinta da sociedade industrial. A modernidade vai abandonando os contornos do paradigma industrial para estabelecer um novo modelo, chamado por Ulrich Beck de sociedade de risco (2011, p. 12):

[...] assim como no século XIX a modernização dissolveu a esclerosada sociedade agrária estamental e, ao depurá-la, extraiu a imagem estrutural da sociedade industrial, hoje a modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge uma outra configuração social.

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

Dicha sociedad se caracteriza fundamentalmente por su complejidad, transnacionalidad, dinamicidad en su economía, multiplicidad de interconexiones causales y existencia de una alta intervención de colectivos. En definitiva, una sociedad en la que los avances científicos y tecnológicos, así como el fenómeno de la globalización, entre otros factores, favorecen la aparición de nuevos peligros ante los que el ciudadano medio se siente amenazado (ej. los derivados del uso de la energía nuclear).

O próprio processo de modernização produz efeitos colaterais latentes, denominados riscos. Para Beck (2011, p. 23) “na modernidade tardia, a produção social de *riqueza* é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos”. A grande tônica do processo de modernização deixa de ser a legitimação da acumulação desigual de riquezas, típica da sociedade industrial, e passa a ser a legitimação do progresso através do isolamento dos riscos produzidos no próprio processo de modernização.

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

Ocorre que o acúmulo de riscos pode gerar consequências sociais desastrosas, com alcance sobremaneira maior do que os riscos tradicionalmente enfrentados pelo processo de modernização. Nesse sentido, María José Jiménez Díaz (2014, p. 08:3) afirma que os riscos “[...] presentan grandes dimensiones, lo que significa que amenazan a un número indeterminado y potencialmente enorme de personas, e incluso a la existencia de la humanidad como tal”.

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

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

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

Esta dimensão global dos riscos produzidos pela sociedade pós-industrial é analisada por Paulo Silva Fernandes (2001, p. 42) a partir de uma perspectiva da sensação de insegurança dos indivíduos:

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

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

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

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

Este, de fato, é um fenômeno que se repete a cada ascensão de um novo paradigma. Afinal, um paradigma que se pretende dominante deve ser capaz de se autossustentar, ou seja, deve ser capaz de criar mecanismos próprios para justificar suas falhas e conviver com elas, e até mais: lucrar com elas. Essa é a tônica das revoluções científicas, segundo o pensamento de Thomas Kuhn (2013, p. 180), que afirma que “quando os paradigmas participam – e devem fazê-lo – de um debate sobre a escolha de um paradigma, seu papel é necessariamente circular. Cada grupo utiliza seu próprio paradigma para argumentar em favor desse mesmo paradigma”. O paradigma da sociedade de riscos, portanto, ao mesmo tempo em que cria novas necessidades de segurança, também apresenta as soluções para estas novas demandas. Cria-se, assim, um mercado do risco, onde atuam indivíduos que oferecem produtos para a inocuidade dos riscos produzidos pelo progresso da modernidade tardia.

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

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

A imperceptibilidade dos riscos faz com que eles tenham que ser anunciados, através da mídia, pelos cientistas responsáveis pela sua medição. O que antes eram fenômenos controlados pelos humanos, agora se revelam riscos instáveis e passíveis de atingir uma vasta quantidade de indivíduos. Beck (2011, p. 64) afirma que “Em situações de ameaça [...] as coisas da vida cotidiana convertem-se, praticamente da noite pro dia, em ‘Cavalo de Troia’, do qual se precipitam os perigos, e com eles os especialistas do risco, para anunciar, em meio a peijas mútuas, do que é que se deve ter medo e do que não”. Neste contexto, os cientistas têm legitimidade não apenas para anunciar os riscos, mas também os mecanismos que devem ser adotadas para proteção. Portanto, a cientificização do risco gera consigo a comercialização do risco. Para Beck (2011, p. 67)

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

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

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

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

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

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

Em primeiro lugar, é importante lembrar que o novo paradigma que se forma no Direito Penal ainda não está consolidado. A nova estrutura social aos poucos vai transformando os institutos jurídico-penais para adaptá-los à realidade. A passagem para um novo paradigma é lenta e gradual, praticamente imperceptível aos olhos dos menos atentos. A sociedade de risco ainda está se estabilizando no plano sociológico, firmando suas características essenciais e, com isso, influenciando as transformações das ciências que lhe são correlatas.

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

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

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

resume: “à ciência se pede simplesmente que formule as bases de tais respostas”, ou seja, à ciência cabe o papel secundário de justificar as manobras práticas.

A passagem para uma sociedade caracterizada pela insegurança generalizada faz com que os cidadãos reclamem do Estado uma postura de combate à insegurança e exijam o fornecimento de mecanismos de prevenção frente aos riscos. Cresce progressivamente a necessidade de novos instrumentos para combater os riscos. O Direito Penal é chamado para entrar em campo em meio a instabilidade das relações de uma sociedade insegura. Para Silva Sánchez (2002, p. 41), “em uma sociedade que carece de consenso sobre valores positivos, parece que corresponde ao Direito Penal *malgré lui* a missão fundamental de gerar consenso e reforçar a comunidade”. O Direito Penal, tradicionalmente caracterizado por ser o soldado de reserva, a *ultima ratio* de proteção dos bens jurídicos, passa a ser o principal instrumento de combate aos riscos criados pela sociedade pós-moderna.

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

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

O progresso técnico dá lugar, no âmbito da delinquência dolosa tradicional [...], a adoção de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos; assim mesmo, surgem modalidades delitivas dolosas de novo cunho que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia. A criminalidade,

associada aos meios informáticos e à internet (a chamada ciberdelinquência), é, seguramente, o maior exemplo de tal evolução.

Com efeito, pode-se observar o surgimento de novos tipos penais, tais como o delito previsto no art. 154-A do Código Penal, que tipifica a conduta de invadir dispositivo informático alheio, assim como os novos arts. 313-A e 313-B do Código Penal, denominados pelos manuais de peculato eletrônico (CUNHA, 2016, p. 746), que punem o agente que, em linhas gerais, insere dados falsos ou modifica o funcionamento do sistema de informações da Administração Pública. São inéditos os bens jurídicos tutelados por estes delitos, pois buscam proteger os dados componentes de um sistema eletrônico ou mesmo o próprio sistema de informações ou programa de informática.

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

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

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

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

Aliado à proliferação dos tipos penais de perigo, o legislador vem optando pela criação de delitos formais e de mera conduta, em detrimento da criação de delitos materiais. Explica-se: os delitos formais não exigem a ocorrência de um resultado material para a sua consumação, apesar de previsto na norma. A eventual ocorrência do resultado previsto nos tipos formais é considerado mero exaurimento do crime. Já os delitos de mera conduta sequer preveem no seu tipo objetivo a ocorrência de um resultado naturalístico. A superveniência de um resultado lesivo nos tipos de mera conduta é irrelevante, pois nem ao menos foi previsto no tipo legal do crime.

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

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

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

Seguindo esta trilha, a solução encontrada pelo Direito Penal para enfrentar a dita criminalidade contemporânea passa pela flexibilização das categorias da teoria do delito.

Seria extremamente difícil para o Direito punitivo o enfrentamento dos novos modelos de delitos através das regras clássicas das ciências penais. Silva Sánchez (2002, p. 69) expõe a problemática de forma lúcida:

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

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

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

A título de exemplo, uma teoria que ganha grande acolhida na doutrina é a teoria do domínio do fato, idealizada por Claus Roxin. A tese preconiza a possibilidade de distinção entre autor e partícipe através do instituto da autoria mediata. Há um detalhe importante na noção de autoria mediata que funciona como um nítido reflexo da sociedade de risco nas teorias jurídico-penais. Com efeito, uma das maneiras de dominar um fato e, portanto, ser considerado como autor do delito, está no chamado domínio da vontade. Este domínio tem como pressuposto a existência de um autor imediato, que funciona como instrumento para a prática do delito e executa pessoalmente o núcleo do tipo penal; e um autor mediato, que domina a vontade do autor imediato, porém não pratica de mão própria as ações executivas do tipo. Neste tipo de domínio existe uma modalidade a que Luís Greco (2014, p. 27) dá o nome de aparato organizado de poder. Efetivamente, o autor explica que:

Aquele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados.

Note-se que esta teoria revela uma nítida reação à nova criminalidade surgida com o advento da sociedade pós-moderna: a criminalidade organizada. O pressuposto de aplicação da teoria da autoria mediata na modalidade de controle da organização é que a referida organização seja estruturalmente ordenada e dissociada do direito, bem como exige a fungibilidade dos executores. Tais requisitos equivalem quase que perfeitamente aos requisitos exigidos pela Lei 12.850/13 para a configuração de uma organização criminosa. Conclui-se, portanto, que a teoria do domínio do fato constitui uma nítida reação doutrinária no intuito adaptar os institutos jurídico-penais da teoria do delito (autoria, participação) às novas realidades criadas pelo advento da sociedade de risco.

Por fim, saliente-se que, em função dos influxos que sofre o Direito Penal a partir do advento da sociedade de risco, foram surgindo teorias que se recusam a modificar a qualidade do bem jurídico penalmente protegido, de forma que o combate aos novos riscos deveria ser feito por outro ramo do direito.

Com efeito, o Direito Penal não deveria desfigurar seus institutos a fim de responder às demandas de uma nova sociedade baseada nos riscos. Segundo esta vertente, o Direito Penal clássico já possui os mecanismos adequados para controle e resposta à criminalidade, não necessitando de transformações para se adequar às novas exigências da sociedade de risco. Os bens jurídicos tradicionais não necessitariam de atualização, pois já refletem os interesses sociais mais importantes e resguardam a segurança e estabilidade da comunidade. Eventuais novas demandas apresentadas não deveriam ser trazidas para o campo jurídico-penal, pois podem ser eficazmente solucionadas por outros ramos do direito, ou mesmo através da criação de um novo ramo, diferente do Direito Penal, denominado de Direito de Intervenção. Assim, estaria garantida a estrutura original do Direito Penal e, ao mesmo tempo, poderia ser emitida uma resposta razoável às novas demandas.

Jímenez Díaz (2014, p. 08:7) expõe os detalhes desta vertente teórica:

Pues partiendo de que la intervención del Derecho penal sería ineficaz contra los nuevos riesgos (desplegando únicamente unos efectos simbólicos) y, además sería ilegítima, propone, crear un nuevo *Derecho de intervención* para evitar la desnaturalización del Derecho penal clásico y, a su vez, satisfacer las necesidades de la sociedad del riesgo.

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

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

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

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

Silva Sánchez afirma que o Direito Penal de terceira velocidade seria um instrumento emergencial utilizado temporariamente para situações de grande instabilidade política, ou seja, seria uma medida típica de um estado de exceção. Na concepção do referido autor (2002, p. 150):

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

Entretanto, Silva Sánchez se esquece de que os elementos de uma sociedade de risco anunciam a entrada num estado de exceção permanente, devido à existência de uma sensação de insegurança generalizada. A falácia de um Direito Penal de terceira velocidade não seria bem vinda sequer pelo próprio idealizador da sociedade de risco, Ulrich Beck (2011, p. 96), que afirma que: “A sociedade de risco não é, portanto, uma sociedade revolucionária, mas

mais do que isto: uma sociedade catastrófica. Nela, o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade”. Desta forma, este Direito Penal excepcional, na forma preconizada pelo autor, tenderia a se perpetuar nas estruturas de uma sociedade caótica, lastreada na produção e isolamento de riscos potencialmente capazes de destruir de toda a humanidade.

CONCLUSÕES

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

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

O aparecimento de novos riscos, contudo, obumbra o clássico princípio jurídico-penal da intervenção mínima. Os novos riscos produzem uma sensação de insegurança generalizada e, conseqüentemente, demandam a utilização de instrumentos altamente invasivos para que seja reconquistada a normalidade e a segurança. O Direito Penal é chamado para intervir ordinariamente, e não extraordinariamente, como de costume.

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

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

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

L'INSTAURATION D'UN NOUVEAU PARADIGME DU DROIT PENAL DEVANT LA NAISSANCE DE LA SOCIÉTÉ DU RISQUE: UNE NECESSAIRE RELISE DE LA THEORIE DU BIEN JURIDIQUE.

RESUMÉ

La rationalité scientifique typique des sciences naturelles a régné dans le cadre de la production scientifique du connaissance pendant divers siècles, à travers de la monopolisation des outils et des objets pour l'étude des phénomènes naturels. Ses méthodes et règles épistémologiques ont influencé jusqu'à la production scientifique des sciences sociales. Cependant, l'ascension de la post-modernité a restructuré la base de la société et a contesté les dogmes avant imposées par le modèle de la rationalité scientifique industriel. En effet, l'entrée dans l'âge post-industriel impose des changements dans des divers champs du connaissance, surtout dans le Droit Penal, qui devient obligé de revoir ses principes classiques, d'abandonner d'anciennes vérités et de s'adapter pour répondre les nouveaux défis de la société de risque.

Mots-clés: Rationalité scientifique. Société de risque. Droit Penal post-moderne.

REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

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

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

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

GRECO, Luís; LEITE, Alair. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: *Autoria como domínio do fato. Estudos*

introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

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

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

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

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. Tradução: Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

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

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

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

SARTRE, Jean-Paul. *O existencialismo é um humanismo; A imaginação; Questão de método*. Tradução Rita Correia Guedes; Luiz Roberto Salinas Forte; Bento Prado Júnior. 3 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.