

## **A CRISE DO DIREITO PENAL DO BEM JURÍDICO: REFLEXÕES ACERCA DO PARADIGMA PENAL DAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS CONTEMPORÂNEAS**

### ***THE CRISIS OF THE CRIMINAL LAW OF THE LEGAL INTEREST: REFLECTIONS ON THE PENAL PARADIGM OF CONTEMPORARY DEMOCRATIC SOCIETIES***

Davi Uruçu Rego

Assessor de Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado do Maranhão. Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Roberto Carvalho Veloso

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2008), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2002) e Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí (1987). Atualmente Professor e Pesquisador da UniCEUMA. Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão. Professor Colaborador da Universidade Autónoma de Lisboa - Portugal. Juiz Federal no Maranhão. Coordenador do Mestrado em Direito da UFMA. Membro do Conselho Superior da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM. Ex-presidente da AJUFE - Associação dos Juizes Federais do Brasil. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal encarregada de elaborar o novo Código Eleitoral. Membro da Academia Maranhense de Letras Jurídicas. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Eleitoral da UFMA em convênio com o TRE/MA. Exerceu as funções de Assessor Parlamentar na Câmara dos Deputados, de Promotor de Justiça do Estado do Maranhão, de Juiz Federal em Brasília, de Juiz Federal no Piauí, de Juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Piauí e do Maranhão. Ex-Presidente da Associação dos Juizes Federais da 1ª Região.

**Submetido em:** 05/03/2020

**Aprovado em:** 19/09/2020

**Resumo:** O presente trabalho tem por objeto a reflexão acerca do paradigma penal impulsionado pela sociedade contemporânea, cuja dinâmica impõe como imperativa a necessidade de dar respostas às novas questões sociais, as quais os contornos e aspectos mais expressivos impelem a uma prática legislativa penal arraigada em tipos penais de perigo (abstrato ou presumido), em tipos confusos e vagos, na delegação de função legislativa penal e, por derradeiro, na criminalização dos deveres de vigilância – características intrínsecas ao Direito Penal do Perigo.

**Palavras-chave:** Sistema Penal. Direito Penal do Perigo. Bem Jurídico. Sociedade do Risco.

**Abstract:** *This paper aims to reflect on the criminal paradigm driven by contemporary society, whose dynamics imposes as imperative the need to give answers to the new social questions, which the contours and more expressive aspects impel to a criminal legislative practice rooted in criminal types. of danger (abstract or presumed), in confused and vague types, in the delegation of criminal legislative function and, finally, in the criminalization of surveillance duties - characteristics intrinsic to the Criminal Law of Danger.*

**Keywords:** *Penal system. Criminal Law of Danger. Well legal. Risk Society.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A sociedade contemporânea: a Sociedade do Risco. 2. Um modelo de Estado da Segurança. 2.1 A trincheira penal: o Direito Penal do Perigo. 3. A crise do Direito Penal do Bem Jurídico. Conclusões. Referências.

## INTRODUÇÃO

A complexidade da sociedade contemporânea atribui-lhe características que, indubitavelmente, favorecem ao alargamento do domínio de intervenção do direito penal, seja pela proteção de novos bens jurídicos, seja pela criminalização de condutas que outrora ou estavam pura e simplesmente desprotegidas ou eram sancionadas por outros ramos do direito.

Sob esse prisma, os novos riscos que são gerados e difundidos impelem a criação de um amálgama legislativo recheado de tipos penais de perigo (abstrato ou presumido), em tipos confusos e vagos, na delegação de função legislativa penal e, por derradeiro, na criminalização dos deveres de vigilância – características intrínsecas ao Direito Penal do Perigo.

Assim, a partir de uma perspectiva dogmática jurídico-penal, busca-se não somente refletir sobre os motivos condicionantes da ampliação do direito penal na sociedade do risco, mas, especialmente, sobre os impactos gerados ao direito penal do bem jurídico nesse novo contexto social.

Ressalta-se que a escolha da temática é decorrente, sobretudo, da necessidade de se interpretar o contexto social contemporâneo, para que seja possível fornecer respostas penais menos lesivas, menos aviltantes, e mais garantistas aos conflitos gerados na Sociedade do Risco.

Para além, sobreleva-se que o grande objetivo a ser alcançado está longe da oferta de um ponto de vista acabado acerca da temática, todavia, encontra agasalho, sobretudo, no desejo de fomentar o resgate da capacidade questionadora, que foi suprimida pela massificação de uma passividade indolente que, indubitavelmente, não apenas corrompe, mas também desfalece o potencial intelectual de uma parcela relevante da sociedade.

Nesse percurso, utiliza-se do método indutivo de abordagem, posto que se trata de estudo que opera no campo teórico-interpretativo da realidade, partin-

do-se daquilo que é sobejamente conhecido – o que não implica em qualquer tipo de consenso – para se chegar a ilações até então não realizadas; argumentando-se, ampliando-se o que está estabelecido, passa-se para o desconhecido, do particular para o geral, com o objetivo último de se elaborar uma forma de conhecimento com *status* de científico.

O método de procedimento é o monográfico, com a abordagem de um único tema, o que não impede o estabelecimento de um diálogo interdisciplinar, com contribuições da Ciência Política, da História e da Filosofia.

No que tange às citações, ressalta-se as notas de rodapé foram utilizadas tanto para esclarecer conceitos e aprofundar as ideias trazidas pelas citações diretas quanto para expor entendimentos diversos daqueles defendidos, a fim de que se enriquecesse do debate e a argumentação desenvolvida.

Por fim, a técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, tendo sido realizado amplo levantamento das várias disciplinas afetas ao tema, dando-se prioridade ao estudo da dogmática penal.

## 1. A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: A SOCIEDADE DO RISCO

Vista do alto a sociedade é uma ilha de tranquilidade. Caseira e agradável à maioria daqueles que a sobrevoam é minuciosa em dissuadir o mar de turbulência e hostilidade que contém.

Sua racionalidade seduz pelos argumentos organizacionais e coletivos da metáfora de um só corpo voltado para as realizações comuns; e, repetidas vezes, o ecoar deste cântico impede o exame de suas minúcias e dos valores da vida que estão em jogo.

Deixa-se navegar pelas mais diversas correntes propositivas e ondas domadoras sempre em busca de um equilíbrio que, invariavelmente, enreda o binômio liberdade-segurança.

Assim, talvez assista inteira razão à visão segundo a qual a sociedade é aquele corpo em cuja proteção abriga-se do horror de nossa própria transitoriedade (DURKHEIM, 1972, p. 94).

E se diz talvez porque acredita-se necessário fazer a devida atualização para se perceber que a sociedade contemporânea – “viveiro da segurança” – é insistentemente volátil, sendo, portanto, fundamental compreender que a metáfora do corpo social – enquanto abrigo único<sup>1</sup> – apresenta-se aveludada por dentro e áspera e espinhosa por fora (BAUMAN, 2001, 208-211).

<sup>1</sup> Uma opinião em sentido contrário pode ser vislumbrada em Thoreau (2017).

Esses limites traçam o horizonte e as linhas divisórias existentes entre o domínio da confiança e do cuidado amoroso ofertados àqueles que conferem coesão ao corpo social e o da suspeição e perpétua vigilância àqueles que realizam o movimento em sentido contrário. Veja-se, assim, que a linha de trincheira por consecução de segurança assume uma preocupação obsessiva e febril ante a multiplicidade e potencialidade dos riscos que a sociedade atual cria.

E, conquanto não se olvide dizer que a existência de riscos sempre fez parte do desenvolvimento histórico<sup>2</sup>, é importante caracterizar esse novo ambiente criado pela sociedade contemporânea, por muitos denominada de sociedade do risco.

Nesse caminhar, se é certo que viver em sociedade implica compartilhar riscos, não menos certo é que a atual composição da sociedade deve levar em conta, justamente, a nova dimensão dos riscos contemporâneos, visto que estes são globalmente difundidos e irrefreáveis.

São, portanto, características desta sociedade – além de uma nova ordem financeira e internacional – a criação de um novo modelo de desenvolvimento capitalista que se baseia em novos padrões de produção, na elevadíssima concentração de capital, na revolução tecnológica, nas precarizações das relações de trabalho, na ampliação da exclusão social, na degradação do meio ambiente etc<sup>3</sup>.

Desta forma, ao tentar perceber minimamente o conceito de Sociedade do risco, Fernandes (2001, p. 46) chama a atenção precisamente para o lado obscuro do desenfreado desenvolvimento da técnica, com a falácia consequente do

---

<sup>2</sup> Segundo Cavalcanti (2005, p. 150-151), “Nos tempos pré-modernos a sociedade sofria com azares, infortúnios e infelicidades. Porém, na Modernidade o conceito de risco substituiu o de *sorte, destino ou fortuna*, pois ocorreu uma alteração na percepção da determinação da contingência, de tal modo que os imperativos morais humanos, as causas naturais e o acaso reinam no lugar das cosmologias religiosas. Mais ainda: tais azares e infortúnios passaram a ser riscos quando o projeto da Modernidade, implantado com sucesso na confiança dos indivíduos, emergiu com a fórmula de previsão e probabilidade da ocorrência de perigos. A fórmula da Modernidade valorizou a capacidade de explicar as indeterminações, a partir da construção da racionalidade cartesiana. Ora, a Modernidade caracteriza-se pela sua capacidade de controlar as indeterminações. E, assim, de produzi-las. Este paradoxo acrescenta a necessidade de proteção e segurança. É a necessidade de agir para que as indeterminações não adquiram valor de estrutura (...). Com a Pós-modernidade os riscos se acentuam devido, sobretudo, à incapacidade metodológica da Modernidade. A convincente relação de causa e efeito desmanchou-se no ar e o que resta são apenas possibilidades. O desejo de segurança de tranquilidade, não mais suprido pela técnica cartesiana, abre espaço para o sentimento de insegurança e intranquilidade sociais”.

<sup>3</sup> Apesar da produção social dos riscos e das riquezas andarem *pari passu* juntas, Beck (1998, p. 52; 65-66) ressalta que “as condições de risco não são condições de classe”, uma vez que não existe a classe dos atingidos e a classe dos não atingidos. Ademais, na passagem da sociedade de classes para a sociedade do risco modifica-se a qualidade das opiniões – enquanto na sociedade de classes o ideal é a igualdade, na sociedade do risco o ideal é a segurança, na medida em que nesta a “visão do medo” marca a época.

seu sistema de cálculo de riscos, que originou e origina consequências negativas, as quais fazem mesmo perigar a própria continuação da vida no planeta.

Neste sentido, a expressão sociedade do risco representa uma reviravolta da ideia de risco tradicionalmente moldado sob os alentos de total controle da Modernidade. Isto porque os riscos que se podiam calcular na esteira da Modernidade tornaram-se incalculáveis e imprevisíveis na sociedade dos riscos contemporâneos.

Destarte, a atual sociedade do risco, ao substituir a noção linear de causa e efeito, produz a entropia nos fenômenos, diluindo as linearidades e certezas. Os riscos acentuados implicam desta forma, novas modalidades de riscos<sup>4</sup> (CAVALCANTI, 2005, p. 151).

Observa-se, nesse mister, que o *modus vivendi* contemporâneo agasalha uma série de novos interesses, os quais, ou não existiam anteriormente – ou não com a mesma incidência –, ou, por outro lado, encontravam-se em processo de deterioração de realidades tradicionalmente abundantes, ou ainda, certas realidades que sempre se fizeram presentes e que, graças a evolução social e cultural, experimentaram um incremento essencial de valor que outrora não existia (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 27).

O que se quer dizer com isso é que a sociedade do risco se caracteriza por sobrelevar uma gama de relações jurídicas originadas dos novos avanços tecnológicos, dos cidadãos *on line*, da manipulação genética, assim como, das relações advindas da difusão dos preceitos de sustentabilidade do patrimônio material e imaterial, tais como meio ambiente e patrimônio histórico-artístico.

Em face destas características, surge um número expressivo de novos riscos que radicam não apenas nas decisões individuais que geram insegurança, mas, sobretudo, naquelas decisões que distribuem, ou mesmo, institucionalizam, a insegurança<sup>5</sup>.

Sob esse prisma, Luhmann (1986, p. 20) ressalta que em uma sociedade que leva a efeito todas as decisões importantes, graves, sob o aspecto do risco, não

<sup>4</sup> Dentre as novas modalidades de riscos, Silva Sánchez (2002, p. 29) ressalta a configuração do risco de procedência humana como fenômeno social estrutural. “Isto pelo fato de que boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros cidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos: riscos mais ou menos diretos para os cidadãos (como consumidores, usuários, beneficiários de serviços públicos etc.) que derivam das aplicações técnicas dos avanços na indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações, etc. Mas, também, porque a sociedade tecnológica, crescentemente competitiva, desloca para a marginalidade não poucos indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais.

<sup>5</sup> Sobre a gestão policial e carcerária da insegurança social, cfr. Wacquant (2001, p. 37).

há critérios nem instâncias que se possam afirmar como indubitáveis, de forma que “não existe segurança além do momento. Somente a insegurança pode ser representada como duradoura”.

E isto conduz, no contexto contemporâneo – em que parte da população não convive diretamente com a violência, mas sim com a sua intensa e exaustiva divulgação nos meios de comunicação, ampliando os seus efeitos e criando um relativo aumento da consciência dos riscos e das violências que são ameaçadoras<sup>6</sup> –, “à indeterminação do futuro, que por sua vez, conduz à incerteza, a um fator de insegurança que conta com uma emocionalização e uma moralização do discurso público” (SILVA, 2004, p. 89-90).

A violência, então, passa a apresentar uma natureza subjetiva, passa a ser também um sentimento. E o sentimento de estar exposto, fragilizado, expressa uma subjetividade que é resultado da violência real, mesmo quando esta insegurança objetivamente não existe. Vive-se sob a sensação subjetiva do medo<sup>7</sup>! Assim o indivíduo passa a se sentir mais exposto aos perigos do que efetivamente está sob o risco de sofrer alguma violência (DORNELLES, 2002, p.123).

Ressoa, portanto, a atual distensão entre os valores humanos da liberdade e da segurança em sociedade. A antinomia entre ambos é latente e afigura-se irreconciliável, vez que a constante oposição com que são apresentados ao corpo social, amiúde, faz acreditar que não se pode querer mais de um sem renunciar a um tanto, talvez grande parte, do outro.

E, nesse exercício de guerra, a exasperação da fenda existente entre a liberdade e a segurança impulsiona a sociedade por uma busca desenfreada por mecanismos de proteção – sejam eles de efeito mediato ou imediato o importante é sentir-se seguro!

## 2. UM MODELO DE ESTADO DA SEGURANÇA

Na concepção kantiana, o direito é o que possibilita a livre coexistência dos homens, a coexistência em nome da liberdade, porque somente onde a liberdade

---

<sup>6</sup> Batista (2002, p. 271) sinaliza para a ultrapassagem da mera função comunicativa por parte da mídia e observa que a incerteza, a insegurança e o medo do outro que circundam o cidadão contemporâneo são sementes plantadas pelos meios de comunicação social e pelos titulares de cargos políticos, em função de interesses escusos que alavancam uma série de crenças e encobrem um silêncio sorridente sobre as informações que as desmintam. Para maior aprofundamento no tema Guimarães (2006, p. 06-13), Garland (2002, p. 86) e Fernandes (2001, p.47).

<sup>7</sup> Para Garland (2002, p. 86), “a criminologia oficial é cada vez mais dualista, polarizada e ambivalente”, ou seja, divide em “criminologia de si” e “criminologia do outro”. “A primeira é invocada para banalizar o crime, moderar os medos desproporcionais e promover a ação preventiva, enquanto a segunda tende a diabolizar o criminoso, a estimular os medos e as hostilidades populares e a sustentar que o Estado deve punir mais”.

é limitada, a liberdade de um não se transforma numa não-liberdade para os outros, e cada um pode usufruir da liberdade que lhe é concedida pelo direito de todos os outros de usufruir de uma liberdade igual à dele (BOBBIO, 1997, p. 70).

Ocorre que nesse espaço – em que o corpo social é emoldurado pelos riscos advindos do exercício da coexistência humana – o usufruto da liberdade encontra-se demasiadamente limitado, transformando a coexistência em nome da liberdade em coexistência em nome da segurança.

Não causa espanto, assim sendo, asseverar que a sociedade contemporânea mais se assemelha a prisões, orfanatos ou manicômios que a lugares de liberação das potencialidades cívicas.

Por certo, são incontáveis as precauções tomadas diuturnamente por muitos cidadãos no afã de minorar as chances de serem vítimas da violência que os assola. São grades, cadeados, trancas, carros blindados, condomínios fechados, senhas indecifráveis, armas no coldre, câmeras de segurança, leitores biométricos, etc.

Nesse contexto – em que a mais completa ausência de coesão social repele a incursão ativa ou reativa de qualquer instância de controle social informal –, a trincheira que exsurge, prioritariamente – em sede de controle social formal –, é o Direito Penal.

Isto porque o Direito Penal tornou-se fonte de expectativas para a solução dos grandes problemas políticos e sociais, ante o fracasso de outras esferas de controle social ou ante a própria ausência de políticas destinadas a garantir prestações públicas essenciais à população<sup>8</sup> (TANGERINO, 2006, p. 166).

Como se pode observar, o Direito Penal é convocado a responder às exigências de globalização e de integração supranacional, reforçadas pelas rupturas de barreiras jurídicas na livre circulação de bens e de pessoas, assim como, a responder ao novo catálogo de perigos existentes na sociedade contemporânea<sup>9</sup>.

Desta forma, ao assumir esse papel que não lhe pertence, o Direito Penal redireciona sua perspectiva fundamentada no modelo reativo-repressivo e limitador para uma perspectiva eminentemente preventiva, fomentando a criação de um Estado intervencionista e também de um Estado da Segurança (BUERGO, 2001, p. 32-33).

<sup>8</sup> “No mundo globalizado neoliberal, os excluídos são produto do sistema, mas carregam a culpa de não terem sabido alcançar sua inclusão. Incluído, da sua parte, é aquele que está dentro do mercado, consumindo e, de conseqüência, produzindo. O excluído, por seu turno, sobrevive das migalhas porque, à margem do mercado é um não consumidor, coloca-se na condição de descartável e, portanto, no quadro atual, mostra-se como um empecilho dado continuar demandando pelas necessidades básicas, *homo famelicus*” (COUTINHO, 2000, p. 78).

<sup>9</sup> Sobre direito penal simbólico, cfr. Andrade (2003, p. 292).

Igualmente, tem-se que a crescente transformação do Direito Penal em instrumento flexível de intervenção do Estado, resulta uma resposta equivocada à questão de como podem ser prevenidas de maneira correta as situações de risco.

Desta feita, a partir da perspectiva da Constituição e da situação social do problema, este só pode ser abordado de forma razoável com a consolidação do Direito Penal do Estado de Direito (BUERGO, 2001, p. 32-33).

Firme nesse sentir, cabe não somente refletir sobre os motivos condicionantes da ampliação do Direito Penal na sociedade do risco, mas, também, sobre quais respostas o Direito Penal tem dado às interações surgidas neste novo contexto social.

### **2.1. A TRINCHEIRA PENAL: O DIREITO PENAL DO PERIGO**

A sociedade do risco produz poucas certezas, é fato! Contudo, dentre aquelas que produz a incerteza é uma delas. E dela infere-se decorrer, pelo menos, outras duas. A primeira redundava no fato de que a residência mimetiza o cárcere enquanto este adentra a sociedade.

A segunda, óbvia tão quanto a antecedente, decorre do fato de que – mesmo sem o exercício amplo da liberdade – grande parte do contingente do corpo social conduz sua forma de agir como se estivessem no estágio pré-cívico hobbesiano, fazendo com que a irracionalidade do controle, ou hiper-controle, contrarie a lógica social ao ocasionar a necessidade reiterada de mais controle e propiciar a separação definitiva entre liberdade e segurança, a ponto de não contemplar satisfatoriamente ambas.

Assim, na Sociedade do Risco os princípios da prevenção e da precaução não somente ganharam força como condicionaram a ideia de futuro ao dueto informação-conhecimento das incertezas e riscos provenientes desta sociedade (princípio da prevenção), razão que fomenta a criação frequente de tipos penais de perigo, precipuamente de perigo abstrato (CAVALCANTI, 2005, p. 161)<sup>10</sup>.

A celeuma é de difícil solução e a resolutividade para tal tem sido calcada na opção legislativa pelos tipos penais de perigo abstrato, os quais trazem consigo a pretensão de resguardar e suprimir as lacunas decorrentes das novas situações de ameaça.

---

<sup>10</sup> “A perigosidade da conduta típica é determinada *ex ante*, através de uma generalização, de um juízo hipotético do legislador, fundado na idéia de mera probabilidade. O perigo atua como um mero motivo, *ratio* de criação do delito, mas não chega a ser o resultado típico do mesmo. Assim, para a consecução desse tipo de delito, não é necessário provar se o perigo foi ou não produzido, bastando apenas a demonstração de que foi executada a conduta que, de um ponto de vista geral e abstrato, foi reputada perigosa” (GOMES e BIANCHINI, 2003, p. 276-277).

É dizer: não se deseja apenas evitar a produção dos resultados lesivos, mas sim, adiantar a prevenção a fim de propiciar uma sensação de segurança.

Nesse caminhar, é indubitável que um dos traços que mais caracteriza este Direito Penal contemporâneo é a crescente utilização da técnica dos tipos de perigo abstrato, assim como dos delitos de consumação antecipada e a punição específica de atos preparatórios, com a finalidade declarada de ampliar a capacidade de resposta e a eficácia no controle de condutas, pois ao diminuir os requisitos de punibilidade, estes delitos facilitam enormemente a ampliação do tipo e com ele o alcance da utilização do instrumento penal (BUERGO, 2001, p. 78, tradução livre).

Com este desiderato – potencializador do desvalor das “formas de condutas perigosas” – amiúde profético –, a própria liberdade de ação torna-se um perigo em si mesma, pois, o preço a se pagar pela proteção contra o crime é, em última análise, tornar as ruas, praças, ônibus e metrô um gigantesco cárcere, onde todos sejam suspeitos de crimes que ainda não ocorreram e eternos vigias de seus pensamentos, palavras e ações<sup>11</sup> (VIANA, 2004, p.63).

Isto posto, constata-se que se o bem jurídico e a conduta lesiva se distanciam ao ponto desta satisfazer-se com um mero juízo probabilístico – que antecede, prescinde, a ofensa àquele –, é óbvio que a exigência de cuidado será sobrelevada a níveis aviltantes de vigilância recíproca, graças a gravidade das sanções impostas às “condutas perigosas” (“princípio da precaução”)<sup>12</sup>.

Para além, imprescindível mencionar, ainda, a antecipação não propriamente da lesão ao bem jurídico, mas, isto sim, a antecipação quanto à determinação da autoria e do elemento subjetivo do injusto, vale dizer, a criminalização dos deveres de vigilância por meio de crimes omissivos próprios e impróprios (TANGERINO, 2006, p. 170).

Eis a controvérsia que surge: é admissível a busca reiterada por juízos de prognose, a fim de evitar determinados resultados naturalísticos, em detrimento dos princípios garantistas que estruturam a dogmática penal clássica?<sup>13</sup>

<sup>11</sup> “A expansão do Direito penal do perigo é explicada como resposta à complexidade e insegurança da vida moderna, que criam a correspondente necessidade e demanda de segurança e, portanto, reclamam o aumento dos tipos de perigo. Nesta medida, o Direito Penal já não se apresenta como uma mera reação repressiva ou retributiva diante das lesões aos bens jurídicos, mas assume a tarefa de previsão estatal da existência dos riscos no sistema de segurança” (BUERGO, 2001, p.86-87, tradução livre).

<sup>12</sup> Sobre os princípios da prevenção e da precaução, cfr. Cavalcanti (2005, p. 161).

<sup>13</sup> Advertidamente, Hassemer (1989, p. 284) pontua que “para proteção perante os mega-riscos da sociedade pós-industrial só pode ser pedido auxílio a outros ramos de direito (não penal) e, porventura sobretudo, a meios não jurídicos de controle social. Outra concepção, conduziria a uma

### 3. A CRISE DO DIREITO PENAL DO BEM JURÍDICO<sup>14</sup>

Se se deixa claro que as respostas que o Direito Penal tem dado às interações surgidas neste novo contexto social é dissonante da construção dogmática liberal, à toda evidência que as consequências daí advindas serão tão desastrosas quanto as premissas que lhes dão origem.

Nessa esteira, observa-se que o Direito Penal do Perigo, longe de aspirar a conservar o seu caráter fragmentário, como *ultima ratio*, tem se convertido em *sola ratio*, cuja expansividade, dentre outras características, manifesta-se por intermédio da mudança no paradigma que vai da hostilidade para o bem jurídico e da perigosidade para o mesmo (PRITTWITZ, 2003, p. 4, tradução livre)<sup>15</sup>.

Em outras palavras, se se analisar os fins os quais o Direito Penal do Perigo pretende servir sociologicamente segundo à ideia de risco, trata-se da massificação da ideia de prevenção, de proteção de bens jurídicos através de uma orientação pelo risco e de uma estabilização da norma (PRITTWITZ, 2003, p. 195, tradução livre).

Ocorre que – diferentemente do Direito Penal Clássico, em que as condutas não eram criminalizadas somente *mala per se* –, no Direito Penal do Perigo proibem-se condutas para que com isso elas se tornem socialmente inadequadas. Ou seja: o comportamento que vai ser tipificado não é considerado socialmente inadequado (PRITTWITZ, 2003, p. 197, tradução livre).

Falta-lhe, pois, o filtro social<sup>16</sup>. E, nesse sentido, o princípio da proteção dos bens jurídicos transforma-se de uma “restrita proibição de punição em um mandato de punição, de um critério negativo em um critério positivo de autêntica criminalização” (HASSEMER *apud* SILVA, 2004, p. 98).

---

excessiva antecipação da tutela, através da eleição de bens jurídicos vagos, incapazes de cumprir a função crítica que lhe é reconhecida e suporte de um aumento excessivo de crimes de perigo abstrato. Por isso afirma que são imensos os riscos de um direito penal do risco para a função de garantia do direito penal. À categoria de bem jurídico-penal cabe assim a função de lançar para fora da normatividade penal todos os fenômenos sociais patológicos incapazes de lesar ou pôr em perigo objetos dignos de serem considerados autênticos bens jurídicos, quer no domínio de novos riscos, quer no domínio estatal e econômico”.

<sup>14</sup> “O paradigma penal das sociedades democráticas do nosso tempo consubstancia-se na função exclusiva do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos penais. As raízes longínquas deste paradigma devem procurar-se no pensamento filosófico ocidental a partir do Séc. XVII e, pelo que diretamente respeita ao âmbito jurídico penal, no movimento do Iluminismo Penal; e exprimem-se por excelência no racionalismo cartesiano, na doutrina jurídico política do individualismo liberal e na mundividência antropocêntrica e humanista que comandou o movimento em favor dos direitos humanos” (DIAS, 2007, p. 135).

<sup>15</sup> Sobre a expansão do direito penal Cfr. Silva Sanches (2002).

<sup>16</sup> Para maior aprofundamento sobre a definição social de crime, Cfr. Dias (2007, p. 132).

Tortuoso é o caminho que o Direito Penal Clássico percorre sem que consiga fazer penetrar seus conceitos na orientação global de risco social. E, igualmente, indisfarçável a existência de duas tendências complementares aos desígnios da sociedade contemporânea.

De um lado, uma que amplia vários aspectos no âmbito do Direito Penal, tais como: a proteção de novos bens jurídicos penais, a ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes e a flexibilização das regras de imputação.

De outro, uma tendência que restringe – ou mesmo elimina – aspectos fundamentais do Direito Penal, dentre eles: a relativização dos princípios político-criminais de garantia, o princípio da intervenção mínima e, ainda, a exigência de certeza da lei penal.

Ante tais circunstâncias, ressoam vozes no sentido de que o Direito Penal não estará preparado para a tutela dos grandes riscos se teimar em ancorar a sua legitimação substancial no modelo contratual, fundamento último de princípios políticos-criminais tão essenciais como o da função exclusivamente protetora de bens jurídicos, o da secularização, o da intervenção mínima e da *ultima ratio* <sup>17</sup>.

Entrementes, estima-se que não assiste razão a tal raciocínio, mas sim àquele que reconhece que a necessidade de segurança não é, por si só, suficiente para legitimar a proteção através do Direito Penal e que a demanda por mais intervenção – para conseguir um maior controle de determinados fatos –, não deve dirigir-se primordialmente ao Direito Penal. Assim, o erro está em entender que somente o Direito Penal pode oferecer e garantir segurança e que é sempre legítimo utilizar-se da sanção penal para atingir essa finalidade (HERZOG, 1993, p. 39-40, tradução livre).

Assim sendo, é necessário sobrelevar o acerto daqueles que advertem que o controle penal dos riscos sociais deve ser debatido com base em critérios objetivos – que se delineiam claramente das exigências de política interna –, vez que se considera oportuno que o conteúdo do Direito Penal não seja delimitado com base em relações políticas de força, pressão da opinião pública ou outros fatores políticos, já que eles acarretariam consequências indesejáveis para sua certeza, estabilidade e limitação (HERZOG, 1993, p. 322, tradução livre).

Com toda certeza, a forte demanda por segurança desenvolvida pela sociedade do risco não pode pressupor uma alteração geral do paradigma do Direito Penal do bem jurídico, nem, tampouco, fazer impor, sem qualquer questionamento, o adiantamento progressivo da linha de defesa do dano ao perigo <sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Sobre a temática Cfr. Dias (2001).

<sup>18</sup> Acerca do Princípio da não-intervenção moderada, Cfr. Dias (2007, p. 131).

Há que se questionar, diuturnamente, qual modelo de Direito Penal a ser mantido, quais consequências adviriam para a dogmática jurídico-penal e, ainda, como seria a política criminal a ser imposta.

Desta feita, a decisão sobre a intervenção, ou não, do Direito Penal – ou, ainda, a forma ou a medida da mesma em um determinado âmbito – não pode ser tomada somente em atenção aos critérios de obtenção de maior eficácia. Ao revés, deve ter em consideração que a intervenção penal está – e deve estar – submetida a numerosos requisitos e limites próprios de um Estado de Direito, que devem ser, necessariamente, respeitados, embora isso possa implicar uma certa diminuição ou prejuízo da eficácia total do direito (BUERGO, 2001, p. 168, tradução livre).

À toda evidência, a adoção de um modelo penal – sobretudo aquele cuja pretensão é efetivar um controle global<sup>19</sup> e que irá recair impiedosamente sobre a sociedade – deve perpassar por uma reflexão objetiva acerca deste, distanciando-se, pois, de um movimento social sonâmbulo em que as ações e interações ocorrem por mimetismo.

Outrossim, deve-se concebê-lo dentro de uma perspectiva proporcional, racional e crítica capaz de ser obtida por intermédio de um processo de comunicação intersubjetiva realizado no seio do corpo social e destinado a traçar os limites de abrangência do Direito Penal do bem jurídico sob o pálio de uma democracia deliberativa<sup>20</sup>.

## CONCLUSÃO

Ressalta-se que, amiúde, o ato político que valora a seara de atuação do Direito penal, mormente o Direito Penal do Perigo, fomenta decisões e programas de decisão que não serão orientados para modificar a realidade, mas, precipuamente, para falseá-la aos olhos dos espectadores, saciar o clamor punitivo

---

<sup>19</sup> Para maior aprofundamento sobre o Direito Penal de Controle Global, Cfr. Kratzsch *apud* Buergo (2001, p. 130).

<sup>20</sup> Habermas (1989, p. 381) encontra a chave de sua “teoria social crítica” na noção de agir comunicacional. Para ele, a razão comunicacional é de saída misturada com o processo da vida social pelo fato de que os atos de intercompreensão desempenham o papel de um mecanismo que tem o objetivo de coordenar a ação. As ações comunicacionais formam um tecido que se alimenta dos recursos do mundo vivido e constitui, por isso mesmo, o meio a partir do qual se reproduzem as formas de vida concretas. Assim, a intersubjetividade é necessariamente o campo no qual, sobre fundo de integração social, a razão “discursiva” e “comunicacional” apresenta, visando a outros e numa busca de consensualidade, uma conduta “processual” de argumentação e justificação. É o acordo obtido de maneira comunicacional, avaliado à luz do reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade, que torna possível a constituição de uma rede das interações sociais e dos contextos procedentes do mundo vivido.

da opinião pública e encobrir os graves problemas sociais advindos da inoperatividade do Estado minimalista e das falácias do, tão sonhado, discurso do bem estar social.

Desta forma, a nota característica do Direito Penal do Perigo é a contradição crescente sob a aparência de pragmatismo – ou seja, uma eficácia instrumental às avessas à qual a eficácia simbólica legítima, pois a repressão conforme a ideologia da *segurança urbana* (demagogia legislativa) não somente cria leis que anulam garantias, como, também, corrompe as agências de criminalização – já que o fortalecimento do poder de seleção e de vigilância, sob o pretexto de prevenir, de investigar condutas “perigosas”, de identificar suspeitos, de deter ações lesivas, de vigiar espaços públicos, de exercer o controle veicular, etc., fertiliza o terreno tanto para o arbítrio quanto para o desregramento do exercício de criminalização.

Consequentemente observa-se que a influência dos riscos contemporâneos propicia um processo expansivo o qual substitui a democracia pela comunicação entre políticos e seu público, fragilizando o princípio da intervenção mínima, pois vulgariza a quintessência da construção dogmática – a *ultima ratio*, ao difundir o Direito Penal do Perigo.

Assim sendo, tem-se, a rigor, um resultado desalentador porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*.

Com efeito, constata-se que o Direito Penal do Perigo utiliza o ser humano como meio para a consecução de fins sociais meramente utilitários, de duvidosa eficácia, os quais nutrem as tendências atuais de um direito penal máximo, que não somente edificam o autoritarismo penal, mas, sobretudo, infringem o princípio da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, agridem o Estado Democrático de Direito.

Isso porque, seja na teoria ou na *práxis* ele se esgota na confrontação de suas premissas basilares: ou seja, não há como ser garantista se os preceitos que prevêm e orientam a sua estruturação tem consequências deletérias para os Direitos Fundamentais.

Destarte, diante da tendência expansiva do Direito Penal que se observa na Sociedade do Risco, é imprescindível que se questione o caráter programático do Direito Penal com a síndrome criminalizante instalada na sociedade – a qual consolida o Direito Penal do Perigo, visto que essa tendência ocasiona o conflito com os princípios tidos como básicos do direito penal, como o de exclusiva pro-

teção de bens jurídicos, também denominado de princípio da ofensividade ou lesividade, ou da *ultima ratio*, ou da subsidiariedade ou intervenção mínima, e o da culpabilidade.

Constata-se que, de fato, as leis penais advindas da Sociedade do Risco possuem legitimidade questionável, pois contemplam tipificações com limites difusos, com elementos valorativos moralistas, com referências de ânimo, com omissões ou ocultamentos do verbo do tipo, e, por derradeiro, com uma concepção calcada, predominantemente, na periculosidade, vinculando a punição à personalidade do criminoso, desqualificando, na imposição do castigo, a própria tipicidade.

Afirma-se, por fim, que responder ao tipo errado de questões com frequência ajuda a desviar os olhos das questões realmente importantes, pois o que deve ser delineado no estudo do Direito Penal do Perigo não são os seus limites de atuação diante dos riscos contemporâneos, mas sim, a legitimidade de seus conteúdos, porque lhes falta coerência interna, valor de verdade quanto à sua operatividade social, falta fundamentação antropológica – imposição de considerar o homem como pessoa e nunca como meio para alcançar qualquer finalidade, ou seja, falta uma racionalidade deslegitimadora da sociologia criada pelo poder punitivo. Portanto, não se pode pretender condicionar a legalidade do Direito Penal do Perigo à legitimidade de seus conteúdos.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 292.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*; tradução Juarez Cirino dos Santos. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Editora Renavam, 2002, pp. 161;176.
- BATISTA, Nilo. Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio. Discursos Sediciosos. *Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 12. p. 271, 2. sem. 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Civitas, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Tradução Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: Unb, 1995. p. 70.
- BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, 209p.
- CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. *Crime e Sociedade Complexa: uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização*. Campinas – SP: LNZ, 2005, 362 p.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Pensamento Economicista no Direito Criminal de Hoje. Discursos Sediciosos. *Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 9 e 10, p. 78, 1. e 2. sem. 2000.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Jorge Figueiredo. O Direito Penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, São Paulo, ano 9, n. 33, 2001.

DORNELLES, João Ricardo. Ofensiva neoliberal, globalização da violência e controle social. *Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 12. p. 123, 2. sem. 2002.

DURKHEIM, Émile. *Selected Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1972, p. 94.

FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal. Coimbra: Almedina, 2001. 127 p.

GARLAND, David. As contradições da Sociedade Punitiva: o caso britânico. *Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro, ano 7, n. 12. p. 86, 2. sem. 2002.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Globalização e Direito Penal. In: *Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2003. p. 276-277.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho Penal, in Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo. *El análisis crítico de la Escuela de Francfort*. Toledo: Universidad Castilla-La Mancha, 2003, p. 04.

SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luís Olavo de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, 151 p.

TANGERINO, Davi. Reflexões acerca da inflação legislativa em matéria penal: esvaziamento semântico da Ultima Ratio e o Direito Penal Disfuncional. *Revista Ultima Ratio*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 0, p. 166, 2006.

THOREAU, Henry David. *A desobediência civil seguido de Walden*. Porto Alegre: L&PM, 2017.

VIANA, Túlio Lima. A era do controle: introdução crítica ao direito penal cibernético. *Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, ano 9, n. 14. p. 63, 1. e 2. Sem. 2002.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2001, 157 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 222 p.