

Seminário FESPSP “Cidades conectadas: os desafios sociais na era das redes”

17 a 20 de outubro de 2016

GT 12 - Politização da Justiça e Democracia

O Caráter Simbólico do Direito Penal como Consequência do Estado Moderno

Alexys Campos Lazarou (FDUSP)¹

Resumo:

Não se pode traçar um perfil fidedigno do Direito na sociedade atual sem aprofundar a análise nos elementos que orbitam as instituições modernas. Um traço especial deste momento histórico está em perceber que, mesmo após diversas vitórias civilizatórias no processo de modernização, o nosso *devoir* está profundamente atrelado a uma constante incerteza de como ele será, desprovido de previsibilidade, calculabilidade ou visibilidade; algo que nos parece revelar um certo descontrole do passo civilizatório. O objetivo aqui é o de, neste primeiro momento, construir as bases da teoria da *sociedade de risco*, largamente utilizada por estudiosos da dogmática penal, para, na sequência, observar seus efeitos na construção do Direito Penal. Com a sobreposição de uma a outra, busca-se uma formação solidificada para uma análise crítica, dialogando com segurança os modelos propostos para valorar a ideia de um Direito Penal simbólico no contexto desta sociedade moderna.

Palavras-chave:

Direito Penal; Sociedade de Risco; Direito Penal de perigo;

¹ Aluno de graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Endereço eletrônico: alexyslazarou@hotmail.com.

1. Sobre o caráter simbólico e a sociedade de risco.

Este presente estudo pretende estudar a o nexos entre o câmbio de perspectivas entre um chamado *Direito Penal moderno* e seu modelo anterior, e como este movimento, à luz da *teoria da sociedade de risco mundial*, influencia o avanço de um caráter imanentemente simbólico da lei penal. Para proceder com esta investigação, alguns apontamentos preliminares são necessários.

Primeiro, quanto ao dito “*caráter simbólico*” do Direito Penal, é necessário distinguir que dizer um dado *símbolo*, isoladamente, não significada nada, pois este só se reveste de sentido finalístico ao ser comunicado², ao ser transmitido à sociedade que irá compreender o comando normativo e direcionar sua conduta de acordo com ele. Desta forma, a interpretação jurídica, se não também a sua construção, se dá em um cenário de diferentes resultados obtidos na forma com a qual os indivíduos da sociedade dialogam com determinados símbolos, enquanto debatem a decidibilidade dos conflitos que vivem³; aqui colocado a partir de uma perspectiva essencialmente luhmaniana.

Transpor esta ideia, aqui brevemente trabalhada, para a seara do Direito Penal, é reconhecer que toda norma penal, em alguma medida, está carregada de um conteúdo simbólico, próprio de sua capacidade coercitiva; assim sustentado por Silva Sánchez⁴. A problemática em cheque está na “*utilização da norma penal apenas como símbolo de valores sociais, sem um lastro claro nos bens*

² Assim demonstrado em: “Os símbolos, tomados isoladamente, nada significam (...) Para que um símbolo se torne tal, ele tem de aparecer num ato humano, o ato de falar. Falar é atribuir símbolos a algo: falar é predicar (...) Há, pois, uma distinção a fazer entre língua e fala (ou discurso). A língua é um sistema de símbolos e relações. A fala refere-se ao uso atual da língua”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2013.p. 223.

³ “A interpretação jurídica, como tarefa dogmática, ocorre num amplo espectro de possibilidades. Envolve o direito como um fenômeno complexo, na perspectiva da decidibilidade de conflitos”. Ibid. p. 224.

⁴ “Suscribo la tesis que sostiene que buena parte de la dimensión preventiva del Derecho penal radica en su significado comunicativo. Pues bien, en contextos en los que la certeza y la propia severidad del castigo pueden hallarse en tela de juicio, la dimensión pública del Derecho penal, la sacralidad que se le asocia, la distancia que generan las formas rígidas (lenguaje, vestuario, escenario) con respecto a la cotidianidad constituyen un importante factor de prevención”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Madrid: Civitas Ediciones, 2001. p. 77.

jurídicos dignos de tutela”⁵, ou, em outras palavras, um Direito Penal estritamente simbólico; este último, o objeto derradeiramente aqui criticado.

Em segundo lugar, é igualmente importante destacar o uso de um modelo sociológico em detrimento de outros, para se fazer a crítica aqui em tela. Gunther Teubner, com acerto, assevera que “*não há uma única teoria social na qual o direito poderia orientar-se*”, e sentencia: “*tal teoria não pode e nem deve existir*”⁶. Desta forma, relega àqueles que se valem de modelos sociológicos para estabelecer uma visão de Direito uma “*obrigação autoimposta de examinar cuidadosamente as reivindicações de todas as teorias para fazer justiça à pluralidade de racionalidades sociais*”⁷.

Com isso em mente, o trabalho focado na *teoria da sociedade de risco* justifica-se, pois, como demonstrado adiante, a construção moderna do Direito Penal está intimamente atrelada à lógica deste modelo, sendo este o referencial usado por muitos dos autores a serem tratados neste estudo⁸, cujo exercício crítico cobra, necessariamente, atacar também as bases desta premissa a partir de sua fundamentação sociológica. Não obstante, ainda atentos à advertência de Teubner, soma-se à formalização da *sociedade de risco* dada por Ulrich Beck, demais postulados dados por Anthony Giddens, Niklas Luhmann, Gilles Lipovestky e Richard Sennet.

Atento ao reduzido espaço para aprofundamento, e em consideração a não fugir do objeto central, tomam-se alguns pontos basilares da teoria como axiomas – à exemplo dos processos de *individualização*, a *globalização* e *subpolítica* – para tão breve já estreitar o foco crítico nos pontos da *sociedade de risco* cuja transposição incide nesse esvaziamento do Direito Penal. Nesse esforço

⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 191.

⁶ TEUBNER, Gunther. **Direito e teoria social: três problemas**. Tempo Social, revista de sociologia da USP. V. 27, n. 2. P. 75.

⁷ Ibid. p. 82.

⁸ Nesse sentido: “*Ello no quiere decir, sin embargo, que su espacio de influencia se reduzca a ese ámbito; por el contrario, la tesis sociológica que aborda la problemática de los nuevos riesgos y que acuña este modelo de la sociedad del riesgo ha extendido su influencia de tal manera en Alemania que no sólo resulta un tema de muy vasto alcance en la literatura científica tanto en el campo de la Sociología como del Derecho, sino que hoy prácticamente es una referencia obligada -aunque sea para criticar o rechazar el modelo o minimizar sus supuestos efectos negativos en el sistema- al abordar el análisis de ciertas materias*”. MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas Ediciones, 2001. p. 37.

abstrativo compacto, cinjo a análise em um plano *macro* e um plano *micro*, com estes pontos específicos de interesse.

2. Questões gerais para compreensão da *sociedade de risco*.

A primeira redação de Ulrich Beck sobre a *sociedade de risco mundial* se dá em 1986, partindo de um método ensaísta, pelo qual o autor provoca os temas e surge com os problemas para, na mesma sequência, trazer sua reflexão sobre a questão; ao exemplo da *sociologia reflexiva* de Pierre Bourdieu⁹. Também como Bourdieu, encontra-se em ambas obras uma forte carga de clássicos como Marx e Weber, associados a modernos como Adorno e Luhmann, cujo resultado será claramente demonstrado nas considerações que seguirão aqui neste estudo.

Desta forma, o efeito imediato desta construção acaba sendo uma teoria dispersa, sem um modelo fechado apto a identificar, de modo categorizado, os postulados lançados por Beck na construção da *sociedade de risco*. Este caráter é reconhecido pelo próprio autor¹⁰, justificado como resultado de sua escolha pela teorização prática, o que dá à *sociedade de risco* ares de uma teoria em constante construção, nunca fechada, onde os argumentos estão dispersos ao longo de diferentes obras do autor; inclusive, com mudanças de posicionamentos verificados entre diferentes escritos.

Em sua formulação mais recente, e tratando por linhas gerais, aponta-se uma superação entre modelos sociais a partir do ritmo ditado pelo sistema de produção industrial; algo, para o autor, não encontrado em nenhum outro momento histórico anterior¹¹.

A partir disto, a dinamização de uma dita *sociedade industrial* tomou rumos próprios, à revelia do debate social ou de uma revolução que subvertesse as bases de classe e marcasse um novo momento histórico (como era observado até então). A velocidade com que a produção se aperfeiçoou, e com ela as dinâmicas de

⁹ Cf. BOURDIEU, Pierre. **Introdução a uma sociologia reflexiva**. In: _____. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel, 1989. p. 17 – 58.

¹⁰ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid, Siglo XXI España Editores, 2002. p. 214.

¹¹ Assim afirmado em: “*Algumas formas sociais modernas simplesmente não se encontram em períodos históricos precedentes – tais como o sistema político do Estado-nação, a dependência por atacado da produção de fontes de energia inanimadas, ou a completa transformação em mercadoria de produtos e trabalho assalariado*”. GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991. p. 1.

consumo, fez com que a sociedade se transformasse sem que fosse necessária uma ruptura abrupta¹². A especialização crescente e contínuo avanço tecnológico rompem com os conceitos providenciais de história¹³, e frustram a previsão marxista de que *o capitalismo seria o seu próprio coveiro*, a partir de uma mudança silenciosa, de dentro para fora¹⁴. Com esta superação, tem-se o advento de um novo modelo social, a chamada *sociedade de risco*.

Central neste câmbio está a *autoconfrontação*, enquanto a operação realizada entre uma situação presente, baseada em um conhecimento tido por verdadeiro, em perspectiva ao futuro incerto, onde o conhecimento que se tinha se dissolve no momento em que é aplicado, em razão dos novos riscos criados e consequentes novos conhecimentos propostos¹⁵. Destaca-se também a natureza autônoma deste processo, onde o modelo de modernização toma a frente do progresso, à revelia das instituições políticas¹⁶, fazendo com que seus efeitos se multipliquem “cegos e surdos aos seus próprios efeitos e ameaças¹⁷”.

Como se vê, há certa similitude da ideia de *autoconfrontação* com o postulado luhmaniano de *autopoiese*, onde se observa a capacidade de um sistema reproduzir a si próprio, a partir da atuação em rede de seus próprios elementos e estruturas. Mesmo que em bases similares, poderia se diferenciar as interpretações de Luhmann e Beck a partir da percepção entre diferenças e identidades; onde, para Luhmann, as diferenças coordenam o processamento de informações¹⁸ e, para

¹² Sobre isso: “O que se enfatiza é que o dinamismo industrial, extremamente veloz, está se transformando em uma nova sociedade sem a explosão primeva de uma revolução, sobrepondo-se a discussões e decisões políticas de parlamentos e governos (...) extrapolando todos os fóruns das decisões políticas, as linhas de conflito e as controvérsias partidárias”. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora Unesp, 2012. p. 14

¹³ Sobre esta ruptura afirmada: “A ruptura com as concepções providenciais da história, a dissolução da aceitação de fundamentos, junto com a emergência do pensamento contrafactual orientado para o futuro e o ‘esvaziamento’ do progresso pela mudança contínua”. GIDDENS, Anthony. Op. cit. p. 61.

¹⁴ Nesta mudança de perspectivas, motivada na diferença entre as categorias de cada tipo de sociedade: “Em situações de ameaça, portanto, diferente do que ocorre nas situações de classe, situações de vida e produção de conhecimento são diretamente situadas uma na outra e limitadas uma à outra”. BECK, Ulrich. Sociedade de... cit. p. 66.

¹⁵ Quanto a isso: “Há duas fases distintas, uma primeira onde os efeitos e autoameaças são produzidos mas não se tornam questões públicas, um segundo onde as instituições tornam-se os produtores e legitimadores das ameaças que não conseguem controlar”. Ibid. p. 17.

¹⁶ Ibid. p. 14

¹⁷ Ibid. p. 18.

¹⁸ “(...) diferenças, não identidades, possibilitam a percepção e processamento de informações”. LUHMANN, Niklas. **A sociedade mundial como sistema social**. São Paulo: Lua Nova, 1999. p. 191.

Beck, as identidades o fazem (se pensarmos a percepção do risco igual a todos, indiferente de sua posição na sociedade).

Exemplo aplicado desta perspectiva, buscando uma abordagem de *macro* à ideia, temos o avanço da energia atômica. Em um contexto de crescente necessidade de novos e massivos meios de produção energética - fosse em face do inchaço populacional nos centros urbanos, ou fosse em razão do avanço tecnológico dispor de um consumo energético cada vez maior – a humanidade se depara com o advento da geração de energia a partir da fissão nuclear de um átomo, recebida em um primeiro momento como a grande panaceia para os problemas aqui relatados. A crença se desmoronou no momento em que eventos episódicos – exemplos mais notórios de acidentes em Chernobyl (1986) e Fukushima (2011), ou mesmo a Bomba Atômica (1945) – demonstraram o enorme grau de descontrole desta geração de energia, e como seus riscos colaterais acabam sendo muito maiores do que sua capacidade energética. A sensibilidade humana a este risco atômico atravessou décadas, marcando todos os Anos da Guerra fria e reverberando na promulgação das mais distintas leis ao redor do planeta.

Esta percepção exemplificada na energia atômica se replica em todos os demais avanços tecnológicos, como tratado na ideia de *autoconfrontação*, de forma tal que outros campos como o meio ambiente (ameaças constantes de cataclismos), a ordem econômica (reiteradas crises sistêmicas de colapso financeiro) ou mesmo a internet; tida como marco da nossa era, mas cuja capilaridade dos efeitos de seu mau uso ameaça lançar o mundo na barbárie (como visto em 2000, com o “bug do milênio”).

Se em um plano *macro* o risco dá a constância dos avanços sociais – reconfigurando instituições e formação de políticas públicas -, temos também seu relevante reflexo no plano *micro*, afetando diretamente a maneira com a qual o indivíduo desta nova modernidade se relaciona com o meio.

Na teoria de Beck, a síntese deste postulado está na ideia de *risco biográfico*, onde o elevado grau de incerteza¹⁹, e a forma com a qual gerimos estas

¹⁹ Assim caracterizada em: “Embora sua disposição de arriscar fosse incomum, embora o ramo da mídia seja incomumente fluido e superficial, seu fracasso ilustra algumas confusões mais gerais sobre

eventualidades, passa a ser o eixo central de nossas vidas. A enorme diversidade de riscos, bem como diferentes possibilidades de construções biográficas, releva diferentes possibilidades de arranjo com distintas formações de opinião. Para Beck, na linha da proposta dada como superação à *sociedade de risco*, saber controlar com racionalidade o medo e a insegurança, seja em nível biográfico ou político, é uma “*qualificação civilizacional decisiva*”²⁰ para uma nova e melhorada sociedade.

Não por outro motivo, este seria um dos motivos centrais pelo qual o Estado assume cada vez mais o papel de *gestor de risco*, sendo responsável por, através do Direito, blindar ao máximo o indivíduo dos riscos que o cercam. Através de seu primado no monopólio da violência, o estado lança mão de todo seu arcabouço normativo para, ainda que simbolicamente apenas, trazer aos seus cidadãos a sensação de segurança que os faz sair de casa todos os dias em busca de seus anseios pessoais.

3. Sistemas peritos e a gerência do risco social.

Para se construir uma situação de segurança, deve haver a consciência da situação de risco²¹, de forma qual a confiança se vinculará com a contingência do resultado indesejado²². Em melhor exemplo desta assertiva, temos a consciência de que andar por ruas escuras de madrugada nos coloca em situação de perigo - existe um risco de sermos abordados por um criminoso - mas o fazemos por confiar que o policiamento noturno reduz as possibilidades de tal resultado; o risco é contingenciado. No final da equação mental que construímos para o risco, existe um sistema abstrato que julgamos capazes de alterar o resultado²³; no caso, seja este a polícia, ou ainda o sistema de leis penais.

Segundo Anthony Giddens, “*a natureza das instituições modernas está profundamente ligada ao mecanismo da confiança em sistemas abstratos,*

a orientação da pessoa num mundo flexível’. SENNET, Richard. **A corrosão do caráter**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2002. p. 93

²⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de...* cit. p. 93.

²¹ *Ibid.* p. 41

²² *Ibid.* p. 44

²³ “(...) *uma definição de confiança pode ser definida como crença na credibilidade da pessoa ou sistema, tem do em vista um dado conjunto de resultados ou eventos, em que essa crença expressa uma fé na probidade ou amor de um outro, ou na correção de princípios abstratos*”. *Ibid.* p. 45.

*especialmente confiança em sistemas peritos*²⁴. Deste modo, depositamos nossa confiança no conhecimento reflexo criado por estes grupos, em especial nos *sistemas peritos*; aos quais Beck trabalha de modo genérico como “ciência” e os “cientistas”. Em razão do elevado potencial de ameaça das forças produtivas, em parâmetro às novas tecnologias e dinâmicas sociais criadas, os indivíduos cobram destes *sistemas peritos* uma eficácia plena, quase uma infalibilidade²⁵, como maneira de garantir a mencionada contingência dos riscos reflexos.

Inegavelmente, e como a teoria desde o começo se propôs a ser, temos um quadro autônomo onde o risco nunca se encerra²⁶, e os peritos sociais encontram-se sempre em ingrata posição. Não por outro motivo, Giddens argumenta também como sua atividade está constantemente cercada por um ceticismo ou reserva, afastados apenas em razão de uma “barganha com a modernidade”²⁷, onde aceitamos o jogo como ele é, engolimos as pílulas douradas, para conseguirmos lidar com o oceano de inseguranças que nos cercam. Giddens ilustra a questão com os conceitos de *palco* e *bastidores* dado por Goffman, onde não precisamos de uma explicação profunda dos motivos para os quais as coisas são como são; nos contentamos com o que *palco* nos apresenta, enquanto os *bastidores*, e tudo mais que lá ocorre, são próprios dos profissionais²⁸.

Nesse sentido que Beck desenvolve a tese da *encenação social*, onde temos a *realidade* de fato e a *construção de uma realidade*; na qual a interpretação de riscos constrói um quadro de premissas (não necessariamente reais de fato) que influenciam a tomada de decisões e de interações no presente, a partir do conjunto de cálculos baseados no futuro. Por certo, esta construção não é harmônica e está

²⁴ GIDDENS, Anthony. Op. cit. p. 96.

²⁵ “Com o potencial de ameaça das forças produtivas, a margem de manobra para a pesquisa científica torna-se cada vez mais estreita (...) As forças destrutivas, com as quais os cientistas também tem que lidar atualmente em todos os campos temáticos, impõem-lhes a desumana lei da infalibilidade, uma lei que, para além de seu descumprimento representar uma das qualidades mais humanas, também se encontra em clara contradição com seus ideais de progresso e crítica”. BECK, Ulrich. Sociedade de... cit. p. 65.

²⁶ “Todos são causa e efeito, e portanto uma não causa. As causas esferelem-se numa vicissitude generalizada de atores e condições, reações e contrarreações. Isto confere evidencia social e popularidade à ideia sistêmica”. BECK, Ulrich. Sociedade de... cit. p. 39.

²⁷ Termo insculpido na passagem: “O respeito pelo conhecimento técnico existe comumente em conjunção com uma atitude pragmática para com sistemas abstratos, baseada em atitudes de ceticismo ou reserva. Muitas pessoas, por assim dizer, fazem uma ‘barganha com a modernidade’ em termos de confiança que concedem às fichas simbólicas e sistemas peritos”. GIDDENS, Anthony. Op. cit. p. 102.

²⁸ GIDDENS, Anthony. Op. cit. p. 98.

sempre cercada por pontos de vista concorrentes, a partir de diferentes grupos sociais, onde um deles sempre acaba forçosamente agregado a uma definição de risco do qual será ou autor, ou prejudicado²⁹. Neste “empurra-puxa”, os elos mais fracos, ou distantes dos interesses do *sistema perito* ao qual se comunica, estão sempre à mercê de um perito “*conseguir as coisas erradas, por erro de interpretação ou ignorância da perícia que se espera que eles possuam*”³⁰.

A ideia de heteronomia³¹ surge então na base da dialética do risco, para qual alguns grupos serão prejudicados dentro de um panorama que Beck denomina “*autoritarismo científico-burocrático*”³². A dureza da crítica dos sociólogos que se alinham a tal postulado não está em crer que a ciência é sempre falha, mas na observação de que o próprio processo de construção do método científico é habitualmente deturpado em prol do discurso. Beck aponta que “*constatações de risco baseiam-se em possibilidades matemáticas e interesses sociais, mesmo e justamente quando se reveste de certeza técnica*”, de modo qual o risco abandona sua lógica experimental para ser quantificado a partir de bases econômicas, políticas e éticas³³; relevando que mesmo quando se está coberto pela certeza científica do fato, não se deixa de lado um viés de interesses sociais.

Neste sentido, não há muito controle do processo autônomo de criação de riscos por parte dos *sistemas peritos*. A crítica aqui exposta recai brutalmente quando os processos de *individualização* impulsionam suas pautas (conforme explicado) e patrocinam a positivação de contingências de riscos para os quais não se estabeleceu crivo racional algum³⁴. Por meio deste fato, a razão pervertida se transforma em ferramenta autoritária, assim como defendiam os frankfurtianos Adorno e Horkheimer³⁵, tornando-se um padrão de dominação³⁶. Esta inversão no

²⁹ BECK, Ulrich. Sociedade de... cit. p. 34.

³⁰ GIDDENS, Anthony. Op. cit. p. 98.

³¹ Diz-se heteronomia a ideia kantiana de um indivíduo, ou grupo, ser sujeito à vontade de terceiros; em contraposição ao que seria autonomia. Em um contexto social onde o conflito de interesses é enorme, representado pela enorme diversidade de riscos sensíveis a diferentes grupos, é coerente afirmar que a contingência de perigos não atende a todos de maneira igual; isto quando não prejudica um em face de outro, como já afirmado.

³² GIDDENS, Anthony. Op. cit. p. 97.

³³ Ibid. p. 35.

³⁴ Tal como um axioma em: “*A consciência dos riscos da modernização impôs-se contra a resistência da racionalidade científica*”. BECK, Ulrich. Sociedade de... cit. p. 71.

³⁵ Assim lecionado por Alysson Mascaro em: “*Para Reich e Fromm, talvez pudesse se dizer que as mazelas do homem fossem creditadas a um falso uso da razão. Daí, a denúncia da ideologia é arma a partir da qual se procede à libertação. Adorno e Horkheimer verificam horizontes mais sombrios:*

processo de construção da razão científica é perfeitamente explicada na síntese de Beck, onde:

“A rejeição da definição científica do risco não é algo que se possa reprovar à população como ‘irracionalidade’, mas, justamente ao contrário, aponta para o fato de que as premissas da aceitação cultural implicadas nas asserções técnico-científicas de risco são falsas. Os técnicos especialistas em riscos estão errados a propósito da justeza empírica de suas premissas axiológicas implícitas, ou seja, a propósito de suas pressuposições a respeito do que parece aceitável à população e do que não (...) a revelação da ‘trapaça’ dos cientistas indica uma diferença conceitual entre as racionalidades científica e social na consideração dos riscos”.

³⁷

A ideia toda assume contornos ainda mais dramáticos quando acompanhamos a caminhada ontológica de esforços científicos em delimitar e prever riscos, como em um exercício de futurologia. Desta empreitada, citam-se os matemáticos franceses Fermat e Pascal, bem como os italianos Pacciolo, Cardano, e o célebre Fibonacci, com sua obra *Liber Abaci*, que buscou comprovar o caráter puramente aleatório de uma situação de risco qualquer; tornando famoso o cálculo para tentar prever quantos coelhos nasceriam em um ano de um único casal de pais³⁸.

Beck remonta o que seria uma *arquitetura social* do risco, dividida em cinco teses: (i) Riscos apresentam-se tão somente no conhecimento que se tem deles, abertos a processos sociais de definição. Desta forma, instrumentos e posições da definição dos riscos tornam-se posições-chave; (ii) A distribuição de riscos patrocina situações sociais de ameaça, associadas ao efeito *bumerangue*³⁹,

não é a falta de razão que conduz ao totalitarismo, ao fascismo. Antes, é a própria razão, o próprio mundo construído a partir da razão técnica, que leva à dominação totalitária. Reich e Fromm, para a Escola de Frankfurt, teriam a ilusão de que a dominação fosse a falta de razão. Adorno e Horkheimer acreditam que a própria razão é totalitária”. MASCARO, Alysson Leandro. **Utopia e direito**: Ernst Bloch e a ontologia jurídica da utopia. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 73.

³⁶ “(...) a razão técnica contamina de tal modo a história e a sociedade contemporânea que é virtualmente impossível a quebra de tal padrão de dominação”. MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit. p. 74.

³⁷ BECK, Ulrich. Sociedade de... cit. p. 70 e 75

³⁸ Ibid.

³⁹ Beck usa o termo para denominar a natureza dos riscos em retornarem para seu próprio emissor. Na lógica do meio ambiente, por exemplo, aquele que polui seu arredor recebe os efeitos de desequilíbrio gerado em qualquer lugar que esteja. Giddens trata a mesma questão com a analogia

gerando também novos desníveis internacionais; (iii) os riscos civilizatórios são um barril de necessidades sem fundo, interminável, infinito, autoproduzível; (iv) Riquezas são possuídas e têm um quociente de aferição puramente material. Riscos são afetados, e é a consciência que determina sua existência; (v) A sociedade de risco é uma sociedade catastrófica. Nela, o estado de exceção ameaça verter-se em normalidade⁴⁰.

A partir destas premissas podemos retirar diversos postulados preciosos à análise. Destaca-se, por exemplo, que a *sociedade de risco* não é uma opção, algo que se possa rejeitar⁴¹; trata-se de um processo autônomo e reflexivo, que se multiplica por si. Ainda, para o autor, não estamos, de fato, vivendo esta *sociedade de risco*, mas a caminho de sua consolidação em um processo iniciado desde os anos setenta; nos localizamos historicamente na transição entre aquela *sociedade da escassez* e o que será o embrutecimento de uma *sociedade de risco*⁴².

Podemos também verificar duas dimensões da ideia de risco nesta sociedade, sendo uma a percepção fundada em eventos presentes – como o desequilíbrio ecológico - e outra em eventos futuros – projetando a previsibilidade que eventos presentes se traduzirem em danos no futuro. Deste esforço em futurologia que retiramos a assertiva de maior valor para a nossa análise: “a *definição do perigo é sempre uma construção cognitiva e social*”⁴³, algo igualmente claro nos postulados máximos da teoria⁴⁴.

Como consignado por Sennet, “o *risco é bem diferente de um alegre cálculo das possibilidades contidas no presente. A matemática do risco não oferece garantias, e a psicologia do correr risco se concentra muito razoavelmente no que se*

de uma *faca de dois gumes*. GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991. p. 17.

⁴⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de...* cit. p. 28.

⁴¹ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit. p. 18.

⁴² BECK, Ulrich. *Sociedade de...* cit. p. 25.

⁴³ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit. p. 19.

⁴⁴ “A verdadeira força social do argumento do risco reside nas ameaças projetadas no futuro. São, nesse caso, risco que, quando quer que surjam, representam destruições de tal proporção que qualquer ação em resposta a elas se torna impossível e que, já como suposição, ameaça futura, como prognóstico sincreticamente preventivo, possuem e desenvolvem relevância ativa. Na sociedade de risco, o passado deixa de ter força determinante em relação ao presente. Em seu lugar, entra o futuro, algo todavia inexistente, construído e fictício como ‘causa’ da vivência e da atuação presente”. BECK, Ulrich. *Sociedade de...* cit. p. 40.

*pode perder*⁴⁵. De um modo geral, a ciência como um todo não nos oferece garantias do risco, apenas indícios onde “*a existência e distribuição de riscos serão mediadas de modo invariavelmente argumentativo*”⁴⁶, o que, incidentemente, já nos revela a importância no papel daquele que argumenta, e com quais objetos ele dialoga para alcançar determinado fim.

Ante tudo exposto, para se construir uma situação de segurança, deve haver a consciência da situação de risco⁴⁷, de forma qual a confiança se vinculará com a contingência do resultado indesejado⁴⁸. Em melhor exemplo desta assertiva, temos a consciência de que andar por ruas escuras de madrugada nos coloca em situação de perigo - existe um risco de sermos abordados por um criminoso - mas o fazemos por confiar que o policiamento noturno reduz as possibilidades de tal resultado; o risco é contingenciado. No final da equação mental que construímos para o risco, existe um sistema abstrato que julgamos capazes de alterar o resultado⁴⁹; no caso, seja este a polícia, ou ainda o sistema de leis penais.

4. Direito Penal e o risco.

Caminhando para o objeto aqui em análise, podemos facilmente observar os efeitos do risco no ordenamento normativo; ainda mais relevantes se observarmos o Direito como um dos *sistemas peritos*, aos quais compete a crença de que se pauta o avanço sempre pelas mais acertadas premissas.

Hodiernamente, há alguma “*tendência ao totalitarismo ‘legítimo’ da defesa diante do perigo*”⁵⁰, tornando-se o Direito um véu legitimador para comandos de *dever ser* que, a fundo, nada são do que exercícios de um poder vigente, um resultado finalístico de toda a construção social moderna⁵¹. Neste sentido, se o

SENNET, Richard. **A corrosão do caráter**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2002.p. 97.

⁴⁶ BECK, Ulrich. Sociedade de... cit. p. 32.

⁴⁷ BECK, Ulrich. Sociedade de... cit. p. 41

⁴⁸ Ibid. p. 44

⁴⁹ “(...) *uma definição de confiança pode ser definida como crença na credibilidade da pessoa ou sistema, tem do em vista um dado conjunto de resultados ou eventos, em que essa crença expressa uma fé na probidade ou amor de um outro, ou na correção de princípios abstratos*”. Ibid. p. 45.

⁵⁰ BECK, Ulrich. Sociedade de... cit. p. 97 e 98.

⁵¹ Reflexão exposta também por Alaôr Caffé Alves, ao expor que: “*Preocupa-nos muito a maneira pela qual os humanos normatizam a própria vida, porque normatizar significa estabelecer aquilo que deve ser. Grande parte da cultura é formada pela imposição do que deve ser. Temos uma concepção tradicional da norma, como expressão daquilo que deve*

homem moderno se resume em alguém que primazia sua individualidade, mergulhado em um padrão globalizado de consumo, de uma sociedade onde a energia motriz se dá pela inovação tecnológica (que gera maior produção, que favorece mais consumo), cabendo ao Estado apenas a gerência dos riscos criados pelo próprio sistema, não podemos esperar nada diferente do Direito construído dentro desta modernidade. Ainda que revestido de símbolos e discursos empolados, o Direito tem uma clara função ideológica⁵².

Para retomar Beck, na sociedade de risco não apenas as formas organizacionais vertem-se à lógica atuarial, mas também os “*princípios e categorias éticos e legais, como responsabilidade, culpa e o princípio de punir*”⁵³; tudo é preenchido, em diferentes medidas, pela incerteza e a falta de controle. Em face disso, podemos observar que os defensores da segurança não seguem os mesmos rumos que os detentores da produção e das riquezas econômicas, na medida em que o ordenamento jurídico positivado atende às prerrogativas desta sociedade pós-industrial, sancionando e legitimando as desvantagens e ameaças do sistema produtivo⁵⁴. O Direito é incapaz de trazer a segurança pois, ao se tornar a ferramenta para controle de riscos, reproduz a natureza de *autoconfrontação* deles, e, por fim, se torna inócuo em eliminar inseguranças ou garantir comportamentos⁵⁵.

O Direito Penal nasce de uma perspectiva garantista, uma conquista civilizacional enquanto limitação ao poder punitivo Estatal. O próprio processo penal surge como uma formalização de direitos ao próprio acusado, e não à vítima, de forma qual a persecução se apresenta como um “devido processo legal” e não um “devido processo vingativo”. As próprias categorias da construção de um ilícito – um prolongado exercício de verificação de tipicidade, antijuridicidade e punibilidade, para ai então se dizer condenável uma dada conduta – são erigidas de modo a

ser. Nesse sentido, a vida normativa se opõe ao ser das relações materiais da sociedade”. ALVES, Alaôr Caffé; et al. **Direito, sociedade e economia: leituras marxistas**. São Paulo: Manole, 2005. p. 44.

⁵² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **E quando o Estado desaparece numa ordem capitalista?** In: ALVES, et al. **Direito, sociedade e economia: leituras marxistas**. São Paulo: Manole, 2005. p. 97.

⁵³ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit. p. 25

⁵⁴ Ibid. p. 36

⁵⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 160.

dificultar a imputação de crimes, afastar quaisquer dúvidas suscitadas ao longo do curso penal.

Ocorre que as dinâmicas aqui narradas desta *sociedade de risco* cobram um cabedal renovado de ferramentas, capazes de dar resposta aos novos riscos gerados e, em maior importância, reestabelecer a sensação de segurança social.

Dito aqui de modo sucinto, é essa a tônica que perpassa a mudança de perspectivas do Direito Penal: daquela própria do chamado modelo Finalista, para aquela dito mais moderno, do chamado modelo Funcionalista. O primeiro, marcado pela teorização de Hans Welzel, para o qual o eixo central do Direito Penal deve ser oposto aos valores e princípios descolados da vontade estatal, sendo este um freio aos impulsos punitivos; nesse sentido, o Direito Penal deve se preocupar com a valoração dos fatos, com a sua essência e significação, e não com a sua mera verificação. O segundo, encabeçado por Claus Roxin e Gunther Jacobs, está centrado nos efeitos que a conduta tem na sociedade, de forma qual o Direito Penal seja reformulado para estar constantemente de acordo com as expectativas gerais, devendo tanto desenvolver novos mecanismos menos engessados, quanto se livrar de todos os demais que não estejam adequados a um Direito Penal funcional; uma ciência punitiva que modifica seus valores na medida em que a sociedade se transforma.

Dentro desta perspectiva, a formulação dada por Roxin se vale da própria sedimentação sociológica em Ulrich Beck para coordenar este Direito obsoleto a um modelo renovado, onde a centralidade do risco verificado na sociedade passaria também a ser central no próprio Direito Penal, trazendo-o novamente para o futuro⁵⁶.

Em uma melhor leitura desta construção funcionalista, a ação típica não se materializa por completo com a realização da conduta prevista no texto da norma, mas especialmente por caracterizar uma ação socialmente intolerável⁵⁷, nesse sentido, a *“caracterização do injusto, dentro de uma ótica funcionalista, será*

⁵⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general, tomo I**: Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 61.

⁵⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 218.

dada pelo valor fundante do modelo do modelo de Estado vigente, ou seja, do modelo democrático de Direito: a dignidade humana⁵⁸. É próprio da perspectiva funcionalista de Direito Penal, considerada uma leitura mais moderna deste, que a caracterização do injusto não se dê apenas em razão do resultado lesivo de uma ação, mas sim dos “*interesses e valores fundamentais na sociedade de risco*”⁵⁹.

O amálgama dos predicados desta leitura funcionalista de Direito Penal com as advertências presentes na *teoria da sociedade de risco* nos traz mudanças sensíveis na técnica penal, especialmente no que tange a maneira com a qual esta seara passa a ser carro-chefe estatal na efetivação de medidas para restaurar a sensação de segurança.

Uma das categorias mais afetadas com este embate é a do chamado *bem jurídico*; central na compreensão do injusto penal.

Desde Birnbaum em 1834, com a introdução da discussão de *bem jurídico* na definição natural de delito, até as ideias neokantianas valorativas de um conceito de bem jurídico voltado a uma construção cultural⁶⁰, esta categoria representa o ponto central no debate daquilo que deve ou não ser considerado uma conduta intolerável para o bom convívio social. Neste sentido, a primeira racionalização nasce da ideia de que “*a criminalização de uma conduta humana somente se justifica quando ofende um bem jurídico que a sociedade, por meio da atividade legislativa do Estado, definiu como merecedora da tutela penal*”⁶¹.

Desta máxima, temos, em grosso modo, que crime é aquilo que fere um bem jurídico, e bem jurídico é aquilo que o legislador apontou como um objeto merecedor de tutela. Entretanto, a questão não se apresenta de modo tão linear, uma vez que o Direito Penal só cumpre sua função quando, de fato, consegue

⁵⁸ Ibid. p. 218.

⁵⁹ Ibid. p. 219.

⁶⁰ STRATENWEERTH, Günter. **Derecho penal, parte general I: el echo punible**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005. p. 55.

⁶¹ VIEIRA, Arioaldo; GONÇALVES, Diego Vilhena. **Direito Penal Econômico e a tutela penal dos interesses difusos**. In: RUIZ FILHO, Antônio; SICA, Leonardo (Coord.). **Responsabilidade Penal na atividade econômico-empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 80.

proteger os bens jurídicos para os quais recebeu a missão de proteger ⁶², apresentando-se inútil toda vez que se demonstra inócuo na prevenção do objeto tutelado. Não obstante isso, cabe ainda ressaltar o fundamento do bem jurídico apresentado, os critérios de construção desta categoria, uma vez que o caráter subjetivo deste conceito pode vir a legitimar uma exacerbação no exercício punitivo do Estado; como de fato faz, conforme demonstrado adiante.

Neste sentido, Renato de Mello Jorge Silveira demonstra que não se deve lapidar o bem jurídico como quem busca, tão somente, cumprir os critérios de estrita legalidade, mas sim coadunar o bem jurídico aos postulados previstos na constituição, em uma “*unidade de função social*” ⁶³.

De fato, a linha entre um bem jurídico nascido da própria ordem constitucional e outro nascido da estrita legalidade, para fins casuísticos, é muito tênue. Para Michel Pawlik, é muito sedutora a ideia de que tudo aquilo positivado pode ser tornar um bem jurídico, pois facilmente conduz o Direito Penal à intervenção punitiva de um objeto qualquer ⁶⁴, atendendo a qualquer interesse, ideia esta que induz à problemática desta categoria diante dos postulados da sociedade de risco.

O estudo desta mutação do bem jurídico parte de Schünemann, por volta da década de 70, ao consolidar a categoria do *bem jurídico intermediário espiritualizado*, sendo estes “*bens supra-individuais com caráter imaterial, os quais desempenham verdadeira função de representação, reclamando uma autonomia e proteção próprias. Assim, considerando-se a difícil visualização, com uma única ação individual, de lesão ou mesmo de uma concreta colocação em perigo,*

⁶² HASSEMER, Winfried. **Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos**. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (dir.) *Pena y Estado: Función simbólica de la pena*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995. p. 31.

⁶³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Bem jurídico-penal: leituras conflituosas**. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArts, 2012. p. 135.

⁶⁴ “*Segundo a opinião dominante o direito penal tem a missão de promover a proteção a bens jurídicos (...) A determinação do direito penal pela missão de proteção ao bem jurídico ‘seduz à crença na legitimação a tudo que possa positivamente se relacionar com o conceito de bem jurídico’.* E isso não favorece apenas a tendência que se observa desde algum tempo na política jurídica, a punibilidade já na preparação de um perigo ou mesmo lesão concreta de um bem: quanto mais cedo a intervenção punitiva, tanto mais efetiva será a assim realizada proteção ao bem jurídico”. PAWLK, Michael. **Pena ou combate ao perigo? Os princípios de direito penal internacional alemão no foro da teoria da pena**. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArts, 2012. p. 44.

concebe-se uma proteção abstrata”⁶⁵. Por estar fundamentado nestas premissas, Jesús María Silva Sánchez confere a estes *bens jurídicos espiritualizados* uma característica de legislação puramente simbólica⁶⁶, retórica, cujo caráter abstrato⁶⁷ torna impossível a sua aplicação de maneira útil e eficaz.

Esse desregramento na “*criminalização de situações supra-individuais*”⁶⁸ conduz o Direito Penal à formulação de tipificações abertas, igualmente abstratas, sendo esta a solução mais simpels encontrada pelo legislador para contemplar o anseio social pelo gerenciamento do risco⁶⁹.

Entre os receptivos às mudanças e aqueles desgostosos de sua revisão, cumpre elencar observação da maior pertinência no desenrolar do debate. Knut Amelung reconhece que a verdadeira crise não está no conceito de *bem jurídico*, mas na concepção de uma política criminal onde se constroem expectativas das quais o Direito Penal é impossível de atender, atentando ainda para uma ganância do sistema punitivo em se abrir à esta nova modernidade sem, em contrapartida, sofrer sua maciça influência⁷⁰.

⁶⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A construção do bem jurídico... cit.

⁶⁶ “*Estos procesos muestran la peculiaridad de que a los mismos no cabe oponer un concepto de bien jurídico que, elaborado en los años sesenta y setenta para fundamentar los procesos de despenalización desde una orientación a la distinción de los objetos de protección de la moral y el Derecho, no es adecuado para justificar la exclusión del ámbito jurídico-penal de intereses sobre cuya necesidad de protección jurídica (pero no necesariasiénte penal) no parecen existir dudas. Esta tendencia incriminadora, que es muy pluriforme en su interior y, por tanto, difícilmente reconducible a un juicio unitario, adopta en ocasiones la forma de una legislación claramente simbólica o retórica, sin posibilidades reales de aplicación útil*”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit. p. 16.

⁶⁷ “*Em contrapartida a isso, justifica-se que a Economia, ou a ordem econômica se mostra como bem supra-individual, com outra gama de distinções que impõe o uso das figuras abstratas* SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 163.

⁶⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal... cit. p. 137.

⁶⁹ “*E isto interfere, inclusive, na formulação do tipo, uma vez que os bens jurídicos completivos apresentem-se, no mais das vezes, dotados de características etéreas (...) tal dificuldade encaminha o legislador penal para a solução mais fácil que é representada pela formulação de um tipo aberto, caracterizado pela vagueza e ambiguidade dos termos utilizados*”. SOUZA, Luciano Anderson de. Expansão do Direito Penal... cit. p. 114.

⁷⁰ “*Una posición distinta es mantenida por Amelung, que no comparte el optimismo de Schünemann y Hefendehl, pero que a pesar de ello se revaloriza como el gran teórico del concepto de bien jurídico desde los años setenta. Este autor sienta de forma brillante los términos esenciales del debate. La teoría del bien jurídico como teoría dogmática inmanente al sistema no está en crisis, lo que se encuentra en crisis es una concepción político-criminal, crítica y trascendente al sistema jurídico en la medida en la que se le han asignado unas expectativas que no está en condiciones de cumplir. En mi opinión, resulta enormemente sugerente su punto de partida de que “la ganancia que obtiene el sistema jurídico con la adopción del concepto de bien jurídico consiste en que puede abrirse a informaciones de su entorno sin perder su autonomía y su especial manera de funcionar por obra de*

Neste mesmo sentido está a se a antecipação da tutela penal⁷¹, convocando seus dispositivos punitivos para agir antes mesmo que a eventual lesão se materialize. A melhor técnica empregada, no esforço de garantir esta antecipação, está no uso dos crimes de perigo, em especial os crimes de perigo abstratos⁷², no esforço contínuo de, buscando estar à frente da lesão, trazer ao cidadão uma sensação de segurança⁷³. Não por outro motivo a centralidade deste ponto para o presente estudo: Direito Penal de perigo é o traço mais marcante e significativo dos efeitos da sociedade de risco em nosso ordenamento jurídico⁷⁴.

Nesse sentido, no nosso sistema penal moderno, percebe-se que se recorre cada vez mais aos tipos de perigo – somados aos abertos, vagos ou imprecisos⁷⁵ -, associados aos novos bens jurídicos postulados⁷⁶, como maneira de se adequar à realidade da *sociedade de risco* e satisfazer os anseios sociais para que o Direito Penal garanta uma sensação de segurança a todos indivíduos. Residualmente, este movimento compete também para o esvaziamento da “*relevância do desvalor do resultado na observação da ilicitude*”⁷⁷, tornando-se cada vez mais aceitável que o resultado típico da conduta seja confirmado não tão

las influencias externas”. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José. **Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico**. In Dret - Revista Para el Análisis Del Derecho, Barcelona, n. 2, abril, 2008. p. 9.

⁷¹ “*Tal política criminal, en una primera aproximación, se caracterizaría por una tendencia al Derecho pena preventivo con un acentuado adelantamiento de la protección penal, lo que conlleva, por una parte, un frecuente recurso a la formulación de delitos de peligro -en buena medida de peligro abstracto-, así como la configuración de nuevos bienes jurídicos universales de vago contenido, por otra*”. MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 44.

⁷² “*Un segundo campo problemático de la actual evolución del Derecho penal y que centra el mayor interés en las reflexiones de la doctrina es el constituido por el extraordinario aumento de delitos de peligro, especialmente cuando éstos son de peligro abstracto*”. Ibid. p. 78.

⁷³ “*No se quiere evitar sólo la producción de modo imprudente del resultado lesivo, sino que se intenta adelantar la prevención para garantizar mejor la seguridad y la propia sensación de seguridad*”. MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 79

⁷⁴ “*Surge así de nuevo, desde este renovado planteamiento, la discusión sobre la justificación y procedencia de la preferente utilización por parte del legislador del modelo del delito de peligro abstracto, en la medida en que el que puede denominarse Derecho penal del peligro es característico de la sociedad del riesgo, como respuesta a los peligros propios de la misma*”. Ibid. p. 82.

⁷⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 115.

⁷⁶ “*Todas estas dificultades se agravan con la combinación de la tutela penal de estos ‘nuevos’ bienes con la anticipación de la misma a través de la técnica de los delitos de peligro - especialmente abstracto -, ya que a la característica vaguedad del objeto de protección y lo difuso del ‘titular’ de tales bienes jurídicos - en ocasiones su ataque no tiene ‘víctimas’ definidas- se une la inherente falta de concreción lesiva del tipo de peligro abstracto*”. MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 70.

⁷⁷ SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. Direito penal econômico... cit. p. 79.

somente pelo *dano* configurado, mas também pela mera colocação em perigo de um bem jurídico⁷⁸.

5. Conclusão: Custos de um Direito Penal simbólico.

Jürgen Habermas condiciona uma fé nas ordens prescritas, seja pela competência daqueles que as delegam, ou ainda pela sua finalidade de atender a uma insurgência social. Por este motivo, o que chamamos de *racionalidade do direito* não se trata de uma categoria nascida de uma moral maior, mas tão somente um trabalho intelectual técnico, onde se regulam meios para atender a fins específicos, a partir de valores previamente fixados⁷⁹. A questão é de primeira importância para entender como o risco permeia o discurso jurídico, nascendo de uma categoria puramente valorativa para, dentro de um processo formalístico, assumir contornos de um comando normativo⁸⁰.

Os parâmetros desta construção - de *ser* e *dever ser*, de *verdade* e *direito* – não remontam à própria estrutura do mundo, de uma raiz naturalística do Direito, mas de uma constante mutação histórica, da evolução social⁸¹. Conforme lecionado por Luhmann, a fundamentação normativa não está condicionada a uma hierarquia de fontes do direito, mas sim a um processo reflexivo de expectativas, atendendo às mais diferenciadas exigências sociais⁸², consolidadas a partir de estratégias de minimizações de riscos⁸³.

Especificamente na seara penal, a construção do Direito se dá sob estas mesmas premissas. Santiago Mir Puig é categórico ao afirmar que não há

⁷⁸ “(...) o resultado típico de uma conduta há de implicar uma lesão ou uma colocação em perigo a um bem jurídico. Nos primeiros, há de se constatar que o tipo requer um dano do objeto protegido, enquanto, nos segundos, basta a situação de risco de lesão ao mesmo”. SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. Direito penal econômico... cit. p. 104.

⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 197 e 198.

⁸⁰ “(...) se as qualidades formais do direito são encontráveis na dimensão dos processos institucionalizados juridicamente, e se esses processos regulam discursos jurídicos que, por seu turno, são permeáveis a argumentações morais, então pode-se adotar a seguinte hipótese: a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental”. HABERMAS, Jürgen. Op. cit. p. 203.

⁸¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**, vol. I. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 58.

⁸² Ibid. p. 66.

⁸³ Ibid. p. 62

nada puramente normativo, ausente de sedimentação em comportamentos sociais, sendo as instituições e as próprias leis uma construção puramente cognitiva⁸⁴; dentro de uma lógica quase fenomenológica. Em face disso, Mir Puig defende que o Direito se resume diretamente à função que decidimos lhe dar, assim como o Direito Penal, sendo estas categorias o resultado formal de uma opção política⁸⁵, algo perfeitamente traduzido na máxima: as normas jurídicas não são um fim em si mesmo, elas não servem para justificar a intervenção penal; o Direito Penal é um mal necessário.

A síntese deste Direito Penal simbólico, no escopo da *sociedade de risco*, tem perfeita locução na construção de Hassemer. Ao debater o fenômeno, o mestre de Frankfurt resgata a base do socorro à seara penal na já argumentada confiança que o povo relega à ela⁸⁶, na medida em que, quanto mais exigentes as formulações preventivas da pena e sua finalidade, mais claro se mostra seu caráter simbólico⁸⁷. Isto ocorre pois crescentes são também as discrepâncias entre o que se propôs obter com a tutela penal e o que se conseguiu, o distanciamento de expectativas evidencia uma oposição entre *realidade* e *aparência*, entre o que é *latente* e o que está *manifesto*, onde *simbólico* se associa com *engano*⁸⁸.

Em outras palavras, além de quebrar garantias básicas, o intento falha em proteger um bem e, por consequência, trazer a sensação de segurança

⁸⁴ “1) *Todo hecho social, incluso los más complejos, como los institucionales, requiere alguna base física. En la terminología que solemos usar los penalistas: no hay nada puramente normativo. 2) Todos los hechos institucionales tienen algo de normativo, puesto que presuponen reglas constitutivas que son las que les atribuyen su sentido específico. 3) Las normas jurídicas son hechos institucionales creados por los legisladores que a su vez operan como reglas constitutivas de otros hechos institucionales, como la asignación del status de delito a determinadas conductas, pero que pueden (y generalmente creemos que deben) operar también como reglas regulativas que tratan de influir empíricamente (y no sólo simbólicamente) em los comportamientos físicos y sociales de los ciudadanos. 4) Los seres humanos son el soporte físico y mental de los hechos sociales, incluidos los institucionales, cuya propia existencia se debe al acuerdo de seres humanos*”. MIR PUIG, Santiago. **Límites del normativismo en Derecho penal**. In: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad. Santiago de Chile: Universidad Central de Chile, 2007. p. 41 e 42.

⁸⁵ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 42.

⁸⁶ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico... **cit.** p. 26.

⁸⁷ Ibid. p. 27.

⁸⁸ “*Existe um acordo global respecto de la dirección en la cual se busca el fenómeno de Derecho simbólico: se trata de una oposición entre ‘realidad’ y ‘aparencia’, entre ‘manifesto’ y ‘latente’, entre lo ‘verdaderamente querido’ y lo ‘(otramente aplicado)’; y se trata siempre de los efectos reales de las leyes penales. ‘Simbólico’ se asocia con ‘engaño’, tanto en sentido transitivo como reflexivo*”. Ibid. p. 28.

almejada. Como tudo na *modernidade reflexiva*, este movimento é retroalimentado em um quadro onde “a constância das desilusões ao invés de impulsionar um releitura do sistema resulta em seu maior (e ineficaz) recrudescimento”⁸⁹.

Em meio à gravidade das causas e também dos efeitos orbitantes deste Direito Penal moderno, parece válido repisar que este arcabouço repressivo é um “*mal a ser administrado em situações em que seja imprescindível seu uso, qual a pena privativa de liberdade*”⁹⁰, não será ele o grande salvador de todos os problemas da sociedade quando, na realidade, é ele tão somente o instrumento jurídico que entra em cena quando tudo mais já deu errado, a *ultima ratio* do sistema. De pronto, o próprio Beck parece acompanhar esta defesa na medida em que contesta a noção que temos de que administradores e especialistas sabem o que é bom ou certo para todos⁹¹, e também, incisivamente, na forma como concluiu sua crítica a sociedade de risco.

Curiosamente, ao endurecer seu discurso para encaminhar seus pontos finais, Beck acabou por tocar em categorias que a própria defesa funcionalista louvou, ao se valer da teoria da sociedade de risco para recalibrar o Direito Penal. Primeiro exemplo delas está no próprio curso de causalidade, alterado no Direito Penal hodierno para ser valorado em face do risco assumido pelo agente, não circunscrito dentro de um risco permitido pelo legislador e que, conforme demonstrado facilita imputações ao não indicar claramente como a conduta tutelada lesionou um determinado bem jurídico.

Para Beck, esta ausência de demonstrabilidade é própria da dialética do risco, uma vez que a sua “*comprovação é, por razões teórico-científicas se não impossível, bastante difícil*”⁹², o que causaria estranheza às categorias garantistas

⁸⁹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 83. Em aproximação similar, atento aos seus efeitos: “*Los fenómenos de desformalización y privatización se han criticado clásicamente desde la perspectiva de la disminución de garantías que pueden conllevar. Así, se alude a los déficits de legalidad o de imparcialidad que generan, para oponerse a quienes los defienden desde perspectivas de eficiencia en la gestión de los problemas. Suscribiendo plenamente esta línea, desearía aludir de modo adicional a la cuestión desde la perspectiva de la propia capacidad preventiva del sistema*”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit. p. 76.

⁹⁰ SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. Direito penal econômico... cit. p. 167.

⁹¹ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit. p. 53.

⁹² BECK, Ulrich. Sociedade de... cit. p. 76. Onde repisa Mendoza Buergo ao atentar que: “*comportamientos cuya prohibición no se basa en su conocida capacidad en general para la*

clássicas do Direito Penal; como condenar sem plenas certezas quando à natureza do crime? Neste mesmo sentido também, Beck é ostensivamente crítico aos chamados *limites de tolerância*, criados para fixar o que seria o tal *risco permitido* (valorado por Roxin em sua imputação objetiva).

O autor os chama de “*feitiços fajutos*”⁹³, vez que sua função seria a de relegar a uma categoria imensurável, indemonstrável, e puramente argumentativa – como é o risco - um valor quantitativo para traçar uma medida segura para sua ocorrência; como dar limites a algo cuja extensão é incalculável? Como dizer que uma conduta lesiva seria pouco errada ou muito errada, pouco crime ou muito crime? Exatamente por estas contradições, e aquelas já tratadas aqui anteriormente, que Beck assume os *limites de tolerância* em função de uma *descontaminação simbólica*⁹⁴, para a qual bastaria acreditar que existe um limite para nos vermos cobertos por um verniz de segurança.

A crítica da *sociedade de risco* transposta ao Direito Penal, catalizadora de seu crescente caráter simbólico, reside justamente nesta assertiva. Os riscos surgem por meio da cognição, do conhecimento, e justamente a partir delas ele pode ser reduzido, ampliado ou removido do painel da consciência, serem desinterpretados⁹⁵. Tamanha vagueza não cabe na seara penal, e mormente em ciência alguma, resultando verificar que “*o sistema de superespecialização profissional, juntamente com sua organização burocrática, fracassa diante dos riscos desencadeados pelo desenvolvimento industrial. Ainda que sirva ao desenvolvimento da produtividade, não serve à contenção dos perigos*”⁹⁶.

Em ponto algum de sua construção sociológica, Beck coloca o risco como uma categoria controlável, passível de aporte pelas instituições para melhor gerência de suas prerrogativas na sociedade moderna. Ele coloca sim o risco como elemento central desta modernidade, mas o faz de modo quase demeritório em face dos prejuízos que sua dialética nos trás, apontando, por exemplo, a tendência à

producción de daños, sino simplemente en la sospecha, no confirmada por conocimientos empíricos, de que pueden acarrear consecuencias indeseables”. MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 85.

⁹³ BECK, Ulrich. Sociedade de... cit. p. 77.

⁹⁴ Ibid. p. 83.

⁹⁵ Ibid. p. 92.

⁹⁶ Ibid. p. 82.

“*sociedade do bode expiatório*”⁹⁷, onde a maleabilidade do discurso de risco seleciona seus alvos, bem como seus efeitos. O risco é *autorreferencial*, se multiplica nas bases do sistema, se consolida a cada confrontação feita dentro de suas inconstâncias racionais e, para o Direito Penal, absorver esta variação significa expor a que o que temos de mais embrutecido em nosso ordenamento jurídico?⁹⁸

De toda forma, é certo que a dinâmica *seguro versus inseguro*⁹⁹ dê a tônica deste debate da forma com a qual deve atuar o Direito Penal moderno. Claro também é o dilema desagradável por ele vivido, onde “*ou bem fracassar diante de perigos produzidos sistematicamente ou então revogar, por meio de ‘esteios’ autoritários do poder de polícia do Estado, princípios básicos da democracia*”¹⁰⁰, cabendo a nós questionar em qual ponto, entre garantir a segurança e revogar garantias, encontra-se o melhor Direito Penal.

Com base nestas premissas, e à sombra da defesa funcionalista destes mecanismos todos como resposta moderna ao novo cabedal de crimes da *sociedade de risco*, talvez caia bem a advertência de Tzvedan Todorov quanto à “*violência dos meios anula a nobreza dos fins*”¹⁰¹. Se o próprio Beck sai em advertência da facilidade de converter a modernidade em um sistema arbitrário, ao dizer que este cenário esboça “*o panorama de um autoritarismo científico-burocrático*”¹⁰², menos não pode se esperar de um Direito Penal já em marcha do

⁹⁷ “A sociedade de risco envolve assim, justamente com a ampliação dos perigos e a simultânea inércia política, uma tendência imanente à ‘sociedade do bode expiatório’: subitamente deixam de ser as ameaças e passam a ser aqueles que as revelam os que provocam a inquietação generalizada. A riqueza visível não é sempre confrontada por riscos invisíveis? Tudo isto não passa de uma quimera intelectual, um porta-lembretes dos alarmistas intelectuais e dos dramaturgos do risco?”. BECK, Ulrich. Sociedade de... cit. p. 92.

⁹⁸ Ibid. p. 96.

⁹⁹ “O crescimento de controvérsias relativas às ameaças fabricadas faz que os antagonismos seguro versus inseguro se aprofundem. É óbvio que a politização ocorre como uma questão específica. Entretanto, isso significa que qualquer pessoa que, de um lado, defenda a segurança, de outro se encontra nas listas dos ameaçados. Foi a partir daí que Niklas Luhmann concluiu que esta oposição não pode ser tratada insitucionalmente nem leva a padrões frontais claros. Segundo ele, o resultado é uma flutuação potencial do conflito, que não pode ser nem limitado nem agudizado para se transformar em disputas políticas. Neste caso, sempre permanece pouco claro que a segurança e as próprias instituições de seguro contenham e mantenham padrões segundo os quais elas podem ser acusadas de insegurança sem a cobertura de seguros”. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Op. cit. p. 75.

¹⁰⁰ BECK, Ulrich. Sociedade de... cit. p. 98.

¹⁰¹ TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 84.

¹⁰² BECK, Ulrich. Sociedade de... cit. p. 97.

seu desmantelamento seletivo, sintomático na abstração de algumas de suas garantias básicas, e próprias de regimes autoritários¹⁰³.

Bibliografia:

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid, Siglo XXI España Editores, 2002.

_____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **E quando o Estado desaparece numa ordem capitalista?** In: ALVES, et al. **Direito, sociedade e economia: leituras marxistas**. São Paulo: Manole, 2005.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **Introdução a uma sociologia reflexiva**. In: _____. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel, 1989.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José. **Sobre la crisis de la teoria del bien jurídico**. In *Dret - Revista Para el Análisis Del Derecho*, Barcelona, n. 2, abril, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2013.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HASSEMER, Winfried. **Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos**. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (dir.) **Pena y Estado: Función simbólica de la pena**. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995.

LUHMANN, Niklas. **A sociedade mundial como sistema social**. São Paulo: Lua Nova, 1999.

_____. **Sociologia do direito, vol. I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MASCARO, Alysson Leandro. **Utopia e direito: Ernst Bloch e a ontologia jurídica da utopia**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

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

¹⁰³ "(...) Ferrajoli, v.g., ao estabelecer as características fundamentais dos sistemas autoritários, chama de modelo autoritário objetivista aquele em que carece o elemento da intencionalidade do delito, vale dizer, de sua própria culpabilidade". SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. *Direito penal econômico...* cit. p. 170.

- MIR PUIG, Santiago. **Límites del normativismo en Derecho penal**. In: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad. Santiago de Chile: Universidad Central de Chile, 2007.
- PAWLIK, Michael. **Pena ou combate ao perigo? Os princípios de direito penal internacional alemão no foro da teoria da pena**. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArts, 2012.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general, tomo I: Fundamentos, la estructura de la teoría del delito**. Madrid: Editorial Civitas, 1997.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- SENNET, Richard. **A corrosão do caráter**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Bem jurídico-penal: leituras conflituosas**. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArts, 2012.
- _____. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- STRATENWEERTH, Günter. **Derecho penal, parte general I: el echo punible**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.
- TEUBNER, Gunther. **Direito e teoria social: três problemas**. Tempo Social, revista de sociologia da USP. V. 27, n. 2.
- TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- VIEIRA, Ariovaldo; GONÇALVES, Diego Vilhena. **Direito Penal Econômico e a tutela penal dos interesses difusos**. In: RUIZ FILHO, Antônio; SICA, Leonardo (Coord.). **Responsabilidade Penal na atividade econômico-empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.