

O Direito Penal na Sociedade de Risco: relativização dos seus princípios constitucionais (?).

Marina de Cerqueira Sant'Anna¹

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Procedimentalismo *versus* Substancialismo - 3 Princípios Constitucionais do Direito Penal - 4 Considerações sobre sociedade de risco e a sua relação com o Direito Penal - 5 Conclusão – 6 Referências.

1 Introdução

A ideia de dissertar sobre o presente tema surgiu da seguinte indagação: a sociedade de risco deve impor a relativização do Direito Penal a fim de garantir a segurança dos cidadãos?

O Direito Penal é compreendido como o discurso dos juristas e, portanto, orientado por seus princípios constitucionais, como por exemplo, o da legalidade, lesividade, “*ultima ratio*”, fragmentariedade, culpabilidade, humanidade etc., possui a função de tutelar bens jurídicos e de conter o poder punitivo do Estado.

A sociedade evoluiu, surgiram novos bens jurídicos e, nessa medida, é preciso que o direito e, em especial, o Direito Penal, também evolua para atender e proteger as novas demandas sociais. Nesse contexto é que se insere a discussão acerca de um novo modelo de Direito Penal que flexibilize as suas garantias em prol da segurança cidadã.

Cabe-se indagar então: qual o alicerce que se pretende valer a fim de sustentar esse novo modelo? Em que medida os princípios constitucionais que orientam a atuação penal seriam preservados? Como flexibilizar as garantias do Direito Penal em uma sociedade que há mais de 20 anos – desde a promulgação da Carta Política de 1988 - clama pela efetivação das

¹ Graduada em Direito pela Universidade Salvador-UNIFACS; Especialista em Direito do Estado pelo JUSPODIVM; Pós-graduanda em Ciências Criminais pela Universidade Federal da Bahia- UFBA, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia –UFBA, Professora de Direito Penal da Universidade Católica de Salvador (UCSAL) e do Centro Universitário Jorge Amado (Unijorge), Professora convidada da Pós-Graduação da Universidade Salvador (Unifacs), da Universidade Católica de Salvador (UCSAL) e da Escola de Magistrados da Bahia (EMAB), Servidora Pública do Ministério Público do Estado da Bahia com atuação na Assessoria Especial Criminal do Procurador-Geral de Justiça e Membro do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP).

garantias fundamentais? Será que adotar essa política soluciona a questão da sociedade de risco ou contribui para aumentar?

Essas e outras indagações servem de verdadeiras questões orientadoras do presente artigo e são necessárias, para refletir acerca do debate sobre o risco e a sua relação com o Direito Penal, demonstrando-se que o discurso sobre a sociedade de risco foi manipulado pela política criminal de emergência.

2 Procedimentalismo *versus* Substancialismo

A fim de contextualizar e melhor compreender a proposta do presente trabalho, vale tecer algumas sucintas considerações sobre o procedimentalismo e o substancialismo.

As teorias procedimentais, como por exemplo, a teoria da ação comunicativa, defendida por Habermas, busca criar um procedimento adequado para a criação de um Estado Democrático. Vale dizer, Habermas pensa a sociedade como um discurso dialético, no que tange o direito como produto do consenso realizado entre os diversos atores na esfera pública, dando aos cidadãos o protagonismo dialógico: “*o critério de verdade se encontra fundado no melhor argumento, ou seja, aquele que respeita determinadas condições como: ausência de privilégio, participação livre, ilimitada e igualitária*”².

Nesse sentido, Habermas propõe a participação dos cidadãos na formação da ordem jurídica que eles próprios irão se submeter, pois, dessa maneira, o discurso jurídico estaria legitimado, bem como a sanção imposta por ele³.

De outra parte, pontua Lênio Streck, que muito embora o procedimentalismo Habermasiano tenha contribuído para reflexões sobre temas sociais, políticos e jurídicos ficou de certa forma limitado a adotar um procedimento democrático⁴.

A corrente substancialista, por outro lado, defendida no Brasil por autores como Paulo Bonavides, Celso Antônio Bandeira de Mello, Eros Grau, Fábio Comparato, entre outros, entende que o Judiciário deveria assumir o papel do intérprete que põe em evidência a vontade geral implícita no direito positivo⁵.

² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 120.

³ *Ibidem*.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (em) crise*. 5º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

⁵ *Ibidem*.

Diante de tal divergência, cumpre realizar alguns questionamentos absolutamente relevantes para o tema em apreço: qual seria a legitimidade do discurso, acima mencionado, acerca de uma sanção imposta para aqueles que não têm acesso a tal discurso? E, ainda, embora seja deliberado o discurso a todos se faz necessário indagar se o indivíduo tinha condições de agir de outra forma (exigibilidade de conduta diversa)? Ademais, será que o consenso realmente existe se for levado em consideração que se vive em uma sociedade mutável? Essas e outras indagações não retiram a credibilidade da teoria procedimental, como foi suscitado anteriormente, mas a entende como algo romântico.

Nessa esteira de intelecção, vale registrar que o Brasil por ser caracterizado como uma sociedade de alta modernidade ou modernidade reflexiva, como defendem Anthony Giddens e Ulrich Beck, respectivamente, deve-se buscar a substancialização dos direitos e garantias Constitucionais, haja vista que já se passaram mais de 20 anos da publicação da Constituição Federal de 1988 e ainda hoje não se vivencia a efetivação dos referidos direitos. Nesse contexto, veja-se algumas passagens do que defendem os citados autores:

“Assim, em virtude do seu inerente dinamismo, a sociedade moderna está acabando com suas formações de classe, camadas sociais, ocupação, papéis dos sexos, família nuclear, agricultura, setores empresariais e, é claro, também com os pré-requisitos e as formas contínuas do progresso técnico-econômico. Este novo estágio, em que o progresso pode se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói outro e o modifica, é o que eu chamo de etapa da modernização reflexiva”⁶.

Sob a concepção de modernidade reflexiva, a qual foi apresentada de forma breve, torna-se relevante evidenciar que o cenário atual é marcado por uma realidade de incertezas e de essencial insegurança, vale dizer, uma sociedade complexa, denominada por alguns doutrinadores de sociedade de riscos:

“Risco é uma palavra da modernidade e é algo construído, ou seja, o risco é uma construção comunicativa da sociedade, que não pode ser avaliado sob a concepção do bem e do mal [...] O risco é um paradoxo, porque ele existe porque não existe- e é diferente da concepção de perigo, que por sua vez também é uma palavra da modernidade. Perigo é a probabilidade de um evento futuro nocivo e que continua a diminuir nas sociedades modernas, haja vista as

⁶ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva – Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

condições, devido as inovações tecnológicas, de poder prevê, evitar o perigo”⁷.

Pretendeu-se, apresentar, sucintamente, as características das teorias procedimentais e substanciais, apontando os seus méritos e identificando qual delas se ajustaria melhor ao contexto jurídico brasileiro, à luz das suas características sociológicas.

Demonstrou-se, também, que diante da insegurança e do medo que se convive atualmente, a sociedade é denominada de “sociedade de riscos”, cuja relação com o Direito Penal será analisada mais adiante, não sem antes compreender quais os princípios do Direito Penal tutelados pela Carta Política que orientam e legitimam a sua aplicação.

3 Princípios Constitucionais do Direito Penal

O Direito Penal é o discurso dos juristas, como bem defende, Eugenio Raul Zaffaroni e portanto, através dos seus princípios, serve para conter o poder punitivo do Estado⁸. Assim, os princípios reguladores do controle penal são, na verdade, princípios constitucionais de garantia do cidadão, ou simplesmente “*Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito*”⁹.

O iluminismo, por força das ideias atinentes a igualdade e liberdade contribuiu para a formação de um Direito Penal mais humanista do que aquele que predominou no Estado Absolutista, no sentido de impor limites à atuação do Estado na liberdade individual dos cidadãos. Esses princípios encontram-se, atualmente, de maneira explícita ou implícita consagrados na Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 5º e possui a função, segundo César Roberto Bittencourt: “*de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista*”¹⁰.

A título de ilustração, e não com o objetivo de esgotamento, vale registrar alguns dos princípios constitucionais do Direito Penal, apresentando-lhe os seus principais conceitos, a saber: princípio da legalidade ou da reserva legal; princípio da intervenção mínima; princípio

⁷ AMARAL, Claudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea – Dogmática, Missão do Direito Penal e Política Criminal na Sociedade de Risco*. Monografia vencedora do 11º Concurso de Monografias Jurídicas. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual do Direito Penal Brasileiro*. 6º ed: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁹ BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol.I, 8ª edição,.São Paulo:Saraiva, 2003, p.9.

¹⁰ *Ibidem*, p.9-10.

da fragmentariedade; princípio da culpabilidade; princípio da humanidade; princípio da irretroatividade da lei penal; princípio da adequação social e princípio da insignificância.

O princípio da legalidade ou da reserva legal representa uma essencial limitação ao poder punitivo do estado e é conhecido pela fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Por tal princípio significa compreender que nenhuma conduta pode ser considerada como crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que haja uma lei prévia definindo-a como crime e cominando uma sanção penal correspondente¹¹.

O princípio da intervenção mínima ou da *ultima ratio* impõe que o Direito Penal só seja aplicado se outras formas de controle revelarem-se insuficientes para a tutela de determinado bem jurídico¹².

O caráter fragmentário do Direito Penal significa que o mesmo só deve sancionar as condutas mais graves que violem bens jurídicos mais relevantes¹³.

O princípio da culpabilidade constitui verdadeira pedra de toque do Direito Penal. Pelo citado princípio, como salienta Bitencourt, decorrem três consequências materiais: “a) *não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena*”¹⁴.

O princípio da humanidade proíbe a aplicação de sanções que “*atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados*”¹⁵.

O art. 5º, XXXIX, a Constituição Federal admite a aplicação retroativa de lei penal, desde que mais favorável ao acusado¹⁶.

Cezar Roberto Bitencourt, no que tange ao princípio da adequação social, aponta que:

“Segundo Welzel, o Direito Penal tipifica condutas que tenham uma certa relevância social; caso contrário, não poderiam ser delitos. Deduz-se, conseqüentemente, que há condutas que por sua “adequação social” não podem ser consideradas criminosas. Em outros termos, segundo esta teoria, as condutas que se consideram “socialmente adequadas” não podem constituir delitos e, por isso, não se revestem de tipicidade”¹⁷

O princípio da insignificância, criado por Claus Roxin, direciona a atuação de um Direito Penal sob a perspectiva da existência de tipicidade material. Ou seja, o Direito Penal deve

¹¹ BITENCOURT, César Roberto, *Op Cit.*

¹² *Ibidem.*

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ibidem*, p.15.

¹⁵ *Ibidem*, p.15.

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ibidem*, p.17.

tutelar bens jurídicos que foram efetivamente, materialmente, lesados e não apenas formalmente, sob pena de incidir o citado princípio e, por conseguinte, acarretar a exclusão da tipicidade da conduta¹⁸.

Todos esses princípios constitucionais, consoante já afirmado, limitam a atuação do Estado frente aos indivíduos, os quais merecem ser tratados como sujeitos de direito e não como objeto do poder punitivo, como também reforçam a essência de um Estado Social e Democrático de Direito.

4 Considerações sobre Sociedade de Risco e a sua Relação com o Direito Penal.

Tecidas tais considerações sobre as características da sociedade brasileira e a atual concepção de sociedade de risco, como também ter apontado a relevância das teorias substanciais e os princípios que devem e merecem nortear a aplicação penal, surge a seguinte pergunta: o que a sociedade de risco significa para o Direito Penal?

Diante das incertezas e inseguranças propiciadas pela modernidade, a citada sociedade complexa clama por uma intervenção cada vez maior do Direito Penal, como se ele fosse resolver todos os problemas sociais. É o fenômeno conhecido como emergência perene, que é viabilizado através de política eleitoral, instituindo o medo e o clamor por reformas no Direito Penal que possa garantir a tão sonhada segurança¹⁹.

Daí surge o paradigma entre segurança cidadã e a possível criação de um novo modelo penal. Porém, inicialmente, cabe fazer algumas distinções pontuadas pelo doutrinador espanhol José Díez Ripollés, ou seja, segundo a reflexão crítica do autor, cidadão é aquele que uma vez participado do discurso e, portanto estabelecido o contrato social de uma forma livre e consciente, atende às expectativas normativas e merece, assim, a proteção da Constituição e, nesse sentido, a aplicação de um modelo penal do cidadão. Por outro lado, o não cidadão, ou, melhor, aquele que não atende as referidas expectativas das normas, frustrando-as, não merece a proteção da Constituição, devendo se submeter a um outro modelo penal, vale dizer, Direito Penal do Inimigo, defendido por Günther Jakobs, haja vista que se trata de um estranho á sociedade²⁰.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ AMARAL, Claudio do Prado, *Op Cit*.

²⁰ RIPOLLÉS, José Luis Díez. *Da Sociedade de Risco a Segurança Cidadã - Um Debate Desenfocado-*. Artigo publicado na RECPC.

Segundo essa perspectiva, é possível se aferir que esse novo modelo penal deve estar alicerçado na proteção dos cidadãos, de forma a conter a insegurança provocada pela moderna sociedade de risco, ou seja, se propõe a “modernização do Direito Penal”, assim compreendido como a adoção ou incorporação de medidas que flexibilizem as suas garantias, que antecipem a sua tutela para a fase dos atos preparatórios e que crie novas tipificações, com vistas a cumprir o seu papel de prevenção e precaução. Sobre o tema, Claudio do Prado Amaral:

De qualquer forma, a evolução do direito penal na sociedade de risco, tendo em vista as características até aqui expostas, conduz a um necessário aumento da sua própria complexidade e diferenciação (aceitação e produção interna de novas realidades), sob pena de não conseguir responder às emergentes emergenciais perplexidades criadas pelos novos e grandes riscos ou, pior, expandir-se de forma a considerar tudo como sendo risco penalmente relevante²¹.

Curioso é destacar que com a formação do Estado Moderno e sob a concepção de um Estado Neoliberal, este apresenta um discurso essencialmente contraditório. Ao passo que o neoliberalismo defende a mínima intervenção do Estado, defende também um Estado punitivo máximo. Discurso paradoxal, vale destacar!

Diéz Ripollés elenca alguns fatores que caracterizariam o novo modelo penal da segurança cidadã, a saber: o primeiro e, talvez mais essencial, é o sentimento de insegurança que há 20 ou 25 anos atrás não existia como hoje. Há um medo do crime; o segundo fator é a atenção que a mídia oferece para a delinquência, ou seja, qualquer tipo de conduta criminosa relacionada à delinquência clássica torna-se facilmente manchete de um periódico e, por fim, o grande aproveitamento político que estão se realizando ao referido modelo penal²².

Percebe-se, portanto, que, segundo esse novo modelo penal, o Direito Penal deve-se expandir para conquistar outros setores sociais, assim como deve haver uma maior penalização daqueles que já eram punidos. Tudo isso, está incluído no mosaico sentimento de insegurança propiciado pela sociedade de risco.

Realizado um breve panorama sobre um novo Direito Penal, torna-se relevante sustentar, e aqui reside a pedra de toque do presente trabalho, que tal discurso é, essencialmente, infecundo, haja vista que é alicerçado por uma política criminal de emergência. A análise da política criminal e da criminologia é de suma importância para a concepção de um Estado

²¹ AMARAL, Claudio do Prado, *Op Cit*, p. 25.

²² RIPOLLÉS, José Luis Diéz, *Op. Cit*.

Democrático e por isso, que Jorge de Figueiredo Dias defende a unidade cooperativa entre política criminal e dogmática penal²³.

O Brasil não tem uma política criminal definida, o que se tem é um movimento pendular, ou seja, ora de mínima intervenção, ora de máxima intervenção do Direito Penal. O que se percebe, nos dias atuais, é a existência de uma política criminal maximalista, a qual, conforme a unidade cooperativa acima suscitada, propõe severas mudanças na dogmática penal, revelando-se assim, como política criminal de emergência que, por sua vez está associada ao que se costumou denominar de populismo penal²⁴.

Com efeito, há uma indiscriminada utilização do Direito Repressivo como forma de exonerar o estado das suas obrigações, aparentando para a sociedade a falsa sensação de segurança e, nessa medida, transformando o Direito Penal em meramente simbólico.

Cabe-se indagar então, como ficaria esse novo modelo diante dos suscitados princípios constitucionais? Não haveria uma flagrante incoerência? Esse novo modelo não feriria a estrutura do Direito Penal para o fim em que este foi concebido? Cumpre-se indagar.

É bem verdade que com as novas tecnologias e com o fenômeno da globalização, a sociedade evoluiu, tornou-se complexa, de modernidade reflexiva, e com isso o sistema do direito, assim como os seus subsistemas, como o Direito Penal, deve sim sofrer uma modernização, no entanto sem diminuir e/ou comprometer as suas garantias, como defende Diéz Ripollés²⁵.

Discussões sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas estão inseridas nesse contexto e merecem certo grau de relevância, por isso será sucintamente aqui abordado. É dizer, para os que defendem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, acreditam na responsabilização da estrutura da qual originou o fato delituoso, que só será alcançada com uma sanção que recaia sobre as pessoas jurídicas, como bem pontua Amaral. Sob esse viés, Gómez Jara²⁶ defende a responsabilidade penal das pessoas jurídicas como uma responsabilidade genuína, ou seja, os membros que constituem tal ente fictício não devem transferir a responsabilidade penal, pois esta já é própria da pessoa jurídica. Ele defende também, que o conceito de culpabilidade como fundamento da pena e, portanto incluindo a capacidade de culpabilidade, consciência de ilicitude e exigibilidade de

²³ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra Editora, 1997.

²⁴ AMARAL, Claudio do Prado, *Op Cit*.

²⁵ RIPOLLÉS, José Luis Diéz, *Op. Cit*.

²⁶ JARA, Diez Gómez. *Modelos de Auto Responsabilidade Penal e Empresarial*. Artigo publicado na Revista Eletrônica de Ciência Penal e Criminologia - RECPC .

conduta diversa, não pode ser adequado às pessoas jurídicas e, dessa forma, propõe que o conceito de culpabilidade seja reformulado.

Realizado esse parêntese para tratar da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, retomase, nesse momento, o objeto de estudo do aludido trabalho. O sistema penal é pautado em estereótipos! O processo conhecido como criminalização primária que ao criar as leis penais não tutela bens universais e o processo, também conhecido, como criminalização secundária que se caracteriza pela atuação direta de outras agências orientadas por rótulos de delinqüência, fazem do Direito Penal um instrumento de poder que atua seletivamente²⁷.

O Brasil, sociedade de modernidade tardia, como já foi mencionado anteriormente, busca pela materialização dos direitos e garantias fundamentais. Portanto, concordar com a ideia de que o Direito Penal deve ser desmembrado em Direito Penal do cidadão e do inimigo como também defender um Direito Penal de segunda velocidade, é contribuir para a proliferação da política criminal de emergência, utilizando de meios analgésicos para que o problema se resolva. É contribuir para a manutenção da “grande bola de neve”, sem atentar para as reais causas dos problemas sociais.

É preciso compreender e internalizar o sentido de que, nada obstante seja imprescindível uma atualização do Direito Penal, este não pode se distanciar, nem muito menos, romper o compromisso intransigível com a Constituição Federal. Pois, do contrário, implicaria um retrocesso em termos de garantias e direitos fundamentais.

5 Conclusão

O “novo Direito Penal”, cujos contornos foram panoramicamente visitados no presente trabalho, possui como característica principal a sua expansão a partir de exigências de sua intervenção para a tutela de novos bens jurídicos surgidos na denominada “sociedade de risco”.

Trata-se de uma realidade crescente, visível quando se depara a admissibilidade, ainda que restrita a determinadas tipologias, da responsabilização penal da pessoa jurídica, antecipação da tutela penal e tipificações de crimes de perigo abstrato, flexibilizando-se, para tanto, princípios fundamentais até então concebidos como intocáveis.

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa, *Op.Cit.*

O que fazer, então, para que o Direito Penal reencontre seu ponto de sustentação, que mudanças podem e devem ser promovidas ao longo deste caminho de mão única de expansão que se vislumbra na sociedade moderna? Essas são indagações para impulsionar a reflexão, sem, contudo, possuírem uma resposta imediata.

A sociedade de risco tem contribuído para provocar um alarme social que está a provocar a expansão do Direito Penal, o que acarreta determinados custos que afetam as garantias do Estado de Direito.

Por outro lado, a modernização do Direito Penal é necessária à vista das atuais circunstâncias e contingências sociais que tornam os problemas muito diferentes daqueles situados nas origens do Direito Penal clássico.

Nessa esteira de intelecção, o presente trabalho procurou demonstrar que esse “novo modelo penal”, embora seja necessário à sociedade atual, nos moldes em que proposto, acaba por violar direitos e garantias fundamentais tão caros ao Estado de Direito Constitucional.

6 Referências

AMARAL, Claudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea – Dogmática, Missão do Direito Penal e Política Criminal na Sociedade de Risco*. Monografia vencedora do 11º Concurso de Monografias Jurídicas. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva – Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol.I, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – O Homem Delinquent e a Sociedade Criminógena*. Coimbra Editora, 1997

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

JARA, Diez Gómez. Modelos de Auto Responsabilidade Penal e Empresarial. Artigo publicado na Revista Eletrônica de Ciência Penal e Criminologia - RECPC .

RIPOLLÉS, José Luis Diéz. *Da Sociedade de Risco a Segurança Cidadã - Um Debate Desenfocado-*. Artigo publicado na RECPC.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (em) crise*. 5º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual do Direito Penal Brasileiro*. 6º ed: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.