

SOCIEDADE DE RISCO E OS DESAFIOS IMPOSTOS PELA INCERTEZA AO DIREITO PENAL

Andrey Luciano Bieger¹

Marcos Afonso Johnner²

Diego Alan Schöfer Albrecht³

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 O LEGADO DA MODERNIDADE: A INCERTEZA. 3 O DIREITO PENAL AMBIENTAL E A GLOBALIZAÇÃO DOS RISCOS: O EXEMPLO DA REGULAÇÃO CLIMÁTICA DA AMAZÔNIA. 4 A ABERTURA PARA A POLÍTICA DE EXCEÇÃO: A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA INSEGURANÇA. 5 DISCUSSÃO EM UM PLANO EPISTEMOLÓGICO: UMA PROPOSTA LIMITADORA À POLÍTICA DE EXCEÇÃO. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: Partindo de uma análise bibliográfica, o presente estudo visa a analisar o impacto da sociedade de risco na estrutura do direito penal. A passagem para uma sociedade pós-industrial mostra seus efeitos, principalmente em áreas essenciais para a sobrevivência humana, como o meio ambiente. A direito, nesse contexto, é chamado a intervir, momento em que o seu tradicional instrumental é posto em xeque, demandando releituras voltadas a compatibilizar os princípios limitadores básicos do direito penal e eficiência dele esperada.

Palavras-chave: Direito Penal. Sociedade de risco. Incerteza. Meio ambiente.

Abstract: Based on a bibliographical analysis, this study aims to analyze the impact of risky society in the structure of criminal law. The transition to a post-industrial society shows its effects, especially in areas essential for human survival, such as the environment. A The law, in this context, is called upon to intervene, at a time when its traditional instrumentality is put in check, demanding re-readings aimed at reconciling the basic limiting principles of criminal law and its expected efficiency.

Keywords: Criminal Law. Society of risk. Uncertainty. Environment.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade atual vem demonstrando preocupação com diversas temáticas, entre elas, destacadamente, o meio ambiente, alvo de uma série de propostas, as quais, de um modo geral, visam à sua conservação, uma vez que se trata de condição primordial para o desabrochar da vida. Essa nova sociedade, denominada *pós-industrial*, é condicionada principalmente pela ciência e pelo mercado. Com o seu

¹ Mestrando em Direito pela UNOCHAPECÓ. Bacharel em Direito pela FAI Faculdades. Bolsista CAPES. Integrante do grupo de pesquisa *Ciências Criminais na Contemporaneidade: diálogos entre criminologia, dogmática penal e política criminal*, do Centro Universitário FAI de Itapiranga/SC. E-mail: andreybieger@hotmail.com

² Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário FAI de Itapiranga/SC. Pesquisador do grupo de pesquisa *Ciências Criminais na Contemporaneidade: diálogos entre criminologia, dogmática penal e política criminal*, do Centro Universitário FAI. E-mail: marcosjohnner@yahoo.com.br.

³ Dutorando e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Bolsita CAPS/PROSUC. Coordenador e Professor do Curso de Direito do Centro Universitário FAI de Itapiranga/SC. Coordenador do grupo de pesquisa *Ciências Criminais na Contemporaneidade: diálogos entre criminologia, dogmática penal e política criminal*, do Centro Universitário FAI de Itapiranga/SC. E-mail: diego.albrecht@seifai.edu.br.

advento, tem-se por necessário enfrentar uma série de problemas, entre eles a relação ciência e direito.

O Estado moderno e, em especial, o direito ali concebido assentou suas bases na segurança jurídica. A sua construção, simultânea ao erguer da ciência, coloca a técnica e a previsibilidade dos resultados acima de tudo. No entanto, a partir do último século, a ciência vê suas bases se desestruturarem com a incorporação da incerteza no âmbito científico, a qual se projeta na sociedade, configurando um novo tecido social, dando origem à denominada *sociedade de risco*.

Diante dessa problemática, o direito é chamado para proferir decisões em campos que lhe eram estranhos ou sobre premissas desconhecidas. Dessa feita, tem-se como o problema do presente trabalho a análise das consequências oriundas da sociedade de risco ao direito, em especial ao direito penal.

Para tanto, analisar-se-á o surgimento da sociedade de risco, bem como o cenário daí resultante, os quais impõem ao direito penal a desafiadora proposta de (re)adequação. Da mesma forma, citar-se-á o exemplo do direito penal ambiental, que é chamado a posicionar-se frente a problemas complexíssimos. Por fim, passa-se à análise daquela que, para nós, é a principal consequência imposta por essa transformação, com a apresentação de uma proposta alternativa.

2 O LEGADO DA MODERNIDADE: A INCERTEZA

Além da concepção das bases do Estado, a modernidade nos deixou outro legado, o qual passa a ocupar o lugar central no atual cenário: a incerteza. A imagem que se ergue do Estado moderno está intrinsicamente atrelada aos inquestionáveis ganhos de certeza obtidos pela ciência. Nesse modelo de Estado, a convivência com a incerteza sempre foi possível, uma vez que, frente a ela, não era preciso tomar decisões, diferentemente do que ocorre agora, momento de visível falta de harmonia com o direito. Pertence ao direito o irrenunciável dever de decidir, ou seja, envolve-se em uma certeza, ao passo que o legado da modernidade apresenta a incerteza como pressuposto.⁴

⁴ PARDO, José Esteve. **O desconcerto do leviatã**. São Paulo: Instituto o Direito por uma planta verde, 2015.

Para uma boa compreensão do tema, pode-se começar com uma pergunta situacional, formulada por Hobsbawm: “o que a história tem a dizer-nos sobre a sociedade contemporânea?”⁵. Não há um ponto inédito na história da humanidade e a inevitável comparação de presente e passado é feita justamente para que assim possamos apreender com as experiências.⁶

Pois bem, o modelo de direito penal atual guarda suas raízes históricas no início da formação da era moderna. Do medievo, abandonou-se o *Malleus Maleficarum*, separou-se o crime do pecado, aposentou-se o patíbulo, podendo essa ser considerada a época que deu moldes ao Estado atual, conseqüentemente também ao modelo de direito penal. Importante é a compreensão de que o embrião do modelo penal atual, concebido no início da formação da era moderna, traz em seu bojo uma carga histórica de lutas e conquistas, das quais algumas constituem propriamente marcos inderrogáveis, verdadeiras “barreiras intransponíveis”, ao passo que outras podem ser (re)pensadas.

Sem embargo, a sociedade que passou a idealizar tal modelo de direito penal sofreu profundas mudanças, razão pela qual é necessária a análise de adequação, pondo de um lado o modelo social atual e, do outro, o modelo de direito penal, a fim de constatar qualquer incompatibilidade.

Assim como no século XIX, a modernização modificou a sociedade agrária estamental e, resultando desse processo, extraiu a imagem estrutural da sociedade industrial. De modo não diferente, hoje, a modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge outra configuração social.⁷

O direito penal, no decorrer dos anos, sofreu inúmeras mudanças. Há, no entanto, uma íntima relação entre os modelos de Estado e de direito penal, que se afigura como principal medida para definir se um Estado possui uma linha democrática ou autoritária. Com base nessa afirmação é que se faz necessário escrever algumas linhas sobre o desenvolvimento dessa nova sociedade, bem como, a atuação de seus fenômenos, uma vez que agora passam a atrair a atuação do Estado para outras áreas.

⁵ HOBBSAWM, Eric. **Tempos fraturados**. Trad. Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 32.

⁶ HOBBSAWM, Eric. **Tempos fraturados**. Trad. Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

O direito, concebido como produto da racionalidade do homem, é interferido pelas relações sociais, razão pela qual se faz necessária a análise de tal ciência além dos conceitos exclusivamente jurídicos, demandando do jurista a devida atenção para a complexidade do sistema social.⁸

Atualmente, o modo de produção capitalista, uma das principais forças condicionadoras da formação dos Estados modernos, entra em um estágio de desenvolvimento tardio, e, simultaneamente, envolve toda a dinâmica social na sua transformação. Essas mudanças fazem com que sociólogos modernos discutam os novos contornos da sociedade para este tempo.

O ponto de mudança sofrido entre o século XX para o XXI pode ser explicado por Hobsbawm:

Durante um século e meio antes do início da Primeira Guerra Mundial havia pouca dúvida nas cabeças laicas instruídas do Ocidente de que a civilização, através de um só padrão de progresso global, avançava inevitavelmente para um futuro melhor, ora mais depressa, ora mais devagar, fosse contínua ou intermitente⁹.

A ideia que nos é ensinada nos livros de história, de que o homem, a partir do iluminismo, coloca-se no centro do universo e, assim, passa a agir como senhor do seu mundo, passa a ser posta em questão. O império da exatidão passa por uma constante alteração, não ao ponto de relativizar tudo, porém, agora, o homem começa a temer as consequências do seu progresso, uma vez que a lógica matemática da previsão dos resultados já não é mais capaz de expressá-los em sua totalidade.

Primeiramente, as descobertas de Albert Einstein (1879-1955), Max Planck (1858-1947) e Werner Heisenberg (1901-1976) demonstram a queda do império da racionalidade matemática¹⁰, colocando o homem em um paradigma de incerteza, bem delineado nas palavras de Bottini: “Surge a cientificação reflexiva, que se caracteriza pela submissão da própria ciência à dúvida científica”¹¹.

⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

⁹ HOBBSBAWM, Eric. **A era dos extremos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1994. p. 258.

¹⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

¹¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 29.

Segundo, o século XX é, por alguns, considerado o século das catástrofes¹², Chernobyl, Bhopal e Nagasaki são alguns dos exemplos que podem ser citados de catástrofes que o homem começa a sentir no novo panorama do risco.¹³ Duas guerras mundiais se introduzem nessa constatação, registrando a segunda delas milhões de baixas, entre mortos e feridos.

Nesse contexto, começa-se a criticar o ideário positivista de progresso. Há o rompimento do ideal “conhecer para prever”, isto é, o rompimento da confiança do humano sobre a natureza, uma vez que se torna evidente que o homem não domina completamente a relação “causa-efeito”.

Neste ponto, a sociedade passa a dirigir sua atenção a outras áreas, sobre as quais, até então, não se detinha. A sociedade moderna, a qual tem o seu início intrinsicamente relacionado com a concepção patrimonialista-individualista da pessoa, sofre grande mudança, ao passo que seu interesse se volta à tutela não mais exclusivamente de bens individuais, mas, sim, também coletivos. O meio ambiente pode ser citado como dos exemplos mais emblemáticos.

Pensar no meio ambiente, isto é, sobre toda difusão subjetiva, temporal e espacial das situações de risco e perigo leva a pensar um meio ambiente de uma forma diferente, vindo, agora, o risco a ser um fator relevante para uma sua efetiva proteção jurídica.¹⁴

O processo de modernização, diferentemente daquele que modificou a sociedade agrária estamental, tem agora uma fase reflexiva, compreendida como autoconfrontação.¹⁵ Antes, os efeitos nocivos da indústria eram obstados pelo ideário de progresso, ao passo que, agora, domina o pensamento de autoconfrontação com os efeitos da sociedade industrial. Passa-se a ter abstração, elemento condicionante para a mudança da sociedade industrial para uma sociedade de risco.¹⁶

A abstração, mecanismo que irá provocar a mudança social, permite aos indivíduos do grupo a visualização dos efeitos da sociedade de risco, isto é, permite

¹² HOBBSAWM, Eric. **Tempos fraturados**. Trad. Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

¹³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

¹⁵ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASCH, Scott. **Modernização reflexiva**. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Ed. da UNESP, 1995.

¹⁶ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASCH, Scott. **Modernização reflexiva**. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Ed. da UNESP, 1995.

entender que os riscos não estão circunscritos a uma região ou a um determinado país, mas, sim, que agora são riscos globais¹⁷, de modo que um acontecimento no Japão pode trazer sérias consequências na América no Sul.

Por tais razões, o Estado, que é estruturado no princípio de segurança jurídica, configurado na certeza plena das referências¹⁸, atinge seu ponto de crise.

3 O DIREITO PENAL AMBIENTAL E A GLOBALIZAÇÃO DOS RISCOS: O EXEMPLO DA REGULAÇÃO CLIMÁTICA DA AMAZÔNIA

Como já foi enfatizado, o atual contexto impõe uma série de mudanças ao direito penal. Grande parte dos ordenamentos jurídicos abre-se para a tutela de bens coletivos, os quais não são titularizados pelo indivíduo, mas, sim, pela coletividade.

Particularmente, novos espaços de intervenção do direito penal emergem. Dentre eles, talvez o mais discutido seja o direito penal ambiental, que, a partir dessa série de mudanças, vê-se atingido pelo efeito globalizado dos riscos e na posição de dar respostas a problemas complexos.

Nesse cenário, um problema que ganha destaque e pode servir a título de exemplificação é a tutela da flora, em especial, do bioma amazônico. Desde que descoberto o seu potencial ecológico, a Floresta Amazônica tem sido alvo de inúmeras pautas reivindicativas, todavia, o que pouco se imaginava sobre a sua não conservação, até a divulgação de estudos recentes, é que os seus efeitos poderão ser muito mais abrangentes do que se imaginava no início – *efeito globalizado dos riscos*. Esse efeito globalizado dos riscos evidencia-se, por exemplo, em estudos do pesquisador Antônio Donato Nobre, divulgados sob o título de “O futuro climático da Amazônia”, em que o pesquisador esclarece o potencial climático da Floresta Amazônica, que, em consequência das queimadas e do desmatamento, deixa de realizar com êxito sua função regulamentadora das chuvas na meridional da América do Sul e no leste dos Andes¹⁹. A função da Floresta Amazônica na regulamentação do clima é exercida através do chamado “efeito bomba biótica”, em que, “com

¹⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

¹⁸ PARDO, José Esteve. **O desconcerto do leviatã**. São Paulo: Instituto o Direito por uma planta verde, 2015.

¹⁹ NOBRE, Antonio Donato. **O futuro climático da Amazônia: relatório de avaliação científica**. WEBCCST Disponível em: < <http://www.ccst.inpe.br/wp-content/uploads/20q14/10/Futuro-Climatico-da-Amazonia.pdf>>. Acesso em 18 nov.2014.

processos de transpiração e condensação, medidos e manipulados pelas árvores mudam a pressão e dinâmica atmosféricas, resultando em maior suprimento de umidade do oceano para o interior de continentes florestados”²⁰.

A Floresta Amazônica exerce uma função primordial na regulamentação do clima em toda América do Sul. Em síntese, “a floresta doa água para receber chuva”. Para se ter dimensão do impacto, se considerarmos a Floresta Amazônica em toda sua porção meridional, esta transpira mais de 22 bilhões de toneladas de água para a atmosfera, enquanto que o rio Amazonas joga 17 bilhões de toneladas de água por dia no oceano Atlântico.²¹

A título ilustrativo, imagine-se o bioma da mata atlântica. Dados revelam que, decorridos 500 anos de extrativismo, a cobertura vegetal da mata atlântica corresponde a 10% da original.²² Para dimensionar tal afirmação, tem-se que a área original era próxima a 1.315.460 km², e se estendia ao longo de 17 Estados. Atualmente, sobre sua extensão vive quase 72% da população brasileira, são mais de 145 milhões de habitantes. Nela habitam cerca de 20 mil espécies de plantas, sendo 8 mil endêmicas, ou seja, encontradas somente nesse bioma.²³ A devastação do bioma da mata atlântica aumenta ainda mais a importância de tutela sobre o bioma amazônico.

Da mesma forma, dados de 2004 contabilizam um desmatamento total de 663 mil km². Os números mais recentes chegam a um total acumulado até 2013 de 762.979 km², valor que corresponde a mais ou menos três estados de São Paulo ou a duas vezes a área da Alemanha.²⁴

A preocupação vem à tona quando se constata que a vegetação amazônica vive em equilíbrio estável com a condição úmida. Dado o substrato teórico do problema, fica fácil entender que o desmatamento gera uma mudança drástica na

²⁰ NOBRE, Antonio Donato. **O futuro climático da Amazônia: relatório de avaliação científica**. WEBCCST Disponível em: < <http://www.ccst.inpe.br/wp-content/uploads/20q14/10/Futuro-Climatico-da-Amazonia.pdf>>. Acesso em 18 nov.2014. p. 16.

²¹ NOBRE, Antonio Donato. **O futuro climático da Amazônia: relatório de avaliação científica**. WEBCCST Disponível em: < <http://www.ccst.inpe.br/wp-content/uploads/20q14/10/Futuro-Climatico-da-Amazonia.pdf>>. Acesso em 18 nov.2014.

²² NOBRE, Antonio Donato. **O futuro climático da Amazônia: relatório de avaliação científica**. WEBCCST Disponível em: < <http://www.ccst.inpe.br/wp-content/uploads/20q14/10/Futuro-Climatico-da-Amazonia.pdf>>. Acesso em 18 nov.2014.

²³ SOS, Mata Atlântica. **Florestas**. Disponível em: < <http://www.sosma.org.br/nossa-causa/a-mata-atlantica/>>. Acesso: 02 mar. 2015.

²⁴ NOBRE, Antonio Donato. **O futuro climático da Amazônia: relatório de avaliação científica**. WEBCCST Disponível em: < <http://www.ccst.inpe.br/wp-content/uploads/20q14/10/Futuro-Climatico-da-Amazonia.pdf>>. Acesso em 18 nov.2014.

manutenção da umidade, resultando em um clima mais seco. A baixa da umidade no clima amazônico pode levar a uma destruição de áreas intocadas, e mesmo matas virgens que não sofreram a ação direta do homem passam a ser influenciadas diretamente, provocando assim um processo de savanização, fato que evidencia que somente proteger não basta.²⁵ Nas palavras do autor, “a floresta amazônica não exerce só um papel de regulamentação no clima no seu sistema, muito mais, através do vapor formador das chuvas ela regula o clima desde o centro oeste brasileiro até regiões agrícolas na Bolívia, Paraguai e Argentina”²⁶. A substituição de florestas por pastagens resulta em consequências não apenas locais, mas globais.

No exemplo acima, está(va)-se diante da incerteza, como também aconteceu no século passado a respeito do medicamento chamado de talidomida. Essa incerteza passa a atuar sobre a dimensão dos riscos. Quando se fala em risco, o ser humano parece ter em sua mente uma construção lógica, pois ele só aceita como verdadeiro aquilo que sua mente pode imaginar, calcular, probabilizar. Contudo, dentro desse novo contexto social, essa dinâmica deve ser ultrapassada, daí Beck afirmar que se quebra “o monopólio de racionalidade das ciências”²⁷. A quantificação dos danos fica restrita somente à projeção dos cálculos alcançáveis. Evidenciando-se mais uma vez a questão com um exemplo, o uso do ácido glutâmico, popularmente conhecido por talidomida, desenvolvido na Alemanha em 1954, vendido a partir de 1957 em 146 países, era usado inicialmente como um sedativo. A droga trazia uma consequência: a ingestão de um único comprimido nos 3 primeiros meses de gestação provoca a focomelia, uma síndrome caracterizada pelo encurtamento dos membros junto ao tronco.²⁸

Os novos riscos globais difundem-se de um modo muito volátil quando comparados aos riscos da sociedade pré-industrial. Seu traço característico é o dano supraindividual, que dá uma noção de “globalização” no seu alcance, de modo que

²⁵ NOBRE, Antonio Donato. **O futuro climático da Amazônia: relatório de avaliação científica**. WEBCCST Disponível em: < <http://www.ccst.inpe.br/wp-content/uploads/20q14/10/Futuro-Climatico-da-Amazonia.pdf>>. Acesso em 18 nov.2014.

²⁶ NOBRE, Antonio Donato. **O futuro climático da Amazônia: relatório de avaliação científica**. WEBCCST Disponível em: < <http://www.ccst.inpe.br/wp-content/uploads/20q14/10/Futuro-Climatico-da-Amazonia.pdf>>. Acesso em 18 nov.2014.

²⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

²⁸ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS PORTADORES DA SÍNDROME DA TALIDOMIDA. **O que é Talidomida**. Disponível em: <<http://www.talidomida.org.br/oque.asp>>. Acesso: 28 out. 2014.

um acidente em uma parte do globo pode trazer sérias consequências em outra parte do planeta.

É visível que os riscos produzidos por essa sociedade já encontram ligação direta com o seu produtor, a fábrica, uma vez que são produzidos no mais alto estágio das forças produtivas. A produção desses riscos, contrariamente à produção da desigualdade social – condicionadora da sociedade de classes -, não conserva uma lógica de classes, mas, sim, a ultrapassa, sendo dotada de um “efeito bumerangue”, capaz de romper a lógica de desenvolvimento, ou seja, cedo ou tarde atingirá aquele que o produziu.²⁹ Na sociedade de classes condicionada pela riqueza, os efeitos da pobreza poderiam, de certo modo, ser segregados. Na sociedade de risco a globalização dos riscos encontra cedo ou tarde uma unicidade entre produtor e afetado. Portanto, é nesse prisma que a modernização reflexiva remete a uma autoconfrontação dos efeitos da sociedade de risco.³⁰

Ao falar de riscos, deduz-se destes uma expressão de um perigo conhecido, calculável, mensurável e previsível, o que acaba resultando em certa prevenção. No entanto, o dilema da sociedade pós-industrial, em relação ao impacto ambiental, consiste em mensurar um risco que supera a previsibilidade.³¹

Desse contexto é que emerge o fator determinante para a mudança do direito penal: a política de exceção.

4 A ABERTURA PARA A POLÍTICA DE EXCEÇÃO: A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA INSEGURANÇA

Sem desconsiderar as demais mudanças ocasionadas por essa alteração de cenário, dedicaremos nossa atenção à principal mudança ocorrida no direito penal em razão do advento da sociedade de risco: a abertura para a política de exceção.

Inicialmente, a sociedade de risco pode ser compreendida como “uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições de controle

²⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

³⁰ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASCH, Scott. **Modernização reflexiva**. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Ed. da UNESP, 1995.

³¹ CASABONA, Carlos Maria Romeo(ed). **Principio de precaución, biotecnología y derecho**. Bilbao: Comares, 2004.

e a proteção da sociedade industrial”³². Se o perigo do risco é decorrente de uma ação humana, significa que se pode controlá-lo por medidas restritivas, mecanismos de gestão de risco.³³

Nesse terreno, afirma Beck que “cedo ou tarde se atinge a unidade entre culpado e vítima”³⁴. Surge um campo fértil para a atuação política de exceção, fundada numa necessidade de emergência. O que importa ao direito penal é a constatação do fenômeno da urgência, o qual abre margem para uma forte atuação do campo político na área penal, ameaçando a lógica garantista do sistema.

Nesse ponto, Sánchez chama atenção para o novo contexto da sociedade, que agora passa a dar outra relevância a valores que antes passavam despercebidos ou não eram relevados.³⁵ Em efeito, o problema sobre isso não está somente nas ações humanas que geram os riscos, mas também nas que os distribuem.³⁶ Essa afirmação ganha sentido quando, considerada a complexidade das relações humanas na sociedade, em um contexto geral, no qual se desconhecem as relações de causa-efeito, pode-se caminhar para um contexto chamado por Sánchez de “la institucionalización de la inseguridad”³⁷, dando outro arranjo ao direito penal.

Com efeito, a nova estruturação social, demasiadamente aberta ao âmbito político, tenta, por meio do direito penal, imputar as responsabilidades aos causadores das situações perigosas, causando uma profunda mudança no direito penal, sobretudo rumando-se para um Estado preventivo.³⁸ O exaurimento da função crítico-garantista do direito penal se dá nesse contexto. A função minimalista de tutela de bens jurídicos do direito penal, consagrada historicamente, volta-se para uma função promocional de valores orientadores da ação humana, uma função de garantidor para as gerações futuras.³⁹

O direito penal da sociedade de risco emerge de um contexto muitas vezes incompatível, isto é, que, ao mesmo tempo, pretende proteger bens jurídicos afetados

³² BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASCH, Scott. **Modernização reflexiva**. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Ed. da UNESP, 1995. p. 15.

³³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 29.

³⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010. p. 45.

³⁵ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La Expansión del derecho penal**. Madrid: Ed. Civitas, 2001.

³⁶ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La Expansión del derecho penal**. Madrid: Ed. Civitas, 2001.

³⁷ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La Expansión del derecho penal**. Madrid: Ed. Civitas, 2001. p. 28.

³⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La Expansión del derecho penal**. Madrid: Ed. Civitas, 2001.

³⁹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

por condutas massivas ou decorrentes de organizações complexas por meio de uma racionalidade calcada na individualização da pena.⁴⁰

Dessa forma, chega-se a uma linha paradigmática do trabalho: “a questão está em saber se o Direito Penal actual, herdado da ilustração e continuamente racionalizado através da assimilação progressiva de estruturas morais, pode participar em tais tarefas”⁴¹. Com efeito, como solução a esse problema, a discussão se passa dentro de um plano epistemológico, na qual se pretende aferir a (i)legitimidade do direito penal contemporâneo.

5 DISCUSSÃO EM UM PLANO EPISTEMOLÓGICO: UMA PROPOSTA LIMITADORA À POLÍTICA DE EXCEÇÃO

Assim como o processo de modernização da sociedade modifica a estrutura social do grupo, o direito penal, por ser uma área das ciências sociais, também sofreu profundas alterações quando comparado ao modelo crítico-garantista. Dessa forma, as mudanças sofridas pelo direito penal resultam no surgimento de novas categorias epistemológicas, o que em um primeiro momento requer nossa atenção.

Dessa feita, o desafio imposto pela sociedade de risco ao direito penal é tamanho, ao ponto de colocar em xeque a sua estrutura garantista. Se o direito penal se abrir à política de exceção, corre o risco de ver quebrada a sua estrutura, que garante a sobrevivência de um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, essa mudança traz a discussão para dentro do plano epistemológico, o qual consiste no “[...] processo de sistematização do conjunto de valores e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais, ou, mais precisamente, o estudo dessa sistematização, qual seja, da elaboração da dogmática jurídico-penal”⁴². E assim sendo, desde o início do direito penal moderno muito já foi discutido sobre o processo de sistematização dos princípios que permeiam a matéria.

Nesse cenário, há um grande avançar das teorias funcionalistas, as quais, diferentemente do que foi proposto por Liszt, prezam pela aproximação entre os

⁴⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

⁴¹ SILVA DIAS, Augusto. “**What if everybody did it?**”. Lisboa: Revista Portuguesa de Ciências Criminais, 2003. p. 314-315.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 93.

campos da política criminal e da dogmática. Em que pese suas inúmeras contribuições, as teorias funcionalistas, para parte da doutrina, não são vistas com bons olhos, uma vez que incorrem em uma inversão metodológica: veem a pena como um pressuposto, como algo necessário. Esquecem-se de que ela só pode existir quando estiver precedida pela categoria do ilícito.

Ao nosso julgamento, “o enfrentamento crítico primeiro dos novos problemas penais não deve se dar na dimensão político-criminal, mas em uma dimensão normativa revista”⁴³, mantendo-se, assim, grande parte da estrutura proposta por Liszt. Contudo, deve-se preconizar que a parte normativa do direito penal não se restringe a um espaço fechado e demasiadamente positivo, mas sim, por ser o “direito penal o último reduto de proteção do viver comunitário regulado por outras regiões do direito”⁴⁴, deve-se primar pela construção de um direito penal próximo da Constituição, convergindo direitos e garantias fundamentais para a legislação penal.⁴⁵ A aproximação do direito penal à Constituição implica uma natural contenção da expansibilidade do poder de punir⁴⁶ e, conseqüentemente, uma reafirmação da sua legitimidade, servindo como resposta a esse problema apresentado.

6 CONCLUSÃO

Pelo exposto, nota-se que a quebra do paradigma da racionalidade, pelo qual a ciência passa a se colocar em posição de dúvida e incerteza quanto a alguns acontecimentos, em dimensão oposta ao ocorrido até então, dá ensejo a outro tipo de modernização, a modernização reflexiva.

A constatação de que o risco possui um efeito globalizado, a ponto de as conseqüências dos seus efeitos serem sentidos do outro lado do planeta, faz com que o tecido social molde-se de outra forma. Na sociedade de risco, não se pode segregar os seus efeitos, diferentemente do que acontecia com a sociedade que se desenvolveu em torno do capital.

⁴³ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 34.

⁴⁴ COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 69.

⁴⁵ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁴⁶ COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

Por consequência, as instituições controladoras dos riscos mostram-se abertas à política de exceção. Nesse limbo, que se funda na urgência, tem-se margem à exceção e ao uso de medidas extremas. Dessa feita, a política de exceção faz com que o direito penal sofra uma profunda alteração, já que por ser produto da racionalidade humana, absorve essas mudanças em seu interior.

Diferentemente de antes, quando se tutelavam bens jurídicos de cunho individual, agora, o direito penal dá ênfase à tutela de bens jurídicos coletivos, o que impõe um verdadeiro desafio, haja vista que a titularidade do bem se altera, assim como as técnicas de tutela devem adequar-se.

Outro ponto que merece destaque é o fenômeno chamado de administratização do direito penal. A não observância de determinados critérios acaba, muitas vezes, por trazer a proteção de funções amplas de bens jurídicos poucos delimitados, sem se ter por completo o elo entre tipo de ilícito e bem jurídico.

De um modo geral, os efeitos do advento da sociedade de risco já foram denunciados por Sánchez (2001). O fenômeno denominado de expansão do direito penal é talvez um dos temas que mais tem gerado debate na doutrina. Em que pese a sua constatação ser quase unânime, a extensão dos seus efeitos pode ainda não ter sido medida em sua totalidade.

Como o presente trabalho ressaltou, acreditamos que esse cenário está fazendo com que o direito penal se abra para as teorias de cunho funcionalista, as quais optam pelo predomínio da política criminal em face da dogmática penal, colocando o sistema em posição aberta para os seus fins.

Pelas razões expostas, acreditamos que a saída encontra-se na revitalização de uma teoria normativista, figurando a dogmática penal como *barreira intransponível* da política criminal, num resgate da conhecida leitura de Liszt.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS PORTADORES DA SÍNDROME DA TALIDOMIDA. **O que é Talidomida**. Disponível em: <<http://www.talidomida.org.br/oque.asp>>. Acesso: 28 out. 2014.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASCH, Scott. **Modernização reflexiva**. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Ed. da UNESP, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

CASABONA, Carlos Maria Romeo(ed). **Principio de precaución, biotecnología y derecho**. Bilbao: Comares, 2004.

COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

HOBBSAWM, Eric. **A era dos extremos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

_____. **Tempos fraturados**. Trad. Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

NOBRE, Antonio Donato. **O futuro climático da Amazônia: relatório de avaliação científica**. WEBCCST Disponível em: < <http://www.ccst.inpe.br/wp-content/uploads/20q14/10/Futuro-Climatico-da-Amazonia.pdf>>. Acesso em 18 nov.2014.

PARDO, José Esteve. **O desconcerto do leviatã**. São Paulo: Instituto o Direito por uma planta verde, 2015.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La Expansión del derecho penal**. Madrid: Ed. Civitas, 2001.

SILVA DIAS, Augusto. **“What if everybody did it?”**. Lisboa: Revista Portuguesa de Ciências Criminais, 2003.

SOS, Mata Atlântica. **Florestas**. Disponível em : < <http://www.sosma.org.br/nossa-causa/a-mata-atlantica/> >. Acesso: 02 mar. 2015.