

## **Título: A sociedade do risco e a dogmática penal**

Vanderson Roberto Vieira<sup>1</sup>

José Carlos de Oliveira Robaldo<sup>2</sup>

**Sumário: 1- A “sociedade do risco” e suas implicações jurídico-penais; 2- Bibliografia.**

### **1- A “sociedade do risco” e suas implicações jurídico-penais**

Pretendemos, por meio do presente artigo, sem nenhuma originalidade, fazer algumas reflexões sobre o tema da “sociedade do risco”, como consequência da modernidade, frente aos “direitos de terceira geração” e suas implicações no Direito Penal e, com isso, trazer a debate um tema que, apesar da sua importância e atualidade, ao que parece, a poucos tem despertado.

O sociólogo alemão Ulrich Beck, no seu livro intitulado “Sociedade do Risco”, faz um diagnóstico sobre a sociedade em seus diversos momentos históricos até chegar ao momento atual (sociedade pós-moderna) em cujo contexto trabalha com a palavra “riscos”, em suas várias dimensões. Parte-se da idéia de que, em toda a história da humanidade, os mesmos sempre existiram, porém, em grau e extensão diferentes, posto que, num primeiro momento, tratava-se de riscos pessoais; num segundo momento, mais especificamente na sociedade moderna clássica, os riscos atingiram uma proporção maior, vindo a afetar a coletividade, devendo-se a isso, à falta/deficiência do suprimento de algo, como, por exemplo, da falta de higienização que propiciava o surgimento de epidemias etc; na sociedade pós-moderna o quadro é outro, os riscos com maior extensão atingem a sociedade, principalmente por excesso de produção industrial, como, por exemplo, o excesso de poluentes que atingem a camada de ozônio, o meio ambiente como um todo, comprometendo assim, as gerações contemporâneas e futuras.

O referido autor delimita o enfoque do mundo moderno em dois momentos: primeira modernidade (industrial), caracterizada por uma sociedade estatal e nacional, estruturas coletivas, pleno emprego, rápida industrialização, exploração da natureza não “visível”, com raízes nas várias revoluções políticas e industriais, a partir do século XVIII; e segunda modernidade ou modernização da modernização ou ainda modernidade reflexiva, com início a partir do fim do

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Unesp - FHDSS - *campus* de Franca. Mestre em Direito Penal pela mesma Instituição. Bolsista de Mestrado da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), em 2003-2005. Advogado. Professor de Direito Penal do Curso de Direito da UNIFAIMI (União das Escolas do Grupo FAIMI de Educação – Mirassol - SP).

<sup>2</sup> Procurador de Justiça no Estado do Mato Grosso do Sul; professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Unigran-Dourados, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Campo Grande-MS e da Fundação Escola Superior do Ministério Público; Conselheiro Estadual de Educação; Mestre em Direito Penal pela Unesp - FHDSS - *campus* de Franca

segundo milênio. A denominação “reflexiva” decorre do fato de que as premissas, as contradições, os desacertos da fase anterior, devem ser refletidos e projetados na busca da construção de uma nova sociedade com linhas de coerência e de continuidade, mais precisamente como produto de uma construção crítico-dialética.

Trata-se, pois, de um novo tipo de capitalismo e um novo estilo de vida com padrões totalmente diversos daqueles existentes nas fases anteriores do desenvolvimento social e que estão a exigir, na busca de adequações razoáveis, novas reflexões do político, do sociólogo, do criminólogo, do jurista etc.

A partir do final do século passado, com a modernidade reflexiva, passou-se a conviver com uma sociedade de risco com dimensões diferentes daquela sociedade existente até então. A característica marcante deste novo momento histórico é que “os riscos na sociedade reflexiva extrapolam as realidades individuais e até mesmo as fronteiras territoriais e temporais”, tendo como exemplo o acidente radioativo de Chernobyl, a contaminação do mar e dos rios por mercúrio, por óleo e outros riscos globais que afetam a ecologia, as turbulências dos mercados financeiros, os atos terroristas de 11 de setembro nos EUA, o crime organizado, o recrudescimento da desigualdade social, etc.

São várias as causas desses riscos. A desigualdade social, recrudescida pela globalização, pode ser elencada como uma das principais causas de risco na “sociedade do risco”. A afirmação de Zaffaroni, de que o navio corre o risco de afundar, e com isso levar a todos consigo, pobres e ricos, revela bem o grau de desigualdade social e a conseqüente extensão do grau de vulnerabilidade da sociedade.

A globalização ou sociedade global ou modernidade global como “interseção da presença e da ausência”, caracteriza-se pelo “entrelaçamento de eventos sociais e relações sociais que estão a distância de contextos locais” (Giddens), como resultante dos avanços tecnológicos, principalmente dos meios de comunicação, em especial da tecnologia eletrônica, sobretudo da mídia. Esse fenômeno sociopolítico, sem dúvida, trouxe avanços, porém, paradoxalmente, trouxe, também, riscos e inseguranças à sociedade. Reforçando, assim, a idéia do contraste da segurança e insegurança, da determinação e indeterminação, da estabilidade e instabilidade<sup>3</sup>.

O capital “volátil”, ou seja, o capital que hoje está no Brasil ou em qualquer outro país ou vice-versa e, que, com um simples pulsar de dedo, está do outro lado do mundo; uma indústria que hoje está instalada no território de um país e que amanhã poderá estar em outro país porque a mão de obra, salários e encargos sociais são menores, o crime organizado transnacional, a lavagem de dinheiro, as suspeitas de fraudes nos balanços de algumas das maiores corporações dos EUA, com o propósito de supervalorizar suas ações, o que acarretou quedas das Bolsas dos principais países do mundo, dentre eles, o Brasil, com aumento de risco da inflação, de alta de juros e de desaceleração da economia global<sup>4</sup>, são exemplos vivos desse fenômeno da pós-modernidade, com

---

<sup>3</sup>GIORGI, Raffaele di. **Direito, democracia e risco: vínculo com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 192.

<sup>4</sup> Cf. Folha de S. Paulo, p. B1, de 16.07.02.

reflexos sociais altamente negativos e que, de uma forma ou de outra, acabam desembocando no mundo jurídico, em especial, no Direito Penal.

Isso, com efeito, dá lugar, na ótica de Ulrick Beck, “a novos movimentos sociais que são a expressão das novas situações de riscos na ‘sociedade de risco’, mas que são, também, resultantes da busca de identidade sociais e pessoais e da busca de sentido de ser no mundo numa cultura destradicionalizada”.

Esse novo quadro - sociedade de risco - leva à “reflexividade” ou seja: a suscetibilidade da maior parte dos aspectos da atividade social, à revisão crônica à luz de novas informações ou conhecimento. Isso significa que a ciência passou a ser sujeita a erros, porque é construção provisória, com efeito, seu objeto e sua metodologia podem ser alterados para adequarem-se a essa nova realidade.

Ninguém de sã consciência nega que a própria vida em sociedade é um risco. Jakobs afirma que “não é possível uma sociedade sem riscos”<sup>5</sup>, de igual forma, ninguém pode negar que o dia-a-dia implica a criação de novos riscos e o recrudescimento de outros, isso como resultante da nova realidade socio-econômica e cultural dos novos tempos, decorrentes dos avanços tecnológicos da modernidade, sobretudo, do eletrônico, da informática etc. Isso nos leva à sensação (com ou sem exagero) de que estamos sim, sentados num barril de pólvora, porém, grande parte desses riscos são conseqüências naturais da vida em sociedade e, com efeito, não obstante normatizados pelo Estado, têm que ser tolerados por uma questão de sobrevivência. São, pois, riscos permitidos, como por exemplo, o tráfego viário, como aponta Roxin. No mesmo raciocínio, pode-se incluir o tráfego aéreo e fluvial. Até mesmo a poluição ambiental, sonora e outras, dentro do razoável (sustentável), são permitidas. Isso se deve ao fato de que o Direito não toma em conta os mínimos riscos socialmente adequados que vão unidos a essas condutas<sup>6</sup>. Em linha semelhante, são interpretadas as hipóteses em que está presente “o princípio da confiança”<sup>7</sup>.

Há, portanto, riscos que são tolerados porque são adequados socialmente, como, por exemplo, os decorrentes de atividades esportivas, tratados pela teoria da imputação objetiva. Contudo, existem outros riscos sociais que ofendem bens jurídicos ou valores essenciais e que, por isso, respeitando os princípios constitucionais pertinentes, em especial, o da fragmentariedade, da subsidiariedade e o da proporcionalidade, devem ser tutelados também pelo Direito Penal. Dentre os riscos intolerados, como exemplos, podem ser relacionados aqueles envolvendo o crime organizado, a destruição/contaminação do meio ambiente, o terrorismo, os crimes contra a humanidade.

A teoria da imputação objetiva trabalha com a idéia de que somente interessa ao Direito Penal “a criação de um risco juridicamente desaprovado e sua realização no resultado”<sup>8</sup>. Com efeito, ação que não cria risco, que não o aumente ou que crie risco permitido ou tolerado, não interessa ao Direito Penal.

<sup>5</sup> CALLEGARI, André Luis. **Imputação objetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 25.

<sup>6</sup> CALLEGARI, André Luis. **Imputação objetiva...**, *cit.*, p. 28.

<sup>7</sup> Cf. D’ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime Culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 51.

<sup>8</sup> ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 60.

Com Figueiredo Dias, indagamos: estará o Direito Penal preparado metodologicamente para enfrentar e dar as respostas condizentes a essa nova realidade decorrente desses novos riscos? Teremos um controle social formal adequado para proteger as "gerações futuras" sem quebrar as garantias individuais conquistadas pelo Iluminismo?

Temos que o ordenamento jurídico, como um todo, e até mesmo a dogmática penal moderna, com algumas adequações e mudanças de paradigmas, dar-nos-ão respostas ou encaminhamentos adequados para fazer frente às ofensas e ameaças de lesões aos bens/valores essenciais da sociedade e, com isso, protegê-los, sem fugir dos parâmetros estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito.

A doutrina penal moderna, embora com divergências metodológicas, dá-nos encaminhamento da questão. Num ponto todos são concordes, o Direito Penal clássico se tornou impotente, ao menos, para fazer frente às novas demandas da modernidade. Para Figueiredo Dias, a solução está no próprio Direito Penal com mudanças no paradigma da imputação, com uma queda para a responsabilização da pessoa jurídica, sem, contudo, afrontar os direitos e garantias individuais. Para outros não menos nobres juristas, ainda que com enfoques diferentes, a saída é o "direito sancionatório de caráter administrativo". Temos, aí, por exemplo, Hassemer (Direito de Intervenção); Silva Sánchez (Direito penal de duas velocidades) e que na avaliação de Figueiredo Dias parece ter colhido a compreensiva simpatia de Alberto Silva Franco; Luiz Flávio Gomes (Direito sancionador). É possível afirmar que a diferença entre estes autores está no critério jurídico-político adotado por eles. Em síntese, tanto Hassemer quanto Silva Sánchez, buscam uma saída dentro do próprio Direito Penal, com flexibilização das garantias, com a diferença de que, para aquele, é possível a conversão da sanção em privativa de liberdade, enquanto que, para este, não é admitida a pena de prisão. Já para Luiz Flávio Gomes o Direito sancionador não tem cunho penal no seu sentido estrito, posto que, embora aplicado pelo Judiciário, não produz os efeitos secundários da condenação, *v.g.*, reincidência, antecedentes criminais etc, sendo certo que a sanção tem caráter eminentemente administrativo.

Figueiredo Dias<sup>9</sup> discorda da metodologia proposta pela corrente do "Direito sancionador". Mantendo-se inarredável da linha garantista, alerta quanto ao risco da invasão incontrolável do 'cerne' pela 'periferia', para quem a dogmática penal deve evoluir sem dúvida, fornecendo ao aplicador critérios e instrumentos que não podem ser os do século passado como formas adequadas de resolver os problemas do século XXI; mas sem por isso ceder à tentação de "dogmáticas alternativas" que podem, a todo o momento, volver-se em "alternativas à dogmática" incompatíveis com a regra do Estado de Direito e, como tal, democraticamente ilegítimas. E conclui que é possível fazer o controle social formal via Direito Penal, dos grandes perigos da sociedade pós-industrial, sem grandes custos sociais, porém, desde que o faça, "num quadro axiológico regido pelos valores da vida, da dignidade humana e da solidariedade", sem olvidar-se,

---

<sup>9</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 33, jan./mar. 2001, p. 39 e ss.

contudo, de que o "remédio não pode matar o paciente", ou seja, deve manter-se um equilíbrio do custo social.

Quer-nos parecer que a crítica contundente do Ilustre Figueiredo Dias seja válida para a corrente do "Direito Penal de duas velocidades" e até mesmo para o "Direito de intervenção", posto que, para essas teorias, a sanção não perde o cunho penal, logo, a flexibilização das garantias pode trazer sérios riscos. Não cremos, de outra parte, que se possa ter a mesma preocupação com o "Direito sancionador", já que a sanção, nessa vertente, não tem caráter penal. Oportuna a advertência de Luiz Flávio Gomes quando afirma que o "Direito sancionador" está entre o Direito Penal e o Direito Administrativo e que, com esses, não se confunde, cuja aplicação cabe ao Judiciário.

Talvez, a metodologia do "Direito sancionador", adotada por Luiz Flávio Gomes, seja a mais coerente e, até mesmo, com maior efetividade e eficácia. Se é possível fazer a tutela por meio de outro instrumento jurídico de forma mais eficiente sob todos os aspectos - pois a mesma sanção que aplicaria, no âmbito penal, pode perfeitamente ser aplicada no âmbito civil ou administrativo (via judiciário), quando não solucionado administrativamente por meio do "Termo de Ajustamento" - por que recorrer ao Direito Penal? Por que atribuir-lhe tarefa que não é da sua alçada?

Os riscos, que a sociedade moderna e pós-moderna trouxe, e trará, à coletividade são incontestes, acarretando de efeito, uma crise ao sistema jurídico posto. A crise leva a uma ruptura do sistema, tal ocorre porque, de um lado, o modelo velho não vem correspondendo, ou seja, não dá a resposta desejada e, de outro, porque o modelo novo ainda não está amadurecido para tal. Contudo, ainda que a crise num primeiro momento traga problemas, tem ela seus aspectos positivos porque exige reflexões, mudanças de conceitos, o que revela que as ciências humanas são dinâmicas e, de efeito, trabalham com conceitos transitórios, o que implica, numa concepção mais radical, mudanças não só da metodologia, como também do objeto. É inegável que estamos diante de um novo quadro que está a exigir novas reflexões. O Direito Penal clássico da pós-modernidade está em crise e, com isso, além de falhar no aspecto garantista, não vem dando a resposta esperada como forma de proteção dos bens jurídicos/valores essenciais, não para extirpar a violência do seio da sociedade, mas, sim, para mantê-la em graus toleráveis, como prega a criminologia. Exemplo marcante e atual é o crime organizado, em especial, a lavagem de dinheiro, que não obstante a instrumentalização penal existente, inclusive no Brasil (lei n. 9.613/98), não está fazendo o controle desejado. Com efeito, impõe-se uma reavaliação dos seus paradigmas, sem, contudo, atropelar os princípios constitucionais que lhe são inerentes, acompanhada de critérios político-criminais adequados. Espera-se que, dessa crise, colham-se bons frutos para a ciência do Direito Penal sem prejuízo da sua funcionalidade e eficiência<sup>10</sup> e sem se afastar de seus princípios (fragmentariedade, subsidiariedade, *ultima ratio*, proporcionalidade, intervenção mínima, etc).

---

<sup>10</sup> Cf. a propósito da distinção entre funcionalidade e eficiência a obra de: FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

Um Direito Penal promocional e "salvador da pátria", com certeza, não é o melhor caminho para fazer frente aos atuais e novos riscos oriundos da modernidade e pós-modernidade.

## **2- Bibliografia**

CALLEGARI, André Luis. **Imputação objetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAMARGO, A. L. Chaves. Direito penal, processo penal e dogmática jurídica. **Revista do Advogado**, São Paulo, nº 42, p. 25-29, abr/94.

CARVALHO, Marcia Dometila Lima. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

COSTA, José de Faria. **O perigo em direito penal. contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 33, jan./mar. 2001, p. 39 e ss.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime Culposos e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et alli*. Madrid: Trotta, 1995.

GIORGI, Raffaele di. **Direito, democracia e risco: vínculo com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

LICKS, Otto Banho, ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. **Aspectos penais dos crimes de informática no Brasil**. Rio de Janeiro, 1994.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.