

## SIMBOLISMO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO E O DIREITO DE INTERVENÇÃO COMO INSTRUMENTO A SERVIÇO DA PREVENÇÃO

[\[ver artigo online\]](#)

Gleison dos Santos Soares<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo visa analisar, de modo crítico, a eficácia da função preventivo-simbólica da norma penal na atuação como principal fonte protetora dos novos riscos oriundos da contemporaneidade. Para tanto, necessária a análise dos contornos conceituais da sociedade mundial do risco, estruturada no desenvolvimento progressivo do conhecimento técnico-científico e geradora de riscos cujos danos se demonstram de ordem catastróficos, motivo que fez desencambar numa política criminal precipuamente preventiva e simbólica, sem que esta função represente real e efetiva proteção à concretização dos mencionados riscos, razão pela qual apresenta-se o Direito de Intervenção como instrumento mais adequado e eficaz na gestão, proteção e combate aos riscos enormes decorrentes da presente sociedade industrial, tecnológica e científica, o qual é embasado pelo método preventivo organizacional em prejuízo da simples prevenção normativa.

**Palavras-chave:** Sociedade de risco. Riscos. Função simbólica. Direito de intervenção.

## CRIMINAL SYMBOLISM IN THE RISK SOCIETY AND THE RIGHT OF INTERVENTION AS AN INSTRUMENT IN THE SERVICE OF PREVENTION

### ABSTRACT

This article aims to critically analyze the effectiveness of the preventive-symbolic function of the penal norm in acting as the main protective source of the new risks coming from the contemporaneity. To do so, it is necessary to analyze the conceptual contours of the world risk society, structured in the progressive development of technical and scientific knowledge and risk-taking, whose damages are shown to be catastrophic, a motive that has disempowered a criminal policy that is preventive and symbolic, without this function represents a real and effective protection against the aforementioned risks, which is why the Right of Intervention is presented as a more adequate and effective instrument in the management, protection and fight against the enormous risks arising from the present industrial, technological and scientific society, which is structured by the organizational preventive method at the expense of simple normative prevention.

**Keywords:** Society of risk. Risks. Symbolic function. Right to intervene.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ-BA), Doutorando em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro (UNESA-RJ). E-mail: [gleison.soares@hotmail.com](mailto:gleison.soares@hotmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8869-7791>.



## INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea está desenvolvida, inequivocamente, sob um complexo estágio de relações sociais e institucionais arraigadas, em não raras ocasiões, em vínculos impulsionados por condutas comissivas do Estado. Tal comportamento intervencionista potencializou-se através da transmutação gradativa do liberalismo – caracterizado pelo absentismo estatal com enfoque nos bens jurídicos de natureza individual e abalizado sob os direitos fundamentais de 1ª dimensão – para o denominado Estado Social, esse último embasado na concepção de provedor da igualdade e do bem-estar social, com incidência nos direitos fundamentais de 2ª e 3ª dimensão.

Nesse sentido, é clarividente a multiplicação do leque de matérias que se encontram insertas sob o poder-dever da atuação estatal, fazendo com que, hodiernamente, se propague a ideia de um verdadeiro Estado-providência, com a consequente produção de novos ramos do direito ante a necessidade de se tutelar esses modernos valores indispensáveis à coletividade, a exemplo da proteção jurídica conferida ao meio ambiente, consumidor, economia, genética, informática e a tecnologia atômica.

Diante dessa constatação, muito tem se questionado acerca da eficácia da escolha do Direito Penal, por parte do legislador, como fonte primordial para proteção desses novos interesses sociais com vistas ao controle, prevenção e gestão dos riscos que podem incidir sobre os mesmos.

Nesse sentido, a norma criminal assume novo papel no âmbito das relações modernas, conferindo ênfase precipuamente a um caráter preventivo-simbólico, no intuito de exercer a administração, educação e a gestão dos riscos, avocando para si a função de servir como molde à consciência cultural no intuito de aplacar a sensação de insegurança subjetiva da comunidade.

Ocorre que, diante da ineficácia da norma penal em evitar a concretização do referidos riscos de ordem catastrófica, aponta-se o direito de intervenção como via adequada para o enfrentamento dos riscos decorrentes da sociedade contemporânea, atuando numa perspectiva da realização de uma prevenção técnica ou organizacional, e não somente normativa, o que permitiria evitar efetivamente a concretização dos riscos atuais, ou ainda reduzir seu âmbito de prejudicialidade, especialmente por se tratar de nova proposta qualitativa que circunda por meio de interseções dos mais diversos ramos do direito, mantendo o Direito Penal na função precípua

de exclusiva proteção de bens jurídicos, bem como deixando íntegros os princípios penais que fundamentam a dignidade da vida humana por meio da contenção do poder punitivo estatal.:

## **1. O FENÔMENO DO RISCO NAS SOCIEDADES: ENTRE OS RISCOS ACIDENTAIS, ESTATÍSTICOS E CATASTRÓFICOS**

O sociólogo alemão Ulrich Beck (2002 p. 03), após analisar, nos idos de 80, a sociedade moderna, bem como debruçar-se sobre os riscos oriundos do acidente da usina nuclear de Chernobyl, datado de 26 de abril de 1986, observou que a presente sociedade é detentora de uma nova característica, qual seja: a convivência habitual e rotineira com o risco onipresente, passando, então, a denomina-la de "sociedade de risco" (Risikogesellschaft) ou, mais hodiernamente, de “sociedade global do risco” (Sociedad del riesgo global).

Na formulação de um plano conceitual, o termo risco representa a proximidade de um dano, vinculando-se com a noção de vulnerabilidade. Não se trata de uma mera possibilidade, mas sim probabilidade. Dentro do âmbito do risco se inclui um juízo de ponderação entre oportunidades (desenvolvimento) e perdas (probabilidade de danos). Não é sinônimo de catástrofe, posto que como explica Beck (2008b):

Risco significa a antecipação da catástrofe. Os riscos existem em um estado permanente de virtualidade, e transformam-se “atuais” somente até o ponto em que são antecipados. Riscos não são “reais”, eles estão se tornando “reais” [...]. Neste momento em que os riscos se tornam reais – por exemplo, na forma de um ataque terrorista – eles deixam de ser riscos e tornam-se catástrofes.

Segundo o mencionado sociólogo (BECK, 2008a, p. 27), por risco deve-se entender que:

[...] son siempre acontecimientos futuros que es posible que se presenten, que nos amenazan y, puesto que esta amenaza permanente determina nuestra expectativas, invade nuestras mentes y guía nuestros actos, resulta una fuerza política transformadora.

O risco, assim, era percebido até a sociedade liberal do século XIX, como um fenômeno externo, acidental, ocasional, nada previsível. Tal momento era caracterizado como a era do risco acidental, fortuito, imprevisível, desacompanhado de um critério racional, sendo Deus um

verdadeiro gestor dos riscos, sendo, todavia, percebidos por meio dos sentidos (SILVA, 2004, p. 76).

Com o pensamento racionalista galgando uma posição central na produção e disseminação do conhecimento, a sociedade afasta-se paulatinamente das explicações teológicas acerca dos eventos incidentes na mesma, buscando fundamentos na ciência. Assim, o risco passa a ser compreendido como algo que se relaciona com o mundo das incertezas, ou seja, com o que somente pode ser solucionado com um maior conhecimento atingido posteriormente. Nesse sentido, o referido fenômeno ultrapassa sua identificação com o viés acidentário, externo à sociedade e ao conhecimento, para aproximar-se de uma percepção probabilística, interna à sociedade e passível de compreensão.

Nesse segundo momento, interior ao Welfare State, o risco assume a condição de dado estatístico e previsível (SILVA, 2004, p. 76), sendo que:

[...] surge a emergência da noção de prevenção – entendendo-se como tal a atitude coletiva, racional e voluntarista que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco (objetivável e mensurável). A utopia científica e técnica de uma sociedade dona de si mesma confirma-se em todos os aspectos: “prevenção de doenças”, “prevenção de crimes”, “prevenção da miséria e da insegurança social”. Nesta etapa o risco passa a não depender mais da categoria de golpes do destino e “assume a figura do acontecimento estatístico objectivado pelo cálculo das probabilidades e tornado socialmente suportável pela mutualização da responsabilidade pelos danos”, isso em razão de que ao domínio científico do risco junta-se o domínio jurídico: cada pessoa vê ser-lhe reconhecido um direito generalizado à segurança.

Nesse mesmo sentido, adverte Salo de Carvalho (2008, p. 87-88) que:

[...] na sociedade liberal o risco assumiria a forma de acidente, ou seja, expressar-se-ia como acontecimento exterior e imprevisto, individual e repentino. Com a edificação do Estado social e suas políticas de prevenção, os riscos assumem a figura de acontecimentos estatísticos calculáveis (probabilísticos). Assim, se o controle no século XIX ocorria *post factum*, mediante indenização, no século XX a ideia de resguardo técnico dos riscos impõe modelo de antecipação do dano via medidas preventivas.

Após, em um terceiro momento, a sociedade se dá conta de que os riscos são inerentes a sua própria estruturação, assim como que para o seu contínuo desenvolvimento se torna indispensável o incremento dos mesmos, fato que faz surgir um juízo de ponderação, haja vista que se aqueles se concretizarem no seio da ordem global estabelecida, a comunidade estaria sujeita a um colapso sem precedentes, transitando entre destruições localizadas (usinas

nucleares), aniquilação da espécie humana (armas biológicas e engenharia genética) ou até mesmo a extinção do planeta (degradação ambiental).

O referido juízo de ponderação deve embasar o processo decisório acerca do que deve prevalecer: a oportunidade do desenvolvimento ou o risco do dano? Assim, Ülrich Beck (2008a, p. 24) afirma que:

La categoría de la sociedad del riesgo, que tematiza el cuestionamiento de ideas centrales del contrato de riesgo, como la controlabilidad y compensabilidad de las inseguridades y peligros provocados por la industria.

Por seus estudos, Beck notou que o grau de desenvolvimento da sociedade contemporânea se encontra intrincado com a presença de conflitos institucionais. Tais conflitos derivaram do desencadeamento dos processos de desenvolvimento, como a globalização, a revolução de gênero, o desemprego e, notoriamente, o aprimoramento tecnológico, os quais trouxeram consigo riscos colaterais de magnitudes globais, aptos, até mesmo, de colocar em dúvida a continuidade da existência da vida humana no planeta, v.g. a degradação da camada de ozônio, o efeito estufa, a contaminação das águas e do ar por agentes químicos, o desmatamento das florestas, o lixo tóxico, os incidentes nucleares, a ameaça da utilização de armas químicas e biológicas, dentre outros.

Nesse sentido, ao passo em que a sociedade contemporânea absorve os ganhos oriundos desses processos de desenvolvimento e, assim, neles aplica mais e mais técnicas de desenvolvimento, paradoxalmente, não enxerga os riscos de concreção dos efeitos colaterais que estes mesmos processos fabricavam.

Dessa forma, Beck classifica a modernidade em duas fases distintas: a) a simples, existente nos anos do período industrial, particularizada pela busca incessante e irracional do progresso; e b) a reflexiva, caracterizada pelo instante em que a sociedade observa os paradigmas constantes nela própria, passando a notar que os processos de desenvolvimento produzem, simultaneamente, ameaças concretas.

François Ost, em “o tempo do Direito” (1999, p. 345), adverte que:

[...] entramos numa terceira fase da história do risco – a do risco enorme (catastrófico), irreversível, pouco ou nada previsível, que frustra as nossas capacidades de prevenção

e de domínio, trazendo desta vez a incerteza ao coração dos nossos sabedores e dos nossos poderes.

Tais riscos são aqueles maximizados pelas sociedades industriais, velozes, poluidoras em larga escala, superpovoadas e complexas, sendo que os mesmos são designados, ante suas características atuais, de riscos catastróficos.

O marco diferencial dos novéis riscos para com aqueles existentes em épocas anteriores – conforme antes minudenciado – reside no fato de que enquanto os riscos individuais e estatísticos possuíam fronteira delimitativa do perigo eventual e futuro muito bem demarcada, os riscos catastróficos não respeitam mais qualquer limitação, seja geográfica, geracional, religiosa, étnica ou política.

Antes, era possível não se preocupar com os riscos alheios, pois havia uma barreira separatista entre o “eu” e o “outro”, sendo que os danos resultantes da concretização de riscos imprevisíveis (risco fortuito ou acidental) – ou até mesmo daqueles previsíveis e calculáveis (risco estatístico) – ao se efetivarem sobre uma pessoa ou comunidade não resvalariam para fora do campo de seu ponto de incidência, não sendo capaz de projetar-se para atingir esfera de proteção distinta.

Agora, independente de sua previsibilidade, o risco não encontra mais barreira de contenção para uma eventual lesividade. É que, “hoy somos todos, más o menos, participantes globales” (BECK, 2017). O temor sentido pelo alter passa ser, simultaneamente, percebido e sentido também pelo “eu”, eis que as fronteiras protetivas não mais existem, pois ruíram. Nesse sentido, Ulrich Beck (2010, p. 07) elucida que:

Todo sofrimento, toda a miséria e toda a violência que seres humanos infligiram a seres humanos eram até então reservados à categoria dos “outros” – judeus, negros, mulheres, refugiados, dissidentes, comunistas etc. De um lado, havia cercas, campos, distritos, blocos militares e, de outro, as próprias quatro paredes – fronteiras reais e simbólicas, atrás das quais aqueles que aparentemente não eram afetados podiam se recolher. Isso tudo continua a existir e, ao mesmo tempo, desde Chernobyl, deixou de existir. É o fim dos “outros”, o fim de todas as nossas bem cultivadas possibilidades de distanciamento, algo que se tornou palpável com a contaminação nuclear. A miséria pode ser segregada, mas não os perigos da era nuclear. E aí reside a novidade de sua força cultural e política. Sua violência é a violência do perigo, que suprime todas as zonas de proteção e todas as diferenciações da modernidade.

A contaminação pela água, a utilização de armas químicas ou biológicas, a manipulação genética do ser humano, o envenenamento por meio das cadeias mundiais de alimentos, o mal

uso da tecnologia do DNA recombinante (DNAr) pela agricultura industrial, a fraude no mercado de capitais globalizado, o desastre nuclear, a degradação progressiva do meio ambiente, todos esses são somente alguns exemplos representativos dos novos riscos, catastróficos e irreversíveis, os quais não se limitam mais a qualquer tipo de demarcação, sendo que na atual sociedade se tornam inerentes à própria estrutura do tecido social, onipresente em todos os juízos de ponderação decisórios acerca do progresso científico e tecnológico, haja vista que uma análise mal ponderada poderá, notadamente, levar a extinção da própria vida.

O risco, então, não mais percebido como algo acidental, natural, imputável a um ser supremo, ao fortuito ou ao acaso, mas sim como produto emanado do próprio homem, no incremento de sua atividade progressivamente desenvolvimentista, passa a ser encarado como elemento intrínseco à própria sociedade.

Ocorre que, se de um lado os riscos – atualmente de efeitos catastróficos, irreversíveis e pouco previsíveis – são marcas indissociáveis da sociedade contemporânea, do outro lado a reflexividade composta pela autoconsciência e pela deterioração – quer da confiança de uma verdade absoluta, quer do racionalismo científico – condiciona, paulatinamente, de modo cada vez mais enfático, o progresso científico-tecnológico a um juízo decisório que pondera entre os possíveis benefícios oriundos do avanço social e os prováveis prejuízos decorrentes da concretização dos riscos aos quais a sociedade se encontrará submersa, sendo que a balança tenderá sempre à prevenção dos perigos incertos, razão pela qual Ulrich Beck (2010, p. 15-16) afirma que:

Na reflexividade dos processos de modernização, as forças produtivas perderam sua inocência. O acúmulo de poder do ‘progresso’ tecnológico-econômico é cada vez mais ofuscado pela produção de riscos. [...] No centro da questão estão os riscos e feitos da modernização, que se precipitam sob a forma de ameaças à vida de plantas, animais e seres humanos. [...] O outro lado passa a ser visível quando são inseridas no centro da questão as contradições imanentes entre modernidade e contramodernidade presente no plano geral da sociedade industrial [...].

Sendo assim, “a sociedade industrial se instabiliza em sua própria concretização” (BECK, 2010, p. 18), posto que, a despeito de não haver como se evadir aos riscos alimentares, nucleares, farmacêuticos, veiculares e radioativos, dentre outros, também não há possibilidade atual de se furtar aos benefícios oriundos das redes mundiais de distribuição de alimentos, das usinas termoeletricas, dos diversos tipos de veículos como meios de transporte, ou ainda de

equipamentos radioativos pessoais e domésticos como aparelhos celulares, micro-ondas e televisões.

Portanto, a temática do risco invade as discursões acadêmicas, os discursos dos meios de comunicação, o planejamento das forças produtivas industriais, os lares dos cidadãos, eis que as necessidades individuais e sociais não mais são satisfeitas pela mera distribuição da riqueza, mas sim, também, pela prevenção dos riscos, sendo que a inquietação econômica em satisfazer as dificuldades decorrentes da escassez é complementada e por vezes substituída pela aflição em evitar a concretização dos riscos, passando-se a atuar como bússola orientadora na adoção e implementação de políticas públicas.

Nessa senda, pode-se afirmar que (BECK; GIDDENS, 1997, p. 19):

Na sociedade de risco, o reconhecimento da imprevisibilidade das ameaças provocadas pelo desenvolvimento técnico-industrial exige a auto-reflexão em relação às bases da coesão social e o exame das convenções e dos fundamentos predominantes da “racionalidade”. No autoconceito da sociedade de risco, a sociedade torna-se reflexiva (no sentido mais estrito da palavra), o que significa dizer que ela se torna um tema e um problema para ela própria.

Ademais, importante salientar, na esteira do pensamento de Agripa Faria Alexandre (2000, p. 164), que em certa medida, a sociedade do risco se equipara a sociedade da informação, haja vista que os meios de comunicação de massa transmitem os conhecimentos necessários à autoconsciência social, conferindo-lhe subsídio suficiente para o exercício da reflexão ponderada entre os ganhos e os perigos. Segundo o autor:

[...] a importância social e econômica do saber sobre o risco e perigo é estruturada através dos veículos de comunicação. Nesse sentido, a sociedade de risco iguala-se à sociedade do saber, da mídia e da informação. Prova maior é que o governo e comunidade científica fixam níveis aceitáveis de risco e todos baseiam suas vidas a partir daí. Contudo, o controle institucional sobre o risco também foge aos limites do estado-nação.

Sem dúvida, tendo em vista que quanto às questões de risco, ou ninguém é especialista, ou todo mundo é especialista (BECK; GIDDENS, 1997, p. 20), pois “com a crise do conhecimento perito (com tamanha produção de conhecimentos contraditórios) advém naturalmente uma desorientação reflexiva no conhecimento leigo” (ALEXANDRE, 2000, p.



165), é invariável a constatação de que a tanto a reflexividade, quanto, principalmente, a incerteza e o medo constituem o núcleo fundante da sociedade do risco.

A percepção de uma submissão indistinta e inescusável aos riscos catastróficos, globais, irreversíveis, próprios da modernidade, faz com que a sociedade atual conviva com o sentimento de medo – pessoal e comunitário – reafirmado cotidianamente por um tripé fundamental: a) a incerteza enquanto resultado da degradação do dogma da verdade absoluta; b) a ausência de segurança preventiva quanto a concretização dos perigos advindos da modernidade; e c) o conhecimento exponencialmente crescente de novos riscos incontroláveis.

Em um mundo “negativamente globalizado”, a vulnerabilidade social oriunda dos perigos de probabilidade não-calculável permeia a mente de todos os indivíduos sob a forma de temor (BAUMAN, 2008, p. 129), fazendo com que no juízo decisório de ponderação o peso conferido ao receio catastrófico prepondere sobre o desejo de progresso industrial.

Diante disso, a gestão arriscada da totalidade dos interesses alheios não possui justificção plausível, exceto para a proteção da ocorrência de um mal maior, pois como afirma Hans Jonas (2006, p. 85):

Nunca existe uma razão para apostar entre ganhar ou perder tudo; mas pode ser moralmente justificado, ou até mesmo imperativo, tentar salvar o inalienável, correndo o perigo de perder tudo na tentativa.

Diante de uma sociedade do risco de tendência marcadamente progressista e desenvolvimentista, emerge a dúvida quanto a quem incumbirá o dever de prevenir que os referidos riscos (globais) se transformem em acontecimentos desastrosos?.

## **2. O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS RISCOS**

Sendo os riscos oriundos da modernidade tecnológica-industrial fonte de inquietude no seio social, geradores de temores irresolúveis, ante a drasticidade, amplitude, irreversibilidade e pouca (ou nenhuma) previsibilidade de suas eventuais concretizações, o Direito Penal surge, então, como alternativa racional à proteção dos acontecimentos indesejados no bojo dessa novel Sociedade do Risco.

O controle social formal exercido pelo Direito Penal se dirige, a partir da reflexividade constante na contemporaneidade, a evitar que os riscos acima descritos venham a se realizar, o

que levaria os indivíduos a um estado de incerteza da continuidade da própria vida até então não experimentado.

A função de prevenção e gestão dos riscos – por parte do Direito Penal – passa a ser, para alguns doutrinadores, o mister desse ramo jurídico na presente sociedade, eis que como afirma Wolfgang Naucke após realizar um estudo crítico sobre o tema, tanto o legislador, quanto o aplicador, assim como muitos cientistas jurídicos aceitam amplamente a afirmação de que “el derecho penal de la prevención es el moderno derecho penal racional” (HASSEMER; LÜDERSSEN; NAUCKE, 2004, p. 15).

A palavra prevenção acima empregada tem por fim representar um duplo significado, qual seja: prevenção geral e prevenção especial, muito embora a sociedade contemporânea, em meio aos riscos do desenvolvimento, enfatize a prevalência da primeira hipótese em detrimento da segunda.

Por prevenção geral deve-se entender a intenção do Estado de influenciar os membros da sociedade no direcionamento dos seus comportamentos, a fim de que se pautem pelo respeito aos valores assumidos como importantes, guiando-se conforme as diretrizes normativas estabelecidas. O valor positivo da criminalização atua sobre aqueles que não delinquiram, quer dissuadindo-os (prevenção geral negativa) ou reforçando a confiança na norma penal (prevenção geral positiva) (ALAGIA et al., 2003, p. 115).

No sentido negativo da prevenção geral, criminaliza-se um comportamento como forma de intimidar a sociedade a não praticar o fato criminoso previsto na lei, ou seja, se busca demonstrar que quem realizar a conduta típica será punido, o que, por conseguinte, geraria uma diminuição da criminalidade face ao medo da repreensão.

Dessa forma, Zaffaroni e Nilo Batista (ALAGIA et al., 2003, p. 115-116), elencando três versões distintas da teoria relativista da prevenção geral negativa e diferenciando-as das teorias absolutistas ou retribucionistas, elucidam que:

As teorias da prevenção geral negativa (cujos modelos são de Feuerbach e Romagnosi) se aproximam das absolutas, quando pretendem a) dissuadir b) para assegurar os bens daquelas que poderiam ser futuras vítimas de outros, postos em perigo pelo risco de imitação da c) lesão aos direitos da vítima e d) por isso, carentes de retribuição na medida da injustiça e da culpabilidade pelo ato. Elas se acham ainda mais próximas em uma segunda versão que aspira à a) dissuasão para b) introduzir obediência ao estado, c) lesionado por uma desobediência objetiva d) aprenda na medida adequada à retribuição do injusto. Distanciam-se elas das teorias absolutas em uma terceira versão na qual a) a dissuasão persegue b) tanto a obediência ao estado quanto a segurança dos bens daqueles que não são vítimas, c) o delito é um sintoma de

dissidência (inferioridade ética) e d) a medida da pena deve ser a retribuição por essa condução desobediente da vida. Nas três versões a medida da pena é uma moderação da exemplarização.

A referida prevenção, de cunho intimidativo, se baseia em expectativas de efeitos benéficos da criminalização primária, sob a perspectiva de que, segundo Hassemer (1993, p. 476), os cidadãos inclinados ao delito se vejam motivados a comportarem-se de outra forma, “manteniéndose fieles al Derecho por la respuesta sancionadora y antes por la anunciada respuesta a la infracción de la ley. De modo que el Derecho penal efecturía su aporte al mejoramiento de la sociedad”.

Na esteira desse ensinamento, Roxin (1981, p. 101-102) adverte que a prevenção geral negativa – denominada pelo mesmo de “prevención general intimidatoria” – ultrapassa a fronteira do respeito à culpabilidade, posto que se:

[...] es suficiente con una pena privativa de libertad de quince años para compensar la “culpabilidad” del enfermo mental (es decir, la confianza de la población en el Derecho y su confianza en la eficacia protectora del Derecho Penal), entonces no es lógico que se exponga al delincuente a los efectos perniciosos que para su persona tiene una pena de reclusión perpetua y que, sin necesidad, sea sacrificado en aras de una “intimidación” que, desde el punto de vista empírico, es tan irreal como el efecto intimidatorio de la pena de muerte. Más bien hay que exigir lo contrario, es decir, que el juez no pueda por razones puramente intimidatorias imponer una pena en el grado máximo del marco de la culpabilidad cuando consideraciones de prevención especial hacen aconsejable imponer la pena en el grado mínimo de ese marco.

Por outro lado, no sentido positivo da prevenção geral, a principal intensão do legislador ao criminalizar condutas não é a de intimidar ou dissuadir os não delinquentes, mas sim utilizar a lei penal como símbolo no intuito de reforçar a confiança dos cidadãos “no sistema social em geral (e no sistema penal em particular)” (ALAGIA et al., 2003, p. 121).

No aspecto positivo, busca-se induzir por meio da pena a consciência social da norma, confirmando sua vigência, razão pela qual Santiago Mir Puig (1995, p. 50-51) discorrendo sobre o tema elucida que na prevenção geral positiva:

[...] la pena no se dirige sólo a los eventuales delincuentes, pues no trata de inhibir su posible inclinación al delito, sino a todos los ciudadanos, puesto que tiene por objeto confirmar su confianza en la norma.

[...] Así, la confirmación de la vigencia de la norma requiere, según la nueva doctrina de la prevención general, que se imponha una pena proporcionada cuando se infrinjan la normas jurídicas fundamentales.

Desse modo, o escopo principal de tal linha preventiva é o reforço na confiança da ordem jurídica por parte dos cidadãos, como forma de manter validamente reconhecido os postulados básicos do contrato social, reafirmando a proteção dos bens jurídicos.

Zaffaroni e Nilo Batista (ALAGIA et al., 2003, p. 116) sintetizam a prevenção geral positiva afirmando que:

As teorias da prevenção geral positiva, em sua versão eticizada (cujo modelo é Welzel), a) reforçam simbolicamente internalizações valorativas do sujeito não delinquente para b) conservar e fortalecer os valores ético-sociais elementares em face de c) ações que lesionam bens e se encaminham contra esses valores (alguns atenuam o primeiro requisito até quase anulá-lo), as quais d) devem ser respondidas na medida necessária para obter esse reforço (que pode limitar-se como retribuição à culpabilidade eticizada). Em sua versão sistêmica (cujo modelo é Jakobs), elas a) pretendem reforçar simbolicamente a confiança do público no sistema social (criar consenso), a fim de que b) este possa superar a c) desnormalização provocada pelo conflito d) ao qual deve responder a pena, na medida necessária para obter o reequilíbrio do sistema.

A missão de confirmação dos valores ético-sociais por meio da criminalização primária se fundamenta na ideia de que o Direito Penal – instrumento de maior intensidade coercitiva de que dispõe o Estado – deve ter por finalidade influenciar na consciência do cidadão, em sua atitude interna frente ao direito, fidelizando-o a um comportamento que siga os valores positivamente aceitos pela sociedade (MIR PUIG, 1995, p. 51-52).

Seguindo a linha traçada por Welzel de uma prevenção geral positiva de cunho ético-social, Santiago Mir Puig (1995, p. 52), debruçando-se sobre os estudos de Armin Kaufmann, leciona que esse último destacou como componentes existentes na mencionada finalidade relativista três elementos, quais sejam: a) informativo, consistente em transmitir à comunidade o conhecimento das condutas proibidas; b) conformativo, relacionado na manutenção da confiança da sociedade na permanência da ordem jurídica e em seu caráter impositivo; e c) criativo, no sentido de constituir e fortalecer a atitude interna dos cidadãos de fidelidade ao direito.

Günther Jakobs, ao seu turno, desenvolveu a teoria da prevenção geral positiva – também denominada de teoria da prevenção integradora (BARATTA, 1985, p. 09) – estruturando-a sob uma perspectiva diferenciada daquela prevista por Welzel, eis que toma como base a concepção de Luhmann do direito como instrumento de estabilização social por meio da orientação das ações através da institucionalização das expectativas sociais, assim

como se aproxima da visão hegeliana acerca da pena como negação da negação do direito (BRANDÃO, 2008, p. 282).

Considerando-se que um mínimo de segurança e estabilidade das expectativas dos indivíduos é elemento inerente à vida social, a função do direito é estabilizar e institucionalizar as expectativas sociais, servindo, desse modo, como guia dirigente das condutas dos cidadãos no contrato social (MIR PUIG, 1995, p. 52).

Assim, enquanto o delito representa um valor negativo na ordem social, pois trata-se de uma defraudação das expectativas normativas, a pena exterioriza-se como um valor positivo, eis que ao negar a infração, representa a confirmação da vigência da norma, reafirmando-a como orientadora da conduta dos indivíduos.

Portanto, a criminalização de condutas por parte do legislador tem por escopo, entre outras razões, prevenir os efeitos negativos que a violação da norma produz para a estabilidade do sistema e da integração social (BARATTA, 1985, p. 10).

Consonante salienta Alessandro Baratta (1985, p. 10), pode-se afirmar que:

El delito es una amenaza a la integridad y la estabilidad sociales, en cuanto constituye la expresión simbólica de una falta de fidelidad al derecho. Esta expresión simbólica hace estremecer la confianza institucional y la pena es, a su vez, una expresión simbólica opuesta a la representada por el delito. Como instrumento de prevención positiva, ella tiende a restablecer la confianza y a consolidar la fidelidad al ordenamiento jurídico, en primer lugar en relación con terceros y, posiblemente, también respecto del autor de la violación (G. Jakobs, 1983, 9). La prevención especial, es decir, la reeducación del autor de la violación, no es, pues, la función principal, sino apenas un efecto posible y esperable, producido por la pena. Lo que importa en la valoración negativa del comportamiento delictivo y en la adscripción de responsabilidad penal a un individuo, no es tanto la producción consciente y voluntaria de un hecho lesivo de bienes o intereses dignos de tutela, sino el grado de intolerabilidad funcional hacia la expresión simbólica de infidelidad en relación con los valores consagrados por el ordenamiento positivo [...].”

Nesse sentido, a prevenção geral negativa busca por meio punição exemplar incutir temor interno nos cidadãos, fazendo-os se dirigir em conformidade com o direito, ao passo que a prevenção geral positiva imbui à punição a função de reafirmação dos valores existentes na ordem jurídico-social, promovendo a confiança dos cidadãos na estabilidade do sistema e das

instituições, servindo de baliza orientadora para condutas futuras, eis que maximizaria a fidelidade ao direito.

Portanto, pode-se concluir com Zaffaroni e Nilo Batista (ALAGIA et al., 2003, p. 122-123), quando comparando as doutrinas teóricas da prevenção geral negativa e positiva, ressaltam que:

Em últimas análises, as duas versões da prevenção geral não se encontram tão distantes: enquanto a negativa considera que o medo provoca a dissuasão, a positiva chega a uma dissuasão provocada pela satisfação de quem acha que, na realidade, são castigados aqueles que não controlam seus impulsos e, por conseguinte, acha também que convém continuar controlando-os. Quanto às consequências sociais de sua lógica, a prevenção geral positiva não difere da negativa: quanto mais conflituosa for uma sociedade, em razão de sua injustiça estrutural, haverá menos consenso, e logo maiores penas serão aplicadas para produzir o nível de consenso necessário ao sistema.

Para além das teorias da prevenção geral – negativa e positiva – a ideia da prevenção no Direito Penal também abarca as denominadas teorias de prevenção especial, através das quais os valores positivos da criminalização deixam de incidir sobre a sociedade globalmente considerada – ou seja, sobre os que não delinquiram – para atuar, diretamente, sobre os que praticaram o fato criminoso, quer no intuito de neutralizá-los (prevenção especial negativa), quer para reeducá-los (prevenção especial positiva) (ALAGIA et al., 2003, p. 115).

O escopo primordial da prevenção especial reside no fato de que, por esta teoria, a pena busca, por meio de sua aplicação, evitar que aqueles que ficaram submetidos à mesma retornem a delinquir. Pela referida doutrina utilitarista da prevenção especial, compreende-se que a pena é o meio necessário e suficiente para prevenir que futuros delitos sejam novamente cometidos pelo delinquente, utilizando-a como processo de eliminação do indivíduo infrator, ou ainda sua evolução moral, essa última com a finalidade direta de promover, segundo Juarez Cirino dos Santos, a “harmônica integração social do condenado (art. 1º da LEP – Lei 7.210/84)” (SANTOS, 2008, p. 465).

A noção de prevenção especial subdivide-se em duas outras teorias: prevenção especial negativa e prevenção especial positiva, conforme o direcionamento de sua finalidade busque a neutralização ou a correção do criminoso, respectivamente.

Segundo Eugenio Raul Zaffaroni, Allenjandro Alagia e Alejandro Slokar (2002, p. 57), no que tange a primeira:

Las teorías de la prevención especial negativa (el modelo es Garofalo) asignan a la pena la función de eliminación o neutralización física de la persona para conservar una

sociedad que se parece a un organismo o a un ser humano, a la que ha afectado una disfunción que es síntoma de la inferioridad biopsicosocial de una persona y que es necesario responder en la medida necesaria para neutralizar el peligro que importa su inferioridad.

A noção negativa da prevenção especial visa impedir que a pessoa criminalizada continue sendo fonte geradora de um mal para o corpo social, sendo que com a aplicação da pena se impõe uma constrição física capaz de evitar a continuação da prática da conduta indesejada pela sociedade.

Tal teoria, atualizada pela novel roupagem conferida pelo moderno “Movimento de Defesa Social”, especialmente na Itália e na França – notadamente através da contribuição de Marc Ancel (1966) - pretende inocuizar o indivíduo disfuncional no intuito de manter íntegro e saudável o organismo social.

Por outro lado, no que se refere a teoria da prevenção especial positiva, muito embora essa também faça orientar as finalidades da pena diretamente à pessoa criminosa, não busca a neutralização da mesma, mas sim sua reeducação.

Na perspectiva positiva da prevenção especial, os executores de uma sentença criminal são considerados verdadeiros “ortopedistas da moral”, conforme afirma Foucault (1991, p. 15), haja vista que objetivam moldar o condenado sobre os padrões morais aceitáveis na ordem jurídica estabelecida, partindo-se do pressuposto platônico de que a pena justa modela os homens, tornando-os mais justos, e acaba por tornar-se uma medicina da alma.

A pena passa a ser considerada, então, como medida pedagógica de emenda, adquirindo contornos pedagógicos e disciplinares com vistas à extinção da possibilidade da reincidência pelo concerto moral do indivíduo, consoante afirma FERRAJOLI (2002, p. 243), o qual, utilizando as palavras de FIRPO, elucida que nesta visão:

[...] a ninguém é negada a esperança de poder recuperar um dia a liberdade, desde que suporte, obedeça e dê de si mesmo boas expectativas de um honesto comportamento no futuro.

Na versão positiva da prevenção especial, à pena é atribuída a função de (ALAGIA et al., 2003, p. 116):

[...] a) reparar a inferioridade perigosa da pessoa para b) os mesmos fins, c) diante dos mesmos conflitos, e d) na medida necessária para a ressocialização, repersonalização, reeducação, reinserção etc. (o chamado conjunto de ideologias re). As versões moralizantes (cujo modelo é Röder) atribuem à pena a) a função de melhoramento moral da pessoa para b) impulsionar o progresso ético da sociedade e da humanidade

em seu conjunto diante de c) ações que vão em sentido contrário ao progresso moral (as quais constituem um sintoma de inferioridade ética) e d) na medida necessária para superar essa inferioridade.

Baseando-se nos ensinamentos de Franz von Liszt, Reinhart Maurach (1995, p. 761) leciona que a teoria da prevenção especial está umbilicalmente ligada a três objetivos, quais sejam: a) o preventivo-individual, resultante do medo imposto pelo Estado ao condenado, impondo ao mesmo o temor do regresso ao cárcere caso reitere a conduta ilícita praticada, restando sujeito a uma pena de igual ou maior gravidade; b) o corretivo, exteriorizado pela ressocialização do delinquente, através de sua adaptação aos padrões sociais existentes, sendo este fim uma decorrência imediata da prevenção-individual, pois somente quando a intimidação alcançar o efeito pretendido é que o indivíduo passará a agir conforme os modelos de comportamento positivamente valorados; e c) o “asseguramento”, que toma por base a ideia de que, uma vez reincorporado à sociedade, o delinquente-condenado permanece internamente vinculado ao temor imposta pela pena aplicada, mantendo, assim, o estado de paz social.

Desse modo, observando o “Programa de Marburgo” elaborado por Franz von Liszt – intitulado “A ideia de fim no Direito Penal” (Der Zweckgedanke im Strafrecht) (1994) - Santiago Mir Puig (2003, p. 56-57) salienta que:

[...] La finalidad de prevención especial se cumple de forma distinta según las tres categorías de delincuentes que muestra la criminología: a) frente al delincuente de ocasión necesitado de corrección, la pena constituye un “recordatorio” (Denkzettel) que le inhiba de ulteriores delitos; b) frente al delincuente de estado (Zustandsverbrecher) corrigible, deben perseguirse la corrección y resocialización por medio de una adecuada ejecución de la pena; c) frente al delincuente habitual incorregible, la pena ha de conseguir la inocuización a través de un aislamiento que puede llegar a ser perpetuo.

Dessa forma, a prevenção no Direito Penal assume, para parcela considerável da doutrina, uma importante função, quer sob a ótica de uma prevenção geral – positiva ou negativa – quer sob o ângulo de uma prevenção especial – positiva ou negativa, eis que se trata do instrumento mais contundente a serviço do Estado no exercício do controle social formal, o qual se encontra imbuído do escopo de proteger os bens e valores mais elevados da sociedade.

Na sociedade do risco, contudo, os temores relacionados à concretização dos perigos advindos do desenvolvimento técnico, científico e industrial, riscos de cunho catastrófico, globais, bem como pouco ou quase nada previsíveis e reversíveis, permeiam os juízos



decisórios inerentes à novel sociedade autoconsciente, reflexiva, influenciando e potencializando o controle social.

Diante da característica desses novos riscos, a atuação prévia do controle e gestão dos mesmos se demonstra não só inerente, mas também indispensável à continuidade da própria sociedade. Assim, buscando impedir que os prognósticos de desastres, calamidades e catástrofes efetivamente se realizem, a atuação preventiva do Estado se impõe como medida imprescindível.

Nesse ponto, há de se admitir que a prevenção geral serve, notadamente, de fundamento para a criminalização dos comportamentos temerosos ou arriscados no bojo da sociedade de risco, sendo que tal afirmativa não pode ser estendida à função preventiva especial.

É que, como frisa Santiago Mir Puig (2003, p. 55), “la prevención especial no puede operar, pues, como la general, en el momento de la conminación penal, sino en el de la ejecución de la pena”.

O cumprimento da meta prevencionista de se evitar a ocorrência dos temerosos danos oriundos dos riscos mundiais, inatos na sociedade contemporânea, somente pode ser pensado de um modo exitoso caso haja um alinhamento com a perspectiva de prevenção geral, posto que essa se dirige, precipuamente, em direção à toda comunidade, ou seja, aos não delinquentes, não se restringindo ao indivíduo condenado.

### **3. O SIMBOLISMO COMO MECANISMO DA POLÍTICA CRIMINAL NA SOCIEDADE DO RISCO**

Como na sociedade do risco a prevenção de danos assume posição nuclear no sistema social, notadamente tendo em conta a característica catastrófica dos atuais riscos, a finalidade preventiva geral atua como elemento fulcral no Direito Penal incidente nessa sociedade, por meio da tentativa de intimidação aos possíveis delinquentes exercida pela cominação penal.

Tendo em conta, contudo, que a criminalização pretensamente exemplar – através de uma função intimidativa geral – não impede, por si só, que atos danosos efetivamente sejam realizados (ALAGIA et al., 2003, p. 117), especialmente porque sucumbe a uma investigação empírica quanto a sua real eficácia preventiva (TERRADILLOS BASOCO, 1995, p. 09), a

norma penal assume, num plano de fundo, como atributo principal na sociedade do risco um papel simbólico, representativo dos valores e interesses assumidos corpo social.

Segundo Juan Terradillos Basoco (1995, p. 09), enquanto a eficácia instrumental do Direito Penal está vinculada à sua atitude de prevenir a realização de certos comportamentos, a sua função simbólica se estrutura na postura de constituir um certo número de representações individuais ou coletivas, positiva ou negativamente valoradas.

A relação entre a função simbólica e a instrumental na lei penal é de complementaridade, sendo que a proteção dos bens jurídicos por meio da criminalização primária se vê reforçada pelas escalas axiológicas de desvalor do comportamento.

Nesse sentido, toda lei penal é vinculada a efeitos simbólicos (HASSEMER, 1995, p. 25), sendo que isso não propõe imaginar um problema disfuncional, pois se é evidente que o direito se manifesta pela linguagem, a representatividade ou simbologia é própria a todo tipo de manifestação comunicativa.

Problema, no entanto, surge quando há um desequilíbrio provocado pela ineficácia das normas e a ausência de operosidade das mesmas, pois, conforme Hassemer (1984, p. 95), um Direito Penal que em muitos de seus âmbitos possui somente um efeito simbólico não será capaz, eventualmente, de cumprir com sua tarefa, pois haverá perdido toda sua credibilidade.

No Direito Penal existente na sociedade de risco, caracterizado pela postura intrinsecamente preventiva, a função simbólica é potencializada no intuito de externar uma aparente segurança, proteção e estabilidade do corpo social, sendo que a mera criação de novos tipos penais ou a ampliação das penas abstratamente previstas já cobre boa parte dos objetivos simbólicos (TERRADILLOS BASOCO, 1995, p. 10), fato esse que não implica, todavia, no reconhecimento da ampliação da eficácia da tutela protetiva.

O fenômeno do Direito Penal simbólico, nessa perspectiva, indica que (HASSEMER, 1995, p. 28):

[...] se trata de una oposición entre “realidade” y “apariencia”, entre “manifiesto” 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 “engano”, tanto en sentido transitivo como reflexivo.

Em idêntico sentido, Marcelo Neves (2007, p. 01) ao promover uma investigação científica acerca da “constitucionalização simbólica”, salienta que o simbolismo, em verdade,

reside na “discrepância entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais”.

Para o mencionado professor titular da Universidade de Brasília, a ideia de uma legislação simbólica (NEVES, 2007, p. 26):

[...] aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental.

Hassemer (1995, p. 26) classifica as leis simbólicas em: a) declaratórias de valores – à exemplo das leis de criminalização do aborto; b) moralmente apelativas – à exemplo das leis ambientais que impõem uma consciência ecológica; c) respostas substitutivas do legislador – as quais possuem intensão de funcionar como álibi da atuação comissiva do Estado, ao menos no sentido de tranquilizar a sociedade, como as leis que tratam do terrorismo; d) compromissórias – previstas por meio de cláusulas gerais com intuito de manter o Estado permanentemente disposto à satisfazer uma necessidade de atuar imediata.

A caracterização do Direito Penal do Risco como um Direito Penal Simbólico surge do fato de que suas funções latentes se sobrepõem às funções manifestas, ou seja, o discurso de prevenção dos riscos catastróficos, em verdade, representa por meio da cominação penal a: 1) satisfação pelo Estado da necessidade de segurança e estabilidade inerente à sociedade do risco, 2) acalmamento os ânimos dos cidadãos, os quais tornaram-se autoconscientes dos perigos oriundos do desenvolvimento técnico-científico, passando a conviver permeados de uma heurística do medo, bem como 3) demonstrando que o Estado se encontra não só atento aos perigos que sondam a sociedade contemporânea, mas também adequadamente forte para solucioná-los.

Segundo Hassemer (1995, p. 30):

“Simbólico” en sentido crítico es por consiguiente un Derecho penal en el cual las funciones latentes predominen sobre las manifestas: del cual puede esperarse que realice a través de la norma y su aplicación otros objetivos que los descritos en la norma. Con ello se entiende -como ya expresa la determinación del concepto- por “funciones manifestas” llanamente las condiciones objetivas de realización de la norma, las que la propia norma alcanza en su formulación: una regulación del conjunto global de casos singulares que caen en el ámbito de aplicación de la norma, esto es, la protección del bien jurídico previsto en la norma. Las ‘funciones latentes’, a diferencia, son múltiples, se sobreponen parcialmente unas a otras y son descritas ampliamente en la literatura: desde la satisfacción de una “necesidad de actuar” a un apaciguamiento de la población, hasta la demostración de un Estado fuerte. La previsibilidad de la aplicación de la norma se mide en la cantidad y cualidad de las

condiciones objetivas, las que están a disposición de la realización objetiva instrumental de la norma. Una predominancia de las funciones latentes fundamenta lo que aquí denomino “engano” o “apariencia”: Los fines descritos en la regulación de la norma son -comparativamente- distintos a los que se esperaban de hecho; no se puede uno fiar de la norma tal y como ésta se presenta. Finalmente en esta concreción de “imbólico” no se trata sólo del proceso de aplicación de las normas, sino frecuentemente ya de la formulación y publicación de la norma: en algunas normas (como §220a StGB) apenas se espera aplicación alguna.

Nesse sentido, o Direito Penal do Risco serve de instrumento do Estado na busca pela exteriorização da confirmação de valores sociais contemporâneos (meio ambiente, economia, cultura, tecnologia, etc.), satisfazendo as expectativas dos cidadãos (prevenção e proteção dos riscos), bem como sendo utilizado como alibi da conduta comissiva do legislador – produzindo confiança no sistema jurídico-político, sem que isso implique proteção efetiva ou real aos riscos enormes oriundos da sociedade industrial, científica e tecnológica – progressivamente complexa – razão pela qual é identificado como um direito simbólico (HASSEMER, 1995, p. 33-34).

#### **4. O DIREITO DE INTERVENÇÃO COMO VIA ADEQUADA À PROTEÇÃO JURÍDICA NA SOCIEDADE DO RISCO**

Com a percepção, pela sociedade, acerca da convivência diuturna com os riscos catastróficos, globais, pouco ou nada reversíveis, o Direito Penal é evocado, de modo progressivo e paulatino, no intuito de exercer, por meio de seus drásticos instrumentos, uma função eminentemente simbólica, qual seja: proteção à concretização dos mencionados riscos.

Por meio do Direito Penal, o Estado vem buscando, contemporaneamente, garantir a segurança da continuidade das relações sociais, inculcando no discurso cotidiano de ordem – retransmitido e massificado pela comunicação midiática – que a norma penal, por si só, é capaz de prevenir eficazmente os desastres que se anunciam no horizonte da presente sociedade do risco.

A simbologia inerente ao Direito Penal do Risco demarca um Direito Penal imediato e *prima ratio*, trazendo para seu bojo condutas antes resolvidas à sua margem, fomentando, a

cada dia, a sua tendência expansionista, fazendo com que, paradoxalmente, a norma careça de efetividade.

Portanto, na sociedade de risco, a qual se encontra permeada pela heurística do medo, a dogmática penal desse novo modelo expansionista não tipifica um comportamento porque este é considerado socialmente inadequado, mas sim no intuito de que seja entendido socialmente inadequado, ou seja, o que se busca é uma atuação *prima facie* do Direito Penal com vistas a um doutrinamento ou adestramento cultural, o que acaba por fragilizar o princípio da intervenção penal mínima.

No intuito de se estabelecer uma segurança social por meio do controle e prevenção dos referidos riscos, o Estado tem se valido do Direito Penal como instrumento de gestão dos riscos catastróficos.

Contudo, a ausência de efetiva eficácia do Direito Penal na proteção dos novos riscos não quer, nem pode indicar que o Direito não se movimenta na direção de prevenir que os acontecimentos desastrosos oriundos do processo de progresso técnico-científico. Ao contrário, as críticas que aqui se faz sobre o chamamento do Direito Penal para atuar na proteção dos riscos catastróficos se dão em razão, dentre outras, de que tal ramo jurídico não exerce uma proteção efetiva ou real em relação aos mencionados, mas sim, simplesmente uma função simbólica perante o corpo social.

Nesse diapasão, necessária a elaboração de fórmula jurídica que vise, a um só tempo, retirar do Direito Penal essa função puramente simbólica e ineficaz, bem como responder adequadamente aos anseios de prevenção e proteção eminentes na sociedade do risco. Esse novo modelo de intervenção social vem sendo denominado de Direito de Intervenção.

Hassemer (2008, p. 308), ao seu turno, observando o paradigma preventivo já estabelecido na sociedade do risco, “não questiona, portanto, a existência de ameaças nem a necessidade de confrontá-las, mas apenas o tipo de resposta que daremos a essas ameaças”.

O Direito Penal, enquanto fórmula de prevenção normativa que se vale da criação de novos tipos penais, aumento de penas, maximização dos meios de investigação, restringe os direitos fundamentais dos cidadãos (liberdade) sem que o resultado obtido efetivamente se

aproxime do resultado esperado. Nesse contexto, pode-se afirmar que (HASSEMER, 2008, p. 308-309):

Nós praticamos prevenção com o emprego do Direito Penal, isto é, com restrição da liberdade e, assim fazendo, fracassamos duplamente: além de não alcançarmos o objetivo, renunciamos aos poucos a princípios sem os quais uma vida digna em sociedade não é possível.

Defendendo a idéia de que a teoria e a prática relacionadas à prevenção normativa devam ser substituídas por uma concepção de prevenção técnica ou organizacional, o que significa – até onde seja possível – enfrentar as ameaças de nosso tempo não com lesões a direitos fundamentais, mas com medidas efetivas de proteção e segurança, desenvolvendo instrumentos legais ou favorecendo a aplicação dos já existentes, os quais não apenas simulem seu caráter preventivo mas realmente tenha efeito preventivo.

Para tanto, o mencionado professor da Universidade de Frankfurt sugere, a título de exemplo, a substituição paulatina que vem ocorrendo globalmente no enfretamento dos problemas oriundos da utilização de drogas, o qual vem se afastando cada vez mais da prática intimidativa da lei penal para aproximar-se, gradualmente, de um direito farmacêutico, com o consequente enxugamento do mercado de drogas para os doentes graves e para os dependentes (HASSEMER, 2008, p. 310). Também nesse sentido, se encontra o campo de controle de produtos perigosos e processos de produção potencialmente nocivos, onde a prevenção pela fiscalização, esclarecimentos dos cidadãos, imposição de notificar ocorrências às autoridades, bem como criação de fundos e mecanismos de apoio constituem uma fórmula muito mais adequada e eficaz do que a mera prevenção normativa da lei penal (HASSEMER, 2008, p. 311).

Esse novo sistema guiado pela prevenção organizacional ou técnica assume a nomenclatura de “Direito de Intervenção”, o qual guia-se pelo aspecto preventivo e vincula-se aos grandes riscos e ameaças inerentes na Sociedade do Risco. Segundo Hassemer (2008, p. 314):

Ele substituiria o Direito Penal nas áreas em que este só poderia ser empregado ao preço de renunciar a suas condições vitais: prevenção de danos ao tempo hábil em vez de reação tardia à lesão de bens jurídicos; domínio amplo sobre situações de risco em vez da punição pontual de algumas pessoas; imposição de decisões e ações a grupos, coletividades e estruturas em vez da imputação individual por atos ilícitos; acesso irrestrito a procedimentos de gênese do perigo com possibilidade de atuar sobre eles em vez do emprego da violência como reação a danos consumados; possibilidade de

influenciar atos preparatórios e de execução de condutas lesivas em vez de punição de alguns indivíduos após o feito.

O Direito de Intervenção, assim, estaria situado num campo de interseção entre vários ramos do direito, como o tributário, empresarial, administrativo, civil e penal, tratando-se, em verdade, de um meio termo entre o direito público e o privado, não sendo um Direito Penal mais brando ou uma injustiça administrativa, mas sim uma resposta nova e qualitativamente diferente aos problemas atuais (HASSEMER, 2008, p. 314).

Com a abdicação da pena privativa de liberdade, o Direito de Intervenção propicia atuação eficazmente dirigida à prevenção do risco, e não da lesão, assim como permite uma célere e desburocratizada resposta, adequando-se às vicissitudes do seu tempo, especialmente no que tange à pessoa jurídica por permitir variadas formas de imputação coletiva (COSTA, 2008, p. 81).

Desse modo, a proposta do Direito de Intervenção surge com um duplo benefício: a) mantém o Direito Penal vinculado ao seu núcleo duro de bens jurídicos tradicionais e princípios fundamentais – a exemplo da legalidade, taxatividade, ofensividade, intervenção penal mínima, exclusiva proteção de bens jurídicos, culpabilidade, dentre outros, retirando deste ramo a ideia de atuação eminentemente simbólica; b) propicia o enfretamento efetivo dos novos riscos catastróficos, prevenindo a sua concretização, ou reduzindo o campo de prejuízos, por meio da fórmula de prevenção organizacional ou técnica.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A transmutação do Estado Liberal para o Estado Social não restou adstrita ao campo da política e economia, fazendo-se refletir suas consequências sobre as normas jurídicas, especialmente no campo das ciências criminais, adotando-se uma nova postura de enfrentamento ao crime não só na dogmática, quanto na política criminal.

A pulsão social pelo progresso técnico-científico fez surgir uma demanda crescente pelo desenvolvimento social, gerador, em contrapartida, de riscos que se demonstram cada vez mais de ordem global, sem barreiras geográficas ou geracionais, causadores de catástrofes quase

sempre irreversíveis, incidindo-se, inclusive, sob a ética moderna mediante o estabelecimento de uma heurística do medo.

O Direito Penal, assim, passou a ser visto, *prima facie*, como instrumento adequado para a prevenção da ocorrência dos danos catastróficos possivelmente gerados pela modernidade. Para tanto, a política criminal vem alocando a técnica da criminalização como fonte de assegurar socialmente a não ocorrência dos riscos temidos.

Por outro lado, o direcionamento do Direito Penal na sociedade contemporânea, levado a efeito por meio de uma política criminal expansionista e preventiva, induz que o referido ramo do direito perca muito de sua função precípua (proteção de bens jurídicos) para voltar seu atuar como verdadeiro gestor dos riscos, saindo de sua posição de *ultima ratio* para desenvolver a função de ator principal (*prima ratio* ou *solo ratio*) no combate puramente simbólico à ocorrência de tais riscos, atividade essa ineficaz no que toca a efetiva proteção e prevenção da concretização dos referidos desastres.

É inegável que os riscos que a sociedade moderna apresenta são possivelmente geradores de danos de ordem catastróficos, sendo indispensável que as prováveis condutas que possam realiza-los ou concretizá-los tenham regulação preventiva específica, buscando a sua não ocorrência ou a diminuição dos prejuízos futuros.

Todavia, a sistemática fundacional do Direito Penal pátrio vigente, de cunho eminentemente liberal e voltado à proteção do cidadão, não permite que o mesmo funcione com o principal objetivo de exercer, simbolicamente, a administração ou a educação, gerindo os riscos ou estabelecendo consciência cultural, respectivamente, para aplacar a sensação de insegurança sentida (subjetiva) da comunidade, sendo que tais atividades devem ser consequências acessórias, paralelas à principal: proteção de bens jurídicos.

Diante dessa perspectiva e assumindo que tais fins fogem do horizonte do Direito Penal, é possível apontar o Direito de Intervenção como instrumento adequado e eficaz na gestão, proteção e combate aos riscos enormes decorrentes da presente sociedade industrial, tecnológica e científica, posto que enquanto a resposta (prevenção) estatal poderia se demonstrar mais pertinente e equilibrada, em razão da assunção do método preventivo organizacional ou técnico em detrimento da mera prevenção normativa, as garantias conquistadas permaneceriam



intactas ao cidadão. De resto seria querer que o analgésico controlasse a infecção e que o hoje dispusesse eficazmente das todas as soluções para os problemas que o amanhã apresentará.

## REFERÊNCIAS

ALAGIA, Alejandro., BATISTA, Nilo., SLOKAR, Alejandro., ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal brasileiro**. 1º v., 4ª ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003.

ALAGIA, Alejandro., SLOKAR, Alejandro., ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: parte general**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ALEXANDRE, Agripa Faria. A dinâmica da sociedade de risco segundo Antony Giddens e Ulrich Beck. **Revista GEOSUL**. Florianópolis, n. 30, v. 15, 2000.

ANCEL, Marc. **La défense sociale nouvelle**. 2ª ed., Paris: Cujas, 1966.

BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. **Revista Doctrina Penal**. Buenos Aires, a. 8, n. 29, 1985

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **La metamorfosis del mundo**. Trad. Fernando Borrajo Castanedo. Barcelona: Paidós Estado y Sociedad, 2017.

\_\_\_\_\_. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo XXI de España, 2002.

\_\_\_\_\_. **La sociedad del riesgo mundial: en buca de la seguridad perdida**. Barcelona: Paidós, 2008a.

\_\_\_\_\_. Momento cosmopolita da sociedade de risco. Tradução: Germana Barata e Rodrigo Cunha. **Revista Eletrônica de Jornalismo Científico**. 2008b. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/comciencia/?section=8&edicao=41&id=501>>. Acesso em: 25/11/2014.

\_\_\_\_\_. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento, São Paulo: Editora 34, 2010.

BECK, Ulrich., GIDDENS, Anthony., LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Paulista, 1997.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Anti-manual de Criminologia**. 2ª ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria Del Garantismo Penal**. Trad. de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões**. 8ª ed. Petrópoles: Vozes, 1991.

HASSEMER, Winfried. Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos, in Juan Bustos Ramírez (org.), **Pena y Estado**. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Trad. Adriana Beckman Meirelles [et al.]. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos del Derecho Penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo. Barcelona: Bosh, 1984

\_\_\_\_\_. La ciencia jurídico penal en la república federal alemana. **Revista Peruana de Ciencias Penales**. Lima: Cultural Cuzco S.A., a. I, julio/diciembre, 1993

HASSEMER, Winfried., LÜDERSEN, Klaus., NAUCKE, Wolfgang. **Principales problemas de la prevención general**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Low. Montevideo: B de F Ltda., 2004.

JONAS, Hans. **O Princípio da Responsabilidade: ensaio para uma ética da civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

LISZT, Franz Von. **La idea de fin en el Derecho Penal**. 1ª ed., Valparaíso: EDEVAL, 1994.

MAURACH, Reinhart. **Derecho penal - Parte general**. Buenos Aires : Astrea, 1995.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. 2º ed. Montevideo: B de F Ltda., 2003.

\_\_\_\_\_. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva, in Juan Bustos Ramírez (org.), **Prevencion y teoria de la pena**. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995.

NEVES. Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevencion em Derecho Penal**. Trad. Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1981.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3ª ed. – Curitiba: ICPC e Lumen juris, 2008.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do Direito Penal na sociedade do risco. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, n. 46, jan./fev. 2004.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal, in Juan Bustos Ramírez (org.), **Pena y Estado**. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995.