



SOBRE A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: LEGITIMAÇÃO E NECESSIDADE DOS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO

*Andressa Paula de Andrade*¹; *Érika Mendes de Carvalho*²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo o estudo do fenômeno da modernização do Direito Penal, especificamente com relação à legitimação, adequação e necessidade dos novos tipos de delito de perigo no Estado de Direito (social e democrático). Para a investigação, foi utilizado o meio dedutivo com o manejo da incipiente doutrina a respeito da matéria que resultou na observação de que os delitos de perigo abstrato são uma exigência da sociedade de risco hodierna.

PALAVRAS-CHAVE: Modernização do Direito Penal; Delitos de Perigo, Princípio da Precaução.

1. INTRODUÇÃO

A caracterização do Direito Penal moderno constata a necessidade da intervenção penal ante aos novos riscos da sociedade pós-moderna. Os riscos que resultam das ações humanas que gerenciam e distribuem a carga dos mesmos, relacionados à constatação da ineficiência dos mecanismos atuais e o anseio e a busca por novas alternativas.

Embora o discurso de resistência proclamado, sobretudo pela Escola de Frankfurt, liderada por Winfried Hassemer (HASSEMER, 2008, p. 313), afirme a necessidade de um Direito Penal nuclear, a saber, sempre visando à proteção de bens jurídicos individuais, tal afirmação destoa-se do Estado de Direito de matiz social. Por outro lado, o discurso da modernização, que está em conformidade com o todo, busca contribuir para a elaboração de um conceito material de delito, que se coaduna com as exigências ético-políticas e de justiça material do Estado Social (GRACIA MARTIN, 2005, p. 110).

Diante deste cenário, o Direito Penal é chamado a atuar, obviamente, desde que amparado pelos princípios penais de garantia e com supedâneo nos princípios da *ultima ratio legis* e da exclusiva proteção de bens jurídicos, não impondo uma proibição estrita de lesão aos objetos jurídicos, sob pena de total paralisação da vida social.

Há quem sustente que o Direito Penal excedeu a sua barreira punitiva e deteriorou sua característica de fragmentariedade, tornando-se um Direito Penal eminentemente expansivo (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 51). Em resposta a essa objeção, temos que a denominada modernização do Direito Penal é uma readequação da dogmática penal que enfatiza os riscos para a coletividade, sem ater-se à natureza e magnitude dos riscos inerentes ao desenvolvimento científico e tecnológico. Destarte, há uma enorme

¹ Acadêmica do 5º ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM). Pesquisadora Discente pela referida instituição. Monitora de Direito Penal. Membro do Núcleo de Estudos Penais (NEP/UEM). Membro do Núcleo de Estudos de Direito e Ambiente (NEAMBI/UEM). Membro do Núcleo de Estudos em Direito e Bioética (NEBIO/UEM). aandressaandrade@hotmail.com

² Professora Associada de Direito Penal pelo Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Maringá. Pós-doutora e doutora pela Universidade de Saragoça (Espanha). erika.mendes0510@hotmail.com

ineficiência do Direito Penal tradicional para fazer frente a estas neófitas situações, demandando uma nova roupagem em sua forma de atuar com efetividade neste âmbito.

A opção pela técnica dos delitos de perigo abstrato decorre, na atualidade, do reconhecimento geral de que as novas tecnologias possuem o potencial de afetar um grande número de bens jurídicos, não interessando ao gestor de riscos atuar em decorrência da lesão, mas antecipar-se a ela, diante da magnitude dos danos possíveis.

Os delitos de perigo subdividem-se, principalmente, em delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstrato. Os primeiros são aqueles delitos em que há uma perturbação ao bem jurídico, afetado em decorrência a relação espacial e temporal imediata com a fonte de perigo. Para a consideração do perigo concreto é preciso exigir além: a demonstração da produção de uma provável lesão ao bem jurídico em decorrência da exposição a perigo de um objeto material ou jurídico determinado. Já os delitos de perigo abstrato punem a colocação em prática de uma conduta cujo perigo é avaliado através de uma generalização legal baseada na consideração de que determinados comportamentos são tipicamente ou geralmente perigosos para o objeto de proteção e, finalmente, para o bem jurídico. Tal perigo, inerente à ação típica, não se considera comumente elemento do tipo, mas desempenha a *ratio* de incriminação da conduta (BOTTINI, 2010, p. 113).

A técnica dos delitos de perigo é indissociável da modernização do Direito Penal, merecendo a recepção dos Estados sociais e democráticos, para a consecução de uma maior justiça social.

Assiste-se à nova configuração social pós-moderna e emergida nos riscos tão incertos quanto os cursos causais, o que exige uma nova racionalidade. O Direito Penal, atento a tal situação, é invocado a atuar, apresentando seus instrumentos de salvaguarda dos bens jurídicos – sua função precípua – e, sobretudo, valendo-se dos delitos de perigo, lembrando que tais construções tipológicas não se chocam com a ideia proposta por Hans Welzel de que os bens jurídicos devem ser consumidos. O que a modernização do Direito Penal visa não excede em nada à efetiva proteção de bens jurídicos, estando em perfeita harmonia com o Estado de Direito democrático e social.

2. MATERIAL E MÉTODOS

A execução do presente trabalho prima pelo exame da melhor doutrina, através do método dedutivo. A análise da doutrina especializada permite a análise da problemática frente aos institutos da dogmática penal, possibilitando a conformação das hipóteses aventadas, ou sua integral ou parcial contestação. As conclusões pretendem ser obtidas por meio da interpretação da apoucada doutrina especializada relativa à matéria. O estudo do tema em comento justifica-se diante da situação da doutrina nacional, ainda incipiente no que toca à matéria. Outrossim, a escassa investigação acadêmica na proposta de solução à problemática corrobora a adequação e a validade da investigação realizada.

Portanto, o trabalho desenvolvido possui como objetivo a investigação dos delitos de perigo abstrato diante da configuração da sociedade de risco, levando em consideração o discurso de modernização – favorável a uma formatação dos institutos penais – e o discurso de resistência defendido, sobretudo pela Escola de Frankfurt.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

A incessante discussão sobre a modernização do Direito Penal tem chamado a atenção de muitos dos estudiosos da dogmática penal, com vistas a analisar e a delimitar quais seriam os canais de manifestação deste fenômeno hodierno. Aduz-se que, de um

lado, uma manifestação visível deste último ocorre – no plano quantitativo - por meio do aumento excessivo dos tipos penais da Parte Especial, criando-se incessantemente novas figuras delitivas. Outrossim, a caracterização do um Direito Penal do risco deixa manifesto a necessidade da intervenção penal ante aos novos riscos ínsuetos à sociedade pós-moderna. Refere-se aqui aqueles riscos que resultam das ações humanas e que, portanto, diante de sua expectativa de danosidade social merecem submissão ao gerenciamento e distribuição de sua carga de periculosidade àqueles que empreenderam a ação arriscada.

Essa modulação tem sido formatada em razão da clara e inequívoca constatação da ineficiência dos mecanismos atuais de controle social, bem como pelo anseio e busca por novas alternativas que resultem eficazmente na tutela de interesses éticos e socialmente úteis.

Aspecto importante da modernização do Direito Penal é a encampação do princípio da precaução que em sua gênese, encontra-se atrelado do Direito Administrativo primeiramente e ganhou força em todo corpo normativo com a sociedade de risco. O princípio da precaução supõe a passagem de um modelo de previsão (conhecimento do risco e nexos causais) ao da incerteza do risco, impossibilidade de cálculo do dano e do possível nexo causal entre um e outro, em relação ao qual existe, em alguns casos, uma presunção geralmente sustentada em cálculos estatísticos de probabilidades (CASABONA, 2012, p. 41).

Especificamente no campo da dogmática penal, os delitos de perigo abstrato tem se tratado de modelo de harmonização do novo arquétipo social que se apresenta, a saber, a sociedade de risco, não podendo tal instrumento ser rechaçado pelo setor doutrinário contrário à modernização do Direito Penal. Isso porque, em determinados bens jurídicos não se pode esperar que o mesmo sofra uma lesão para que se intervenha penalmente, demandando da ciência penal uma resposta a *priori*, evitando que qualquer resultado danoso ocorra com o mesmo.

4. CONCLUSÃO

Distante da argumentação tradicional da Escola de Frankfurt, a Dogmática Penal pós-moderna não pode erigir-se em um Direito Penal nuclear, circunscrito apenas a bens jurídicos de caráter individual. A própria essência da sociedade contemporânea não se coaduna com a conceituação liberal do sistema penal alicerçada no século XVIII.

Os delitos de perigo abstrato figuram, assim, como o sintoma mais visível do fenômeno da modernização do Direito Penal, não passando despercebido pelos estudiosos da dogmática penal que se debruçam para a melhor consecução de um sistema de justiça penal alicerçado em sólidos princípios garantistas.

De bom alvitre asseverar que os delitos de perigo abstrato merecem a devida guarida, vez que a modernidade tardia ou pós-modernidade se trata de criação e distribuição de intensos riscos. Estes, por sua vez, poderão gerar perigo de lesão ou até mesmo lesão a bens jurídicos metaindividuais. A fim de garantir a incolumidade do bem é que os delitos de perigo abstrato mostram-se adequados para a tutela penal com supedâneo no princípio da precaução.

5. REFERÊNCIAS

BOTTINI, Pierpalo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. São Paulo: RT, 2010.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Genética, biotecnologia e ciências penais*. Trad. Maria Auxiliadora Minahim. Salvador: Juspodivm, 2012.

GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Trad. Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2011.