

5

Conclusão

O panorama do direito penal traçado denuncia graves problemas de difícil resolução. De um lado, o cidadão e o sistema de garantias penais inserto nos diplomas constitucionais, que tem o objetivo de proteger o elemento humano de ingerências estatais descabidas ou arbitrárias e que afetem os direitos e garantias individuais; de outro lado apresenta-se a demanda social da sociedade do risco por segurança, cada dia mais urgente, mais eufórica e politicamente forte.

As bases garantistas nas quais se assentam os Estados da pós-modernidade já não oferecem resistência aos desmandos do Estado punitivo, refém da referida demanda social.

O certo é que de fato surgiram variadas formas de afetação aos também variados bens jurídicos coletivos ou supra-individuais (saúde pública, meio ambiente equilibrado, economia etc), o que fez com que o Estado atual tomasse providências. No entanto, o meio - opção política estatal - através do qual esse ente estatal tem respondido aos fatos geradores de dano ou riscos de dano aos mencionados bens jurídicos coletivos é o direito penal e seu arsenal repressivo e muitas vezes degradante.

Tal situação – a do uso excessivo do direito penal na tutela de bens jurídicos supra-individuais – originou uma intensa discussão acerca dos fundamentos e da legitimação do direito penal na nova ordem constitucional estabelecida, a qual resultou na construção de teorias distintas.

Há pelos menos três correntes que discutem, atualmente, os problemas que envolvem a nova perspectiva do direito penal em uma sociedade do risco. A primeira, de cunho funcional, pugna pela aplicação do direito penal sempre que se mostrar a afetação ou o perigo de afetação a todo e qualquer bem jurídico tutelado pelo Estado, alijando da discussão os elementos que informam uma configuração constitucional do direito penal do século XXI; ou seja, desconsidera como fatores preponderantes e indispensáveis para a legitimação do direito penal as garantias penais clássicas: princípios da legalidade, da proporcionalidade, da *ultima ratio*, da subsidiariedade etc. É o direito penal da lei e ordem ou simbólico.

A segunda corrente, em sentido diametralmente oposto, constrói um entendimento segundo o qual o direito penal e seus instrumentos não se afiguram como uma resposta adequada à nova criminalidade, haja vista o fato de que esse ramo do direito deve reprimir apenas aquelas condutas que representem uma grave e significativa afetação aos bens jurídicos individuais do cidadão, desde que outro ramo do direito, menos agressivo, não possa cumprir referida tarefa de forma eficiente e, ainda, quando se mostrarem presentes as regras herméticas de imputação, vedando a responsabilidade penal objetiva. O direito penal, por esse prisma, é inadequado para tutelar os bens jurídicos coletivos ou supra-individuais. É o estudo empreendido pelo minimalismo penal.

A última construção teórica sobre a aplicação do direito penal em um ambiente de uma sociedade do risco, que pode ser chamada de corrente intermediária, apresenta duas linhas de pensamento, ambas recepcionadas pela racionalidade penal, mas que, a despeito disso, ainda não foram integradas aos ordenamentos jurídicos dos Estados Democráticos de Direito. Tais construções são representadas pelos estudos de Silva Sánchez e Hassemer, os quais trabalham o direito penal de duas velocidades e o direito de intervenção, respectivamente, oferecendo soluções distintas, mas razoáveis.

A se levar em conta a necessidade de se submeter o direito penal a uma determinada base principiológica, a qual impõe o respeito aos princípios constitucionais cunhados na fase do direito penal clássico e desenvolvidos pelas contínuas experiências jurídicas que se sucederam até o presente momento, bem como o imprescindível atendimento às demandas sociais da sociedade do risco, fomentadas por setores representativos da sociedade civil, tem-se que o acolhimento da corrente intermediária, no viés de Winfried Hassemer, deve se impor.

É certo, no entanto, que uma tal concepção - direito de intervenção - não deve ser acolhida de forma incauta; ou seja, referida opção deve se justificar só e quando for possível delinear os instrumentos desse novo ramo do direito, chamado direito de intervenção.

Enfim, o desafio que se coloca na sociedade pós-moderna é como se construir um sistema – não necessariamente um direito penal - que atenda às demandas da sociedade mundial do risco, sem descuidar das garantias constitucionais conferidas aos cidadãos em um Estado Democrático de Direito.