



## Falivene: A indeterminação das leis penais na sociedade do medo

Na moderna dogmática do Direito Penal, a “sociedade do risco”<sup>[1]</sup> parece ser um argumento construído para justificar os mais diversos “avanços” na área jurídica, inclusive aqueles que levam à violação de direitos fundamentais e à utilização do próprio sistema punitivo como *prima* ou *sola ratio*<sup>[2]</sup>, através da expansão desenfreada da legislação penal<sup>[3]</sup> e do agravamento das penas dos crimes existentes<sup>[4]</sup>.

A suposta complexidade da sociedade atual, devida a diversos fatores econômicos e tecnológicos, fez com que, nas últimas décadas, surgisse uma infinidade de novos riscos contra bens jurídicos consagrados, como a vida e o patrimônio, e até mesmo novos bens jurídicos, ditos difusos e coletivos (por exemplo, meio ambiente), que vieram atender a essa expansão<sup>[5]</sup>.

Tais riscos, em razão de sua dimensão e da sua capacidade de afetar um número grande e indeterminado de pessoas, inclusive podendo ter caráter global, faz com que se assemelhem às catástrofes naturais<sup>[6]</sup>.

Contudo, é de se notar que o risco é qualitativo, não quantitativo, isto é, as novas ameaças dizem respeito, em sua maioria, a bens jurídicos difusos e coletivos, que surgiram com a própria sociedade do risco, e não quantitativos, que seriam um incremento do risco aos bens jurídicos ditos primordiais, como a vida.

Na verdade, uma análise atenta do tema nos levaria a concluir que não vivemos numa sociedade do risco, mas, sim, numa sociedade do medo. A alta exposição à violência, às catástrofes etc., realizada pela mídia, primeiramente com a televisão e com o rádio e, mais recentemente, com a internet e com as redes sociais, faz com que nossa percepção sobre a violência seja muito maior do que a realidade.

A exposição exagerada, especialmente às estatísticas<sup>[7]</sup>, cria uma imagem irreal sobre fenômenos como a violência urbana, o consumo de entorpecentes e os desastres naturais, fazendo com que se tornem, no imaginário popular, muito mais graves do que realmente são, naquilo que se denominou “Lei de Tuchmann”<sup>[8]</sup>.

Em razão deste “medo”, muitas vezes meramente estatístico, iniciou-se o fenômeno da “administrativização do Direito Penal”, uma verdadeira patologia<sup>[9]</sup>, que busca superar os dogmas garantistas do Direito Penal “antigo” através da substituição pelos dogmas flexíveis do Direito Administrativo. Conforme a doutrina<sup>[10]</sup>, esse fenômeno traz duas principais consequências ao Direito Penal: a criação de novos tipos penais para tutelar ações que, originariamente, eram tuteladas pelo Direito Administrativo; e a modificação das características e finalidades da pena, que passa a tutelar os macrorriscos sociais.

Acrescentaríamos a essas consequências a utilização indiscriminada de tipos penais incompletos, especialmente da lei penal em branco, naquilo que se denomina acessoriedade (ou assessoriedade) administrativa<sup>[11]</sup>.



Argumenta-se que alguns enunciados das leis penais devem ser linguisticamente indeterminados, para que possam ser “adaptados” às novas demandas sociais. Esse tipo de argumento é muito comum em ramos do Direito Penal que estão estritamente ligados às ciências exatas e naturais, como na questão dos “crimes de informática”, ligados à ciência da computação, ou mesmo das drogas, fortemente ligada à química.

Como o moroso processo legislativo não consegue acompanhar a evolução desses ramos do conhecimento, prefere-se adotar expressões equivocadas, semanticamente abertas, que permitem a complementação pelo Poder Executivo. É uma técnica legislativa, pois permite evitar as agruras do processo legislativo democrático, ainda que pagando o alto preço da violação do princípio da taxatividade.

[1] A expressão foi cunhada por Ulrich Beck, em sua obra *Risikogesellschaft* (Sociedade do risco).

[2] “O Direito Penal deixa de ocupar o papel de *ultima ratio* e se torna, crescentemente, a resposta primária do Estado aos mais diversos conflitos sociais.” (RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito Penal Brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, 2012. p. 110; nesse sentido também: SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo.

*Normativización del derecho penal y realidad social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 188.

[3] Vicente Greco Filho já alertava, quando da promulgação da Lei de Licitações, sobre a “inflação legislativa” ocorrida na década de 1990, momento em que foram incorporados ao ordenamento diversos diplomas legislativos especiais, como a Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro e a Lei de Lavagem, além, obviamente, da própria Lei de Licitações, que traz em seu seio uma série de crimes (GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da Lei de licitações*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 14).

[4] “A expansão do Direito Penal no Brasil evidencia-se especialmente pelo acréscimo do número de leis, sobretudo na legislação especial, e também pelo agravamento das penas previstas para os delitos já existentes” (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o Direito Penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013. p. 161).

[5] Como bem alerta Pierpaolo Cruz Bottini, “[...]. Isso não significa a existência de perigos maiores na atualidade do que no passado. Significa – como será apontado – uma diferente percepção do risco, e uma relação distinta com a ideia de perigo, que confere um novo papel ao direito penal e aos demais discursos jurídicos que nela se produzem”. (*Crimes de perigo abstrato*. 3ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013. p. 22).

[6] PAIVA, Elky Alexandre Villegas. *Los bienes jurídicos colectivos en el Derecho Penal: consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales*. Disponível em: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php>. Acesso em 11 de abril de 2014.

[7] Em termos linguísticos e filosóficos, as estatísticas nada mais são do que uma representação da



realidade, que podem ser interpretadas e “manipuladas”.

[8] “Os desastres raramente são tão devastadores quanto suas estatísticas. O fato de serem catalogados faz com que pareçam fenômenos recorrentes e disseminados, quando, na verdade, são esporádicos tanto no tempo quanto no espaço. Além disso, a persistência da normalidade é maior do que o efeito dos distúrbios, como sabemos em nossos tempos. Depois de absorver as notícias de hoje, se espera enfrentar um mundo composto basicamente de greves, crimes, falhas de energia, tubulações de água rompidas, trens quebrados, tiroteios em escolas, homicídios, drogados, neonazistas e estupradores. O fato é que se chega em caso após o final de um dia — de um dia de sorte — sem encontrar um ou dois desses fenômenos. Isso me fez formular aquilo que de Lei de Tuchman, nos seguintes termos: ‘o fato de serem noticiados aumenta a extensão de qualquer fato deplorável em cinco ou dez vezes’ (ou qualquer número que o leitor queira).” (TUCHMAN, Barbara. *A Distant Mirror: The Calamitous 14th Century*. Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 1978. p. 17 – tradução livre).

[9] Como bem salienta Bernardo Feijoo Sánchez, “a administrativização do Direito Penal deve ser tratada como uma patologia que desnatura as características essenciais do Direito Penal, implicando, portanto, numa utilização ilegítima da pena e das normas que são contempladas pela consequência jurídica pena”. (*Normativización del derecho penal y realidade social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 204 – tradução livre).

[10] SÁNCHEZ, Bernardo Feijo. *Normativización del derecho penal y realidade social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 189.

[11] Como se disse, a acessoriedade administrativa é a utilização de complementações dos tipos penais provenientes do Direito Administrativo. Maria Helena Regina Lobo da Costa (*Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66 e ss.) anota que o termo mais correto seria “assessoriedade”, já que existe uma relação de assessoramento da norma de Direito Administrativo para a norma de Direito Penal. Com efeito, parece ser uma posição correta, ainda que não seja pertinente aprofundarmos o estudo neste tema no presente artigo.

## Date Created

08/07/2019