

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Cláudio do Prado Amaral

BASES TEÓRICAS DA CIÊNCIA PENAL CONTEMPORÂNEA

DOGMÁTICA, MISSÃO DO DIREITO PENAL E
POLÍTICA CRIMINAL NA SOCIEDADE DE RISCO



SÃO PAULO
2007



IBCCRIM
mono 44

© Desta edição – IBCCRIM

Produção Gráfica: Método Editoração e Editora Ltda.

Fone: (11) 3215-8350 – Fax: (11) 3262-4729

Capa: Lili Lungarezi – lililungarezi@uol.com.br

**CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ**

Amaral, Cláudio do Prado

Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco / Cláudio do Prado Amaral.

- São Paulo : IBCCRIM, 2007.

(Monografias IBCCRIM ; 44)

Bibliografia

1. Direito penal - Aspectos sociais. 2. Risco - Aspectos sociais. 3. Crime e criminosos - Aspectos sociais. 4. Sociologia jurídica. I. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. II. Título. III. Série.

07-3066.

CDU: 343.21

ISBN 978-85-99216-14-9

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM)

Rua 11 de Agosto, 52, 2.º andar

CEP 01018-010 – São Paulo, SP, Brasil

Tel.: (xx 55 11) 3105-4607 (tronco-chave)

<http://www.ibccrim.org.br> — e-mail: monografia@ibccrim.org.br

Tiragem: 5.000 exs.

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO RESERVADOS

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

2007

IBCCRIM – Diretoria para o biênio 2007/2008

Diretoria executiva

Presidentes

Alberto Silva Franco

1.º Vice-Presidente

Sérgio Mazina Martins

2.º Vice-Presidente

Theodomiro Dias Neto

1.º Secretário

Carlos Alberto Pires Mendes

2.º Secretário

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1.º Tesoureiro

Ivan Martins Motta

2.º Tesoureira

Silvia Helena Furtado Martins

Conselho Consultivo

Carlos Vico Mafias, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maurício Zanoid de Moraes e Tatiana Viggiani Bicudo

Comissões especiais – Presidentes

Código Penal

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Convênios

André Augusto Mendes Machado

História

Roberto Mauricio Genofre

Justiça e Segurança

Renato Campos Pinto de Vito

Meio Ambiente

Adilson Paulo Prudente do Amaral

Mesas de Estudos e Debates

Paulo Sérgio de Oliveira

Monografias

Andrei Koerner

Núcleo de Jurisprudência

Rui Stoco

Política Nacional de Drogas

Maurides de Melo Ribeiro

Sistema Prisional

Alessandra Teixeira

Seminário Internacional

Carlos Vico Mafias

Coordenadores – chefes dos Departamentos

Biblioteca

Sérgio Salomão Shecaira

Boletim

Carina Quito

Cursos

Cristiano Ávila Maronna

Comunicações

Renato Sérgio de Lima

Estudos e Projetos Legislativos

Guilherme Madeira Dazem

Iniciação Científica

Camila Akemi Perruso

Internet

Heloisa Estellita

Núcleo de Pesquisas

Jacqueline Sinhoretto

Pós-Graduação

Helena Regina Lobo da Costa

Relações Internacionais

Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representantes do IBCCRIM Junto

ao Oiapoc

Flávia D'Urso, Glauber Callegari e

Renata Flores Tybriça

Revista Brasileira de Ciências

Criminais

Juliana Garcia Belleoque

Coordenadores Regionais

1.º Região (Amapá, Maranhão e Pará)

João Guilherme Lages Mendes

2.º Região (Acre, Amazonas e Roraima)

Fabiola Monteconrado Ghidalevich

3.º Região (Piauí, Ceará e Rio Grande do Norte)

Patrícia de Sá Leitão e Leão

4.º Região (Pernambuco e Alagoas)

Oswaldo Trigueiro Filho

5.º Região (Bahia e Sergipe)

Wellington César Lima e Silva

6.º Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo)

Marcio Barandier

7.º Região (Distrito Federal, Goiás e Tocantins)

Pierpaolo Bottini

8.º Região (Minas Gerais)

Felipe Martins Pinto

9.º Região (Mato Grosso,

Mato Grosso do Sul e Rondônia)

Francisco Alfonso Jawsznicker

10.º Região (São Paulo)

Ricardo Guinatz

11.º Região (Paraná)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12.º Região (Rio Grande do Sul e Santa Catarina)

Rafael Braude Canterji

Comissão de Monografias Jurídicas – 2007

monografia@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

Presidente: Andrei Koerner

Membros da Comissão de Monografias

Ana Lúcia Pontes Manazas Vieira

Ana Sofia Schmidt de Oliveira

Cláudio do Prado Amaral

Davi de Paiva Costa Tangerino

Ela Wiecko Volkmer da Castilho

Flávia Schilling

Flávio Américo Frassetto

José Henrique Rodrigues Torres

Maira Rocha Machado

Wânia Pasinato Izumino

Tadeu Antonio Dix Silva

11.º Concurso de Monografias Jurídicas – 2007

Presidente: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Membros da Comissão do Concurso de Monografias

Adauto Alonso Suannas, Adilson Paulo Prudente do Amaral

Filho, Alvinio Augusto de Sá, Enéida Gonçalves de Macedo

Haddad, Flávia D'Urso, Luciano Anderson de Souza, Maria

Elizabeth Quaijo, Sérgio Salomão Shecaira, Vitor André Zilli

Maximiano

Suplentes

Andrei Koerner, Angélica da Maria Mello de Almeida, Benadito

Roberto Garcia Pozzer, Flávio Augusto Fontes da Lima,

Maurides de Melo Ribeiro, Roberto Mauricio Genofre, Tadeu

Antonio Dix Silva

*Para Ana Elisa,
Esposa querida,
Criatura abençoada
De ternura e paz,
Que me ilumina a alma;
Ó minha estrela guia,
Aqui como sempre,
Com todo o meu amor...*

NOTA DO AUTOR E AGRADECIMENTOS ■

Na obra *Princípios Penais: da legalidade à culpabilidade* (Monografia IBCCRIM n. 24) eu já manifestara minha inclinação pelas idéias básicas de Niklas Luhmann. Embora naquela primeira obra eu tenha trabalhado a partir da teoria constitucional de Gomes Canotilho, é notória sua influência no esquema luhmanniano.

Em relação à obra anterior, considero o presente trabalho um significativo avanço no desenvolvimento da teoria de sistemas de Luhmann aplicada ao direito penal. E, conseqüentemente, uma aberta acolhida do normativismo-funcionalista aplicado ao direito penal.

Nessa obra, trabalhei fundamentalmente com dois autores, ambos bastante respeitados, mas também muito controvertidos: Niklas Luhmann e Günther Jakobs. Um desafio, tanto para compreender como para fazer-se compreendido.

O trabalho foi concluído e defendido como tese junto à Faculdade de Direito da USP, tendo como título original *Direito Penal e Sociedade de Risco*. Originalmente, também, havia mais um capítulo (o último), em que examinei casos comuns ao dia-a-dia forense, atribuindo-lhes soluções diversas com base nos elementos expostos no decorrer da tese e também com fundamento na teoria da imputação objetiva de matiz funcionalista. Aos que tiverem interesse nessa casuística sob a ótica da imputação objetiva, poderão encontrá-la na biblioteca da Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Para os fins deste trabalho, decidi retirar o referido capítulo, pois a didática de tal apresentação, em vista do heterogêneo público a que se destina, exigiria uma nova obra, igualmente extensa e exclusiva sobre a teoria da imputação objetiva, inclusive extrapolando os limites estabelecidos no edital de concurso de monografias.

A douta e respeitável banca examinadora, composta por cinco destacados nomes do cenário jurídico-penal nacional e internacional, entendeu por bem aprovar por unanimidade a tese, tecendo críticas, é verdade, como sempre ocorre, mas também, rasgando elogios que me encorajam a continuar e insistir no estudo jurídico como caminho verdadeiro para o crescimento de todos.

A finalização bem-sucedida de um trabalho nunca é produto exclusivo de seu autor, pois este vive em um meio, onde interage. Se esse entorno não lhe for favorável, o desfecho pode – e geralmente acaba sendo – outro... Tenho plena consciência de que o meio em que vivi e interagi foi decisivo para o bom sucesso da tese. Tive a sorte de contar com um ambiente muito favorável, porque repleto de familiares e amigos, que sempre me apoiaram. Nisso não reside qualquer falsa modéstia, pois bem verá o leitor nas páginas seguintes a importância que atribuo às idéias de meio, interação e trocas.

Para agradecer a cada um dos meus queridos familiares e magníficos amigos, eu certamente escreveria outro livro. Não que eles não mereçam, absolutamente! Mas eu penalizaria o leitor com uma leitura que faria muito mais sentido para mim.

Todavia, não posso deixar de, aqui, expressamente, registrar alguns agradecimentos, porque decisivos, efetivamente, para o sucesso da tese.

Muito obrigado aos médicos, Dra. Josiane A. Trafane e Dr. Luís Antônio Estevam, fiéis e sinceros amigos.

Especialmente, agradeço à amiga catarinense de muitos anos, Dona Ivete Dalpiaz, anjo que Deus permitiu cruzar meu caminho nessa existência terrena.

Agradeço, também, ao caríssimo Dr. Gustavo Guimarães, adido cultural da Embaixada do Brasil no México, sempre pronto para ajudar na busca pelas obras de difícil obtenção.

Ao Professor Antonio Luis Chaves Camargo, recentemente chamado de volta à pátria espiritual, obrigado. Titular do Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, meu mestre de muitos anos, como sempre o agradei publicamente em vida, faço-o também após sua passagem. Obrigado por ter me orientado mais uma vez, por ter aceitado o desafio de novo, por jamais ter me faltado com seus ensinamentos, obrigado pelo espírito elevado,

pelo exemplo de ser humano que nos deu e, enfim, por mostrar a todos que os obstáculos – por mais difíceis que sejam – dependem apenas de nós mesmos para serem superados. Muito obrigado, caro amigo, Professor Chaves, que tenho certeza, observa com satisfação, do alto de onde está, os frutos de seu valoroso trabalho.

Cláudio do Prado Amaral

PREFÁCIO ■

A leitura desta obra do magistrado e doutor Cláudio do Prado Amaral, *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: Dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*, nos traz uma esperança, podendo mesmo afirmar que a dogmática jurídico-penal brasileira ainda atingirá, em pouco tempo, o patamar da evolução desse ramo do Direito, da União Européia.

Às vezes, nas minhas aulas para o curso de graduação da Faculdade de Direito da USP, onde nos idos da década de oitenta o autor foi meu aluno, e até pouco tempo tive a satisfação de orientá-lo, no mestrado e doutorado, fico perplexo e sem resposta quando me indagam sobre a impunidade no Direito Penal brasileiro. De plano, alerto que vivemos, ainda, a metodologia do Direito Penal do início do século XX, o denominado tecnicismo jurídico de Arturo Rocco e não avançamos, porque é mais fácil entender que a lei penal é a única fonte do Direito e o jurista penal não deve ir além dela, atribuindo à jurisprudência o esclarecimento de todo o âmbito legal, e, se possível, torná-la vinculante, para diminuir o número de processos.

A impunidade se assegura do formalismo desse método para impedir qualquer ação mais rigorosa, quando se trata de bens jurídicos difusos (crime organizado, corrupção, meio ambiente, tráfico de entorpecentes, etc.), deixando seus autores no anonimato e impossíveis de serem atingidos pelas garras da lei penal.

Diante desse quadro, este livro de Cláudio do Prado Amaral, que tenho a satisfação de apresentar, e o faço com todo o respeito e carinho que tenho pelo autor, é um alento para os estudiosos do Direito Penal, pois trata de um assunto atual e que poderá modificar, em pouco tempo, toda a estrutura metodológica do Direito Penal brasileiro.

Os argumentos apresentados deixam de lado, e o faz com sabedoria, um passado que ainda persiste entre nós, mas que muitos já sentem a necessidade de olhar com mais responsabilidade o futuro que está presente na denominada sociedade de risco brasileira.

Muitos são os aspectos que podem ser lembrados e enaltecidos nesse livro. O primeiro é a coragem, isso mesmo, num país que ainda não acordou para a modernidade da dogmática jurídico-penal, ou mesmo para o que se denomina Direito Penal do risco; escrever sobre a Sociologia e o Direito Penal é enfrentar críticas, pois esta influência já é decorrência do pós-guerra e determinou à dogmática jurídico-penal uma abertura do sistema penal, dando lugar ao funcionalismo de características luhminianas, com acentuada força habermasiana.

Num segundo momento, outro aspecto relevante é a relação entre a Sociologia e o Direito Penal.

Agora, já num terceiro momento, o autor analisa a tese do momento, qual seja a do Direito Penal como sistema aberto. Não se trata de um assunto que pode ser visto como de simples desenvolvimento, mas que se refere à segurança jurídica no mundo globalizado, diante do pluralismo jurídico. O sistema aberto, nesse sentido, é científico e objetivo.

Aprofunda o trabalho neste tema sociedade de risco, analisando a sociedade contemporânea e os riscos relevantes para o Direito Penal, oferecendo uma série de propostas que são adequadas para o enfrentamento da criminalidade organizada, esta com um amplo fundamento econômico, o que dificulta a sanção destes crimes que atingem bens difusos.

Continua a obra a nos deliciar com estudos profundos sobre a política criminal e a sociedade de risco, desde o conceito de Von Liszt até o princípio da precaução, a responsabilidade da pessoa jurídica e outros temas de importância para a matéria.

A proposta essencial, entretanto, se encontra no último capítulo,¹ que trata da imputação objetiva, esta teoria que, no Brasil, ainda é

¹ O presente prefácio foi escrito pelo Professor Chaves em janeiro de 2007 e por isso é feita referência a um último capítulo que deste trabalho não consta, onde o autor aborda casos do dia-a-dia forense à luz da teoria da imputação objetiva de base normativista-funcionalista conforme proposta de Günther Jakobs. Aos interessados, existem exemplares com o texto original na biblioteca da Faculdade de

pouco compreendida, pois sua incompatibilidade com o tecnicismo jurídico é total, e somente poderá ser aplicada caso se opte pelas teorias funcionalistas da dogmática jurídico-penal. Há uma preocupação com a determinação do risco proibido e a causalidade, chegando à proposta de uma atualização da dogmática penal por meio da forma de compreender o mundo, estando, ainda, presente o comportamento da vítima, tema hoje relevante para o Direito Penal.

Por todos esses aspectos, com argumentos provocantes e que questionam tudo o que se encontra na dogmática jurídico-penal brasileira, se não de forma clara, mas implícita, pelas propostas de substituição dos seus fundamentos, esta obra se coloca entre as de suma importância para os estudiosos e juristas, que, a partir do curso de pós-graduação, podem dar um grito de alerta, e espero que esse grito não tenha sido dado em vão.

O tempo atual tem deixado atônitos não só os sociólogos, como também os juristas, e, em especial, os penalistas, em razão da incapacidade de o Direito Penal agir com eficácia, no sentido de oferecer um mínimo de segurança à sociedade. Ocorre que, diante das preocupações desses jovens juristas, poderemos, talvez, resgatar a tão sonhada eficácia de um Direito Penal mínimo, com o recurso a outros ramos do Direito, numa interdisciplinaridade que poderá superar as contradições da sociedade atual que tanto nos afligem.

Tenho certeza que o autor, Cláudio do Prado Amaral, não se limitará à publicação desta pesquisa, o que já será um grande feito para a ciência do Direito, mas continuará a tentar as modificações necessárias, não só na sua atividade de magistrado, que é brilhante, como também na qualidade de docente, na qual levará aos jovens os temas modernos que tanto necessitam para poder modificar o Direito Penal brasileiro.

A difusão de posturas críticas não só no âmbito da Universidade, como ocorreu com a defesa desta tese, mas da própria sociedade, mostrando que é possível reformar, nos faz anotar os cumprimentos

Direito da USP. Para os fins desta monografia, decidiu-se pela não apresentação do referido capítulo em que é apresentada casuística, não somente porque extrapolaria o limite exigido pelo edital do concurso de monografias, mas, principalmente, porque a didática de tal apresentação, em vista do heterogêneo público a que se destina, exigiria um novo trabalho, igualmente extenso e exclusivo sobre imputação objetiva.

ao autor e desejar que continue sempre na sua luta pela melhoria da nossa sociedade, uma forma simples de cumprir a missão que é atribuída a cada um de nós.

São Paulo, janeiro de 2007.

Antonio Luis Chaves Camargo (★1942 – † 2007)

Professor Titular

SUMÁRIO ■

INTRODUÇÃO: O DIREITO PENAL NA BERLINDA. EM BUSCA DE UMA NOVA DOGMÁTICA	23
1. O DIREITO PENAL COMO SISTEMA ABERTO	33
1. Direito, sistema e sistema axiológico	34
2. Sistema, enunciados e lógica-formal	35
3. O direito penal como sistema fechado	37
4. O direito penal como sistema aberto	40
4.1 O sistema de direito penal cientificamente aberto	40
4.2 O sistema de direito penal objetivamente aberto	41
5. Sistema aberto, linguagem ordinária e sistema penal	42
6. Sistema aberto, sociedade e a Constituição Federal de 1988 .	44
7. Sistema aberto e segurança jurídica	45
7.1 A necessidade de segurança jurídica	45
7.2 A segurança jurídica e as mudanças sociais anteriores à globalização	46
7.2.1 Segurança jurídica e pluralismo jurídico	48
7.3 Segurança jurídica e globalização	50
7.3.1 Segurança jurídica, globalização e o princípio da legalidade	50
7.3.2 Segurança jurídica, globalização e direito penal	53
7.4 O sistema aberto de direito penal e a segurança jurídica possível	56
7.5 Segurança jurídica, sistema aberto e direito penal	57

2. O RISCO COMO RELEVANTE CARACTERÍSTICA DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E O DIREITO PENAL	61
1. O aumento dos perigos potenciais e seu controle	62
2. A afetação das relações de responsabilidade	64
2.1 A responsabilidade pela criação do risco	65
3. Estado subjetivo de insegurança pública	66
4. Aspectos políticos do conceito de risco relevantes para o direito penal	68
4.1 A distribuição dos riscos	68
4.2 A delimitação do risco	70
4.3 A criação do risco pela tecnologia	71
4.4 O risco e a política do Estado	72
3. A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA COMO SOCIEDADE DE RISCO	75
1. Ulrich Beck	76
1.1 Modernização reflexiva	77
1.2 Agressão à natureza, crise de controle e desencanto	79
2. Anthony Giddens	81
2.1 Encaixe, desencaixe e reorganização	81
2.2 A estrutura do risco na modernidade: os riscos institucionalizados e a confiança	83
2.3 Modernidade reflexiva	84
2.4 O ambiente de risco	85
2.5 Globalização e risco criado	86
3. Niklas Luhmann	88
3.1 O sistema autopoiético	90
3.1.1 A comunicação na teoria dos sistemas	92
3.1.2 A evolução	98
3.1.3 A sociedade funcionalmente diferenciada	99
3.2 Risco e perigo	100
3.3 A determinação híbrida do risco	102
3.4 O tratamento sistêmico do risco	104
3.4.1 Risco e complexidade	105
3.4.2 Risco e comunicação no subsistema científico	106

3.5 Risco, segurança e prevenção	110
3.6 A avaliação auto-referente do risco	111
3.7 Confiança, desconfiança, risco e complexidade	112
4. As convergências teóricas sobre o risco	115
 4. PROPOSTAS PARA UM DIREITO PENAL DIANTE DA SOCIE- DADE DE RISCO	 117
1. Sociedade de risco e o novo paradigma da criminalidade	118
2. Sociedade de risco e dogmática penal	119
2.1 A flexibilização do direito penal	119
2.2 A setorização do direito penal	120
2.2.1 O direito penal de velocidades	121
2.2.2 O direito penal do risco	122
2.2.3 O direito penal “do inimigo”	125
3. Setorização do direito penal: quebras sistêmicas e teleológicas ..	130
3.1 Setorização do direito penal e quebras sistêmicas	130
3.2 Setorização do direito penal e desvio de finalidade da dog- mática	131
4. A comunicação como base para uma teoria do delito: por um só direito penal	133
5. Direito penal e comunicação: entre Luhmann e Habermas	136
5.1 O direito em Luhmann	137
5.1.1 As críticas de Habermas a Luhmann	139
5.1.2 Luhmann e a maturidade moral	141
5.1.3 Luhmann e sua visão incomum do direito	142
5.2 O direito em Habermas	144
5.2.1 O agir comunicativo	144
5.2.2 Agir comunicativo, democracia e direito penal na sociedade de risco	145
5.2.3 O agir comunicativo no direito penal da sociedade de risco: utopia e universalismo reilustrado	146
6. O tempo como paradigma das opções penais na sociedade de risco	149
7. O tempo comunicativamente tratado na sociedade de risco ...	150
7.1 Habermas e o tempo	151
7.2 Luhmann e o tempo	152

7.3 Luhmann, o tempo e o direito	153
7.4 O tempo e o direito penal na sociedade de risco	155
5. A MISSÃO DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO .	157
1. A referência constante ao bem jurídico na missão protetiva do direito penal	158
1.1 O bem jurídico referido indiretamente no direito penal e a proteção dos valores elementares da vida em comunidade (Welzel)	159
1.2 O bem jurídico referido indiretamente no direito penal e o normativismo-funcional (Jakobs)	161
1.3 O bem jurídico referido diretamente no direito penal	164
2. O bem jurídico e a sociedade de risco	165
3. As debilidades da missão penal de exclusiva proteção de bens jurídicos	166
4. Proteção de bens jurídicos e o referencial social	170
5. A proteção dos bens jurídicos coletivos e a sociedade de risco .	173
6. A garantia da identidade da sociedade como missão do direito penal na sociedade de risco: o fator “comunicação”	175
6.1 Críticas ao normativismo-funcional	177
7. O Estado democrático de direito e a missão do direito penal na sociedade de risco	180
7.1 Os atos preparatórios	181
7.2 A tentativa	183
7.3 A consumação	185
7.4 Os crimes de perigo	186
7.4.1 O fundamento punitivo do crime de perigo	186
7.4.2 As espécies de crimes de perigo	189
8. “Proteção de bens jurídicos <i>versus</i> proteção de vigência das normas” ou “proteção de bens jurídicos <i>e</i> proteção de vigência das normas”	192
8.1 Proteção de bens jurídicos <i>e</i> proteção de vigência das normas	196
8.2 O método	197
8.2.1 O ingresso do bem jurídico no sistema do direito penal como elemento necessário ao sistema	199

8.2.2 O bem jurídico como informação do ambiente	201
8.2.3 Pautas de conduta como informação do ambiente	202
6. POLÍTICA CRIMINAL E SOCIEDADE DE RISCO	205
1. A evolução da política criminal	205
1.1 Franz von Liszt	206
1.2 Claus Roxin	207
1.3 Os princípios da política criminal	209
2. As tendências da política criminal na sociedade de risco. O retrocesso da política criminal: a "real" retomada de Von Liszt ...	210
3. Segurança e sociedade de risco	211
3.1 A ambivalência do risco e a política criminal	212
3.2 Política criminal e o princípio da precaução	214
3.2.1 A delimitação conceitual do princípio da precaução ..	214
3.2.2 As vantagens do princípio da precaução	216
3.2.3 Críticas ao aporte do princípio da precaução sobre o direito penal do risco	216
3.3 O risco e a formação das expectativas sociais de conduta	219
3.3.1 A dimensão temporal, a formação das expectativas e o risco	220
3.3.2 A dimensão material, a formação das expectativas e o risco	222
3.3.3 A dimensão social, a formação das expectativas e o risco	223
3.4 Política criminal, segurança e globalização	224
3.4.1 A responsabilidade penal da pessoa jurídica	227
4. As possibilidades e advertências para a política criminal na sociedade de risco	229
5. Uma saída para a política criminal na sociedade de risco	232
6. A política criminal possível para a sociedade de risco	234
6.1 A política criminal para os riscos definidos	235
6.2 A política criminal para os riscos construídos	236
6.2.1 Questionamento de pautas de conduta e defraudação de expectativas sociais	237
6.2.2 Relevância sistêmica da defraudação de expectativas	238
6.2.3 O risco e a desestabilização do subsistema	242

CONSIDERAÇÕES FINAIS	245
BIBLIOGRAFIA	253
RELAÇÃO DAS MONOGRAFIAS PUBLICADAS	265

INTRODUÇÃO: O DIREITO PENAL NA BERLINDA. EM BUSCA DE UMA NOVA DOGMÁTICA

É chegado o momento da história do Homem em que os conhecimentos estão sendo constantemente desconstruídos em nome de uma imediata nova construção de outros inéditos, em impressionante frenesi. Isso se dá graças às surpreendentes características da sociedade contemporânea, marcada pela tecnologia e pelo risco.

Os diversos ramos das mais variadas ciências passam por uma indefectível revisão de seus conceitos, princípios e proposições. Estranhamente, o direito penal, enquanto ramo do conhecimento jurídico, parece estar alijado desse movimento. É como se o direito penal de hoje fosse o de sempre, de 10, 20, 100 anos atrás.

Essa constatação pronuncia-se na proporção em que atentamos para as características do direito penal, suas relações com a evolução das características sociais e com a própria sociologia jurídica.

Aliás, em tempos em que a sociologia é ainda vista – academicamente, inclusive – como mera “ciência auxiliar” no estudo do direito, não é demais pontuar, aqui, a importância da sociologia para a adequada visão da teoria do delito.

Em nossos tempos, não deveria mais ser assim. Conforme destaca IANNI, ao discorrer sobre a vocação política das ciências sociais, “o produto do trabalho científico nas ciências sociais, muitas vezes, tende a incorporar-se ao objeto do conhecimento. Isto significa que o conhecimento produzido passa a ser parte da realidade social, como pensamento e prática. Além da modificação eventual que o

processo da pesquisa pode provocar no modo de pensar e agir do pesquisado, o conhecimento pode passar a compor o mundo cultural e material dos grupos e classes sociais, ou da sociedade como um todo. No século vinte, os pensamentos de Marx, Weber, Lênin, Freud e Keynes, para mencionar alguns, passaram a fazer parte da cultura e prática de governantes, partidos, associações, empresas, grupos, pessoas, igrejas e classes sociais".¹

A sociologia contribui especificamente para o processo de conhecimento do direito, evitando o comodismo e, principalmente, estimulando o espírito crítico do jurista. LIMA LOPES² indaga: "Qual a contribuição mais específica que podem os juristas receber da sociologia?". Responde em seguida que essa contribuição é, sem dúvida, a crítica ao senso comum, permitindo aos juristas darem-se conta da abertura do direito. De fato, até aqui se vive no meio acadêmico e profissional (acentuadamente) uma concepção normativista do direito, a qual é insuficiente não por referir-se de forma central à norma ou à normatividade, mas sim porque "não mais perquiriu em que consiste essa normatividade, satisfazendo-se com a explicação de que uma lei é uma lei, uma ordem é uma ordem, desde que provenham de autoridade".

Contudo, em um mundo que exige, constantemente, eficiência e pragmatismo, a grande importância da sociologia jurídica reside em sua capacidade de funcionar como instrumento de obtenção de decisões jurídicas em conformidade com a dinâmica da sociedade ou com o menor atraso possível em relação a essa dinâmica. Destaca-se o relevo da sociologia, não apenas para a compreensão, mas também, e principalmente, para a aplicação do direito, com uma utilidade prática de grande dimensão.³

Diz CARBONNIER que a sociologia jurídica tem a preocupação de ser, não apenas uma ciência, mas uma ciência aplicada. Muito mais do que a sociologia geral, a sociologia jurídica sente a necessidade

¹ IANNI, Octávio. *Sociologia da Sociologia*; o pensamento sociológico brasileiro. 3. ed. São Paulo: Ática, 1989. p. 213.

² LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito e mudança social*. Tese de doutoramento. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1991, p. 320.

³ RODRIGUES, Paulo Daher. *A posição do conhecimento jurídico no mundo científico de hoje e a necessidade da Sociologia do Direito*. Dissertação apresentada no curso de pós-graduação da faculdade de direito da UFMG. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 322, p. 373, abr.-jun. 1993.

de servir, porque é forçada a tanto; e por necessidade de andar lado a lado com os juristas, cuja ciência está dirigida para a ação, “envergonha-se de ser um luxo do espírito”. As aplicações da sociologia jurídica nas quais se pensa imediatamente são naquelas áreas ligadas às duas artes tradicionais do direito: julgar e legislar, por força do caráter jurídico da sociologia. No leque de possíveis aplicações da sociologia jurídica, “as mais significativas respeitam a decisões, dado que a declaração de vontade contratual, o julgamento, a lei, são decisões jurídicas por natureza. Há, portanto, para o sociólogo do direito muito a aprender e a apreender na experiência já reunida pelos especialistas da decisão. Erraria, contudo, se se contentasse com uma transferência pura e simples”. O processo de decisão ao qual correspondem as soluções obtidas para o direito não é um processo matemático. Ele é um processo flexível, no qual não deixa de quantificar o que é quantificável ao mesmo tempo em que recorre a uma análise mais diversificada de todos os elementos da situação. Daí, “é possível supor que é este processo de decisão – ou menos ambiciosamente, de ajuda à decisão – que, mais do que o cálculo econômico, convém em geral às decisões jurídicas”.⁴

Essa dimensão decisória se expressa na práxis e como tal guarda uma estreita relação com o modo de produção do direito.

Apesar dessa maturidade teórica, na atualidade brasileira, o Poder Judiciário e demais instituições jurídicas ainda utilizam o formalismo e o tecnicismo, incompatíveis com as necessidades de eficiência difundidas pela cultura legal de países mais avançados, por força do mercado e da globalização. Isso conduziu a um quadro de inúmeras críticas ao formalismo interpretativo, para o qual o Judiciário, por algumas vezes, não se mostra sensível, e, por outras tantas – quando se sente tocado – não tem conseguido ajustar a hermenêutica com a tarefa impostergável de dar uma resposta à crise das concepções formalistas da interpretação.⁵

⁴ CARBONNIER, Jean. *Sociologia jurídica*. Traduzido por Diogo Leite de Campos. Coimbra: Almedina, 1979. p. 398. Também, com base no original *Sociologie juridique*, série *Sociologie Juridique*, Paris, Librairie Armand Colin, 1972, p. 275. EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Traduzido de *Grundlegung der soziologie des rechts* – 1967. Traduzido por René Ernani Gertz. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. p. 10.

⁵ RIBEIRO, Hécio. *Justiça e política; reforma do Judiciário e controle externo da magistratura*. Tese de doutoramento. Faculdade de Direito da USP, 1999. p. 153-154.

A integração da sociologia ao direito conduz, em última instância, ao questionamento da suposta neutralidade do jurista. E assim, surge um conflito ao se defender a idéia de que o operador do direito (ou seu aplicador último, o juiz) deve fazer interpretações que levem em conta o prisma sociológico-jurídico. Pugna-se que o juiz jamais aplica a lei de modo puro, isento de valorações. O magistrado insere em suas decisões valorações pessoais, exprimindo sua visão do mundo. Argumenta-se que não existe neutralidade e que o direito é uma forma de política, e justamente por isso a sociologia deveria influenciar o magistrado a aplicar um direito mais justo e pragmático, em harmonia com a realidade e as necessidades sociais.

No mesmo sentido, SABADELL⁶ propõe que o jurista examine o direito *de fora*, isto é, que se desvincule da ótica exclusivamente jurídica e se permita as perspectivas econômica, política, social, a serem eleitas conforme o tipo de análise *in concreto*. O jurista pode, assim, desvencilhar-se das armadilhas da dogmática que, muitas vezes, levou o direito, e, em especial, o direito penal, “a perder-se em sutilezas bizantinas, algumas das quais constituem verdadeiros malabarismos de engenho jurídico”.⁷ O jurista, então, cuidaria de verificar os efeitos das normas na sociedade. Examinaria o grau de eficácia da lei. O jurista não enuncia a única verdade sobre o sistema jurídico, ao mesmo tempo em que é pesquisador mergulhado na própria sociedade, o que lhe assegura a condição de um julgador independente e imparcial. Alinham-se com esse entendimento diversos penalistas: Hassemer, Jakobs, Bustos Ramírez, Baratta, entre tantos.

E que isso não seja motivo para argumentar que uma indevida incursão da sociologia jurídica junto ao direito penal levaria à insegurança jurídica de suas decisões, pois se deve atentar para o fato de que o direito é uma ciência que – tal qual a política – usa o argumento como elemento estrutural (não fatos) e se vale do processo dialógico como instrumento construtivo. Aliás, justamente por isso não se pode desvincular o direito da política.

⁶ SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 58.

⁷ NOVOA MONREAL, Eduardo. *Direito como obstáculo à transformação social*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 120.

Conforme diz FARIA,⁸ o direito e a política trabalham com argumentos e não com evidências, do que se extrai que “tanto a política como o direito – que se caracterizam por apresentar uma estrutura discursiva dialógica – não fornecem respostas universalmente válidas e conclusivas, mas limitadas à concordância dos grupos sociais; o que realmente podemos fazer é verificar se os argumentos e os detentores do poder oferecem boas razões para explicar e justificar a natureza da obrigação jurídica e política que eles pretendem impor”.

Afirma JAKOBS⁹ que, “seja como for, a solução de um problema social por meio do Direito Penal tem lugar em todo caso por intermédio do sistema jurídico, enquanto sistema social parcial, e isso significa que tem lugar dentro da sociedade. Portanto, é impossível separar o Direito Penal da sociedade; o Direito Penal constitui um cartão de visitas da sociedade altamente expressivo, igualmente, sobre a base de outras partes da sociedade cabe derivar conclusões bastante confiáveis sobre o Direito Penal (...) Por conseguinte, existe uma dependência recíproca entre a sociedade e o Direito Penal: cabe pedir ao Direito Penal que realize esforços para assumir novos problemas sociais, até que o sistema jurídico alcance uma complexidade adequada, com referência ao sistema social”.

A relação entre o direito penal e a sociologia é, portanto, fundamental para a compreensão do delito, e sempre foi, ainda que assim não fosse admitido expressamente pelo pensamento positivista¹⁰ (ou clássico, e até mesmo, o pensamento finalista), pois a percepção dos mecanismos sociais e a da respectiva *praxis* cunharam a dogmática penal de seu tempo, com um perfil próprio

⁸ FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*; uma introdução à política do direito. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 123.

⁹ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Coleção Estudos de Direito Penal. 1. ed. Barueri: Manole, 2003. vol. 6, p. 7-8. Também, no mesmo sentido: HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 169 (*Derecho penal y cambio social*).

¹⁰ GONZAGA. João Bernardino. Considerações sobre o pensamento da escola positivista. RT 777/757-758.

ao da sociedade de sua época.¹¹ Ou seja, a dogmática penal tem e teve como referencial externo a sociedade de seu tempo.

Observa-se, contudo, que os parâmetros oferecidos pela sociologia clássica já não bastam para a sociedade contemporânea, sendo, por isso, preciso buscar na teoria sociológica de sistemas luhmanniana as diretrizes para uma adequada elaboração teórica do direito penal.

O esgotamento das ferramentas propiciadas pela sociologia clássica (ação, sujeito, estruturas sociais, instituições sociais, formas de organização sociais, fatores sociais, etc.) já é claramente perceptível. Esse esgotamento é possível ser vislumbrado graças a três fatores intrínsecos ao direito penal e à reação penal: legitimidade, valor e historicidade. Vejamos.

A lei penal é um instrumento valioso de ação do Estado e por meio dele realiza – em maior ou menor grau – transformações no meio social. A lei necessita do poder (de sua imperatividade) para realizar-se como norma garantidora e heterônoma, de tal modo que é justamente a partir desse reconhecimento que deriva a exigência de se idealizarem os termos de uma conquista legítima para o exercício do poder. A utilização pura e simples da força – e o direito penal ao reagir é pura força – não produz autoridade alguma. Gera, isto sim, mais violência. Por isso, destaca FARIA que “o poder legítimo, em princípio, será aquele baseado no consenso dos governados, ou seja, na adesão de um grupo a uma lei, uma vez que o poder flui – como afirma Hannah Arendt – da capacidade humana de agir em conjunto (...). Não basta, nesse sentido, o exercício legal da força, mas é preciso que seu uso seja legítimo”.¹²

Na medida em que a reação penal não deve ser apenas cegamente legal, mas também legítima, surge a autoridade como componente político que reveste o sistema jurídico-penal, tornando-o aceito, independentemente do uso da força.¹³ Isso permite compreender

¹¹ Basta conferir o desenvolvimento epistemológico do direito penal ao longo dos anos.

¹² FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade: uma introdução à política do direito*. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 79-80.

¹³ *Ibidem*, p. 121.

o sistema penal como algo aceito e absorvido socialmente. Não como um esquema imposto.

Na busca da legitimidade, é preciso, então, compreender o sentido de valor a ela subjacente. Já foi dito e deve ser sublinhado que o direito caracteriza-se por estruturas que utilizam um discurso dialógico, ou seja, que não dão respostas universalmente válidas e conclusivas, mas que reagem conforme as comunicações estabelecidas na sociedade. Por isso, deve-se verificar se os critérios e os argumentos contidos na reação do direito penal oferecem boas razões para explicar e justificar a natureza da obrigação jurídica e da política criminal que pretende impor. Parte-se, então, para encontrar o valor contido na lei e verificar se esse valor está refletido *in concreto* no fato.

A exigência de que o valor transportado pela norma legal esteja refletido no fato representa, portanto, a busca de uma legitimidade que não é meramente formal, isto é, não se restringe a uma legitimidade no sentido weberiano de legitimação legal, mas que vai além, para exigir a busca por uma legitimidade material, na qual o conteúdo axiológico normativo se encontre sensivelmente presente na realidade, em suas respectivas estruturas socioeconômicas e na crença de justiça realizada no fato concreto.

O direito penal, como todo direito, é antes de tudo história.¹⁴ Disso decorrem conseqüências importantes que fazem do direito penal um verdadeiro processo vivo. Foi infrutífera a busca por um direito natural imutável e válido universalmente em qualquer tempo e espaço. A relativização do direito penal tornou-se inexorável, o que não significou que o direito penal tornou-se arbitrário. Ao contrário, tornou-se mais democrático.

Em boa parte, muitas faces do direito penal ainda não estão estabilizadas dentro desse processo de relativização. Todavia, já podem ser extraídas algumas conclusões positivas: a) é possível pensar em um direito penal variável e, ao mesmo tempo, justo; b) a partir da própria natureza das coisas é possível extrair estruturas lógico-materiais ou dados prévios, que não podem ser

¹⁴ CORDEIRO, Antonio M. Introdução à obra *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* de Claus-Wilhelm Canaris. Título original: *Systemdenken und systembegriff in der jurisprudenzen* (2. ed., Berlim, 1983). Traduzido por Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. XVIII-XX.

ignorados por legisladores ou juízes na tarefa de buscar a verdade e a justiça; c) o direito penal é um fenômeno cultural e, portanto, influenciado pela evolução cultural, não se olvidando que todas as normas jurídicas possuem um caráter cultural;¹⁵ d) o direito penal deve ter na perspectiva cultural um referencial histórico; e) a lei somente se concretiza quando é aplicada ao caso concreto, isto é, a dimensão da lei penal apenas pode ser vislumbrada quando essa lei é aplicada ao caso concreto, uma vez que, até então, a lei não passava de mera possibilidade jurídica ou hipótese.¹⁶

Das cinco conclusões acima apresentadas, é possível extrair uma que é fator comum de todas as demais: o direito penal está submetido a contínuo câmbio, ao mesmo tempo em que deve ser justo a cada instante de sua incidência e, por conseguinte, tanto a legislação como a jurisprudência devem compreender as necessidades de cada época e desenvolver respostas jurídicas para essas necessidades, e não somente reflexionar sobre princípios mais gerais e supra-históricos.

Diante dessa constatação, qual seja, de um direito penal na berlinda, mesmo que se recorra à sociologia clássica para a busca dos problemas jurídico-penais da atualidade, veremos que as impressionantes características da atual forma de viver em sociedade logo revelarão a insuficiência das concepções sociológicas clássicas baseadas em sujeito e ação, como se poderá perceber no capítulo 02.

Assim, a primeira proposição deste trabalho é apresentar as premissas sistêmicas que possibilitarão a admissão de uma base sociológica apta a admitir uma revisão de fundo da dogmática penal. Isso somente será possível se afastarmos o ser humano como referencial primeiro para a tomada de decisões jurídicas, ao mesmo tempo em que é necessário conceber a sociedade como um grande sistema, formado por diversos subsistemas (economia, direito, religião, etc.).

Nessa tarefa, é preciso vislumbrar o direito penal como um sistema aberto. Tal forma de encará-lo permitirá enxergar de modo

¹⁵ FARIA, José Eduardo. *Sociologia jurídica*; crise do direito e práxis política. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 27.

¹⁶ HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 168.

menos preconceituoso as características sociais marcantes (entre elas o risco) ao mesmo tempo em que se possibilitará propor fundamentos epistemológicos novos – com base na teoria de sistemas de Niklas Luhmann – e aptos a levar a uma modificação de fundo na dogmática penal, o que incluirá outra visão da missão do direito penal e da respectiva política criminal nessa nova sociedade.

O DIREITO PENAL COMO SISTEMA ABERTO

Sumário: 1. Direito, sistema e sistema axiológico – 2. Sistema, enunciados e lógica-formal – 3. O direito penal como sistema fechado – 4. O direito penal como sistema aberto: 4.1 O sistema de direito penal cientificamente aberto; 4.2 O sistema de direito penal objetivamente aberto – 5. Sistema aberto, linguagem ordinária e sistema penal – 6. Sistema aberto, sociedade e a Constituição Federal de 1988 – 7. Sistema aberto e segurança jurídica: 7.1 A necessidade de segurança jurídica; 7.2 A segurança jurídica e as mudanças sociais anteriores à globalização: 7.2.1 Segurança jurídica e pluralismo jurídico; 7.3 Segurança jurídica e globalização: 7.3.1 Segurança jurídica, globalização e o princípio da legalidade; 7.3.2 Segurança jurídica, globalização e direito penal; 7.4 O sistema aberto de direito penal e a segurança jurídica possível; 7.5 Segurança jurídica, sistema aberto e direito penal.

O direito é uma ciência voltada a alcançar finalidades pragmáticas que se traduzem na justiça e na proporcionalidade das decisões que produz. O direito penal não escapa dessa regra. A historicidade do direito, a dinâmica social, a permanente necessidade de legitimação e aferição de valores *in concreto* são fatores que demandam a concepção do direito penal como sistema aberto.

Mais que isso, um sistema aberto é necessário ao direito penal para lhe permitir elaborar novas concepções epistemológicas, atualizando a dogmática. Do contrário, haveria o indesejável engessamento jurídico-penal e jamais se poderia pensar numa elaboração teórica de

bases luhmannianas, como se apresentará adiante. O sistema aberto é intrínseco ao direito penal como condição única para permiti-lo reinventar-se sempre que o seu entorno assim exigir, como, aliás, a sociedade contemporânea está exigindo.

1. DIREITO, SISTEMA E SISTEMA AXIOLÓGICO

Existem diversas definições para o significado de sistema científico. Todavia, uma definição geral de sistema ainda é válida, a partir de Kant: sistema é “a unidade sob uma idéia, de conhecimentos variados” ou “um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios”.¹ O significado de sistema também pode ser dado por um elemento metodológico comum às definições, qual seja, a de que o sistema “não é uma qualidade empiricamente observável, mas uma maneira de considerar e de interpretar os fenômenos observados”.² Em termos gerais, pode-se dizer que sistema é a ordenação lógica dos conhecimentos particulares alcançados numa determinada ciência e considerados conjuntamente. De todas as definições gerais aceitas, duas características comuns emergem: a ordenação e a unidade.

Relativamente à ordenação, por meio dela objetiva-se exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade, o que é especialmente importante sempre que se estiver diante de uma formulação muito geral, com o fim de evitar qualquer restrição precipitada.

No que diz respeito à unidade, ela representa o fator que modifica o próprio resultado da ordenação, na medida em que evita a dispersão numa pluralidade de singularidades desconexas, conduzindo os elementos a certos princípios fundamentais.

Portanto, a ciência que prescinde da construção sistemática não pode ser ciência, pois somente no momento em que os conhecimentos singulares são colocados entre si em relação lógica é possível saber sobre sua coerência e compatibilidade lógica (ou se são contraditórios), conferindo-se a existência de ordem sistemática.

¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1995, Preâmbulo, p. IV.

² Sistema: *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Dirigido por André-Jean Arnaud, J. G. Belley, J. A. Carty, M. Chiba, J. Commaille, A. Devillé, E. Landowski, F. Ost, J-F. Perrin, M. van de Kerchove, J. Wróblewski. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 733.

O direito pretende aplicação ordenada e unificada de seus conhecimentos e com orientação para determinados princípios gerais. Isso revela a expectativa de que o direito seja concebido como sistema e operado como tal. A concepção do direito como sistema lhe permite a ordenação e regulação dos seus conhecimentos particulares, averiguação das contradições que se dêem e disponibilidade permanente de utilização do saber para a solução de problemas.

A idéia do sistema jurídico é justificada pelos mais elevados valores do direito, nomeadamente do princípio da igualdade, da justiça, e na tendência para a generalização e a segurança jurídica. O sistema do direito, por isso, visa a traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.³

Afirma-se, dessa maneira, o direito como sistema axiológico ou teleológico. Sendo o ordenamento do sistema jurídico uma entidade conforme a sua derivação da regra de justiça, portanto, de natureza valorativa, assim também será o sistema correspondente a essa derivação; ou seja, deverá ser uma ordenação axiológica ou teleológica, na qual o teleológico não é entendido como mera vinculação de meios aos fins, e sim no sentido mais amplo de cada realização de valores e finalidades.⁴

Isso, contudo, não resolve um sério problema que persiste: saber a forma como essa operação se dará, equilibrando o ideal de justiça com a expectativa de segurança jurídica. Para tanto, é preciso avaliar em que consistem os conhecimentos particulares que integram o sistema, seus enunciados e forma de conexão.

2. SISTEMA, ENUNCIADOS E LÓGICA-FORMAL

Os sistemas são compostos de enunciados científicos (ou conhecimentos particulares). O conteúdo destes determina diretamente a relação sistemática de uns com os outros. A integração sistemática dos enunciados conduz indutivamente a um enunciado maior, mais genérico, menos concreto, mais abstrato, em comparação com os primeiros, formando assim um enunciado sistematicamente supra-ordenado, o qual revela a organicidade do próprio sistema.

³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa, Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 23.

⁴ Ibidem, p. 66-67.

Essa organicidade se perde, contudo, quando o sistema passa a utilizar-se de conceitos-fundamentais ou axiomas como peças que compõem os conhecimentos que o integram, fazendo-o com elevado grau de abstração. Isso ocorre frequentemente com o sistema jurídico.

Do contrário, todo sistema que não utiliza conceitos-fundamentais ou axiomas, mas proposições, salvaguarda-se das contradições, da perda de organicidade, ao mesmo tempo em que – no caso do sistema jurídico – tem maiores chances de alcançar as funções programáticas que se resumem no seu próprio fundamento consistente em equacionar o ideal de justiça com a expectativa de segurança jurídica.

As idéias jurídicas concebidas como axiomas terminam por assumir uma feição de excessiva inexpressividade abstrata. Por trás de cada enunciado jurídico está uma complicada teoria cujo conhecimento é indispensável para a sua correta aplicação. Poderá ser verificado que na base desses conceitos-fundamentais (ou também enunciados jurídicos fundamentais) existem teorias fundamentadas com um método cognitivo lógico-formal, o qual conduz a erros e permite contradições. Em último grau, isso também leva à vinculação do próprio sistema jurídico a uma estrutura de base lógico-formal.

O não-questionamento das teorias por trás dos axiomas, ou melhor, a não-verificação de suas bases e fundamentos, é um problema muito pior que o próprio enunciado, na medida em que revela uma postura apriorística e acrítica.⁵

O sistema lógico formal, segundo Max Weber, é “a concatenação de todas as proposições jurídicas, obtidas por análise, de tal modo que elas formem, entre si, um sistema de regras logicamente claro, em si logicamente livre de contradições e, sobretudo e principalmente, sem lacunas, o que requer: que todos os fatos possam logicamente subsumir-se numa das suas normas, ou, caso contrário, a sua ordem abdica da garantia essencial”.⁶ Na base dessa definição encontra-se a proposição positivista de ciência, elaborada tendo como paradigmas a matemática e as ciências da natureza.

⁵ FARIA, José Eduardo. A crise do poder judiciário no Brasil. *Revista Justiça e Democracia*, n. 1, 1.º sem. 1996, p. 27-29.

⁶ WEBER, Max. *Economia y sociedad*: esbozo de sociología comprensiva. Edição preparada por Johannes Winckelmann. Traduzido por Jose Medina Echavarría et alii. 2. ed. Mexico: D.F: Fondo de cultura economica, 1983. p. 251.

Conceber o sistema de determinada ordem jurídica como lógico-formal é algo fadado ao fracasso, porque a unidade interna de sentido de direito, que se direciona para a construção sistemática, não corresponde a uma derivação da idéia de justiça de tipo lógico e formal, mas sim de tipo valorativo ou axiológico. Não é possível aplicar em tal sistema à idéia de justiça consistente em tratar o igual por igual e o diferente de modo diferente, pois é errado determinar a medida da diferença e do igual com base na lógica. Os valores estão fora do âmbito da lógica-formal e, conseqüentemente, a adequação de vários valores em si e sua conexão interna não são passíveis de serem expressos logicamente, mas apenas axiologicamente ou teleologicamente.⁷

Freqüentemente o sistema jurídico – e, por conseguinte, o direito penal – é construído com base no paradigma lógico-formal. Isso revela o direito penal como um sistema fechado e, portanto, um direito que possui sistema caracterizado por cumprir três funções próprias da matemática: ausência de contradição (nenhum axioma pode contradizer um outro), independência (nenhum axioma pode derivar de outro) e plenitude (todo o saber necessário para cognição dos conhecimentos particulares está contido nos axiomas).

3. O DIREITO PENAL COMO SISTEMA FECHADO

No período clássico do direito penal, assim designado aquele que vai do positivismo jusnaturalista até o fim do neokantismo, o direito penal era concebido como um sistema fechado, porque fundado em axiomas e por isso se expressava como um sistema axiomático, no qual todo o conhecimento do direito penal se expressava por um número reduzido de fórmulas fundamentais, das quais seria possível extrair todos os demais enunciados penais, por intermédio da lógica-dedutiva.

⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa, Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 30-31. De forma idêntica Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o qual propõe um sistema analítico para o direito, sistema esse que é aberto, porque referido à realidade, cujos termos e palavras que a designam devem ter o seu sentido captado no contexto em que se encontram (*Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980. p. 125-140 e 149-150).

Hoje se sabe que as três características programáticas das máximas acima referidas (ausência de contradição, independência e plenitude) não foram cumpridas e nem mesmo podem sê-lo.

Essa limitação da ciência do direito torna-a absolutamente incompatível com a inabarcável complexidade e contínua variação da vida social e dos pontos de vista valorativos (pois estes também estão em mobilidade dinâmica) que servem para a sua ordenação. Tal incompatibilidade se funda no argumento de que todo o conjunto de conhecimentos de uma ciência só pode ser compreendido – ao menos implicitamente – em um número pequeno de axiomas, desde que o objeto da referida ciência seja de reduzida complexidade e não esteja condicionado por variações históricas. Isso ocorre com a geometria; não com o direito, dada a sua historicidade. As relações existentes entre o direito penal e a sociedade não permitem “axiomatizar” o sistema de controle do direito, em razão da complexidade da sociedade. É impossível essa “axiomatização”. Nem mesmo a sociologia logrou sondar empiricamente de modo absoluto a sociedade.

Esse não-esgotamento da sondagem da sociedade é o motivo costumeiramente utilizado para negar qualquer vinculação do sistema jurídico-penal com a valoração social, ao mesmo tempo em que se afirma a necessidade de continuidade de utilização de um sistema fechado. Na base desse argumento existe a afirmação da necessidade de segurança jurídica.

Esta, contudo, é um argumento falacioso. Em nome da “axiomatização” não existe segurança jurídica. Dois fatores desnudam a sua falácia: a) de um lado a independência que se pretende fazer em relação a todos os dados socioeconômicos e dos respectivos juízos de valor relativos; b) por outro lado, o não-enfrentamento com o desenvolvimento constante e inexorável ocorrido a partir do começo da era tecnológica. Desde esses dois fatores é possível concluir com relativa singeleza que qualquer sistema axiomático seria antiquado já ao tempo de seu estabelecimento, por força da incompatibilidade da base socioeconômica e da superestrutura normativa. Por isso mesmo, caso se pretenda impô-lo por meio da força, acabaria em uma fossilização reacionária de uma ordem social já superada.⁸

⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal; el sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversário. Introdução, tradução e notas de Jesús Maria Silva Sánchez. Tecnos, p. 35.

Uma das principais razões para a grande aceitação de um sistema fechado para o direito penal – fundamentado na lógica-formal e nos axiomas – foi a simplicidade metodológica a ele inerente e decorrente de suas três funções programáticas já ditas, as quais – aparentemente – possibilitam, como ressalta CHAVES CAMARGO,⁹ a solução de todos os problemas penais, diante da facilidade de apuração dos fatos e condutas a serem punidas, por meio de relações entre os diversos componentes desse sistema. Bastaria, assim, que, a partir de uma relação de causalidade, fosse demonstrada a existência de um fato. A partir dessa demonstração – que pode ser presumida, inclusive, com base no uso dos indícios – atinge-se a culpabilidade, a qual se contentaria com a mera relação psicológica entre o agente e seu ato, já contendo o dolo e a culpa como seus elementos.

A reação a essa simplicidade metodológica surgiu com Welzel, que criticou duramente a sistemática lógico-formal e a estrutura axiomática do neokantismo, na primeira metade do século XX. Hans Welzel teceu a construção de seu pensamento a partir da Psicologia do Pensamento, mais precisamente da obra “Fundamentos da Psicologia do Pensamento”, de Richard Höningwald; também recebeu influência de outros autores de trabalhos de psicologia¹⁰ e de fenomenologia.¹¹ Em sua crítica ao sistema de direito penal pretérito, de matiz lógico-formal, WELZEL¹² afirma que “o ordenamento jurídico determina por si mesmo quais elementos ontológicos quer valorar e lhes vincular conseqüências jurídicas. Mas não pode modificá-los (os elementos em si) se os configura nos tipos. Pode designá-los por intermédio de palavras, assinalar seus caracteres, mas eles próprios constituem o elemento individual, material, que é a base de toda valoração jurídica possível”. Assim, o jurista deve ir além da compreensão lógica do tipo, para valorar seus elementos. Todavia, mesmo Welzel não abandonou o ontológico, na medida em que o “conteúdo dos reflexos lingüísticos e conceituais só pode ser manifestado mediante uma profunda compreensão da estrutura essencial, ontológica do elemento material

⁹ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática juridico-penal e política criminal*. São Paulo, Cultural Paulista, 2002. p. 25.

¹⁰ Karl Bühler, Theodor Erismann, Erich Jaensch, Wilhelm Peters.

¹¹ P. F. Linke e Alexander Pfänder.

¹² WELZEL, Hans. *O novo sistema juridico-penal; uma introdução à doutrina finalista*. Título original *Das neue bild des strafrechtssystems; eine einföhrung in die finale handlungslehre*. Traduzido por Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001. Prólogo à 4. ed., p. 13.

em si mesmo". Dessa forma, não considerou os elementos de ordem social em sua dinâmica para compreensão da estrutura do tipo. E de forma geral, persiste o ontologismo apriorístico em Welzel, não permitindo a contra-argumentação nem possibilitando a consideração das situações apresentadas pela contracultura.

Por isso, o direito penal deve caminhar para um sistema aberto, que é a base em que se estruturam as teorias funcionalistas dominantes na Alemanha.

4. O DIREITO PENAL COMO SISTEMA ABERTO

Afirmar o direito penal como um sistema aberto implica a consideração do sistema sob dois pontos de vista: 1) científico; e 2) objetivo.

4.1 O sistema de direito penal cientificamente aberto

Do ponto de vista científico, o sistema aberto de direito penal significa a incompletude e a provisoriidade do conhecimento científico. Sob essa perspectiva, o penalista (como de resto o jurista de qualquer outro ramo¹³) deve estar preparado para pôr em prática o sistema até então elaborado para alargá-lo, desenvolvendo-o, e também para modificá-lo. O direito penal, enquanto sistema – e como todo sistema –, é tão-só um projeto, uma vez que apenas é capaz de exprimir o estado dos conhecimentos de seu tempo. Disso resulta que tal sistema não é definitivo e, portanto, não é fechado, enquanto ainda for possível uma reelaboração científica e um progresso do domínio em causa.¹⁴

A tarefa de um direito penal como sistema aberto é a de exprimir o quadro geral de todos os conhecimentos até aquele momento, garantindo a concatenação desses conhecimentos entre si. Sua tarefa não é a de modificar a ciência. Daí pode-se concluir que existem mudanças que são subjacentes ao sistema objetivo do direito penal e, em consequência, ocorrem na própria unidade da ordem jurídica.

¹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 109.

¹⁴ FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*; uma introdução à política do direito. São Paulo: Editora Perspectiva, 1978. p. 169.

Sob o ponto de vista objetivo, parte-se da proposição de que o direito penal positivo é notoriamente passível de aperfeiçoamento em vários campos. Os valores fundamentais constituintes do direito penal não podem excepcionar essa regra de evolução. Por isso, o sistema penal também muda objetivamente, na medida em que ele incorpora a unidade e a adequação respectivas à evolução. Atualmente, princípios novos e diferentes daqueles existentes há poucas décadas podem ter validade e ser constitutivos para o sistema. Segue-se que o sistema do direito penal tem uma unidade de sentido que é dinâmica, pois compartilha a historicidade da ordem jurídica concreta no seu modo de ser.

A abertura como incompletude do conhecimento científico do direito penal significa algo maior, que é a abertura como possibilidade de modificação e revisão da própria ordem jurídica.¹⁵ Isso favorece, ademais, o espírito crítico do pesquisador.¹⁶

Os conhecimentos básicos do trabalho científico sempre e apenas podem produzir projetos provisórios, desde que no campo em estudo ainda seja possível algum progresso, o que, aliás, dará sentido ao trabalho científico: disso advém a abertura do sistema científico.

4.2 O sistema de direito penal objetivamente aberto

Sob o aspecto objetivo, a abertura do sistema resulta da essência do objeto do direito penal positivado, designadamente, da essência do direito penal colocado como um fenômeno no processo da História, e, por isso mesmo, mutável. Disso se extrai uma particularidade desejável do direito (e do direito penal) em relação às demais ciências. Essa abertura (do sistema objetivo) não se encontra necessariamente em todas as demais ciências (como a física, por exemplo). Não se

¹⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*; el sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario. Introdução, tradução e notas de Jesús Maria Silva Sánchez. Tecnos, p. 37.

¹⁶ "Intendiamo qui per spirito critico quello spirito che induce l'uomo di scienza e di cultura a respingere da ogni lato, ogni verità dogmaticamente imposta, ogni affermazione arbitraria, ogni conclusione precipitata e che lo conduce, dall'altro, a non considerare mai come definitivi i risultati delle proprie ricerche, rimanendo sempre disposto ad accogliere ogni critica diversa dalla propria quando sia solidamente fondata e rigorosamente dimostrata" (TREVES, Renato. *Spirito critico e spirito dogmatico*. Milano: Nuvoletti, 1954. p. 82).

justifica, então, colocar em xeque a capacidade da idéia de sistema para o direito penal, porque as especialidades do objeto do direito penal devem corresponder às especialidades do conceito de sistema acima afirmado, pelo que um sistema (em sentido objetivo) em mudança permanente é perfeitamente admissível como uma unidade de sentido duradouramente modificável.

Daí a ciência penal, diferentemente de outras ciências, jamais poder chegar ao fim, porque é essencialmente um processo infundável. E nisso reside uma invejável qualidade do sistema aberto: sua aptidão prática.¹⁷

5. SISTEMA ABERTO, LINGUAGEM ORDINÁRIA E SISTEMA PENAL

O sistema axiomático, fundamentado na lógica-formal, não é desejável nem realizável. A ciência do direito penal deve desenvolver-se, portanto, como um sistema aberto, a fim de que não impeça o desenvolvimento social e jurídico, para que, antes, favoreça-o, ou ao menos se adapte a esse desenvolvimento.

Também, é positivo que ficam impedidos os prejulgamentos de questões ainda não resolvidas. Estas são canalizadas para que sejam colocadas em termos corretos, de modo que fiquem garantidas ordem e ausência de contradições no conjunto de problemas jurídicos já resolvidos, para valerem por períodos de tempo cada vez mais largos.

Para poder construir um sistema penal elástico – como é o desejável sistema aberto – é preciso recorrer a materiais dessa essência, isto é, materiais naturalmente elásticos, de maneira que possam se adaptar à evolução social e jurídica sem que ao mesmo tempo tenham esvaziado seu conteúdo. Do contrário, tais materiais se tornariam imprestáveis.

O direito penal tem conseguido agir com elasticidade, devido à sua intrínseca racionalidade sistêmica mínima. Isso significa que, ainda que o direito penal renunciasse a toda construção sistemática, a ele ainda haveria subjacente uma regulação decorrente da linguagem ordinária. O direito penal não restaria completamente assistemático,

¹⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 111.

pois a solução dos conflitos sociais se daria no âmbito do obrar cotidiano e no marco sistemático da linguagem ordinária que o expressa e o conforma. Dessa forma, a linguagem ordinária serve ao sistema do direito penal como seu complemento indispensável.

Por isso, SCHÜNEMANN¹⁸ afirma que o direito penal possui um sistema aberto cujos materiais integrantes vêm dados: a) em parte, por termos jurídicos definidos de modo exato; b) em parte, por descrições extraídas da linguagem ordinária e com precisão jurídica apenas parcial; e c) em parte, por predicados puramente valorativos, completamente indeterminados quanto ao seu conteúdo.

A indeterminação da linguagem ordinária resulta de dois fatores: a) de sua idoneidade para assimilar futuras evoluções de significado (porosidade); e b) de sua relativa indeterminação no campo conceitual (vaguidade). Tal indeterminação da linguagem ordinária – que é normalmente interpretada como um inconveniente jurídico – termina por ser aproveitada para garantir a necessária abertura do sistema do direito penal. Por outro lado, e ao mesmo tempo, os elementos do sistema com sentido jurídico ficam vinculados à ordenação e canalização dos pontos de vista valorativos admitidos e da manutenção de um conhecimento jurídico assentado.¹⁹

Portanto, o fato de o direito penal ser concebido como sistema aberto não significa o rechaço dos conhecimentos jurídicos já obtidos. Como diz CHAVES CAMARGO,²⁰ o direito penal como sistema aberto não revela um sistema em constante transformação, porque preserva os conhecimentos já adquiridos: “aqueles conhecimentos jurídicos decorrentes do debate científico, e que foram assentados como ordenados dentro do próprio sistema, são levados em conta no momento da aplicação. O que não se colhe como definitivo são as soluções encontradas, por não serem permanentes nem eternas e poderão, a qualquer momento, levar a novos debates, modificando as conclusões anteriores”. Basta um rápido exame da evolução da teoria do erro para constatar-se o acerto dessa afirmação.

¹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*; el sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario. Introdução, tradução e notas de Jesús Maria Silva Sánchez. Tecnos, p. 36.

¹⁹ Idem, *ibidem*.

²⁰ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo, Cultural Paulista, 2002. p. 26.

6. SISTEMA ABERTO, SOCIEDADE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A formulação de um sistema aberto para o direito penal é exigível, fundamentalmente, para que sempre guarde correspondência com a realidade sobre a qual é aplicado. Por isso o contexto social é analisado pelo direito penal; após essa análise, graças à abertura de seu sistema, o direito penal poderá ser aplicado com as mais reduzidas chances de produzir incompatibilidades, isto é, com o menor risco de fazer injustiças. Daí resulta a relação que se estabelece entre o direito penal como sistema aberto e como sociedade.

O direito penal deve estar “de acordo com a estrutura ideológico-política-geral, na qual foi elaborado e em função da qual deve operar”.²¹ Inviável assim a concepção do direito penal como sistema fechado. Pensar o contrário seria abandonar a pretensão de se obterem decisões que houvessem acompanhado o processo da história.

Positivamente, também, frente ao que dispõe a Constituição Federal de 1988, o direito penal não pode ser concebido de outra forma que não seja como um sistema referido à sociedade de seu tempo. Em várias passagens, a Constituição Federal de 1988 deixa clara sua intenção de que o jurídico acompanhe o social, como única forma de exercer democracia e assegurar a dignidade humana, que são os princípios estruturantes de nossa ordem jurídica. Já no preâmbulo, a Constituição Federal reconhece que a sociedade é pluralista e que isso deve ser preservado. No artigo 3.º a Constituição Federal afirma a sociedade como referencial por três vezes, objetivando, ao mesmo tempo, que o Poder Público somente se refira a essa sociedade pautado por justiça e igualdade.

O direito penal deve, assim, ser elaborado como um sistema aberto, referido à sociedade de seu tempo, na qual tem o principal referencial.

²¹ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo, Cultural Paulista, 2002. p. 27.

7. SISTEMA ABERTO E SEGURANÇA JURÍDICA

Em nome de uma pretendida segurança jurídica, afirma-se que o direito penal não deve ser concebido como sistema aberto.²² Os críticos do sistema aberto freqüentemente indagam: de que forma o direito penal – enquanto sistema aberto – pode ter e dar segurança jurídica se está sujeito a constantes modificações em sua ordem? A pretensão por segurança jurídica nada mais é do que a expectativa de que o sistema penal seja previsível em suas decisões e conseqüências. Nisso reside um outro discurso de oposição ao direito penal como sistema aberto, qual seja, a necessidade de segurança jurídica a fim de que ao cidadão comum seja possível saber de antemão o que é considerado delito e o que não é tido como tal, possibilitando o seu agir livre conforme suas decisões. O exame da questão revela que a perseguida segurança jurídica, embora necessária no campo penal, não é senão argumento enganoso que oculta outros interesses.

7.1 A necessidade de segurança jurídica

A segurança jurídica é indispensável à harmonia social e à justiça social, garantindo o livre e responsável exercício das atividades e funções públicas e privadas. Sob a ótica das relações públicas, a segurança jurídica é indispensável para os governantes e governados. Aos governantes permite o desempenho pleno de suas atribuições, podendo usar dos instrumentos legais com o máximo de eficácia, sem que temam pelos atos que tenham praticado (desde que) nos limites da lei, enquanto agentes públicos. Aos governados a segurança jurídica é indispensável, para que o governo não venha a agir com abuso de poder, praticando violências. O relevo da segurança jurídica para o Estado também é expressivo, pois não permite o abuso de poder entre os órgãos públicos. Aos indivíduos entre si também se precisa da segurança jurídica, a qual permitirá a ordenação e a previsibilidade dos negócios realizados.

²² Para a desmistificação dessa retórica, confira-se, amplamente: ARCOS RAMÍREZ, Federico. *La seguridad jurídica; una teoría formal*. Madrid: Editorial Dykinson, 2000. cap. VII, p. 329-365.

Resta claro, assim, que a segurança jurídica é uma situação almejada pela sociedade e pelo Estado, porque necessária para regular o desenvolvimento das relações cotidianas.

No direito penal, a segurança jurídica se expressa mais enfaticamente como um dos fundamentos do princípio da legalidade e está ligada a uma conquista histórica da humanidade. Recorde-se a Revolução Francesa, quando o princípio da legalidade surgiu com forte significado de garantia do indivíduo, segurança jurídica e limitação do Estado. A certeza sobre o direito passa a ser uma das necessidades das novas ordens sociais, que não prescindem dessa certeza para o seu progresso e, conseqüentemente, para a evolução do Estado até um estágio mais avançado de existência. Ilustre-se com a Constituição da Espanha, que garante – ao lado do princípio da legalidade – a segurança jurídica.²³

Na atualidade, o problema surge em razão de a segurança jurídica ter sua importância radicalizada e aumentada a tal ponto que se torna um fim em si mesmo. Isso ocorre quando a segurança jurídica deixa de ser um meio ou instrumento para o homem atingir seus objetivos fundamentais, passando a ser, ela mesma, um objetivo. Esse argumento ainda é recorrente no sistema jurídico-penal brasileiro e esconde pretensões não declaradas e indeclaráveis.

A resposta à questão “como o sistema penal pode ter segurança jurídica, se está sujeito a constantes modificações em sua ordem?” deve ser dada em dois momentos: antes da globalização e depois da globalização. No primeiro momento, levam-se em conta apenas as mudanças sociais; no segundo, consideram-se as rupturas que a globalização provocou no universo do direito.

7.2 A segurança jurídica e as mudanças sociais anteriores à globalização

É possível constatar que mesmo antes da globalização, ou quando esta ainda era um processo incipiente, já não se podia falar em segurança jurídica.

²³ “Artigo 9.3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

A primeira resposta que se pode dar à pergunta “de que forma o direito penal – enquanto sistema aberto – pode ter segurança jurídica, se está sujeito a constantes modificações em sua ordem?” parte de um outro questionamento: “como pode o direito penal ser previsível, se a sociedade à qual está referido não o é?”. Há uma permanente tensão entre segurança jurídica e o próprio direito enquanto fenômeno social, tensão essa que tem se alargado desde o início do processo de industrialização da sociedade moderna. Compreendem-se no processo de industrialização também os fenômenos da evolução tecnológica, do aumento das possibilidades dos meios de comunicação, dos conflitos sociais emergentes, do elevado grau de contradições sociais e entre as classes, da pluralidade cultural. Todos esses são fatores que imprimiram um elevado grau de mudanças, numa assustadora velocidade.

Nesse contexto de mudanças velozes, coube ao direito – e era sua função – tentar limitar as incertezas decorrentes dessas novas formas e relações, editando regras que orientassem conceitualmente sobre as condutas discrepantes. Todavia, referidas leis eram (e são) orientadas para um incerto e amplo horizonte. Com essa perspectiva, o legislador passou a se socorrer cada vez mais de normas formais, sem base material, de instrumentos legais de natureza dispositiva e de recursos retóricos, como, por exemplo, “ordem pública”. E, dessa forma, ampliou gradativamente o grau de abstração de seu aparelho conceitual e o nível de indeterminação de suas regras.

Essa postura do legislador colocou em dúvida a própria capacidade da dogmática, que não mais logrou cumprir o seu papel: reduzir o pluralismo social a uma unidade formal, capaz de equilibrar antagonismos e interesses, mediante a conceituação de categorias consubstanciadas em princípios gerais e ficções retóricas que depurariam as instituições do direito, posto de quaisquer antinomias ou lacunas.

Assim, a dogmática também acentuou o grau de abstração de sua conceituação.²⁴

Dessa forma, quebraram-se os padrões ortodoxos de unidade e hierarquia inerentes ao princípio da legalidade em sua concepção clássica. As leis passam a não mais ser vistas como uma ordem

²⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio S. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980. p. 198.

caracterizada pela unidade e hierarquia, ruindo a concepção ideal do fenômeno jurídico como um sistema escalonado de normas.²⁵

A funcionalidade da dogmática jurídica sempre esteve associada à capacidade de o legislativo sistematizar coerentemente a legislação e de individualizar os conflitos, com a finalidade de diminuir a realidade social e de se exprimir por meio de uma linguagem clara e objetiva. À medida que o legislador não logrou mais atingir esse objetivo, a dogmática também perdeu sua consistência.

Eis a armadilha em que caiu o Estado de Direito: com a perspectiva de conferir um mínimo de segurança, o legislador incorpora conceitos formais às normas, a fim de superar a rigidez tipificadora da dogmática jurídica. No momento em que tenta adaptar-se às condições socioeconômicas que emergem do processo de industrialização e da divisão de classes, assumindo tarefas absolutamente novas para os codificadores liberais, o legislador inexoravelmente provoca a ruptura dos padrões de unidade e hierarquia inerentes ao princípio da legalidade e à segurança jurídica; dessa maneira, diante das novas formas da realidade social e dos interesses em conflito, os conceitos básicos da ciência do direito perderam gradualmente a sua funcionalidade.²⁶

7.2.1 *Segurança jurídica e pluralismo jurídico*

A admissão explícita da convivência de diversas formas de juridicidade na sociedade é uma característica marcante dos tempos modernos, que já era verificável antes da globalização, graças à eficácia limitada da ordem jurídica, ao crescente questionamento da legitimidade das normas postas pelo Estado, às dificuldades de acesso ao sistema estatal de justiça e ao atraso das normas inseridas nos códigos. Por isso, é difícil não aceitar a convivência das normas jurídicas produzidas pelo Estado com as normas jurídicas não produzidas pelo Estado,

²⁵ FARIA, José Eduardo. *Sociologia jurídica; crise do direito e práxis política*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 69-81.

²⁶ FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 1988. p. 21-22.

articulando-se entre si. E assim, o Estado perde seu monopólio na edição de normas jurídicas.²⁷

É uma característica que se manifesta com maior evidência nos países situados à margem do capitalismo global, nos quais a atuação do Estado é deficitária na solução de problemas cotidianos importantes, como ocorre no Brasil. O Estado gradativamente se afasta da sociedade, permitindo que esta se organize à sua maneira para a resolução de questões que, em princípio, deveriam ser solucionadas pelo Estado.²⁸

A confissão teórica de que a ordem jurídica estatal convive com outras não estatais implica admitir, também, que o Estado não mais detém o monopólio de produzir o direito. Há fontes do direito situadas fora do Estado, portanto, fontes informais. Nisso reside uma questão cara ao pensamento positivista, na medida em que faz ruir um de seus principais pilares, qual seja, a identificação do direito (de todo o direito) com o direito estatal.

O processo histórico conduz à idéia de que o Estado não é mais o detentor único da produção normativa. O surgimento do Estado moderno ocorreu por força do esfacelamento da pluralidade dos ordenamentos jurídicos existentes na sociedade medieval, propiciando ao Estado o monopólio da produção normativa. Na atualidade, contudo, a debilidade da administração pública na solução de conflitos de interesses diversos, bem como na satisfação de necessidades diversas dos indivíduos, foram e são fatores determinantes para que emergissem modos alternativos de juridicidade, isto é, não-formais, porque não são produto estatal.²⁹

²⁷ CARBONNIER, Jean. *Sociologia jurídica*. Traduzido por Diogo Leite de Campos. Coimbra, Almedina, 1979. p. 214.

²⁸ "Se nos países centrais estes modos alternativos de resolução de conflitos traduzem um movimento de societalização, ou seja, de afastamento do Estado em direção à sociedade civil, no Brasil as juridicidades alternativas revelam que aqui o Poder Judiciário ainda não conseguiu constituir-se em *locus* de resolução da conflitualidade. Quase na virada para o século XXI, o Estado brasileiro ainda não conseguiu monopolizar a produção e a distribuição do direito, que continua sendo apropriado por uma sociedade que, sentindo-se distante do Poder Judiciário, desenvolve seus próprios mecanismos de resolução dos conflitos" (JUNQUEIRA, Eliane B. *A sociologia do direito no Brasil*; introdução ao debate atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993. p. 143-144).

²⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2003. p. 30-31.

O pluralismo jurídico gera sensação de insegurança, no sentido de não se conhecer qual o direito a ser aplicado, na medida em que aquele direito materialmente legítimo, por vezes, não é legalizado, enquanto, por outro lado, o direito legalizado, não raro, não é legítimo, porque dissociado das bases democráticas. Também gera insegurança jurídica, porque as fontes informais – apesar de precários contraditório e ampla defesa – proporcionam soluções rápidas e melhor sintonizadas com as expectativas locais de justiça, causando certo desprestígio do sistema de justiça estatal.

7.3 Segurança jurídica e globalização

Podem ser registrados dois efeitos da globalização sobre a pretensão de segurança jurídica. Um, geral, que se estende a todo o direito positivo (portanto, aí incluído o direito penal), consistente em gradativamente desconstituir o princípio da legalidade. Outro, específico, que se projeta no direito penal, fazendo-o um instrumento a serviço das metas de globalização.

7.3.1 *Segurança jurídica, globalização e o princípio da legalidade*

A globalização é um fenômeno complexo que enseja várias abordagens para a sua compreensão. É um processo que no dizer de SOUZA SANTOS é “polifacético, com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas, combinadas das maneiras mais complexas”, sendo que, justamente por força dessa ampla complexidade, a globalização é um processo ligado a diversas outras transformações no sistema do planeta, como a desigualdade crescente, a catástrofe ambiental, a proliferação de armas de destruição em massa, a democracia formal como condição para receber assistência dos países mais ricos.³⁰

³⁰ SANTOS, Boaventura de S. *Globalización del derecho; los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998. p. 39.

Para Beck, a globalização consiste na “ramificação, densidade e estabilidade de suas recíprocas redes de relações regionais-globais empiricamente comprováveis e de sua autodefinição dos meios de comunicação, assim como dos espaços sociais e das citadas correntes icônicas nos planos cultural, político, econômico e militar”.³¹

Na definição de Castells,³² a globalização é um fenômeno plural e complexo tendente a unir as sociedades em torno de valores comuns de mercados transnacionais ou, mais detalhadamente, “é um processo segundo o qual as atividades decisivas num âmbito de ação determinado (a economia, os meios de comunicação, a tecnologia, a gestão do ambiente e o crime organizado) funcionam como unidade em tempo real no conjunto do planeta”. Isso tem profundas implicações nos mais diversos setores da vida social. Mais importante, contudo, é destacar a inevitabilidade desse fenômeno, que gradativamente transpõe os limites territoriais e impõe novas ordens jurídicas.

A globalização age de forma surpreendente: não tem limites de tempo nem de espaço, reduz as fronteiras jurídicas e burocráticas entre as nações, isenta os capitais financeiros de fiscalizações do governo, fraciona as atividades produtivas em países diversos, de diferentes regiões e continentes. Assim, reduz a sociedade a um conjunto de grupos e mercados unidos em rede. A globalização provocou a substituição da política pelo mercado. Este passou a ser a mais alta instância de regulação social, esvaziando o controle formal dos Estados. Isso torna a autonomia decisória do Estado vulnerável a opções que são feitas em locais distantes daqueles onde os efeitos dessa decisão são sentidos. O controle formal existente no local onde o efeito da decisão é sentido não alcança o lugar onde a decisão foi tomada, devido ao seu escasso poder de influência e pressão. A globalização, principalmente, “ao gerar formas de poder e influência novas e autônomas, também pôs em xeque a centralidade e a exclusividade das estruturas jurídicas do Estado moderno, baseada nos princípios da soberania e da territorialidade, no equilíbrio dos poderes, na distinção entre o público

³¹ BECK, Ulrich. *Que és la globalización*. Barcelona: Paidós, 1998. p. 31.

³² CASTELLS, Manuel. *Para o estado rede*; globalização econômica e instituições políticas na era da informação. Sociedade e Estado em transformação. São Paulo: UNESP, 2001. p. 149.

e o privado e na concepção do direito como um sistema lógico-formal de normas abstratas, genéricas, claras e precisas".³³

Ou seja, a globalização minou (ainda mais) a segurança jurídica e o seu respectivo princípio: o da legalidade. Conforme adverte FARIA,³⁴ o princípio da legalidade teve quebrada a sua espinha dorsal clássica, forjada e constituída em oposição à fragmentação do poder feudal, pois não resistiu integralmente ao fenômeno da globalização.

Isso se deveu às ações invasivas da globalização, que provocaram rupturas nas instituições políticas dos Estados e em sua ordem jurídica. Dentre essas rupturas destacam-se:³⁵ 1 – mundialização da economia, mediante a internacionalização dos mercados de insumo e financeiro, rompendo com as fronteiras geográficas clássicas e limitando crescentemente a execução das políticas cambial, monetária e tributária dos Estados nacionais; 2 – desconcentração do aparelho estatal, mediante a descentralização de suas obrigações, a desformalização de suas responsabilidades, a privatização de empresas públicas, e a deslegalização da legislação social; 3 – internacionalização do Estado mediante o advento dos processos de integração formalizados pelos blocos e pelos tratados de livre comércio e a subsequente revogação dos protecionismos tarifários, das reservas de mercado e dos mecanismos de incentivos e subsídios fiscais; 4 – desterritorialização e reorganização do espaço da produção, mediante a substituição das plantas industriais rígidas surgidas no começo do século XX de caráter "fordista", pelas plantas flexíveis, "pós-fordista", subsunção essa que foi acompanhada pela desregulamentação da legislação trabalhista e pela subsequente "flexibilização" das relações contratuais; 5 – fragmentação das atividades produtivas nos diferentes territórios e continentes, permitindo aos conglomerados multinacionais a prática do comércio interempresarial, a qual possibilita selecionar entre as distintas legislações nacionais aquela que melhor atende as expectativas de investimentos; e 6 – expansão de um direito paralelo aos dos Estados, de natureza mercatória (*lex mercatoria*), como decorrência da proliferação dos foros descentralizados de negociações estabelecidas pelos grandes grupos empresariais.

³³ FARIA, José Eduardo. O judiciário após a globalização. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 4, n. 26, São Paulo, RT, p. 162, out.-dez. 1996.

³⁴ FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 324.

³⁵ Idem. O direito num cenário em transformação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, n. 17, São Paulo: RT, p. 307, jan.-mar. 1997.

Por isso, pode-se dizer que com a globalização houve um incremento do pluralismo jurídico que vinha se pronunciando fortemente.

Se antes do advento da globalização já não se podia contar com a idéia de segurança jurídica, devido às crescentes mutações sociais, após o advento da globalização, o próprio conceito de segurança jurídica restou fortemente abalado.

O denominador comum das rupturas provocadas pela globalização é o gradativo esvaziamento da soberania e da autonomia dos Estados nacionais. O Estado não pode mais almejar regular a sociedade civil nacional por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, dada a crescente redução de seu poder de intervenção, controle e direção. Daí, o Estado se vê obrigado a compartilhar sua soberania com outras forças que transcendem o nível nacional. Ao promulgar suas leis, o Estado precisa observar o que se passa no cenário internacional globalizado, a fim de que possa conhecer quais leis serão respeitadas. Como nem sempre o Estado edita e promulga suas leis atento aos movimentos da globalização – notadamente no campo penal –, resulta claro que um grande número de leis penais são natimortas, porque fadadas ao não reconhecimento pela sociedade a que se destina.

A globalização também tende a minar a segurança jurídica mediante a incompreensão jurídica resultante da abundante atividade legislativa, tendente a regulamentar todos os ramos de interesse do capital – e, portanto, inúmeros campos –, formando um emaranhado de regras cuja apreensão de idéias e compreensão de sentido são, no mínimo, difíceis.

7.3.2 Segurança jurídica, globalização e direito penal

Devido às características acima expostas, a globalização provocou também diversas rupturas no universo jurídico. Um elenco elaborado por FARIA³⁶ apresenta oito rupturas jurídicas em andamento e decorrentes da globalização. Interessa a este trabalho aquelas rupturas que a globalização provoca nos direitos sociais e no direito penal.

A globalização tende a reduzir os direitos sociais e os direitos humanos. Isso é uma decorrência natural do enfraquecimento da soberania do Estado acima referida. Na medida em que os direitos

³⁶ Ibidem, p. 218-280.

humanos foram concebidos para resguardar a dignidade humana das ingerências do Estado, e sendo necessária a atuação do Poder Público para instrumentalizar essas garantias, isso não seria realizável em um Estado de debilitada soberania. Idêntico processo de degradação ocorre com os direitos sociais, pois estes, para serem concretizados, precisam das políticas de caráter distributivo a ser implementadas pelos governos. Essa realização dos direitos sociais fica comprometida, uma vez que o Estado passa a condicionar suas atividades pelas regras do mercado, aplicando processos de desformalização, deslegalização, desregulamentação e desconstitucionalização, abdicando, assim, de determinadas funções públicas, o que ocorre como resultado, por exemplo, da privatização de alguns setores. Estabelece-se um conflito entre as máximas da economia globalizada (produtividade, competitividade e acúmulo de capital) e os princípios humanos e sociais (liberdade, dignidade humana, igualdade e solidariedade). O placar desfavorece a estes.

Daí o produto dessa disputa só poderia ser a formação de uma massa de excluídos no plano econômico, que também se caracterizam e podem ser identificados como indivíduos ao largo do direito, não mais ostentando a condição de sujeitos detentores de direitos subjetivos públicos.³⁷

Ocorre que esses indivíduos “sem-direitos” não se isentam de cumprir o ordenamento jurídico. Têm deveres sociais, mas não direitos. Podem ser responsabilizados penalmente, portanto. Daí emerge uma situação especialmente nefasta no direito penal da lógica da globalização, pois este inverte o paradigma de mínima intervenção, direcionando-o para um direito penal de máxima atuação, com requintes de crueldade.³⁸

A globalização aumenta a exclusão social e debilita a cidadania.³⁹ Os ganhos de produtividade são obtidos a partir da degradação sala-

³⁷ Sobre as relações entre exclusão social, globalização e modernização reflexiva, confira-se Scott Lash, aludindo “à criação do maciço ‘proletariado McDonald’s no setor de serviços’” (LASH, Scott. *A modernidade e seus duplos: estrutura, estética, com unidade. Modernização reflexiva; política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora UNESP, 1997. p. 146).

³⁸ FARIA, José Eduardo. As transformações do direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 22, São Paulo: RT, p. 239, abr.-jun. 1998.

³⁹ Nesse sentido: CASTRO DE LIMA, Abili L. *Globalização econômica, política e direito; análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre, Fabris,

rial, da rotatividade no emprego, da informatização da produção e do conseqüente fechamento dos postos de trabalho e do aviltamento das relações trabalhistas. O ganho de produtividade a esse preço energiza as relações entre marginalidade econômica e marginalidade social, tornando-as cada vez mais interpenetrantes. Por isso, ao Estado cabe preservar a ordem e a segurança pública. A tarefa de preservação da ordem pública deve ser feita diante de uma realidade em que os bolsões de excluídos e a desigualdade estão ampliados pela globalização.

Para se desincumbir dessa tarefa o Estado tem reformulado os seus esquemas de controle e prevenção de delitos. O Estado passou a incorporar uma política criminal voltada à solução das situações criadas pela deslegalização e desconstitucionalização dos direitos sociais e pela ausência das respectivas políticas distributivas e compensatórias que seriam devidas. Segue-se, então, que o Estado criminaliza e persegue as situações marginais criadas pela globalização, ampliando o caráter repressivo de suas normas penais, desconsiderando os fatores políticos, socioeconômicos e culturais inerentes aos comportamentos que pretende qualificar como ilícitos penais.

A política criminal do Estado voltada à repressão encontra aceitação popular, porque se justifica com o pretexto de combater delitos que lesam bens jurídicos difusos ou coletivos, como, por exemplo, o narcotráfico, o sistema financeiro, o meio ambiente. É fundado na disseminação do medo que o Estado consegue exercer um tipo de dominação que obtém a intervenção penal máxima, bem como um direito penal de lógica formal. O Estado logrou induzir as massas a um estágio de conformismo e passividade com sua atuação penal unicamente repressiva, com a promessa de dar tranqüilidade social e restabelecer a almejada paz pública.⁴⁰

Enquanto os demais ramos do direito passam por uma desregulamentação e deslegalização, com o direito penal acontece o inverso:

2002. p. 267-305; FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. cap. 05, p. 255-280; DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social*; pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 16 e 198; SANTOS, Boaventura de S. *Pela mão de Alice*. 4. ed. São Paulo: Cortez Editora, 1997. p. 564; SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 67-73.

⁴⁰ PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. Monografia IBCCRIM n. 27. São Paulo, 2003, *passim*.

criam-se novos tipos penais destinados a criminalizar diversos setores da vida social; relativiza-se o princípio da legalidade; enfraquece-se o princípio da taxatividade ou do “mandato de certeza” (Hassemer); enfim, aplica-se um direito penal militarizado.

A última segurança que pode haver nesse quadro é a jurídica. A “nomomania” penal inflaciona as condutas proibidas, a ponto de não se saber o que ainda é ou não considerado crime. Ademais, o direito penal globalizado pressupõe um fundamento metodológico de ordem lógico-formal; fechado, portanto. E, como já foi visto, este é absolutamente incompatível com o direito penal.

7.4 O sistema aberto de direito penal e a segurança jurídica possível

Todavia, não se pode afastar por completo a necessidade de segurança jurídica. Deve-se indagar, então: “onde ou de que forma ela é possível? Em que nível ela existe?”. Pode-se responder, com menores chances de erro, que a segurança jurídica tende a ser identificada em um grau normativo menos concreto e que, por isso, simboliza valores sociais mais abstratos.

Num primeiro nível mais elevado, com maior abstração e com menor “densificação”, o legislador anuncia princípios gerais que geram consenso quanto à sua significação geral e simbolizam a expectativa comum de produção de efeitos benéficos por longo período e em todas as regiões. São, assim, normas com caráter menos concreto que se colocam num plano de abstração conceitual, distanciado no tempo e no espaço dos conflitos locais, submetidos às regras específicas de regulação. Referidos princípios transportam valores sociais que já estão fixados com estabilidade no meio. Por isso, nesse nível a expectativa de segurança jurídica é realizável, todavia, em bases conceituais menos densas.

Num segundo plano, em nível inferior, mais concreto e “densificado”, alinham-se as regras que são editadas também em caráter geral, todavia, com enunciados e com a finalidade de regulamentar campos específicos da vida em sociedade, como, por exemplo, a família, os contratos, os crimes contra os idosos, entre tantos. Nesse nível é difícil a realização da segurança jurídica. Sendo as leis editadas para regular os conflitos em caráter geral, é inevitável que,

com o tempo, e por força da cultura e da contracultura, essas leis se tornem inadequadas. Graças à estrutura dialética que o direito possui, a aplicação das regras ao caso específico poderá receber forma diversa, a ser concretada com base no nível superior, qual seja, aquele dos princípios gerais. Instala-se uma dinâmica dialogal entre o fato concreto, as regras destinadas à sua regulação e os princípios gerais, dos quais se extraem os valores sociais vigentes a seu tempo, concretando-os.

Com isso, não se nega que existem regras jurídicas penais que transportam valores consensualmente aceitos mais amplamente, nos quais a segurança jurídica é perceptível com maior clareza. Todavia, em número limitado, como, por exemplo, as regras penais que dialogam expectativas sociais de “não matar” ou “não lesionar a integridade corporal”.

Dessa forma, a segurança jurídica possível se expressa por meio de certos valores sociais de consenso que estão simbolizados em princípios gerais e em algumas regras, vigendo, portanto, apenas no primeiro plano acima referido. A sociedade traduz essas normas como aquelas que devem ser preservadas, todavia, ciente de que são normas mutáveis. Inclusive, assim, desejavelmente, graças à aptidão para distribuir justiça material, conformando as normas aos casos que se apresentam sucessivamente na história.

7.5 Segurança jurídica, sistema aberto e direito penal

Assim, afirmar a necessidade de segurança jurídica em termos absolutos é um equívoco, porque a própria segurança jurídica é um ideal inatingível, que apenas serve para descobrir a oculta intenção de fazer da segurança jurídica um fim em si mesmo, encobrendo outros interesses.⁴¹

É corriqueiro que, em nome de ideais políticos direcionados a um controle social mais amplo, seja usado o discurso de um direito penal fundado no sistema fechado, próprio de um sistema penal totalitário,

⁴¹ FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1988. p. 66-71.

capaz unicamente de servir a ideologias de dominação,⁴² como se a adoção do sistema aberto fosse um perigo para a vida em sociedade.

Não custa sublinhar o que assevera CHAVES CAMARGO:⁴³ “o sistema aberto de direito penal não se configura como algo arbitrário”.

Nada de perigoso existe na adoção de um sistema aberto para o direito penal. Antes, é desejável para a realização da almejada justiça social de programação inscrita na Constituição Federal de 1988. O medo do subjetivismo nas decisões é produto de uma retórica que serve ao ideal despótico estatal. Pensar o contrário seria ignorar que a sociologia conta com métodos de pesquisa e elaboração científica, que já alcançaram considerável nível de maturidade.

Argumenta-se que o direito penal fundado num sistema aberto representaria a possibilidade de o julgador decidir arbitrariamente contra o acusado, ora usando de construções teóricas abertas sobre os elementos do crime, ora fazendo analogia *in malam partem*. Entretanto, o princípio da dignidade da pessoa humana impede tais formas de julgar, bem como o princípio da legalidade, em sua acepção material, *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, também é óbice às decisões judiciais arbitrárias.

Ademais, o risco de decisões arbitrárias existe justamente onde o sistema é fechado. Uma das pretensões mais importantes do sistema fechado é que todas as situações faticamente possíveis venham descritas em lei. Todavia, bem se sabe, isso é impossível, devido a um fator antropológico, pois o ser humano é um ente dotado de inteligência limitada, não sendo, por isso, capaz de prever todas as situações possíveis, tampouco de descrevê-las com o detalhamento que o princípio da taxatividade exige. Ou seja, sempre haverá casos não previstos pelo legislador, que, aliás, no tempo presente, evolui numa espiral graças à vertiginosa dinâmica social da sociedade contemporânea.

Se é assim, então, como encontrar no positivismo jurídico solução para os denominados *hard cases*, sem recorrer a princípios ou a critérios

⁴² FARIA, José Eduardo. *Sociologia jurídica; crise do direito e práxis política*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 79; FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito; os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2. ed. São Paulo, RT, 1992. p. 25-39; FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade; uma introdução à política do direito*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1978. p. 119; FERRAZ JÚNIOR, Tércio S. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980. p. 145-146.

⁴³ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo, Cultural Paulista, 2002. p. 26.

que sejam próprios de um sistema aberto, uma vez que tal recurso levaria a uma insegurança jurídica? O que acontece, na prática, é que diante de um caso de difícil solução, por não estar previsto no sistema fechado, o julgador acaba por decidir assistematicamente, isto é, conforme seu subjetivismo ditar, pois carece de pautas teóricas elásticas que permitam decidir sobre casos não previstos ou inusitados.

Também é falsa a idéia de que o uso do sistema fechado na aplicação das normas não dá lugar a dúvidas ou dificuldades, nem comporta escolha discricionária, porque todas as normas padecem de certo grau de vaguidade, e, por isso, também a aplicação de qualquer regra é, na maior parte dos casos, discricionária e controvertida.

O RISCO COMO RELEVANTE CARACTERÍSTICA DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E O DIREITO PENAL

Sumário: 1. O aumento dos perigos potenciais e seu controle – 2. A afetação das relações de responsabilidade: 2.1 A responsabilidade pela criação do risco – 3. Estado subjetivo de insegurança pública – 4. Aspectos políticos do conceito de risco relevantes para o direito penal: 4.1 A distribuição dos riscos; 4.2 A delimitação do risco; 4.3 A criação do risco pela tecnologia; 4.4 O risco e a política do Estado.

A sociedade contemporânea recebeu designações como “sociedade pós-moderna”, “sociedade da informação”,¹ “sociedade tecnológica”, “sociedade pós-industrial”; alguns, como Giddens, referem-se a

¹ Manuel Castells afirma que “a sociedade da informação” é um novo sistema tecnológico, econômico e social. Uma economia na qual o incremento da produtividade não depende do incremento quantitativo dos fatores de produção (capital, trabalho, recursos naturais), mas da aplicação de conhecimentos e informações destinadas à gestão, produção e distribuição, tanto nos processos como nos produtos (CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2000). Julio Linares y Francisco Ortiz afirmam que “as sociedades da informação” se caracterizam por estarem baseadas no conhecimento e nos esforços visando a converter a informação em conhecimento. Quanto maior for a quantidade de informação gerada pela sociedade, haverá maior necessidade de convertê-la em conhecimento. Um aspecto relevante no desenvolvimento das “sociedades da informação e do conhecimento” é a velocidade com a qual a informação é gerada, transmitida e processada. Hoje, a informação pode obter-se de maneira praticamente instantânea, e frequentemente a partir da mesma fonte que a produz, ultrapassando fronteiras e limites de espaço e tempo lineares (LINARES, Julio & ORTIZ, Francisco. *Autopistas inteligentes*. Madrid: Fundesco, España, 1995).

uma “modernidade amadurecida”. O uso dessas diferentes expressões para designar a sociedade atual justifica-se desde que se queira dar ênfase a uma ou algumas de suas características, já que estas são as mesmas, independentemente da variação nominativa. Todas, contudo, têm um elemento comum, qual seja, estarem conectadas à idéia de risco de modo marcante.

Vejamos quais são essas marcantes características, desde já utilizando a expressão “sociedade de risco”.

1. O AUMENTO DOS PERIGOS POTENCIAIS E SEU CONTROLE

A primeira característica a ser apontada é o aumento dos perigos atuais em relação a épocas passadas. A sociedade está caracterizada por ameaças que não se limitam a calamidades naturais ou doenças epidêmicas.²

Os perigos existentes na sociedade contemporânea não são produtos exclusivos dos “desvios” da natureza, mas também gerados pela atividade humana. Ademais, são perigos vinculados a uma decisão tomada por um indivíduo ou um grupo de indivíduos.

São, assim, perigos criados, cujas dimensões são crescentemente maiores que as dos perigos naturais, no sentido de que ameaçam – cada vez mais – um número indeterminado e bastante elevado de pessoas, chegando mesmo a pôr em risco a própria vida no planeta. Basta uma lembrança perfunctória dos riscos gerados pelo desenvolvimento tecnológico nuclear, genético e químico, por exemplo, por se tratar de riscos gerados que são potencialmente capazes de levar à eliminação da raça humana.

É correto, assim, falar em perigos globais, não somente pela magnitude crescente de tais perigos, mas também pela transnacionalização dos perigos que ignoram fronteiras entre Estados.

Tais riscos podem ser de duas ordens. De um lado, existem aqueles criados e perseguidos conscientemente pelo homem, na medida em que são necessários ao progresso tecnológico, requerendo, por isso, manejo e controle desde o início.

² BECK, Ulrich. *Sociedad del Riesgo; hacia una nueva modernidad*. Barcelona, Paidós Ibérica S.A., 1998, *passim*.

De outro lado, existem riscos que são conseqüências secundárias da modernização tecnológica, sendo, por isso, riscos não previstos ou imprevisíveis, na medida em que primitivamente se dirigem a fins valorados de forma positiva. São riscos que não são perseguidos intencionalmente pelo homem, porque se revelam como de conseqüência acessória.

Ante tal característica, surge como relevante para o direito penal saber se esses riscos criados e de grandes proporções podem ser objeto de controle ou se estamos inexoravelmente expostos a eles, tal qual as cidades litorâneas estariam expostas aos *tsunami*.

A resposta é que estamos em boa parte desnudamente expostos aos riscos criados pela sociedade pós-industrial, inclusive porque muitos são imprevisíveis. Todavia, em parte, também somos capazes de gerenciar satisfatoriamente alguns dos riscos criados.

De qualquer forma, uma vez estabelecido que certos riscos são criados desejadamente e que em grande parte são passíveis de controle, emerge questão da maior relevância para o direito penal, respectiva à definição da imputação pelas conseqüências indesejadas que se concretizam a partir dos riscos.

Exige-se que sejam estabelecidas as responsabilidades subjetivas, que podem alcançar não somente pessoas individuais e autoridades públicas, mas também pessoas coletivas; e a partir daí se desdobra novo debate acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.³

Nessa mesma problemática também emerge questão juridicamente relevante, decorrente do fato de que essa responsabilidade que se pretende encontrar – diferentemente do que ocorria com as sociedades pré-industriais – não pode mais ser buscada com base nas regras da causalidade e da culpabilidade.

³ Entre muitos autores que defendem a responsabilidade penal da pessoa jurídica como solução para os problemas da sociedade de risco, destaca-se no direito estrangeiro Jorge de Figueiredo Dias (O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade de risco". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 33, São Paulo: RT, p. 60, jan.-mar. 2001) e, entre nós, Sérgio Salomão Shecaira, que a partir de João Castro e Souza admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica desde que a infração tenha sido praticada em seu proveito e interesse; que o delito tenha sido realizado dentro do campo de atividade da empresa; que a infração tenha sido executada materialmente por pessoa física ligada à pessoa coletiva por uma relação muito estreita; que a efetivação do delito tenha contado com o auxílio do aparato disponibilizado pela pessoa jurídica (*Responsabilidade penal da pessoa jurídica: de acordo com a Lei 9.605/1998*. São Paulo: RT, 1999. p. 99-101).

Quanto à causalidade do risco, a sua compreensão requer que se verifique que o ato gerador do perigo se encontra distanciado do local onde ele foi percebido. Isso exige uma interpretação causal que faça o risco aparecer como produto do próprio modo industrial de produção – a este conectado, mas não necessariamente próximo nem tangível pela lógica formal. Em outras palavras, exige que o risco seja percebido como efeito secundário sistemático dos processos de modernização. Os atores do processo de modernização e os riscos são colocados em um nexos direto, com danos e ameaças completamente separados em sentido social, material, local e temporal. Daí por que Beck afirma que os riscos da modernidade são universais e suas conseqüências específicas e não-específicas são incalculáveis e não “predizíveis”. Os riscos da modernização não respeitam fronteiras territoriais, nem sociais.

2. A AFETAÇÃO DAS RELAÇÕES DE RESPONSABILIDADE

A segunda característica importante para o direito penal na sociedade de risco está no conseqüente aumento da complexidade da distribuição organizada das relações de responsabilidades.

Na sociedade de risco a responsabilidade se ramifica crescentemente por meio de processos, nos quais muitos indivíduos interferem ativamente, por vezes integrados em um sistema de divisão especializadíssima de trabalho, e por outras vezes, sem relação entre esses indivíduos.

Isso faz da sociedade de risco uma sociedade caracterizada pelo: a) considerável aumento das interconexões causais; b) desconhecimento ou dificuldades para a compreensão dessas interconexões; e c) crescente aumento dos contextos de ação individuais por outros de caráter coletivo.⁴

Há na sociedade contemporânea, assim, um fenômeno bem delineado que se caracteriza pela interação e inter-relação de processos diferentes, cuja complexidade permite progressivamente que as responsabilidades sejam eliminadas, na medida em que quanto

⁴ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 28.

mais complexa e perfeita for uma determinada organização, maior é a fungibilidade do indivíduo, facilmente substituível, sendo que esse mesmo indivíduo se vê como irresponsável por eventual resultado lesivo por considerar que é irrelevante a sua contribuição pessoal para o processo conjuntamente considerado.

Isso se reflete de modo contundente no direito penal, porque provoca o surgimento de uma culpabilidade difusa por um fato individual, tornando extremamente difícil a tarefa de relacionar a produção do dano ou do perigo à respectiva culpabilidade.

2.1 A responsabilidade pela criação do risco

A individualização da responsabilidade pela criação do risco é, assim, problema especialmente tormentoso, porque cria um novo sistema.

A crescente divisão do trabalho e de sua especialização produz uma cumplicidade na produção. Isso é outro traço marcante da modernidade. Essa mesma cumplicidade leva a uma irresponsabilidade pelos riscos. Cada um dos agentes produtores é causa e efeito, portanto, não é causa. As causas se diluem no correr do processo produtivo. Como decorrência, o risco aparece como mola mestra de um sistema novo, entendendo-se sistema como o ente que permite a elaboração rotineira de algo, sem que se possa identificar um responsável pessoal pela tarefa.

Essa realidade conduz à drástica revisão do sistema baseado na causalidade, como é o caso do sistema adotado no Brasil para a determinação da imputação penal pelo resultado.

Emerge – agora – de um sistema novo, no qual não estão bem definidos quais são os agentes responsáveis a serem punidos pelos riscos. Definir o papel do direito penal nessa sociedade de risco, na qual o risco cria determinado sistema novo, é o grande desafio científico-jurídico.

A crise da vaca louca é um exemplo notável disso. Aqueles que tomaram a decisão política afirmam que não são responsáveis; afirmam-se “reguladores do desenvolvimento”. Os expertos e cientistas alegam que criam novas oportunidades tecnológicas, todavia não decidem sobre a maneira como estas são utilizadas. Os empresários justificam que estão apenas respondendo à demanda do consumidor. Há uma “irresponsabilidade organizada” (Beck). A sociedade tornou-

se um laboratório no qual ninguém se responsabiliza pelo resultado das experiências.

Dessa forma, partindo do paradoxo de que o risco afeta de modo involuntário as pessoas, porém tem sempre sua origem em uma decisão humana, a irresponsabilidade penal termina por ser: a) em alguns casos, o produto de múltiplas ações individuais; e b) em outros tantos casos, a copiosa divergência entre produção do risco e sua afetação em sociedades funcionalmente diferenciadas.

3. ESTADO SUBJETIVO DE INSEGURANÇA PÚBLICA

O terceiro aspecto da sociedade de risco relevante para o direito penal é o estado subjetivo de insegurança pública que é gestado e propagado nessa sociedade. É uma característica que decorre das duas anteriormente apresentadas.

Embora a vida na sociedade contemporânea seja a mais segura que a humanidade já experimentou, paradoxalmente, os seres que a integram experimentam a sensação de coexistir em constante insegurança⁵. Ainda que os níveis objetivos de segurança tenham aumentan-

⁵ Destaca-se Giddens, referindo-se à sociedade pré-industrial: "Poucos grupos da população podiam sentir-se seguros por longos períodos da violência ou da ameaça de violência por parte de exércitos invasores, bandoleiros, senhores da guerra locais, salteadores, ladrões ou piratas. Os meios urbanos modernos são considerados perigosos devido ao risco de um ataque ou assalto. Mas, não apenas é este nível de violência caracteristicamente menor se comparado com muitos cenários pré-modernos; tais meios são apenas bolsões de violência relativamente pequenos dentro de áreas territoriais maiores, nas quais a segurança contra a violência física é imensamente maior do que jamais foi possível em regiões de tamanho comparável no mundo tradicional" (*As conseqüências da modernidade*, p. 109). Hassemer afirma que a percepção da violência é, antes de tudo, um fenômeno político e comunicativo, onde a violência é menos vivenciada e mais comunicada de forma dramatizada, afetando sobremaneira a sua percepção (HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*; bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Tirant lo Blanch, 1999, p. 79). Sobre a influência da mídia norte-americana na compreensão dos fenômenos sociais relacionados à violência, ao poder e à política, afirmam Herman e Chomsky que, "em suma, a mídia de massas dos Estados Unidos é constituída por instituições ideológicas poderosas e eficazes que desempenham uma função de propaganda apoiadora do sistema por meio da dependência em forças de mercado, suposições internalizadas e autocensura e sem coação aberta significativa" (HERMAN, Edward

do, a vivência da insegurança não corresponde a uma proporcional diminuição, pois são vários os fatores da sociedade pós-moderna, que juntos levam a uma sensação crescente de insegurança (que faz permanente uma demanda social por segurança).⁶

Disso decorre para o direito penal uma demanda normativa pela crescente edição de normas que transmitam a sensação de segurança, não somente com o fim de dar proteção objetiva diante dos riscos e perigos, mas também buscando algo que vai além dessa proteção: a possibilidade de assegurar a efetivação da própria proteção, por meio da confiança ou da segurança nela mesma, de tal maneira que o homem possa se sentir livre de temores na base de tal convencimento.

Natural e compreensível a reação humana que, diante da aversão ao risco, pede por segurança, exigindo crescentemente do Estado prevenção e segurança.⁷

Nesse sentido, afirma-se que a mais marcante característica da sociedade de risco é a de ter uma necessidade de segurança que não pára de aumentar, bem como de procurar sensações ou impressões de segurança.⁸

Essa busca incessante por segurança acaba por converter-se em um motivo de ordenação dominante da vida social, chegando-se mesmo a falar em “direito humano” à segurança.⁹

S. & CHOMSKY, Noam. *A manipulação do público*; política e poder econômico no uso da mídia. São Paulo: Futura, 2003. p. 368).

⁶ Sobre os fatores modernos propulsores da demanda por segurança, confira-se: SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do direito penal*; aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Série *As Ciências Criminais no Século XXI*, São Paulo: RT, 2002. vol. 11.

⁷ Entre nós, DYMETMAN refere-se à busca por segurança contextualizada dentro de características da sociedade moderna que chama de “conceitos-limite e seus mecanismos perversos”, destacando a intolerância e a exceção como tais. Devido à intolerância – marca do moderno Estado-nação – polariza-se crescentemente a relação amigo/inimigo e dessa forma permitindo que sob o manto da legalidade, sejam legitimadas atitudes do Poder Público, que suspendem e suprimem as regras do jogo democrático (DYMETMAN, Annie. Modernidade, intolerância e resistência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 45, São Paulo: RT, p. 269-282, out.-dez. 2003).

⁸ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 31.

⁹ Idem. Também, Hassemer: “La violencia, el riesgo y la amenaza son hoy fenómenos centrales de la percepción social. Cada vez con mayor intensidad aparece la

Muitos defendem a razoabilidade da atividade humana voltada à consecução de segurança como diretriz em todos os âmbitos de interação social, na medida em que evita a criação de um estado geral de desespero ou tumulto.

O maior dos desmembramentos problematizantes para o direito penal surge quando este, juntamente com o direito processual penal, torna-se o destinatário de todas essas exigências por segurança, forçando-os a uma indevida expansão, visando a controlar os novos perigos¹⁰.

Essa situação que recai sobre o direito penal (e processual penal) o leva a assumir um papel que não lhe pertence exclusivamente, nem prioritariamente, por força do princípio da subsidiariedade. E não custa lembrar que este princípio não vem fundado somente na ideação normativa, mas também empiricamente.

A consequência dessa apropriação do direito penal para fins expansivos resulta num direito penal militarizado, excessivamente intervencionista, e permite o desenvolvimento de um “Estado Preventivo” ou “Estado de Prevenção”, no qual as garantias penais conquistadas ao longo da história do homem sofreriam quebras.¹¹

4. ASPECTOS POLÍTICOS DO CONCEITO DE RISCO RELEVANTES PARA O DIREITO PENAL

A sociedade de risco ainda produz modificações relevantes para o direito penal a partir da distribuição, delimitação e criação dos riscos que refletem politicamente sobre o Estado e o Direito.

4.1 A distribuição dos riscos

Na modernidade, a produção de riqueza – vinculada aos processos tecnológicos – acompanha sistematicamente a produção social dos

seguridad ciudadana como un bien jurídico, alimentando una creciente industria al respecto” (HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*; bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 81).

¹⁰ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*; bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 88.

¹¹ Ibidem, p. 96.

riscos. Ao mesmo tempo em que se gera riqueza, criam-se riscos sociais diversos.

Essa afirmação implica saber se os riscos distribuem-se igualmente entre os grupos (ou não), a forma como isso ocorre e como o risco é (ou não) percebido.

Enquanto nas sociedades de classe buscava-se legitimar a distribuição de riquezas (feita de forma desigual), na sociedade de risco persegue-se a minimização dos riscos, sem que isso emperre o desenvolvimento da modernidade nem ultrapasse o limite do suportável.

Se os riscos serão necessariamente produzidos por força da geração de riqueza, então a nova meta é administrar os riscos mediante a tentativa de sua identificação e distribuição igualitária.

Por outro lado, na sociedade de risco, seja qual for a classe social objetivada, haverá riscos que não se repartem conforme a distribuição da riqueza. Enquanto nos países pobres buscam-se condições mínimas de dignidade (por exemplo, acabar com a fome), nos países ricos são gerados perigos advindos do superabastecimento (por exemplo, o esgotamento dos solos para o cultivo, a contaminação dos alimentos com agrotóxicos, a obesidade). Dito de outra forma, a porção de países economicamente débeis preocupa-se com o aumento de velocidade da modernização, enquanto as nações mais abastadas enfrentam os perigos decorrentes da modernização. Em ambos os tipos de Estado a geração de risco é um processo inerente ao seu funcionamento.

A modernização reflexiva é ao mesmo tempo tema e problema, isto é, uma modernização preocupada não só com o desenvolvimento e a aplicação de tecnologias, mas também com sua gestão política e científica dos riscos, com vistas ao futuro próximo e limitado pelo advento de novas tecnologias. O surgimento de uma nova técnica acarreta a liberação de forças destrutivas, o que causa perplexidade e oferece uma perspectiva muito limitada da segurança ontológica do momento, já que tudo irá mudar em breve.

Deve ser feita uma diferenciação histórica no que diz respeito ao risco. Este não é um produto exclusivo da modernidade. Desde muito o homem convive com o risco. Na era dos grandes descobrimentos, aquele que se lançava ao mar numa aventura expedicionária, estava certamente correndo grandes riscos. Mas isso é uma concepção de risco pessoal, válida para o passado. Na modernidade – diz Beck – o risco gerado é um produto global do maquinário do progresso que ameaça regiões, países e continentes. Há uma característica de globalidade

na ameaça. A afirmação merece um acréscimo, para incluir a criação de riscos que atingem grupos sociais, maiores ou menores, mas, de qualquer forma, bem definidos.

A distinção acima feita aproveita para afirmar um traço marcante dos riscos da modernidade, que é a sua capacidade de manuseio político. Na sociedade de risco surgem forças sugestivas do advento de catástrofes, cuja evitação requer, muitas vezes, uma reorganização dos poderes da administração e das respectivas competências.

4.2 A delimitação do risco

Na sociedade de risco a dependência do saber se torna excessiva com relação ao conhecimento sobre os riscos, porque estes – em sua maioria – não são notados pelos sentidos. Existem riscos que efetivamente são reconhecidos socialmente, mas comumente são imperceptíveis aos sentidos. As contaminações do ar e das águas, a intoxicação dos alimentos e a radiação vazada de lixo nuclear são exemplos de perigos que se subtraem à percepção humana imediata. Disso decorre a necessidade de se recorrer aos expertos, os quais se tornam responsáveis pela constatação objetiva do risco. Ao mesmo tempo, os cidadãos não detentores de conhecimento ou de capacidade analítica e crítica respectivas, ficam à mercê dos juízos e erros dos peritos.

Entretanto, isso não significa que a definição e conceituação dos riscos seja um ato exclusivo dos técnicos. O monopólio da racionalidade dos riscos desaparece com a sociedade de risco, pois, se por um lado os peritos atuam com vistas a definir objetivamente o grau de probabilidade de o evento danoso ocorrer, por outro lado, é da sociedade que se extraem as valorações e expectativas sociais, definindo quais os danos aceitáveis e os não aceitáveis, bem como o *quantum* de probabilidade aceitável do risco, e, até mesmo, se a probabilidade mínima do evento já basta para classificá-lo como tal. Na sociedade de risco existe, assim, uma heterodeterminação do risco, em que técnicos e cidadãos leigos reconhecem um risco: os peritos os fixam; a população dá os limites a partir dos quais haverá um risco.

Logo, o direito penal fica refém de um conceito de risco definido de maneira plural e heterônoma, o que conduz à constatação de que toda definição de risco está sujeita a contra-argumentação, devido aos interesses em jogo.

Isso também reduz a capacidade argumentativa do direito penal, que termina por sujeitar-se aos interesses políticos preponderantes nessa definição do risco.

4.3 A criação do risco pela tecnologia

A ciência e a tecnologia são, hoje, a causa dos principais problemas da sociedade industrial. A produção e a distribuição das riquezas estão fundadas em um princípio regulador de escassez.

Cria-se um problema, porque as instituições da sociedade industrial não foram concebidas para cuidar da produção e da distribuição dos seus fatores negativos, isto é, dos riscos e acasos ligados à produção industrial.

Os riscos eram conseqüências latentes e não pesquisadas da industrialização em seu surgimento. Com o advento da globalização, os riscos começaram a minar as bases das instituições do Estado-nação moderno.

Dito de outra forma, em determinado instante do passado recente modificou-se a percepção da ordem social, que deixou de se basear no intercâmbio apenas de bens. Essa percepção passou a fundar-se no intercâmbio entre bens e “males”, e isso levou a uma crise das instituições e do funcionamento das sociedades ocidentais.

As posições tradicionais da luta de classes se tornam problemas de menor relevo diante dos riscos inexoráveis à saúde e à segurança, trazidos pela tecnologia e pela ciência. Diante da catástrofe nuclear ou de um desastre ecológico, de um terremoto financeiro ou, para ser mais atual, de ameaças terroristas globais, a luta de classes deixa de ser um conceito universal.

Os riscos criados pela ciência e pela tecnologia são um paradoxo, pois é justamente o progresso da ciência que debilita o papel dos especialistas. A ciência e suas tecnologias de detectar indícios modificaram substancialmente o princípio “não vejo o problema, portanto não há problema”, que por muito tempo orientou a atenção para os aspectos quantificáveis e visíveis dos riscos industriais.

A invisibilidade dos riscos não é mais uma justificativa para que a decisão e a ação sejam adiadas, pois o poder de causar dano, inerente à produção industrial, tem conseqüências crescentes para

todos e cada um. Esse poder é gerado pelo caráter indeterminado dos riscos. Dessa forma, as políticas de segurança do complexo financeiro-securitário sobre o qual repousa o capitalismo contemporâneo tornaram-se vetustas.

Esse contexto da modernidade permite que decisões penais em todo e qualquer plano sejam tomadas a partir de uma política pública que necessita de pouca justificação empírica e teórica. Cria-se um direito penal, no qual cabe qualquer solução que seja voltada à administração de riscos, ainda que se trate de soluções não democráticas.

4.4 O risco e a política do Estado

A sociedade de risco tem considerável impacto político. Na visão de Beck, os riscos produzem uma situação quase revolucionária, na medida em que a ordem social é invertida por uma “subpolítica”. Enquanto na sociedade industrial predominam a pretensão e as formas de uma democracia, na sociedade de risco há um processo de renovação do progresso que fica a cargo da economia, da ciência e da tecnologia, “nas quais as evidências democráticas não estão em vigor”.¹²

¹² BECK, Ulrich. *Sociedad del riesgo; hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998. p. 20. De forma semelhante, Faria se refere a uma reconceitualização da política por meio de uma “democracia organizacional” (FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 222). Com base em Luhmann, Faria afirma o enfraquecimento do direito e da política: “Na medida em que o nível de complexidade gerado pela diferenciação funcional tende a ser cada vez mais alto, afirmam os teóricos desse modelo, nenhum sistema particular – seja ele o produtivo, o financeiro, o educacional, o científico-tecnológico, o cultural, o esportivo e o religioso – dispõe de condições para aspirar à direção efetiva da sociedade. É este inclusive o caso do sistema político. Não mais representando o centro ou vértice da sociedade, ele é, como os demais sistemas parciais, autônomo no exercício de suas funções e, ao mesmo tempo, vinculado a todos eles por relações de interdependência que não admitem a prevalência de um sistema determinado. É este, também, o caso do próprio sistema jurídico, cuja função tradicional tem sido regular de forma direta toda a sociedade. Como pode ele intervir na dinâmica interna de outros sistemas autônomos? Se autonomia é, por definição, auto-referência, auto-organização e auto-regulação, como é possível a legislação, enquanto regulação externa? Ao tentar intervir na dinâmica de sistemas autônomos, não correria esse sistema jurídico o risco de acabar agindo em termos disfuncionais, agravando assim o processo de ‘juridificação’ e provocando graves desajustes para o equilíbrio social?” (FARIA, José Eduardo. *Op. cit.*, p. 193).

A tese de Beck da configuração social pela subpolítica vem sustentada em quatro pilares: a) O progresso substitui o consenso, no sentido de que a legitimação do progresso e da racionalização representa um processo apolítico e não democrático, que ignora e se choca com o processo democrático; b) As fronteiras entre o político e o “não político” tornaram-se indefinidas e pedem uma revisão sistemática, ante a incapacidade de o político decidir sobre as revolucionárias mudanças sociais operadas; c) A ciência e a tecnologia se convertem e adquirem uma nova dimensão política e moral, na medida em que geram direitos até então inexistentes e à margem do sistema político, todavia, passam então a demandar participação nas decisões políticas; d) A política perdeu a relativa autonomia que ganhou com o Estado Social, sendo obrigada a confrontar-se com outras instâncias decisórias mais freqüentemente, enquanto as decisões de ordem econômica e científica fundadas no argumento da “necessidade do progresso” sofrem questionamentos em menor quantidade.

E assim, o risco entra em contradição com o conceito de cidadania limitada à nação. A cidadania foi engendrada no Ocidente em termos de riscos “nacionais”, isto é, riscos atinentes a todos os indivíduos que habitam certo território. A democratização dos riscos descortina a grande limitação que o Estado-nação tem para, acertadamente, prever, organizar e controlar o risco num mundo de redes mundiais interativas e de fenômenos híbridos, sobretudo quando “ninguém” se responsabiliza pelos resultados.

A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA COMO SOCIEDADE DE RISCO

Sumário: 1. Ulrich Beck: 1.1 Modernização reflexiva; 1.2 Agressão à natureza, crise de controle e desencanto – 2. Anthony Giddens: 2.1 Encaixe, desencaixe e reorganização; 2.2 A estrutura do risco na modernidade: os riscos institucionalizados e a confiança; 2.3 Modernidade reflexiva; 2.4 O ambiente de risco; 2.5 Globalização e risco criado – 3. Niklas Luhmann: 3.1 O sistema autopoietico: 3.1.1 A comunicação na teoria dos sistemas; 3.1.2 A evolução; 3.1.3 A sociedade funcionalmente diferenciada; 3.2 Risco e perigo; 3.3 A determinação híbrida do risco; 3.4 O tratamento sistêmico do risco: 3.4.1 Risco e complexidade; 3.4.2 Risco e comunicação no subsistema científico; 3.5 Risco, segurança e prevenção; 3.6 A avaliação auto-referente do risco; 3.7 Confiança, desconfiança, risco e complexidade – 4. As convergências teóricas sobre o risco.

Doravante, interessa expor as teorias do “risco”, enquanto característica da sociedade contemporânea, bem como apresentar as respectivas teorias sociológicas.

Aqui são destacados os três principais autores. Especial e mais demorada apresentação é dada à teoria de Luhmann, pois: a) dela partem as bases teóricas para uma dogmática penal apropriada à sociedade de risco; e b) se trata de teoria complexa, onde o maior desafio é torná-la acessível.

1. ULRICH BECK

A expressão “sociedade de risco” foi cunhada por Ulrich Beck, em 1986, na obra que leva esse nome,¹ na qual o autor apresenta um estudo sobre os riscos, sua definição, seu surgimento, sua criação e distribuição, enfim, sua conformação no final da era moderna.

Nessa tarefa, o sociólogo da Universidade de Munique coloca frente a frente as idéias do passado – que ainda predominam – com as do futuro, que começam a se perfilar. Dá-se uma “dura luta entre as velhas teorias e hábitos de pensar”, uma vez que a pós-modernidade põe em confronto – existencialmente angustiante e desagradável – o conteúdo geral da modernidade com o esquema clássico da sociedade industrial, como se houvesse uma fratura dentro da modernidade, que resulta dos contornos da sociedade industrial tradicional, fazendo nascer uma nova figura que denomina “sociedade (industrial) de risco”.

Beck recorre a argumentos empíricos e exemplos colhidos na sociedade alemã no decorrer de sua exposição. Isso poderia gerar a visão equivocada de que suas idéias são inaplicáveis a países de realidade bastante diversa, como é o caso brasileiro.

A proposição de Beck está sustentada por argumentos científicos universais, que podem ser resumidos nas seguintes premissas: 1) Com o advento do processo de modernização, a produção de riqueza gera riscos; 2) A distribuição dos riscos não obedece proporcionalmente à distribuição de riquezas e se irradia para todos os grupos sociais; 3) O desmoronamento dos esquemas tradicionais da sociedade industrial foi impulsionado por uma forte onda de individualismo nascida no pós-guerra; 4) O individualismo mina de inseguranças o processo de modernização, através de diversos fatores decorrentes; 5) A modernização é um processo complexo, sujeito a constantes (re)avaliações e transformações, em que o desenvolvimento democrático destrona o saber científico e a ação política de seus respectivos monopólios; 6) A relativização do saber científico e da ação política formam um círculo vicioso na produção de riscos.

¹ “Sociedade del riesgo. Hacia una nueva modernidad”. Título original *Risikogesellschaft. Auf dem weg in eine andere moderne*, 1986. Traduzido por Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998.

Assim visto, o processo de modernização pode parecer algo novo. Todavia, fazendo um paralelismo com o passado, da mesma maneira que no século XIX a modernização dissolveu a sociedade agrária esgotada e elaborou a imagem estrutural de uma sociedade industrial, a modernização dissolve hoje o perfil tradicional da sociedade industrial, e faz com que na continuidade da modernidade apareça outra figura social. Se no século XIX houve um desprestígio dos privilégios e da significação social religiosa, hoje está sendo desencantada a compreensão da ciência e da técnica, itens próprios da sociedade industrial clássica. O mesmo sucede com as formas de vida e de trabalho, a família e as imagens estereotipadas do masculino e do feminino.

1.1 Modernização reflexiva

A modernização do contexto da sociedade industrial é substituída por uma modernização das premissas da sociedade industrial, e a modernidade – com as categorias da sociedade industrial – se diluiu em um sistema de coordenadas para a compreensão desse fenômeno. Daí, o que Beck apresenta na base de seu trabalho é uma diferenciação entre modernização da tradição e modernização da sociedade industrial, nada mais que uma distinção entre modernidade simples e modernidade reflexiva.

A modernidade reflexiva é uma idéia fundamental para a noção de risco na sociedade que é apresentada por Beck.

O seu conceito foi inaugurado por Beck em 1986 (e logo ganhou a adesão de Giddens e Lash²), para sustentar que as certezas da modernidade se diluíram e agora o homem se defronta com novos desafios. A modernidade reflexiva tem como suposição fundamental a *Freisetzung* ou libertação progressiva da ação em relação à estrutura.

A modernidade reflexiva representa uma época da modernidade que se desvanece. Mas, também, significa o surgimento anônimo de um outro lapso histórico. Esse nascer de um novo tempo não é gerado por eleições políticas, nem pela queda de qualquer governo ou por

² Confirmam-se Anthony GIDDENS, Ulrich BECK e Scott LASH em *Modernização reflexiva*; política, tradição e estética na ordem social moderna. Título original *Reflexive modernization*, 1995. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora UNESP, 1997.

meio de uma revolução; em verdade, obedece aos efeitos colaterais latentes no processo de modernização autônoma segundo o esquema da sociedade industrial ocidental. Não é a crise que provoca essa destruição criadora, mas, sim, o triunfo da modernização ocidental.

A modernização reflexiva questiona, basicamente, a rigidez e a impossibilidade de superação dos conceitos da sociedade industrial. Não tende à autodestruição, mas à autotransformação da modernidade industrial. A modernidade reflexiva alude menos à reflexão (como o adjetivo “reflexivo” parece sugerir) e mais à autoconfrontação: o trânsito da época industrial à época do risco se realiza anônima e imperceptivelmente no curso da modernização conforme o modelo de efeitos colaterais latentes.

A acumulação de conhecimentos sobre nosso entorno natural e social não conduziu, como se esperava, a uma maior certeza sobre as condições em que vivemos. Pelo contrário, tanto individual como coletivamente nos achamos em um estado que poderia ser qualificado como “incerteza fabricada”, reproduzidor do medo e da insegurança.

Conforme Beck, a modernidade reflexiva, de certa forma, conflita com a “dialética do iluminismo”, de Adorno e Horkheimer,³ pois desenvolve uma dinâmica autônoma, autoliberando-se. Mas, ainda que de forma claudicante, se liberam as amarras da indústria moderna. Ou seja, o envelhecimento da modernidade industrial produzido por ela mesma não é um anseio, nem uma esperança, nem uma promessa, mas um diagnóstico, segundo o qual a modernidade industrial produz uma segunda modernidade usando de auto-impulso e de autodinâmica independentemente da vontade, do pensamento dos homens e de racionalidade⁴.

³ ADORNO, T.W. & HORKHEIMER, M. *Dialética do esclarecimento*; fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

⁴ A racionalidade foi a característica marcante do iluminismo. Diz Ernst Cassirer, ao dissertar sobre o pensamento iluminista, que o século XVIII presenciou a emergência de “uma força criadora única” que, expressando as principais transformações desse período, pode ser designada como razão. É a razão que norteia o espírito humano ávido por romper com as barreiras já estabelecidas quanto à visão de mundo então existente: “Quando o século XVIII quer *designar* essa força, sintetizar numa palavra a sua natureza, recorre ao nome de ‘razão’. A ‘razão’ é o ponto de encontro e o centro de expansão do século, a expressão de todos os seus desejos, de todos os seus esforços, de seu querer e de suas realizações. Todavia, adverte: “Cuidemos, porém, de não cometer o erro de nos satisfazermos precipitadamente com essa característica, de acreditarmos que o historiador do século XVIII vai

1.2 Agressão à natureza, crise de controle e desencanto

A idéia de sociedade de risco apresentada por Beck se estrutura sobre três vértices articulados.

Em primeiro, considera fundamental a realidade de que a sociedade industrial tem depredado copiosamente (e até o esgotamento) a natureza e a cultura, como uma deterioração imprescindível à modernização.

Num segundo eixo fundamental, considera a crise de controle. A relação da sociedade com as ameaças produzidas por ela mesma⁵ provoca um transbordamento dos riscos por cima dos fundamentos das idéias de segurança, extravasando as representações sociais desta. E assim cresce de tal maneira que, uma vez percebidos os riscos, estes afetam a base sobre a qual se sustenta a ordem social moderna. Isso se reflete de maneira especialmente evidente no subsistema político, uma vez que a sociedade de risco surge justamente onde os sistemas de normas sociais fracassam em relação à segurança prometida diante dos perigos liberados pela tomada de decisões; estas não são as que produzem guerras ou subvertem a ordem, mas, sim, decisões

encontrar aí o ponto de partida e de chegada de suas investigações" (CASSIRER, Ernst. *O pensamento da era do iluminismo*. A filosofia do iluminismo. Tradução de Álvaro Cabral. Campinas: Editora da UNICAMP, 1992. p. 22). Essa inquietação serve como ponto de partida para Adorno e Horkheimer, para quem a verdade e a razão podem ser convertidas em elementos úteis para a opressão. Os autores demonstram como as vestes da racionalidade e da verdade universal atendem a fins que são diametralmente opostos a seus pressupostos básicos. Nisso consiste, precisamente, o caráter dialético sobre a racionalidade moderna: a possibilidade de encontrar, fundido em mesmo espectro, dois aspectos complementares sobre o qual o conceito de razão pode ser formulado. Em outros termos, mostrar que o suposto básico do Iluminismo acabou por gerar uma "cilada" em seu destino subsequente não parece constituir outro objetivo que não o desnudar da verdade tida como universal. Com efeito, Adorno e Horkheimer aludem implicitamente à debilidade do pensamento teórico da época que, desprovido de tais preocupações, jamais poderia entender as contingências subjacentes ao nascimento da modernidade. Insurgindo, pois, contra uma profusão de concepções que tendiam a desconsiderar a barbárie do mundo moderno, os autores não só denunciaram que a razão iluminista pode ser convertida em fetiche, como também mostraram que ela própria fornece os subsídios necessários à manutenção de seus "grilhões".

⁵ "De modo que con la sociedad del riesgo, la autoproducción de las condiciones de vida social se convierte en problema y tema (en primera instancia, de modo negativo, por la exigencia de evitación de los peligros)" (BECK, Ulrich. *Sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós Ibérica S.A., 1998. p. 237).

que visam à obtenção de benefícios técnicos e econômicos, isto é, o progresso.

A crise de controle representa uma preocupação em si, ou seja, a sociedade preocupa-se mais com a própria "controlabilidade", em si mesma considerada, do que com a capacidade precisa do subsistema político de efetivar o controle.

O terceiro e último fundamento da teoria de Beck está na deterioração, na decomposição e no desencanto daqueles fluxos de sentido coletivo e de determinados grupos (fé no progresso, consciência de classe), tão característicos como pertencentes à cultura da sociedade industrial, e que com sua concepção de segurança deram respaldo até o presente momento às sociedades democráticas ocidentais, baseadas na dimensão econômica. Essa deterioração detona um processo de individualização responsável pela libertação dos indivíduos da sociedade industrial; todavia, ao mesmo tempo, instala esses indivíduos na sociedade de risco; e nesta, tanto as formas tradicionais e institucionais de medo como também a superação da insegurança na família, tanto a consciência de classe como os partidos políticos e as instituições que se relacionam com aquela, perderam relevância. Nesse quadro, a convivência cotidiana com o medo e a insegurança se converte em determinado tipo de civilização.⁶

Assim, "há cada vez menos formas sociais (padrões de atuação) produzindo ordens de ligação e ficções de segurança importantes para a ação. Esta crise das ficções de segurança da sociedade industrial implica que as oportunidades e compulsões para a ação se abram, e entre elas uma deve permanentemente decidir, sem qualquer reivindicação de soluções definitivas – um critério pelo qual viver e agir na incerteza torna-se uma espécie de experiência básica".⁷

⁶ O medo, enquanto característica da sociedade brasileira contemporânea, pode ser concebido também como algo estruturalmente sustentado e desejado pelo Poder Público, a fim de assegurar opressivas políticas de segurança pública (Nesse sentido: PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. Monografia IBCCRIM* n. 27, São Paulo, 2003).

⁷ BECK, Ulrich. *A reinvenção da política; rumo a uma teoria da modernização reflexiva. Modernização reflexiva; política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora UNESP, 1997. p. 23.

2. ANTHONY GIDDENS

Não é possível explanar a visão de Anthony Giddens sem antes delimitar qual é a sua particular visão da sociedade contemporânea.

Para Giddens o momento atual não deve ser denominado de pós-modernidade, pois ainda estamos na modernidade, numa fase final, em que as conseqüências estão radicalizadas e universalizadas como nunca antes. A tendência a denominar de pós-moderno o atual período de organização social é fruto de uma insuficiente análise da natureza da própria modernidade. Através de uma investigação institucional do desenvolvimento social moderno, Giddens apresenta os contornos de uma ordem social nova e diferente, que chama de “pós-moderna”, mas que não se confunde com o que é atualmente chamado por muitos de “pós-modernidade”.

Seu discurso dá ênfase aos fatores cultural e epistemológico da modernidade, como forma de se alcançar a análise institucional da organização social respectiva. Busca obter uma nova caracterização, tanto da natureza da modernidade quanto da ordem pós-moderna que emergirá do outro lado da era atual.

Nessa tarefa, realiza uma interpretação descontínua da ordem social vigente, na qual as instituições sociais modernas são – em alguns aspectos – únicas.

As discontinuidades que separam as ordens sociais precedentes da presente ordem moderna são identificadas por: a) “ritmo de mudança” (enorme velocidade de transformação que a modernidade acarreta); b) “o escopo da mudança” (conforme diversas áreas do planeta são colocadas em conexão, desencadeiam-se ondas de transformação social); e c) “a natureza intrínseca das instituições modernas” (algumas das atuais instituições não existiam ao tempo das ordens sociais tradicionais precedentes, como, por exemplo, a dependência em grande escala das fontes de energia inanimadas).

2.1 Encaixe, desencaixe e reorganização

Em seu discurso – para a compreensão do risco – é fundamental a idéia de que o dinamismo da modernidade é resultado da “separação

do tempo e do espaço e de sua recombinação em formas que permitem o ‘zoneamento’ tempo-espacial preciso da vida social; do *desencaixe dos sistemas sociais*; e da *ordenação e reordenação reflexiva* das relações sociais à luz das contínuas entradas (*inputs*) de conhecimento afetando as ações de indivíduos e grupos”.⁸

A separação entre tempo e espaço é condição principal para o processo de desencaixe, possibilita a organização racionalizada (traço distintivo da sociedade moderna) e é permeável a inserções que condicionaram a historicidade a um passado histórico-mundial unitário.

Por desencaixe dos sistemas sociais entende-se o “deslocamento das relações sociais de contextos locais de interação e sua reestruturação através de extensões indefinidas de tempo-espaço”.⁹

As instituições sociais modernas são desenvolvidas a partir de dois mecanismos: 1) a criação de “fichas simbólicas”, cujo principal item é o dinheiro, devido à alta capacidade de distanciamento do tempo-espaço que possui numa economia monetária moderna para provocar o desencaixe; 2) o estabelecimento de “sistemas peritos”, isto é, sistemas de alto e crescente desenvolvimento técnico ou capacidade profissional, hábeis a organizar grandes espaços dos ambientes material e social em que vivemos. Esses sistemas removem as relações sociais do contexto em que vivemos. É o caso, por exemplo, do ato de dirigir pelas vias públicas, onde o piloto não participou da construção daquele sistema viário, mas dele participa frequentemente como usuário.

Tanto as fichas simbólicas como os sistemas peritos da modernidade dependem – na sociedade moderna – da confiança: quando se usa o dinheiro, confia-se, simplesmente, que os outros honrem o seu valor; o motorista desconhece os sistemas mecânicos do veículo, bem como o conhecimento empregado na construção de estradas e semáforos, mas confia no seu funcionamento eficiente. Daí, conclui que as instituições da modernidade estão essencialmente penetradas pela confiança e todos os mecanismos de desencaixe estão relacionados a uma atitude de confiança. Chega a afirmar que é a própria natureza das instituições modernas que está ligada – enraizadamente – ao mecanismo da confiança em sistemas abstratos.

⁸ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. 6. ed. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 25.

⁹ Idem, *ibidem*, p. 29.

Essas atitudes de confiança nos sistemas abstratos estão rotineiramente incorporadas à continuidade das atividades comuns do dia-a-dia e são reforçadas pelas situações próprias desse cotidiano: “Com o desenvolvimento dos sistemas abstratos, a confiança em princípios impessoais, bem como em outros anônimos, torna-se indispensável à existência social”.¹⁰ A confiança tem uma de suas mais firmes bases na aceitação tácita de circunstâncias, nas quais outras alternativas estão descartadas.

Para compreender o que significa “confiança” na modernidade, Giddens recorre a Luhmann,¹¹ mas não toma a proposta deste como suficiente. Para Giddens, diferentemente de Luhmann, crença e confiança não são conceitos diversos. A confiança é um tipo específico de crença.

2.2 A estrutura do risco na modernidade: os riscos institucionalizados e a confiança

Quanto às noções de risco e perigo, Giddens não concorda com a idéia de que são intrinsecamente ligados um ao outro. Tampouco são a mesma coisa. O perigo existe em circunstâncias de risco e é relevante para a definição do que é risco. Logo, são definições próximas, mas que não se confundem. O risco pressupõe o perigo, mas não a consciência do perigo. Logo, a diferença não está na atitude de um indivíduo para pesar (risco) ou não pesar (perigo) conscientemente as alternativas ao adotar uma ação específica. O indivíduo pode estar consciente do risco, mas não do perigo que corre.

Com base nessas idéias, recorre a uma exposição analítica para explicar o que é confiança. Afirma que a confiança está relacionada à

¹⁰ Idem, p. 122.

¹¹ Luhmann trata a confiança como um dos mecanismos privilegiados para a construção do sistema social. O que destaca a proposta de Luhmann das demais é que a confiança não é somente um mecanismo psicológico assentado nos estados de consciência dos indivíduos, uma vez que toda comunicação social está permeada por uma forte carga de confiança que vige independentemente dos humores dos indivíduos. Para Luhmann, o social está fundado em uma expectativa de fé. Não se trata de objetividade, nem de subjetividade, mas, sim, de um mecanismo aberto de aprendizagem (*Confianza*. Título original *Vertrauen*. Universidad Iberoamericana. México, Editorial Anthropos, 1996).

não-visualização de uma atividade no tempo e no espaço. Algo não fundamentalmente vinculado ao risco, mas, sim, à conotação de credibilidade que advém dos resultados contingentes; diz que a confiança não é fé, ela deriva da fé e é o elo entre fé e crença. E chega então a uma definição: “Confiança é uma crença na credibilidade de uma pessoa ou sistema, tendo em vista um dado conjunto de resultados ou eventos, em que essa crença expressa uma fé na probidade ou amor de um outro, ou na correção de princípios abstratos (conhecimento técnico)”.¹²

A partir dessa definição, costura uma relação entre risco e confiança, onde esta se presta à redução dos perigos respectivos às atividades.

Sob essa ótica, em certas circunstâncias os padrões de risco na sociedade moderna são institucionalizados e se conectam com estruturas de confiança. É o caso dos esportes radicais e do investimento no mercado de ações, por exemplo. Em outras tantas diversas situações hodiernas é possível vislumbrar circunstâncias em que o risco é institucionalizado conforme as características da sociedade ou grupo social particularmente atuante. Existem também situações de risco institucionalizado, com particularidades próprias em relação a setores da sociedade ou a determinada região.

2.3 Modernidade reflexiva

O extraordinário dinamismo da modernidade advém também da sua reflexividade própria, diferente de outras épocas, já que a reflexividade sempre existiu. Na modernidade, a reflexividade assume um caráter diferente, pois ela é introduzida justamente na base em que o sistema se reproduz, de maneira que o pensamento e a ação estão refratados em si. As práticas sociais, assim, são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre essas mesmas práticas, alterando assim a própria constituição de seu caráter. Na modernidade, a revisão dos conceitos existentes é radicalizada, aplicando-se a todos os aspectos da vida humana. Isso gera autoconhecimento sistemático ao mesmo tempo em que não estabiliza os riscos da sociedade moderna.

Como fruto do dinamismo da modernidade radicalizada, surgem riscos inúmeros e de um perfil diverso daqueles existentes nas sociedades tradicionais.

¹² GIDDENS, Anthony. *Op. cit.*, p. 41.

A vida atual se desenvolve em uma sociedade onde os riscos estão onipresentes nas instituições: "Viver no mundo moderno é mais semelhante a estar a bordo de um carro de Jagrená em disparada do que estar num automóvel a motor cuidadosamente controlado e bem dirigido".¹³

2.4 O ambiente de risco

Nas sociedades modernas, o ambiente de risco provém: 1) das ameaças e perigos emanados da reflexividade da modernidade; 2) da ameaça de violência humana a partir da industrialização da guerra, quando o mundo nunca experimentou uma concentração de poderio militar e tal desenvolvimento de tecnologias aplicadas aos armamentos como o que existe na atualidade, com perspectivas infinitas de desenvolvimento; 3) da ameaça da falta de sentido pessoal derivada da reflexividade da modernidade, enquanto aplicada ao *eu*.

Nas sociedades pré-modernas, o ambiente de risco derivava: 1) da natureza, por razões climáticas e doenças infecciosas; 2) das ameaças de violência humana, como, por exemplo, as invasões e pilhagens por parte de povos, bandidos ou salteadores; 3) do risco de perda da graça religiosa ou de sofrer uma influência mágica negativa.

Por um lado, essa substituição operada entre os elementos respectivos aos ambientes de confiança e risco manteve a relação de proporcionalidade entre os mesmos nos tempos pré-modernos e modernos.

Mas, por outro, os elementos envolvidos são bastante diferentes dos que predominavam na era pré-moderna, porque estão atrelados ao impacto causado pelas três grandes forças dinâmicas da modernidade: a) a separação de tempo e espaço; b) os mecanismos de desencaixe; e c) a reflexividade institucional.

Isso confere ao homem a percepção do risco, para vislumbrá-lo muito mais como tal e menos como fortuna. Certamente, na sociedade moderna a fortuna não desaparece. Mas, existirá em ambientes onde a compreensão que se tem do risco é bem maior, pois os riscos são humanamente criados. O conhecimento do risco, como tal, permite ao homem que o vivencie de forma diferente da que fazia nas so-

¹³ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. 6. ed. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 59 e 151.

ciedades pré-modernas. Reconhecer o risco – por parte do homem moderno – significa não apenas admitir a possibilidade de que as coisas podem dar errado, mas também aceitar que essa possibilidade não pode ser eliminada.

Isso representa um novo “perfil de risco”,¹⁴ criado com o advento da modernidade. Esse perfil tem como principais características: 1) a globalização do risco, isto é, um risco mais intenso e expandido; 2) a derivação do risco do meio ambiente criado pelo conhecimento humano; 3) o desenvolvimento de riscos ambientais institucionalizados (por exemplo, o mercado de investimentos); 4) a consciência do risco como tal e sua distribuição, isto é, hoje o homem sabe quando está agindo em ambiente de risco e conhece os respectivos perigos enfrentados; 5) a consciência das limitações da perícia.

Na visão de Giddens, um dos aspectos fundamentais da separação entre o mundo pré-moderno e o moderno é a aceitação pela população leiga dos riscos como sendo riscos, na medida em que no passado a vivência do risco era conjugada com a proteção divina ou a magia. Assim, na atualidade, o ser humano ao ingressar num ambiente de risco sabe que o faz. A par disso, também é considerada inevitável a convivência com variados e inúmeros riscos.

2.5 Globalização e risco criado

A partir do processo de globalização encontram-se alguns fenômenos que são a causa da sociedade de risco, ou que, no mínimo, favorecem muito a incrementação dos riscos já existentes antes do seu advento.

O processo de globalização contribuiu para a formação da sociedade de risco em dois aspectos. O primeiro, ao incrementar a desigualdade social. O segundo, toma em consideração o progresso tecnológico.¹⁵ Ambos são fomentados pelos esquemas engendrados intrinsecamente pelo processo de globalização.

¹⁴ Idem, ibidem, p. 112.

¹⁵ GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. Lisboa: Editorial Presença, 2000. p. 26.

Giddens identifica dois tipos de risco: exterior e provocado.¹⁶ O primeiro é o que vem de fora, imposto pela natureza ou pela tradição. O segundo resulta do impacto do desenvolvimento tecnológico (e conseqüentemente produtivo) sobre o meio ambiente (aí incluídas as metrópoles). O risco criado está referido a situações de que não temos experiência histórica. Muitos dos riscos ambientais pertencem a esses tipos, cujo exemplo notório é o aquecimento global.

Nas sociedades tradicionais e também no processo de industrialização, os homens tinham a preocupação com os fenômenos naturais, isto é, originados pela natureza exterior, como, por exemplo, má colheita, pragas e inundações. Com o passar do tempo, num passado não muito distante, passamos a nos preocupar menos com o que a natureza poderia fazer contra nós, homens. Em contrapartida, passamos a nos preocupar mais com o que nós, seres humanos, poderíamos fazer contra a natureza e o meio que nos circunda.

O risco exterior passa a preocupar menos, enquanto o risco provocado por nós, a preocupar mais. O “nós” a que é feita referência representa “todos os seres humanos, que vivem em todas as zonas, ricas ou pobres, do mundo”. Daí a expressão sociedade de risco.

O risco criado não deve ser compreendido somente no sentido ambientalista estrito (zona rural, campo, clima, transgênicos etc.). O risco provocado também incrementa desigualdades num mesmo espaço físico delimitado, como nas metrópoles, onde a desigualdade social gerada pela globalização estimula a criação de uma massa de excluídos econômica e socialmente, desejosos de possuir todo o conforto proporcionado pelas novas tecnologias, todavia, sem acesso a elas e, pior, sem perspectiva disto. Referida desigualdade gera violência, como explica a criminogênese.

É, portanto, lícito concluir que a violência urbana é um risco socialmente criado. Embora não seja desejadamente criado, certamente é necessariamente criado. E o é, tanto quanto uma catástrofe ecológica.

Daí o risco provocado resta caracterizado pela amplitude e inevitabilidade. Ou seja, é difícil encontrar algum aspecto do mundo que nos rodeia que não tenha sido afetado pela intervenção humana e que possa ser definitivamente eliminado.

¹⁶ Ibidem, p. 35.

3. NIKLAS LUHMANN

A obra de Niklas Luhmann – com especial referência à teoria de sistemas – vem sendo considerada, durante os últimos anos, como uma das perspectivas mais sistemáticas e originais para abordar a observação e a compreensão da dinâmica da sociedade contemporânea. Tal sociedade, sob essa ótica, não se encontra mais organizada em torno de um só centro, mas, ao contrário, opera de maneira “multi-cêntrica”, mediante redes de relações crescentemente diferenciadas, mesmo interligadas, obrigando a configurar formas não hierárquicas de coordenação coletiva.

É uma obra complexa e com pretensão de universalidade que tem recebido diversas e incisivas críticas.¹⁷ Questiona-se: “Como entender uma sociedade que não está composta de homens? Como pensar a sociedade como um sistema e, assim, evitando considerações antropológicas?”. Acusa-se também: “É uma teoria da sociedade que despreza a ética e toda forma de moralização social”. Ainda se critica: “Não se pode reivindicar a necessidade de fazer investigação teórica em sociologia, esquecendo-se da investigação empírica”. Todavia, tais críticas são produto de uma análise apressada da teoria de Luhmann, bem como de um conhecimento pouco aprofundado e parcial. Dessa maneira, resulta fácil criticar. Luhmann responde e antecipa-se às críticas, como se previamente vislumbasse que a sua postura de superação das teorias clássicas da sociologia gerariam exatamente tais ataques.

Para Luhmann a sociedade constitui um sistema, no qual é relevante a diferença entre sistema/meio; esse sistema é caracterizado pela auto-referência e pela *autopoiesis*¹⁸. A sociedade tem a comunicação como elemento constitutivo, e a partir dela gera uma rede de relações, que uma vez fechada sobre si mesma, tende a manter-se, aumentando as inter-relações em uma espiral evolutiva não teleológica, marcada pela observação e redução de complexidade do entorno do sistema. Conforme a teoria luhmanniana, a

¹⁷ Em especial, registram-se as críticas dirigidas por Habermas, o qual questiona as possibilidades oferecidas pela moderna teoria de sistemas, afirmando-a uma “tecnologia social”.

¹⁸ *Autopoiesis* significa que um sistema complexo reproduz os seus elementos e suas estruturas dentro de um processo operacionalmente fechado com ajuda dos próprios elementos.

sociedade moderna pode ser descrita como um grande sistema social estruturado sobre a base de uma diferenciação funcional. Luhmann explica que, após um longo período de estabilidade da sociedade liberal, houve um aumento da aceleração da evolução industrial e tecnológica, assim como um crescimento considerável dos organismos voltados para a administração social, a gestão econômica, política e cultural de alcance global. Esse acelerado processo de transformação conduziu à criação de uma sociedade complexa, caracterizada por uma diferenciação funcional, expressada na crescente autonomia de sistemas parciais (ou subsistemas), com radical divisão do trabalho mediante a especialização do conhecimento, concomitante à emergência de novas formas de institucionalização, que tendem à redução da complexidade do ambiente.

A explanação feita no parágrafo anterior não desonera de uma exposição algo mais detalhada da teoria de Luhmann, pois se trata de uma teoria que rompe com os postulados clássicos da sociologia, não só reduzindo a importância da idéia de ação, mas também a de sujeito.¹⁹ Ademais, é uma teoria complexa e com intenção de universalidade.

A necessidade de uma maior explanação da teoria dos sistemas autopoieticos, também é debitada ao fato de que neste trabalho adota-se a teoria de Luhmann como ponto de partida para uma concepção satisfatória do direito penal na sociedade de risco. E isso exige boa compreensão da teoria de Luhmann.

Assim, antes de abordar propriamente a idéia de risco na concepção luhmanniana, recordemos os conceitos centrais de sua teoria sistêmica.²⁰

¹⁹ "O sistema social, enquanto sistema estruturado de ações relacionadas entre si através de sentidos, não inclui, mas exclui o homem concreto. O Homem vive como um organismo comandado por um sistema psíquico (personalidade). As possibilidades estruturalmente permitidas para esse sistema psíquico-orgânico não são idênticas às da sociedade enquanto sistema social. Formulando de outra maneira: a relação de sentido que une as ações no sistema da sociedade é diferente da relação também de sentido, mas organicamente fundamentada, das ações reais e possíveis de um Homem" (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, série Biblioteca Tempo Universitário, n. 75, 1983, vol. I, p. 169).

²⁰ Muito boa síntese sobre o pensamento de Luhmann é feita por Ignacio IZUZQUIZA (*La sociedad sin Hombres*; Niklas Luhmann o la teoría como escándalo. Barcelona, Anthopos, 1990. p. 283).

3.1 O sistema autopoietico

Em 1984, Niklas Luhmann acolhe o conceito de *autopoiesis*, utilizado originariamente pela biologia, por Maturana e Varela.²¹ Luhmann começa a modificar a sua teoria de sistemas, distanciando-se paulatinamente e num aprimoramento natural da teoria de Parsons,²² até chegar ao que denominou de teoria de sistemas autopoieticos.²³

Luhmann define a sociedade como um sistema auto-referente e autopoietico de todas as comunicações significativas. Os elementos que a compõem são comunicações e não unidades, como homens ou normas. Dessa forma, a sociedade se diferencia de um entorno; e é justamente a unidade da diferença entre o sistema social e seu entorno o que constituirá o objeto da sociologia. O sistema ergue sua identidade em relação ao entorno e também constrói a sua delimitação em relação a ele. Neste estão todos os demais sistemas sociais e psíquicos, sendo por isso mais complexo que o sistema.²⁴

No interior do sistema, Luhmann faz distinção entre máquinas, organismos, sistemas sociais e sistemas psíquicos. Os sistemas sociais se expressam em organizações, interações e na sociedade. Os sistemas sociais e os sistemas psíquicos diferem entre si através da maneira

²¹ Sobre o papel da biologia na teoria sistêmica de Luhmann: GARCÍA BLANCO, José Maria. *Autopoiesis*; un nuevo paradigma sociológico. *Revista Antropos*. Barcelona, n. 173/174, 1997, p. 79.

²² LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*; lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. Universidad Iberoamericana. Antropos, México, 1996. p. 43: "A la teoría de Parsons no se le puede aplicar un tratamiento de fracaso. Lo que sucedió fue que la disposición técnica obligó a tomar un callejón sin salida con respecto a convertirse en teoría de sistemas". Também: LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales*; lineamentos para una teoría general. Barcelona: Anthropos, 1998, passim.

²³ A Teoria Geral de Sistemas foi desenvolvida pelo biólogo Ludwig Von Bertalanffy, antes da 2.ª Grande Guerra. Com ela, os modelos abertos da biologia foram incluídos à teoria sistêmica. Com isso se refere à abertura que os sistemas vivos fazem ao seu exterior (adaptação-requisite variety), bem como ao contínuo intercâmbio e equilíbrio (homeostasis) e à relação entre as partes. A teoria anterior se relacionava aos sistemas fechados, isto é, de partes isoladas, próprios da física mecânica (GIMENEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, Bosch: Barcelona, 1993. p. 73).

²⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema*; la ambición de la teoría. Colección Pensamiento Contemporáneo; Barcelona: Paidós, 1990. n. 8, p. 42-44.

como se reproduzem, na medida em que os sistemas sociais utilizam a comunicação, enquanto os sistemas psíquicos usam aquilo que Luhmann designa como a consciência e o pensamento.

Para que a sociedade possa manter-se, deve constantemente reduzir a complexidade de seu entorno. Isso é feito eficientemente através de uma diferenciação funcional. Esta se vale de processos onde ocorre: 1) a especialização de funções; 2) códigos binários de comunicação; e 3) programas.

Mediante a diferenciação funcional, o sistema especializa suas respostas seletivas em conjuntos ordenados ao cumprimento de determinadas funções, isto é, ordena a contingência e as possibilidades do entorno em conjuntos de problemas funcionalmente equivalentes. Com vistas a executar suas funções, os sistemas desenvolveram gradativamente códigos mediante os quais reconhecem e dão sentido às operações que lhes são próprias, relacionadas àquelas correspondentes a outros âmbitos de operação sistêmica.²⁵

A evolução sociocultural revela a formação de diversos tipos de sociedade, cada um baseado em uma forma distinta de diferenciação do sistema social. No que diz com a sociedade moderna, esta gera, desde o século XVII ao XIX, formas radicais de especificação funcional, responsável pela especialização das respostas comunicativas sobre o entorno da sociedade. Tal especialização se produz por conta da formação de diferentes sistemas sociais (ou subsistemas sociais, ou, ainda, sistemas sociais parciais), os quais resolvem problemas que se aglutinam ao redor de uma determinada função.

Quanto mais evoluída e complexa for uma sociedade, maior será o seu grau de diferenciação funcional. O sistema social que se diferencia dinamicamente é o mesmo que dá lugar aos diferentes sistemas sociais (subsistemas sociais ou sistemas sociais parciais). Assim, o sistema reduz a complexidade de seu entorno, ao mesmo tempo em que acaba por aumentar a complexidade de sua própria estrutura.

A sociedade contemporânea é mais complexa que as anteriores. É, por isso, mais eficaz em resolver problemas, pois somente aquilo que é complexo está apto a reduzir complexidade. Isso implica numa evolução contínua e linear da sociedade, que usa dos me-

²⁵ Idem, ibidem p. 53-55. LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*; lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. Universidad Iberoamericana. Antropos, México, 1996. p. 61 e 133-137.

canismos de redução da complexidade inercialmente.²⁶ Resgata-se a teoria de Darwin, em que há conceitos com dispositivos de variação, seleção e retenção que estão em contraposição à idéia de progresso.

Mediante a diferenciação funcional, a sociedade consegue aumentar a sua capacidade de comunicação, diminuindo a redundância e ordenando o seu entorno para o agrupamento de problemas que funcionalmente se equivalem. Essa limitação da redundância supõe uma maior capacidade de comunicação, ou seja, supõe uma conduta seletiva mais adequada.

Cada um dos subsistemas nos quais o sistema social se diferencia tem as características próprias de um sistema auto-referente, ainda que a sociedade mantenha sobre eles (como de fato mantém) uma primazia funcional.

A sociedade especializa suas comunicações nos diferentes subsistemas que ela mesma gerou através dos processos de diferenciação.

Portanto, todo e cada subsistema mantém sua própria maneira de auto-reprodução autopoietica e sua clausura auto-referente.

3.1.1 A comunicação na teoria dos sistemas

Não é difícil perceber, assim, que a comunicação é um conceito da maior importância na teoria dos sistemas autopoieticos.²⁷ Os clássicos conceitos de sujeito e ação social são substituídos pela comunicação como elemento central da funcionalidade do sistema.²⁸ O homem é

²⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, série Biblioteca Tempo Universitário, n. 75, 1983. vol. I, p. 173.

²⁷ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*; lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. Universidad Iberoamericana. México: Antropos, 1996. p. 68.

²⁸ Ou, ainda, são substituídos pela distinção entre operação e observação: "Las nuevas disposiciones de la teoría de sistemas dejan de lado la distinción sujeto/objeto y se la sustituye por la distinción entre operación y observación: operación que un sistema de facto realiza, y observación que puede ser llevada a cabo por el sistema mismo o por outro. Por tanto, se trata de un concepto de expectativa que no se dirige en primer término al componente subjetivo, sino a la pregunta de cómo la

colocado fora dos sistemas. Ele se aloca no entorno. Com isso, o sujeito não resta menosprezado, pois os subsistemas sociais cumprem suas funções em prol do indivíduo, permitindo o seu desenvolvimento e possibilitando que conheça o seu entorno.²⁹ O sujeito, assim, corresponde à noção de consciência nos sistemas psíquicos. O entorno tem sua relevância determinada pela infinidade de comunicações que possibilita para a sociedade.

estructura pueda servir para que se lleve a cabo una reducción de complejidad, sin que el sistema, paulatinamente, se encoja, sino más bien, por el contrario, que el sistema tenga capacidad de determinar la situación en la que podrá utilizar la estructura" (LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*; lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. Universidad Iberoamericana, México: Antropos, 1996, p. 87).

²⁹ Quanto à crítica daqueles que afirmam que sua teoria desconsidera o ser humano, Luhmann afirma - após expor a importância da idéia de comunicação que: "Como consecuencia de lo anterior, el hombre es considerado como parte del entorno y no como parte del sistema social. Esto frecuentemente ha sido entendido como si el ser humano no desempeñara ningún papel en esta teoría, como si se tratara de una magnitud descuidada. Quien llegue a esta conclusión no ha entendido el planteamiento. El objeto de la teoría es la diferenciación entre sistema y entorno: que un sistema no puede existir sin entorno (lo que entre otras cosas quiere decir que el mundo no es un sistema) se comprende por sí mismo en razón de reflexiones lógicas o en razón del modelo cibernético general del condicionamiento (Ashby). En esta teoría el hombre no se pierde como entorno del sistema, sólo cambia la posición jerárquica que gozaba en la antigua teoría europea de la sociedad civil. Quien considera seriamente al ser humano como unidad concreta y empírica formada física y química, orgánica y psicológicamente, no puede concebir al individuo como parte del sistema social. Para empezar, existen mucho hombres, cada uno distinto; entonces qué se quiere decir cuando se habla del hombre? A la sociología tradicional que como teoría de la acción remite al 'sujeto', habría que reprocharle que, precisamente ella, no toma en serio al ser humano cuando habla de él mediante construcciones nebulosas y sin referencias empíricas. Tampoco toma en cuenta suficientemente el hecho de que los hombres viven y actúan en un mismo tiempo, aunque con horizontes temporales que remiten al pasado y al futuro. Por consiguiente, el orden social debe estar garantizado en la simultaneidad y no sólo como una secuencia proyectada" [LUHMANN, Niklas. Prefácio à primeira edição de *Sistemas sociales*; lineamientos para una teoría general. Traduzido por Silvia Pappe y Brubhilde Erker. Coordenado por Javier Torres Navarrete. - Rubí (Barcelona): Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 15]. Confira-se também: SOUZA, Antonio Marcelo Pacheco de. Alice e o Direito sem o império do indivíduo. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 605, 5 mar. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6360>>. Acesso em: 5 ago. 2005.

A sociedade é, dessa forma, um sistema de comunicações.³⁰ O elemento básico do sistema social é a comunicação, sem, contudo, excluir totalmente a ação, o que permite que a comunicação acabe sendo decomposta em ações. Todavia, diferentemente de Habermas, a comunicação não se reduz a uma ação, pois ela depende do sujeito e da compreensão.³¹ Em Luhmann a comunicação não se limita à ação comunicativa, uma vez que isso representaria reduzir o social a um ato individual, ou seja, reduzir o social à consciência dos sistemas psíquicos.³²

Com a utilização dos processos comunicativos, o sistema se autodescreve a fim de dirigir sua reprodução. Para poder conectar comunicações, o sistema as identifica mediante seleções de ações, atribuindo-as a sistemas em um ambiente, habilitando-se a responder sobre “quem”, “o que” e “com quem” pode seguir comunicando-se.

Luhmann separa, assim, a comunicação em seleções e ações.

As seleções exigem instrumentos baseados na informação, na expressão (ou transmissão) e na compreensão (ou incompreensão). A informação é o que se pretende comunicar; é o acontecimento selecionado na comunicação. A expressão (se será expresso ou não, ou como se irá expressar) confere uma segunda seleção. A compreensão é uma terceira seleção, sendo que somente se produz comunicação quando imediatamente se entende a diferença entre informação e expressão.

As comunicações constroem estruturas que em certos momentos atuam como pré-seleções de comunicações possíveis no sistema. As estruturas possibilitam a comunicação. É a comunicação, por sua vez, faz possível a redução da complexidade do sistema, com o fim de limitar as incontáveis possibilidades a uma quantidade menor e determinada.

³⁰ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*; lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. Universidad Iberoamericana. México: Antropos, 1996. p. 217.

³¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Título original *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main, Suhrkamp 1981. Tradução de Manuel Jimenez Redondo, vol. 1 e 2, Madrid: Taurus, 1988, *passim*.

³² GIMENEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Univerdad de Barcelona. Barcelona: Bosch, 1993. p. 111.

3.1.1.1 Códigos binários

As informações não traduzidas (fatos) existentes no entorno produzem ressonância, isto é, são percebidas pelo sistema apenas como ruído. É graças ao código próprio que cada subsistema possui que a ressonância é traduzida em dados, tornando-se construções de sentido.³³

Nesse aspecto, Luhmann usa uma idéia da cibernética, pois nos subsistemas diferenciados os códigos estão dotados de seu próprio e particular programa. Cada um dos subsistemas diferenciados é, portanto, independente dos outros e possui seu código e seu programa específico. Com isso, a sociedade, conjuntamente concebida, tem sistemas independentes entre si como elementos de sua própria constituição, cada um deles com um âmbito específico de comunicação orientado por um código determinado.³⁴ Anote-se que, por serem independentes entre si, cada um dos subsistemas representa, para o outro, entorno, isto é, um subsistema vislumbra outro subsistema como seu entorno.

Cada subsistema observa o entorno a partir de seus códigos e programas. Cada subsistema se abre e se fecha para o entorno conforme seu respectivo código. Ocorrem, assim, aberturas e fechamentos operacionais que consistem no funcionamento do subsistema a partir do código respectivo ao sistema.³⁵ Quando o subsistema se abre, o faz cognitivamente, mostrando-se permeável à complexidade de seu entorno, em certo momento e sob determinadas condições, para em seguida fechar-se. O sistema se diferencia através da observação e da descrição.

3.1.1.2 A independência entre os sistemas

Da concepção de que cada subsistema é entorno em relação ao outro (cada um com suas próprias operações, códigos binários e funções)

³³ IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin Hombres*; Niklas Luhmann o la teoría como escándalo. Barcelona, Anthropos, 1990. p. 215.

³⁴ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*; lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. Universidad Iberoamericana. México: Antropos, 1996. p. 78.

³⁵ Idem, ibidem, p. 47, 89 e 97.

resulta que o subsistema do direito é independente da economia, da política, da ciência; o sistema da economia é independente do sistema do direito, da política, da educação, e assim sucessivamente.³⁶

Essa independência existe, sem que se subtraia dos subsistemas a base comunicativa que cada um possui, uma vez que a comunicação lhes é uma característica fundamental e constitutiva.

Tal independência, também, existe sem que se retire dos subsistemas as respectivas capacidades de abertura e fechamento, isto é, de suas interpenetrações recíprocas. Ainda assim, os subsistemas permanecem fechados.

3.1.1.3 A complexidade

É da complexidade que deriva a formação dos subsistemas sociais. A complexidade vem designada como a totalidade dos eventos possíveis ligados ao homem. O sistema social existe na medida em que é capaz de cumprir sua função de diminuir a complexidade, a fim de reduzi-la à delimitação mais clara que for possível. Dessa maneira, o indivíduo utiliza os subsistemas sociais para reduzir a complexidade, o que lhe permite atribuir significado aos acontecimentos.³⁷

Na complexidade, portanto, reside outro conceito fundamental da teoria de Luhmann, e na questão do embate “complexidade do homem x complexidade do mundo” reside o dilema principal, pois aquilo que puder ser compreendido pelo sistema o integrará, passando a fazer parte do sistema.

Com isso, uma pequena modificação em um subsistema – por exemplo, no sistema da religião ou da política – pode produzir significativas modificações em outros subsistemas, desde o instante em que essas mudanças tenham sido adequadamente codificadas pelo sistema que deve mudar.

Graças a esses acoplamentos estruturais entre os subsistemas, a sociedade segue cada vez mais especializada e diferenciada, capaz de abordar cada vez mais problemas e âmbitos de comunicação. Selecionam-se, então, expectativas de ação. Estas, generalizadas, constroem

³⁶ Idem, p. 185.

³⁷ Idem, p. 133.

estruturas que lhe são respectivas. São estruturas sociais geradas por uma expectativa e que se funcionalizam nela.

3.1.1.4 A contingência

A contingência está imediatamente ligada à idéia de complexidade. Sempre que o subsistema – frente à complexidade externa – gera diversas seleções, estas (seleções) se traduzem em expectativas que podem ser aleatórias ou contingentes. A contingência representa um segundo problema de referência. Para um problema determinado existirão múltiplas respostas possíveis, cuja escolha será contingente; portanto, passível de erros, designados como frustrações.

Veja-se, assim, que a capacidade dos sistemas psíquicos de selecionar é sempre mais limitada; bem como o é sua capacidade de reduzir complexidade, pois no acoplamento de sistemas psíquicos diferentes se produz uma dupla contingência, posto que na interação entre sujeitos não se pode criar a expectativa de uma mesma resposta, pois o comportamento do outro indivíduo obedece expectativas que se transformam conforme a subjetiva particularidade da situação vivida. Por isso, na relação de um homem com outro homem há expectativas de expectativas, isto é, de dupla contingência.

Nas palavras de Luhmann, contingência é “algo que não é necessário nem impossível, algo então que é (era ou será) assim com é, mas também pode ser diferente”. Traduzido para sistemas psíquicos ou sociais, a questão da dupla contingência se exprime no dilema onde *Ego* desconhece como *Alter* reagirá ao responder a uma determinada ação de *Ego*. *Alter* e *Ego* têm à sua disposição múltiplas alternativas de ação. Um subsistema social, ou um indivíduo, vê o problema da contingência como uma variedade de alternativas de ações pautadas pelo grau de liberdade de escolher entre elas.³⁸

Na posição de observador de um outro indivíduo ou sistema social, a questão da contingência é diferente. A liberdade de escolha do sistema é fonte de insegurança e incertezas para o observador desse sistema. O relacionamento das contingências dos diversos sistemas

³⁸ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*; lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. Universidad Iberoamericana, México: Antropos, 1996. p. 233.

ao seu redor constitui para o sistema em foco a complexidade do seu meio, isto é, a sua complexidade interna. O sistema, assim, é obrigado a corresponder elaborando estruturas mais complexas para poder enfrentar a sua própria complexidade interna, o que, por sua vez, aumenta a contingência do sistema numa espiral evolutiva.

3.1.2 A evolução

Como visto, frente à complexidade externa e diante dos novos eventos, cada subsistema aplica mecanismos de adaptação a esses acontecimentos. Há adaptação social e, nesse aspecto, Luhmann resgata conceitos do evolucionismo social (Spencer e Darwin).³⁹ A ressonância que o entorno produz é percebida pelo subsistema como problemas, que por sua vez dão ignição a uma adaptação. Com a adaptação do sistema, este acaba por produzir mais complexidade interna.

Assim, sempre que o subsistema reduz a complexidade do mundo e do entorno, torna-se, ao mesmo tempo, mais complexo internamente. Ocorre, dessa maneira, uma diferenciação de funções, divididas e estabelecidas conforme os subsistemas criados para o desempenho dessas. Importam nesse processo a diferenciação sistêmica e os mecanismos intra-sistêmicos (variação, seleção e estabilização). A diferenciação sistêmica é, portanto, o próprio produto da adaptação e do aumento da complexidade interna crescente, pois gera a diferenciação funcional de múltiplos subsistemas dentro do sistema social, como, por exemplo, o sistema jurídico, o econômico, o religioso, o político, entre outros. Por sua vez, dentro de um subsistema podem ocorrer outras sucessivas diferenciações, como, v.g., ocorre com o direito, que se especializou nos subsistemas do direito civil, direito penal, etc. E assim ocorre a evolução.⁴⁰

Como consequência, dentro do conceito de sistema social de Luhmann, estão incluídas não somente o que ele denomina como

³⁹ GIMENEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona. Barcelona: Bosch, 1993. p. 131.

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*; lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. Universidad Iberoamericana, México: Antropos, 1996. p. 108. Também: LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, série Biblioteca Tempo Universitário, n. 75, 1983, vol. I, p. 175.

diversas formas de formação de sistemas – sociedades, organizações e interações –, mas também os diversos sistemas societários que se diferenciam dentro de uma sociedade.

Os sistemas sociais diferenciados dentro de um sistema social são designados como “subsistemas” – também designados como sistemas parciais – e o sistema social mais amplo possível, isto é, a sociedade na qual se diferenciam os subsistemas, receberá o nome de sistema social global ou sociedade. Neste trabalho, serão utilizados como sinônimas as expressões “sistemas”, “subsistemas” e “sistemas parciais”.

3.1.3 A sociedade funcionalmente diferenciada

Luhmann se refere a três tipos de sociedade: a segmentária, a estratificada e a funcionalmente diferenciada.⁴¹ A primeira é formada por subsistemas homogêneos e possui uma formação social menos complexa. Os diferentes subsistemas vêm representados pelos diversos clãs, famílias ou tribos, que se unem por força da semelhança, não ocorrendo diferenciação funcional, nem hierárquica, portanto. A seleção opera com mecanismos fundados no parentesco, na residência ou em ambos e o sistema não dispõe de muitas alternativas de ação e seleção.

A estratificada surge com as culturas pré-modernas e se define pela existência de diferentes formas sociais integradas em famílias. Cada sistema passaria a observar o entorno como uma entidade desigual. A estratificação ocorre a partir da propriedade da terra e da divisão do trabalho. Existe aí maior complexidade, surgindo a moral, a religião e a escrita.

A sociedade funcionalmente diferenciada surge na Europa, com a passagem para a era moderna. É marcada pela diferenciação de suas funções, isto é, uma sociedade onde coexistem diversos sistemas que se diferenciam por funções, ou seja, pela especialização de suas funções no sistema social global. Os sistemas mais importantes são o político, o jurídico, o econômico, o científico, o educacional e o religioso. Não há relação hierárquica entre tais sistemas, mas, sim,

⁴¹ GIMENEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona. Barcelona: Bosch, 1993. p. 136-145.

diferentes naturezas, cujas diferentes funções determinam maior importância em determinadas épocas.

Referidos sistemas evoluem paralelamente, pois o aumento da complexidade de um sistema produz também aumento de complexidade nos outros sistemas, na medida em que o sistema que evoluiu é ambiente para os demais.

São sistemas que se relacionam: a) com o sistema social global como função; e b) com os demais subsistemas através da troca de prestações, em relações reflexivas.

Diferentemente das sociedades fragmentárias e estratificadas, na sociedade funcionalmente diferenciada os indivíduos têm acesso a todos os sistemas, pois nessa sociedade existe uma programação de inclusão dos indivíduos (princípio de inclusão universal).

Esse movimento espiral de progressiva diferenciação também aumenta, concomitantemente, a dependência e a independência do sistema diferenciado. Os mecanismos evolutivos são a variação, a seleção e a estabilização.⁴² A variação se refere a uma "variante" que provoca uma nova seleção. Nesses mecanismos, a linguagem é o mais relevante, bem como o que Luhmann denomina "problemas não resolvidos", de função semelhante à dos conflitos. A seleção se dá por intermédio dos chamados meios de comunicação generalizados simbolicamente. A partir de variações, o sistema realiza suas seleções. E com os mecanismos de estabilização, o sistema se mantém como uma identidade em equilíbrio dinâmico, em um entorno complexo.

A partir da estabilização, o sistema passa a escolher, elegendo uma resposta que designa como útil.

3.2 Risco e perigo

Para Luhmann, o risco é o produto certo da liberdade e do saber modernos. O que caracteriza genuinamente o risco moderno frente à vivência antiga dos perigos é o fato de que a causa última de sua produção deve ser buscada na decisão ou decisões de sujeitos individuais.

⁴² Idem, *ibidem*, p. 143.

A diferença entre risco e perigo é obscurecida, porque em ambos reside um interesse por segurança (evitar o risco ou evitar o perigo). Mas, a distinção é notável e importante nos tempos atuais, pois quando se define o risco, os perigos são olvidados. Ao contrário, quando se define o perigo, isso é feito com o máximo de considerações que possam ser feitas na base de uma decisão arriscada. Nessa diferenciação reside um elemento evolutivo, pois “nas sociedades não funcionalmente diferenciadas destacava-se a idéia do perigo; nas modernas, a de risco, já que nestas se pretende sempre um melhor aproveitamento das oportunidades”.⁴³

Luhmann estabelece como distinção básica a que conjuga e separa os pólos representados pelo risco e pelo perigo, o que chama de *forma do risco*. Assim, só o perigo dependeria de decisões imputáveis a fatos externos, à sorte ou a intervenções não dependentes da vontade humana; o perigo é algo com o que se deve contar, mas também contra o que é possível tentar alguma prevenção, estabelecendo cautelas que o eliminem, ou que ao menos minimizem o seu impacto. A idéia de risco implica que os danos futuros sejam vistos como conseqüências de uma decisão; a de perigo tem uma atribuição externa, isto é, ao meio ambiente.⁴⁴

A intervenção humana nas hipóteses de perigo se encaminha para a gestão do dano, desenhando estratégias distributivas, que novamente podem ou não passar pela valoração e decisão públicas. Porém, em todo caso, o que importa na distinção é que o perigo não permite vincular causalmente o dano, estabelecendo as imputações oportunas às ações de indivíduos responsáveis.

Com a distinção risco/perigo, Luhmann pretende estabelecer uma diferença útil, consistente na aproximação à idéia de que

⁴³ LUHMANN, Niklas. *El concepto de riesgo*, extraído de *Soziologie des risikos*, Berlin, 1991. Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo. Compilador Josetxo Beriain. Barcelona: Editorial Anthropos, 1996. p. 146.

⁴⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Triana Editores & Universidad Iberoamericana, 1998. p. 65 e 148. Também: “estamos firmemente convencidos de que los riesgos se atribuyen a las decisiones, mientras que los peligros son objeto de una atribución externa. Desde el punto de vista sociológico esto no representaría ningún problema, con tal que estos hechos pudieran ser objeto de una clara separación. El análisis de las decisiones y de la condición de ser afectado contradice esta suposición. Con ella se muestra, en efecto, que los riesgos que corre (y debe correr) una instancia de decisión se convierten en un peligro para los afectados” (p. 153-154).

os eventuais danos ou são imputados ao entorno (perigo) ou são imputados a eventuais decisões realizadas em contextos de contingência, compreendida esta como formas de redução da complexidade ativada pelos sistemas. Segue-se, então, que Luhmann substitui a distinção risco/segurança, por risco/perigo, sendo que nisso reside um importante aspecto de sua teoria, pois ao deslocar a discussão para esse eixo, retira da causalidade naturalística o papel primordial que possuía na atribuição de responsabilidades. *A importante questão da imputação passa, então, a valer-se do conceito de atribuição, o qual pertence ao âmbito da observação de segunda ordem.*⁴⁵

3.3 A determinação híbrida do risco

O risco pode ser determinado objetivamente, isto é, como a probabilidade quantificada e representada do acontecimento de um dano futuro. A existência e a magnitude do risco se reduzem à determinação estatística das probabilidades do advento de prejuízos. É um critério de medição exato, o que coloca o conceito de risco à margem de qualquer necessária valoração subjetiva, dispensando a ingerência indevida de variáveis psicológicas. A determinação objetiva do risco oferece a oportunidade de libertação dos palpites individuais ou coletivos na sua determinação.⁴⁶

A determinação objetiva e quantificada do risco é feita por subsistemas que respondem com regras de aprendizagem, mais sujeitos às leis naturais. É uma determinação feita eminentemente pela ciência, isto é, pelo subsistema científico ou tecnológico.

Entretanto, o risco também deve ser definido socialmente, onde concorrem premissas distintas, tanto do ponto de vista ontológico, quanto cognitivo e de gestão de riscos.⁴⁷

⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *El concepto de riesgo*, extraído de *Soziologie des risikos*, Berlin, 1991. Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo. Compilador Josetxo Beriain. Barcelona: Editorial Anthropos, 1996. p. 147.

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. México: Triana Editores & Universidad Iberoamericana, 1998. p. 43-45.

⁴⁷ Idem, ibidem, p. 46-50; "En la actualidad, el problema del riesgo ha sido discutido también por las ciencias sociales, pero, para decirlo de algún modo, no en

Se o risco é algo construído pela percepção daquilo que os agentes têm dele, ou que ao menos deve definir-se em função dessa variável, sua existência autônoma conforme um padrão de medida não pode ser afirmada. É uma determinação feita, assim, pelos demais subsistemas também sujeitos à aprendizagem que compõe o sistema da sociedade. São subsistemas que operam menos com normas naturalísticas e mais com expectativas generalizadas, decidindo auto-referencialmente sobre os riscos. É o caso do sistema do direito, bem como da economia e da política. Também, não se deve olvidar do entorno social, da distribuição coletiva das ameaças e danos (perigos), e das percepções diferenciadas do risco, no momento de se delimitar o que é estimado como danoso e como aceitável em maior ou menor medida. São determinações do risco necessariamente débeis, pois o entorno – enquanto sistema psíquico – também é débil; todavia, determinações capazes de influir – ainda que de forma não determinante – no que os subsistemas vierem a decidir auto-referencialmente.

O conhecimento dos riscos está unido à consideração de tais condições de contorno social, em que se afirmam contextos de gênese e percepção dos riscos. Isso torna irrelevante uma grande parte da análise objetiva e quantificada dos riscos.⁴⁸

Com isso se quer dizer que o risco é decidido de forma híbrida, ou seja, mesmo que o risco ingresse em um subsistema sob a forma de uma informação exata – em termos de probabilidades dadas pelo subsistema tecnológico – essa informação sofrerá processos decisórios auto-referenciais do respectivo subsistema em que se encontre, logo, em maior ou menor grau, fica submetido a uma ordem metodológica cognitiva diversa (isto é, com código binário diverso).

O tratamento sociológico do risco na concepção luhmanniana trará importantes conseqüências para o direito penal, mais precisamente para a política criminal e a expectativa social de segurança, implicando na análise dos reflexos que o risco provoca nas três dimensões em que as expectativas normativas são susceptíveis de generalização: temporal, social e material.

el jardín propio, sino porque el jardín del vecino no se había cuidado y regado suficientemente” (*Op. cit.*, p. 46).

⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Triana Editores & Universidad Iberoamericana, 1998. p. 59.

Nesse aspecto – isto é, em tema de determinação híbrida do risco e suas conseqüências para o direito penal – é importante anotar o desvirtuamento conceitual e compreensivo que a política é capaz de produzir sobre os riscos que se apresentam quantificados. Assim, quando um risco é apresentado quantificado pelo subsistema tecnológico ou científico, ele aporta *a priori* desmistificado, porque vem vinculado a dados estatísticos exatos. O espaço para a discussão é reduzido.

Todavia, quando ocorre o acoplamento estrutural ao subsistema político, este irá decidir conforme sua auto-referencialidade. Ainda que o subsistema político aprecie o risco inicialmente norteador pelo *numerus clausus* que a ciência lhe informou, acaba por redefinir o risco conforme seus códigos de subsistema político. Por exemplo, o aporte de uma informação de risco quantificada como um “valor-limite” pode vir a ser (não raro o é) remodelada pelo sistema parcial da política, com importantes implicações para as ações dirigidas à prevenção. Isso ocorre porque toda avaliação de um risco se mantém como algo sujeito ao contexto, na medida em que não existe nem psicologicamente, nem sob as condições sociais dominantes, uma preferência positiva ou negativa do risco.⁴⁹

3.4 O tratamento sistêmico do risco

A partir da teoria dos sistemas sociais, o risco é visto como algo que somente existe comunicativamente. Logo, o risco só existe na sociedade na qual é construído, e não em seu entorno, onde é apenas percebido de forma débil. Dessa maneira, o risco se constitui

⁴⁹ “Por último, el problema que aquí hemos estado discutiendo posee también un aspecto político. La tecnología de la seguridad, al igual que todos los implementos para la disminución de la probabilidad de daños o para la reducción de éstos en los casos de desgracia, juega un papel de considerable importancia en la evaluación de riesgos aceptables o permisibles: el margen de negociación reside aparentemente más en esta esfera que en las divergencias de opinión sobre el riesgo de primera instancia. Pero precisamente con esto la política se adentra en un terreno resbaloso. La política no solo se encuentra expuesta a las sobreestimaciones y subestimaciones de riesgos que ponen en marcha la politización de temas; se encuentra también expuesta a las deformaciones que se dan al considerar el riesgo de primera instancia como algo controlable, o como algo no controlable, según sea el resultado que se pretenda alcanzar” (LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Triana Editores & Universidad Iberoamericana, 1998. p. 74-75).

no sistema social e em seus diversos subsistemas funcionais, como comunicação.⁵⁰

Diante da impossibilidade de decidir de maneira totalmente racional (ótima) e tendo em vista a impossibilidade de prever o que haverá sido uma decisão, toda comunicação se converte em um risco: o risco de não ter dado atenção a algo que mais adiante se mostra importante; ou o risco de se ter decidido de uma maneira que mais adiante se revele errada ou de algum modo reprovável. Todavia, por outro lado, a não-comunicação não nos protege desse risco, posto que pode ser convertida em uma omissão e, daí, acaba por tornar-se uma decisão.

Assim, se pela perspectiva luhmanniana entende-se por comunicação a operação específica dos sistemas sociais, que sintetiza três seleções (informação, expressão ou transmissão, e compreensão), pode-se afirmar que o risco, ao ser uma descrição realizada em um âmbito social, é produto de uma seleção realizada em uma sociedade contingente, orientada à redução da complexidade.⁵¹

O problema está no fato de que aqueles que são afetados pela decisão arriscada a percebem como um perigo. Dessa lógica não escapa o direito penal.

3.4.1 Risco e complexidade

Quanto à complexidade, esta é um conjunto de elementos que tem restrições à sua capacidade de enlace, o que torna inviável combinar

⁵⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Triana Editores & Universidad Iberoamericana, 1998. p. 117-126 e 242.

⁵¹ Portanto, em tema de risco sua teoria em nada muda: os sistemas sociais se formam por meio de um processo de autocatálise com a finalidade de reduzir a complexidade do mundo, a fim de que possa ser entendido pelas pessoas. A teoria sociológica de Luhmann se vê enriquecida graças a esse tema colhido a partir da cibernética: a complexidade. Sob essa perspectiva, a complexidade não é vista como um obstáculo nem como uma dificuldade para a construção de um sistema. A complexidade é vista como a própria condição que a faz possível. Um sistema surge em um processo de redução de complexidade; é menos complexo que seu entorno e seus limites em relação a ele não são físicos, mas de sentido. O problema da extrema complexidade do mundo que tinha levado a sociologia a desistir do objetivo de elaborar teorias universais passa a ser, por conseguinte, precisamente a condição que faz possível – e frutífero – esse intento. (Nesse sentido: RODRIGUEZ MANSILLA, Dario. Introdução à obra *Confianza*, de Niklas Luhmann. Universidad Iberoamericana, México, Editorial Anthropos, 1996, p. XIII).

cada elemento ao mesmo tempo com cada elemento. Dito de outra forma: complexidade é o conjunto dos possíveis estados e acontecimentos de um sistema. Logo, a complexidade do mundo é sempre maior que a complexidade de um sistema.⁵²

Numa sociedade necessariamente complexa, quando certo tema passa a ser público (mais precisamente, da consciência pública) como ocorre com o risco, que enquanto mera informação provém do entorno, torna-se potencialmente disponível para a comunicação geral, reconhecendo-se que ele afeta a sociedade em seu conjunto. A observação do tema “risco” e seu respectivo tratamento só podem ser assumidos de forma auto-referencial por cada subsistema.

Dessa forma, necessariamente entram em consideração as operações básicas que os subsistemas desenvolvem no interior de seus próprios limites, o que acaba por tornar mais complexa a análise do problema.

Uma vez que cada subsistema adota soluções com distintos conteúdos e operações diversas diante do risco – que produzem uma equivalência funcional –, todos (os subsistemas) se vêem impelidos a adotar alguma estratégia de prevenção, sendo que ao fazê-lo, ou não, acabam por assumir o risco que isso implica.⁵³

3.4.2 Risco e comunicação no subsistema científico

A comunicação do conceito de risco possui uma dimensão contingente que emerge do processo formado pelas três seleções (informação,

⁵² “El mundo es abrumadoramente complejo para todo tipo de sistema real, ya sea que consista en unidades físicas o biológicas, de rocas, plantas o animales: sus posibilidades exceden aquellas a las que puede responder. Un sistema se localiza a si mismo en un entorno constituido selectivamente y se desintegrará en el caso de una separación entre el entorno y el mundo” (LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Universidad Iberoamericana, México: Editorial Anthropos, 1996. p. 10).

⁵³ “Es notable que mientras los individuos sólo se ocupan de las probabilidades de frecuencia mediana y dejan fuera lo muy probable y lo muy probable ya normalizado (...), en el campo de la sociología de la conciencia del riesgo se encuentran, hoy en día, estados de cosas distintos, como una fascinación por la posibilidad de acontecimientos extremadamente improbables que luego, sin embargo, se vuelven catastróficos (...) La explicación podría encontrarse en el hecho de que actualmente los hombres, las organizaciones, es decir, las decisiones, son las desencadenantes y que pueden ser identificadas (...) Mientras la investigación del riesgo sigue esforzándose (...) en el cálculo racional de los riesgos la realidad muestra rasgos distintos” (LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Triana Editores & Universidad Iberoamericana, 1998. p. 37-38).

expressão ou transmissão, e compreensão). A seleção que se faz sobre o conceito de risco não é um agir indiferente quanto às implicações teóricas e científicas. O risco é inerente à execução de toda seleção. Nessa condição, selecionar uma aproximação conceitual do risco também é arriscado. Isto é, o que quer que se diga do risco não está isento de risco. Isso não é diferente no campo científico.

A ciência é um dos subsistemas da sociedade. Logo, tem como base a comunicação. Esta surge no momento em que, na evolução do sistema social, emerge uma observação de segunda ordem que permite distinguir entre observações verdadeiras e observações falsas (conhecimento verdadeiro e conhecimento falso).

A observação de segunda ordem feita pelo subsistema científico examina as de primeira ordem, e como tal descreve, reflexiona, explica mediante suas próprias operações de distinção aquelas executadas pelo observador em suas operações de primeira ordem, dividindo-as em verdadeiras/falsas. O subsistema científico se organiza ao redor de um código que lhe serve para distinguir observações verdadeiras de não verdadeiras. E assim, subsistema científico resta articulado pelo conceito verdade.

Ocorre que a partir da distinção verdade/não-verdade a ciência ingressa num processo progressivamente complexo de estabelecimento de distinções, isto é, de desenvolvimento de conceitos e teorias. Mesmo quando a ciência parece estar melhorando seus instrumentos de observação empírica, se vê obrigada a realizar novas distinções, ou seja, se vê compelida a estabelecer novos conceitos e teorias.

A descrição científica da sociedade espelha a descrição da sociedade sob as condições especiais do sistema funcional "ciência". Isso potencializa a reserva de revisão, que é inerente a toda a ciência, em direção a uma insegurança social geral sobre a confiança no conhecimento científico. Dessa maneira se recorre também ao contexto da investigação do risco até onde se utilizem meios teóricos sociológicos, uma vez que o problema do risco e do perigo é transportado para o campo de observação de segunda ordem (ou de terceira ordem, etc.).⁵⁴ Conclui-se que o risco se define comunicativamente no contexto das observações de segunda ordem.

⁵⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. México: Triana Editores & Universidad Iberoamericana, 1998. p. 261-272.

3.4.2.1 Risco e observação no subsistema científico

Assim, pode-se afirmar que o risco não é observável nas operações de primeira ordem, mas, sim, naquelas de segunda ordem, as quais contextualizam uma situação na qual se deve eleger um lado ou outro de uma diferença, ou bem selecionar um esquema de diferenciação ou outro. A consequência prática é que os riscos podem ser observados de diferentes maneiras, dependendo do modo pelo qual se produzem algumas distinções.⁵⁵

Todavia, não se dispõe de nenhuma matemática da conversão de uma perspectiva em outra. Neste nível da observação autológica da observação, a diferença se converte em um risco, e mais precisamente, em um risco que nenhum observador pode evitar. Tudo depende da maneira como se diferencia o que se diferencia.⁵⁶

⁵⁵ "Sólo se puede hablar de riesgo, sin importar como se entienda el término, cuando se presupone que quien percibe un riesgo y posiblemente se le enfrenta, efectúa ciertas diferenciaciones, por ejemplo la diferencia entre resultados buenos y malos, ventajas y desventajas, utilidades perdidas, así como la diferencia entre probabilidad e improbabilidad de que ocurran estos resultados. Alguien con una actitud arriesgada, por ejemplo que en el tránsito rebase en forma arriesgada, o que juegue con un arma de fuego, ciertamente lo puede hacer como observador de primer orden. Pero en cuanto reflexiona si él mismo debe enfrentarse a un riesgo, se observa a sí mismo desde la posición de un observador de segundo orden; y solo entonces se puede hablar realmente de conciencia o comunicación de un riesgo; porque únicamente entonces la operación se basará de tal manera en las diferencias típicas del riesgo, que a la vez se toma en cuenta que también podrían tener otro lado, y que no solo se refieren objetos (...) Independientemente de ello, para siquiera poder observar los riesgos hay que saber distinguirlos de otras cosas, y el concepto gana en precisión y definibilidad únicamente en la medida en que se determine de qué forma se distingue un riesgo. (...) También la diferencia entre quienes deciden y los afectados nos conduce a un ámbito de observación de segundo orden. Los afectados observan a quienes deciden en vista de su tendencia hacia los riesgos. Quienes deciden observan que son observados de esta manera. Cada uno se lo explica con las supuestas características de aquellos a quienes observa en cada caso. Eso sirve para la formación de oponentes en el nivel de una observación de primer orden: los capitalistas, los verdes, etc. Pero la razón por la oposición no viene de los hechos, sino de las formas de observación del otro lado. Esto presupone una observación de segundo orden" (LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Triana Editores & Universidad Iberoamericana, 1998. p. 273-274).

⁵⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Triana Editores & Universidad Iberoamericana, 1998. p. 117-120.

Isso decorre de que na teoria luhmanniana do risco as observações que o sistema observador realiza merecem fundamental consideração, pois na teoria de sistemas auto-referenciais não existe possibilidade de referir-se a nenhum fato com independência do observador.⁵⁷ Permanece aberta a possibilidade para que os sistemas possam conceituar situações como arriscadas ou perigosas, segundo o esquema interno de possibilidades manejadas pelo sistema em sua relação com seu entorno respectivo.

Luhmann destaca que na sociedade moderna a consciência do risco se desenvolveu progressivamente, pois, quanto mais se sabe, mais racionalmente se calcula o risco e, quanto mais complexo for esse cálculo, mais diferenciações vinculadas ao risco podem ser feitas; em consequência, surgem novos riscos, o que aumenta a necessidade de prevenção.

Para Luhmann, em todas as áreas nas quais a sociedade tem seu desenvolvimento guiado pelos meios de comunicação simbolicamente generalizados, os riscos se incrementam, comparados com os perigos externos.

O risco, assim, não é só um problema psíquico, vinculado à tradicional perspectiva de uma “escolha racional” (ótima), mas também, e, sobretudo, é um problema social a partir da comunicação e historicamente diferenciado. O risco é um fenômeno de contingência múltipla. Como tal oferece diferentes perspectivas a distintos observadores. Para um sistema observador qualquer, o risco sempre implica que o futuro se apresente como incerto; todavia, ao mesmo tempo, para que se discorra sobre o que no futuro possa acontecer, há dependência da decisão que se toma no presente, pois falamos do risco unicamente quando deve ser tomada uma decisão, sem a qual poderia ocorrer um dano.⁵⁸

Importa ressaltar que muito mais que o tipo de dano que pode ser produzido, ou do momento em que este ocorra, é que o dano será inevitável. A inevitabilidade do dano é a principal e mais marcante característica nessa relação, pois, de qualquer forma, enfatiza Luhmann que “no existe ninguna conducta libre de riesgo”, uma vez que são inevitáveis, sejam ou não tomadas as decisões. Disso decorrem duas importantes consequências: a) a segurança absoluta é uma situação

⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 276-285.

⁵⁸ Idem, p. 59.

que não pode ser atingida; e b) os riscos são inevitáveis quando tomamos decisões.⁵⁹

3.5 Risco, segurança e prevenção

O conceito de risco não deve opor-se ao conceito de segurança, uma vez que a segurança jamais pode ser completa. Sempre existe algo imprevisível que pode ocorrer. Daí a segurança – tendo em vista a impossibilidade real de ser alcançada – é uma ficção social, que surge como uma verdadeira válvula de escape no cálculo dos riscos. Essa é outra explicação para o porquê de Luhmann não misturar os conceitos de risco e de perigo.⁶⁰

A prevenção se entende neste contexto como “uma preparação contra danos futuros não seguros, buscando desde logo que a probabilidade de que tenham lugar diminua, ou que as dimensões do dano se reduzam”. A prevenção, então, pode ser praticada tanto para fazer frente ao perigo como diante do risco.⁶¹

Pode ocorrer que tomemos precauções em relação a perigos que não possam ser atribuídas a decisões próprias. Podemos adquirir armas e exercitamo-nos no seu uso, poupar dinheiro para o caso de necessidade ou ter amigos a quem pedir ajuda. Tais estratégias de segurança são, por assim dizer, simultâneas e têm sua causa geral na consideração das inseguranças da vida.

Caso se trate de riscos, a situação é outra em vários aspectos importantes. Porque neste caso, a prevenção influi na disposição ao risco, e dessa maneira, também é uma das condições para que o dano possa apresentar-se. Estamos em geral, mais dispostos a participar de um processo cujo resultado é incerto quando temos a proteção legal ou contratual de um seguro. Podemos decidir construir em uma zona de terremotos se existem técnicas de construção seguras contra abalos sísmicos. Um banco está mais disposto a oferecer-nos crédito se temos garantias para dar. A possibilidade de uma evacuação rápida da população de uma cidade é condição importante para a construção

⁵⁹ Idem, p. 72.

⁶⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. México: Triana Editores & Universidad Iberoamericana, 1998. p. 73.

⁶¹ Ibidem, p. 73.

de um reator nuclear. Mas, o círculo que formam a diminuição e o incremento de riscos – que se encontra condicionado pelo fator da preparação – para estar preparado vai mais além disso. Buscam-se ativamente confirmações da suposição de que os cursos do processo causal seguem sendo controláveis.

Isso também revela uma estratégia de distribuição de riscos. Há um primeiro risco de decisão – aquele que interessa em primeiro lugar – que é recolhido completamente por um segundo risco, que, todavia, também atua como atenuante daquele, pois o segundo risco também é um risco.

A distinção entre risco adicional e risco de descarga pode fazer que a prevenção seja algo totalmente desnecessário.⁶²

Os sistemas auto-referentes também enfrentam outro paradoxo, pois, ao tentar diminuir o risco, inevitavelmente colocam em jogo alguma variável que o aumenta, a qual se vincula com o conjunto de alternativas postas em marcha para o controle de danos.

3.6 A avaliação auto-referente do risco

O tratamento subjetivo do risco, isto é, de sistemas psíquicos, feito pelas instituições, organizações e pelos indivíduos, não pode desvirtuar a lógica da observação auto-referencial. É bem verdade que muitas definições de risco – transnacional, nacional, regional ou comunitária – em qualquer âmbito que sejam aplicadas, consideram aspectos objetivos ao incluir fatores ou dimensões eventualmente mensuráveis e objetiváveis, o que poderia iludir sobre a desnecessidade ou incorreção do esquema auto-referencial. Todavia, ao mesmo tempo é possível sustentar que, com os avanços teóricos e empíricos obtidos com a cibernética do Terceiro Milênio, já não é possível fundamentar tais propriedades supostamente objetivas e externas, com independência de um observador.

Logo, se todo objeto, situação ou fator deriva de uma construção efetuada por um sistema observador sobre a base de seu próprio jogo de distinções em qualquer nível de emergência em que se encontre, perde sentido estabelecer uma diferença entre um risco

⁶² LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Triana Editores & Universidad Iberoamericana, 1998. p. 74.

objetivo e um risco de caráter subjetivo. Disso resulta que o risco sempre emerge como uma categoria que um sistema assume diante da avaliação de perigos e probabilidades, estas também realizadas de maneira auto-referente.

Existem indivíduos que não vislumbram risco diante de sua própria avaliação sobre as condições presentes no entorno; mas também há pessoas que diante das mesmas condições experimentam sentimento contrário. Da mesma forma, quando um órgão governamental assegura que em determinada situação não há risco algum, isso nada mais representa que uma postura que é fruto exclusivamente das distinções sempre limitadas, que é capaz de realizar como subsistema.

Tanto o Estado (por meio de qualquer de seus organismos: Ministérios, Secretarias, etc.) quanto as organizações privadas, a comunidade civil organizada ou as pessoas, no instante em que reagem diante das ameaças que vêm representadas em qualquer suposição de risco, acabam – todas essas entidades – por classificar tais situações ameaçadoras como perigosas, pois são situações atribuídas a fontes que provêm do entorno, logo incompreensíveis para o respectivo sistema em que tais entidades estão situadas.

Quando um sistema decide empreender ações de prevenção destinadas a diminuir o risco, por meio de medidas percebidas como eficazes para controlar possíveis danos futuros, nessa operação ingressam necessariamente distinções que envolvem risco. Mesmo que essas decisões não sejam adotadas, os danos podem aumentar e com isso incrementar o risco ao qual está exposto o sistema.⁶³

3.7 Confiança, desconfiança, risco e complexidade

É por meio do estudo da confiança que Luhmann começa a desenvolver o tema da complexidade social, e demonstra que a confiança é um mecanismo de redução dessa complexidade que permite dar seguranças presentes a planificações e orientações dirigidas ao futuro. Com isto não se obtém uma garantia absoluta capaz de assegurar algum grau de certeza, mas apenas se ampliam as possibilidades de redução temporal da complexidade.

⁶³ Idem, *ibidem*, p. 239-243.

A complexidade é um conceito-chave na teoria de Luhmann. Referido conceito – aliás, um conceito-chave para as ciências exatas – foi eliminado da teoria sociológica. Luhmann, todavia, o importa da cibernética e lhe dá um *status* de grande relevância em sua teoria. Para isso, distingue a complexidade em três dimensões: a material (ou real), referida por objetos; a social, relacionada com sujeitos; e a temporal, que tem a ver com o tempo. Estas dimensões da complexidade são concomitantemente dimensões de sentido. Com isto, Luhmann faz a conexão com o sistema – que usa do sentido para selecionar possibilidades –, para assim tornar-se capaz de referir-se ao entorno mais complexo que ele.

A complexidade, desse modo, é reduzida a partir do sistema. Toda-via, à medida que se ampliam as capacidades do sistema para reduzir a complexidade de seu entorno, também aumenta proporcionalmente a complexidade desse entorno. Quanto mais complexo é um sistema, mais complexo é o entorno relacionado a ele.

Ao entender a complexidade como um problema e sua redução como a solução, o fenômeno é transformado em uma relação funcional, em um esquema comparativo entre complexidade e sentido, entre problemas e equivalentes funcionais de solução. Assim, o aumento da complexidade está em correspondência com o aumento da capacidade de redução de dita complexidade. Um sistema quando reduz a complexidade, na verdade, acaba por aumentá-la.⁶⁴

A confiança, por sua vez, aumenta as possibilidades de ação no presente, orientando-se para um futuro que – ainda que permaneça incerto – se faz confiável. É um mecanismo de redução da complexidade que aumenta a capacidade do sistema de atuar coerentemente em um entorno ainda mais complexo.

⁶⁴ “La indeterminada complejidad de sucesos posibles, en otras palabras, no es simplemente una consecuencia de una planificación adelantada y deficiente, sino que es, en otro sentido, verdaderamente una consecuencia de una planificación instrumental. De hecho las posibilidades futuras no se reducen; más bien se expanden con las proyecciones de planificación, que incorpora grandes y complicadas cadenas de causa y efecto que implican muchos parámetros y varias de las acciones de diferentes personas. Además, en lo que concierne al individuo, es precisamente esta complejidad planeada la que da origen a una forma de inseguridad. Nuevamente tal planificación contiene una alta proporción de incertidumbre técnicamente importante” (LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Universidad Iberoamericana. México: Anthropos, 1996. p. 26).

Contudo, essa redução da complexidade não deve entender-se como eliminação de eventuais perigos. Quem confia se arrisca a ser defraudado. A confiança é uma aposta que se faz no presente sobre o futuro e que se fundamenta no passado.⁶⁵ Dito de outra forma: uma pessoa pode, por exemplo, confiar que outra cumprirá no futuro uma promessa feita no presente, baseando-se nas experiências que tenha tido no passado com essa mesma pessoa. Contudo, não existe certeza. A outra pessoa poderia – e isso ocorre muitas vezes – trair a confiança depositada nela e não satisfazer as expectativas. Apesar disso, dependendo da gravidade do descumprimento, isto é, da importância das expectativas frustradas, a confiança pode se manter. Seria por exemplo o caso de a outra pessoa ter falhado somente esta vez ou de suas razões serem justificáveis, ou ainda, se não houve consequências relevantes.

Assim, a confiança equivale a uma espécie de conta corrente, da qual se pode gastar até certo montante; todavia, é conta corrente que requer depósitos para que não haja falta de fundos. Logo, existe certo limite que, se for ultrapassado, conduz à perda da confiança.

Do ponto de vista da racionalidade, a confiança cumpre a função de aumentar a potencialidade sistêmica para o tratamento da complexidade. Por meio da confiança um sistema ganha tempo. E o tempo é a variável crítica para a construção de estruturas sistêmicas mais complexas. Porém, a confiança não é a única forma de reduzir a complexidade; a racionalidade sistêmica, portanto, não pode ser atribuída somente à confiança.

Essa racionalidade do sistema descansa em um nível que compreende tanto a confiança como a desconfiança, em forma de um esquema binário comparável a códigos mais formais e especiais, como, por exemplo, verdadeiro/falso ou legal/ilegal.

Contudo, diferentemente desses códigos, o esquema entre confiança/desconfiança apresenta uma maior dificuldade para fazer-se reversível: a confiança pode transformar-se com maior facilidade em desconfiança, enquanto a desconfiança requer muito mais para transformar-se em confiança.

⁶⁵ “Por lo tanto, el problema de la confianza consiste en el hecho de que el futuro contiene muchas más posibilidades de las que podrían actualizarse en el presente, y del presente transferirse al pasado” (LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Universidad Iberoamericana. México: Editorial Anthropos, 1996. p. 20).

Do ponto de vista organizacional, a confiança se despessoaliza. Quem confia já não o faz por conta de seu próprio risco, mas por conta do risco do sistema.

A confiança, assim, reduz a complexidade social, na medida em que supera a informação disponível e generaliza as expectativas de comportamento ao substituir a insuficiente informação por uma segurança internamente garantida. A confiança não é o único fundamento do mundo, porém não poderia constituir-se numa concepção de mundo estruturada e complexa sem uma sociedade também complexa, e esta, por sua vez, não poderia ser constituída sem confiança.

4. AS CONVERGÊNCIAS TEÓRICAS SOBRE O RISCO

Advindos de linhas de trabalho diferentes, Beck, Giddens e Luhmann convergem em alguns temas importantes para a consideração do risco: a) a reflexividade, embora compreendida de formas diferentes pelos três, é tema fundamental para compreensão da sociedade de risco; b) os três também abandonam a discussão sobre modernidade *versus* pós-modernidade.

Todos os autores reconhecem que ocorrem transições no dia-a-dia orientadas para a gestão dos riscos, desde o incremento da globalização até a tomada de decisões políticas. Destaca-se a tecnologia. Esta é, sem dúvida, um dos maiores sistemas abstratos em que a sociedade contemporânea se envolveu e que se encontra no cotidiano das pessoas, cuja presença muitas vezes não é sequer percebida.

De outro lado, os três admitem: a) a idéia do risco está incorporada à teoria sociológica como um elemento estrutural da sociedade; b) o risco é um elemento caracterizado pela sua inevitabilidade; c) o risco demanda por uma conseqüente necessidade de gerenciá-lo ou pela adoção de esquemas de prevenção. A compreensão de que o risco é, ao mesmo tempo, inexorável e gerenciável permite e impulsiona para a adoção de estratégias para sua contenção. Nos mais diversos setores da sociedade desenvolvem-se planos de ação visando administrar o risco.

O direito penal não escapa dessa tentativa de gerenciamento do risco. Assim, no plano legislativo, o direito penal procura editar normas que antecipam o momento considerado eticamente reprovável. No

plano dogmático, o direito penal tenta dar resposta à questão que se coloca sobre a legitimidade da sanção imposta pela violação de tais normas baseadas unicamente no perigo de condutas, tendo em vista os princípios que orientam o Estado Democrático de Direito.

Pode-se apontar, ainda, que para Niklas Luhmann, Ulrich Beck e Anthony Giddens a sociedade de risco designa uma fase de desenvolvimento da sociedade contemporânea na qual os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições de controle e proteção da sociedade industrial.

PROPOSTAS PARA UM DIREITO PENAL DIANTE DA SOCIEDADE DE RISCO

Sumário: 1. Sociedade de risco e o novo paradigma da criminalidade – 2. Sociedade de risco e dogmática penal: 2.1 A flexibilização do direito penal; 2.2 A setorização do direito penal: 2.2.1 O direito penal de velocidades; 2.2.2 O direito penal do risco; 2.2.3 O direito penal “do inimigo” – 3. Setorização do direito penal: quebras sistêmicas e teleológicas: 3.1 Setorização do direito penal e quebras sistêmicas; 3.2 Setorização do direito penal e desvio de finalidade da dogmática – 4. A comunicação como base para uma teoria do delito: por um só direito penal – 5. Direito penal e comunicação: entre Luhmann e Habermas: 5.1 O direito em Luhmann: 5.1.1 As críticas de Habermas a Luhmann; 5.1.2 Luhmann e a maturidade moral; 5.1.3 Luhmann e sua visão incomum do direito; 5.2 O direito em Habermas: 5.2.1 O agir comunicativo; 5.2.2 Agir comunicativo, democracia e direito penal na sociedade de risco; 5.2.3 O agir comunicativo no direito penal da sociedade de risco: utopia e universalismo reilustrado – 6. O tempo como paradigma das opções penais na sociedade de risco – 7. O tempo comunicativamente tratado na sociedade de risco: 7.1 Habermas e o tempo; 7.2 Luhmann e o tempo; 7.3 Luhmann, o tempo e o direito; 7.4 O tempo e o direito penal na sociedade de risco.

Uma vez delimitadas as características da sociedade de risco mais relevantes do ponto de vista jurídico-penal e as mais destacadas teorias sociológicas sobre o risco, é preciso verificar as consequências que essa realidade produziu sobre o direito penal. Uma tendência expansionista é claramente observável, na qual se encontram propostas

de setorização do direito penal, aumentando seu raio de ação para alcançar os novos e surpreendentes fatos ocorridos no seio dessa sociedade. De outro lado, há também teorias que aportaram com a proposta de flexibilização de garantias penais materiais. Essas, todavia, não mereceram a mesma expressiva adesão das primeiras.

Aqui, também, fixam-se as bases para uma teoria do delito compatível com essa “nova” sociedade, hábil a dar respostas sistematicamente coerentes e sem práticas arbitrárias ou exclusivamente subjetivas. Tais bases exigem um direito penal funcionalizado pela comunicação e por trocas de informações com todos os outros ramos do conhecimento.

1. SOCIEDADE DE RISCO E O NOVO PARADIGMA DA CRIMINALIDADE

Os novos riscos sociais e globais, independentemente do que efetiva e concretamente acarretem para o direito penal, possuem um discurso exigente, isto é, demandam por respostas pragmáticas e eficientes para problemas que colocam no campo da causalidade e da culpabilidade, pressionando por uma modificação de sentido instrumental conforme a tais exigências. Isso é decorrência das relações de responsabilidade que se tornaram intensamente complexas na sociedade de risco, com o aumento crescente das interconexões causais, que por sua vez restam desconhecidas ou mal compreendidas, devido ao contexto de comportamentos causais plurais e entrelaçados, cujos processos de ação individual dos agentes são gradativamente substituídos por processos de ação coletiva.

Dessa forma, a delinquência na sociedade de risco provocou uma modificação expressiva sobre o modelo de delito que se presta como referência para a construção dogmática: no lugar do homicídio praticado por um único agente, ingressam no campo de análise dogmática, por exemplo, os comportamentos de corrupção de uma empresa que pratica crimes ambientais.

Há substituição de uma orientação individual por uma plural. Ao lado da proteção dos bens jurídicos individuais, ingressam com preponderância os chamados bens jurídicos coletivos ou supra-individuais como “novo” alvo da proteção penal. Mais relevante que a ação com um resultado naturalístico é a ação cujo resultado somente se percebe

de forma projetada por probabilidades, ou meras possibilidades, ou ainda, conjecturas. Antecipa-se o momento punitivo. Também, sobreleva-se a comissão por omissão.

2. SOCIEDADE DE RISCO E DOGMÁTICA PENAL

Assim, dois são os questionamentos importantes que surgem para o direito penal orientado para os novos riscos criados. Num primeiro momento, há que se saber de que forma a dogmática reage a essa modificação. Em um segundo instante, há que se investigar sobre a existência de consequências remarcadoras de seu papel e – caso positiva a resposta – saber até que ponto isso implicaria uma crise para o direito penal, sua missão e a política criminal.

Neste momento, cabe questionar sobre a situação da dogmática na sociedade de risco, uma vez que a missão do direito penal e a política criminal respectivos a essa sociedade serão objeto de análise nos capítulos seguintes.

A mudança paradigmática do tipo de criminalidade deixa para a dogmática a escolha de um entre dois caminhos: a) ou admitir que a nova criminalidade possui uma tão poderosa força atrativa que os tipos clássicos de delinquência necessariamente também devem refletir a modificação das regras pelas quais vêm sendo orientados; b) ou, então, setorizar as regras da parte geral do direito penal.¹

Ambas as alternativas têm sido propostas em nome de uma “modernização” do direito penal. Entretanto, basta uma atualização epistemológica da teoria do delito, como aqui se sustenta.

2.1 A flexibilização do direito penal

A primeira alternativa para a dogmática penal acima referida equivale a flexibilizar garantias penais materiais. Consiste na funcionalização da modalidade clássica de delinquência conforme as regras

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*; aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Série “As Ciências Criminais no Século XXI”, São Paulo: RT, 2002. vol. 11, p. 84.

de imputação relaxadas que existem para a nova criminalidade. Tal alternativa não pode ser acolhida.

Seria exigida uma absurda desconsideração do sistema geral de regras como está atualmente configurado, com sua clara vocação garantista, a partir da constatação da gravidade das consequências jurídico-penais.² E isso deve ser descartado, desde logo, sob pena de retroceder-se ao direito penal do período pré-revolucionário absolutista. Importa aqui, portanto, muito mais, concentrar a atenção crítica na segunda alternativa para a dogmática, conforme acima assinalado, devido à grande simpatia que tem recebido dos juristas.

Em tema de flexibilização de garantias penais, registre-se, somente, quão impressionante é o fato de que a modificação do paradigma da criminalidade ocasionada pela sociedade de risco – para os seus adeptos – agiu, e com tal força que os fez perder de vista o marco político-criminal recente, que tinha gerado uma notável evolução positiva na humanização do direito penal.

2.2 A setorização do direito penal

O segundo caso (setorizar o direito penal) levaria à aceitação de propostas que admitem o desdobramento do direito penal em níveis de garantias para o cidadão, conforme a sanção (se privativa de liberdade ou não), conforme a postura assumida pelo indivíduo no meio social (de reconhecimento ou não do direito) ou consoante a inevitabilidade de danos prognosticados como prováveis com base em condutas perigosas (prognóstico do risco). Nessa linha, seria possível mais de um direito penal, conforme o tipo de comportamento visado, cuja solução não se encontra no direito penal “clássico” ou no chamado núcleo do direito penal.

Alinham-se propostas de um direito penal “de velocidades”, “do risco” e do “inimigo”, todas decorrentes de uma mesma constatação e com um mesmo fundamento. Tais propostas nascem do fato de que a formatação clássica do direito penal não consegue dar resposta à nova criminalidade; e fundamentam-se no argumento de que a sociedade contemporânea exige *novos sistemas jurídicos de*

² Idem, ibidem, p. 84.

imputação,³ exigência da qual não escapa o sistema jurídico-penal. Coexistiriam, assim, um direito penal “normal” (ou “principal”) e um direito penal “acessório”.

Tais propostas são inaceitáveis.

2.2.1 O direito penal de velocidades

Silva Sánchez defende um direito penal de duas velocidades, admitindo excepcionalmente uma terceira velocidade.⁴

Propõe um direito penal de “primeira velocidade”, com plenas garantias para a nova criminalidade da sociedade de risco sempre que o delito possibilitar concretamente a aplicação de pena privativa de liberdade, no qual seriam mantidos os princípios político-criminais clássicos e as respectivas regras de imputação e processuais penais. Afirma também um direito penal de “segunda velocidade”, para os delitos cuja pena prevista for restritiva de direitos ou pecuniária, em que admite uma flexibilização das garantias penais proporcionalmente atrelada à intensidade da sanção. Excepcionalmente, admite um direito penal de “terceira velocidade”, no qual o direito penal “da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”.⁵

Referida ideia merece algumas críticas: 1) do ponto de vista científico-sistêmico, conduz à quebra da teoria do delito como concepção geral e uniforme do ilícito, em claro retrocesso histórico; 2) também, aproxima-se muito das propostas de Hassemer e outros – exceto pelo fato de propor a manutenção do direito penal de segunda velocidade

³ As propostas para um direito penal da pessoa jurídica devem ser analisadas no marco da política criminal e não no da dogmática, pois dizem fundamentalmente com a questão da maturidade sobre o conceito de sujeito-sistema como base para um modelo diverso de responsabilidade (nesse sentido: SCHULZ, Lorenz. *De la aceleración de las condiciones de vida; reflexiones sobre la reacción adecuada del Derecho Penal. La insostenible situación del derecho penal*. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt; área de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra. Granada, 2000, p. 468).

⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal; aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Série “As Ciências Criminais no Século XXI”, São Paulo: RT, 2002. vol. 11, p. 136-147.

⁵ Idem, *ibidem*, p. 148-151.

dentro do próprio direito penal – no sentido de um direito da intervenção (*Intervenktionsrecht*),⁶ cujo conteúdo ainda carece de precisão;⁷ 3) ainda, traria para dentro do direito penal a possibilidade de relativização das garantias penais heróica e historicamente conquistadas; 4) não se pode deixar de apontar também que criaria um direito penal de classes, em que seriam sancionados com pena privativa de liberdade os indivíduos de camadas menos favorecidas, enquanto na delinquência agressiva aos bens coletivos (por exemplo, a que atinge a economia) seus autores seriam sancionados com penas não detentivas; 5) outrossim, desconsideraria o caráter estigmatizante que possui qualquer pena criminal, ainda que não privativa de liberdade; 6) e, afinal, um direito penal de velocidades causaria uma inapropriada atuação do princípio da proporcionalidade.

2.2.2 O direito penal do risco

A proposta que aqui se defende é a de que o direito penal defina internamente o risco penalmente relevante, por meio de um processo

⁶ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 8, São Paulo: RT, out.-dez. 1994, p. 41-51. Também HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*; bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 65-72.

⁷ Qual seria o conteúdo e qual seria a configuração desse *Intervenktionsrecht*? Tal proposta não é precisa quanto aos novos espaços concedidos aos direitos administrativo e privado. E ademais, tenho que haveria um incremento global desordenado do controle social. De outro lado, conforme assinala SCHÜNEMANN, o denominado direito de intervenção situa-se no direito administrativo: “Não se pode ter em consideração como alternativa, de maneira séria e geral, nem a proposta de uma derrogação do direito penal, tampouco a substituição deste através de um direito de intervenção. De nenhuma maneira se pode ver nisso um argumento legítimo para contrariar os modestos progressos na justiça penal do Estado, através de extensão da justiça penal ao âmbito de interação da classe média e alta” (SCHÜNEMANN, Bernd. *Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta*; un cambio de paradigma como exigencia moral? Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio. Madrid: Tecnos, 2002, p. 66). Ainda, contra a administrativização do direito penal, confira-se Antonio García Pablos, para quem o direito penal goza de “boa saúde”, afirmando que é utópico vaticinar seu desaparecimento, desde que o direito penal experimente transformações substanciais, como a “melhora qualitativa de seus instrumentos” (Tendencias del actual derecho penal. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p. 37-59).

dialético, o que pode ser alcançado com a atualização da elaboração dogmática de suas categorias básicas de ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Por isso, também não vejo como fazer uma distinção entre um direito penal “comum” e um direito penal “do risco” (como se houvesse dois direitos penais), o que autorizaria concepções distintas de direito penal conforme cada uma das marcantes características da sociedade contemporânea, como, por exemplo – pode-se imaginar – num futuro próximo admitir um direito penal “da informação”.

Assim, vejo com reservas a proposta de Prittwitz que afirma um direito penal “do risco”.⁸

Ainda que tal discurso venha justificado com a afirmação de que um direito penal “do risco” deve servir a objetivos justos e necessários, conforme parâmetros que visam assegurar também garantias subjetivas, admiti-lo (um direito penal “do risco”) equivaleria a fragmentar um ramo do direito que não deve, nem pode sê-lo, por razões principiológicas (legalidade, taxatividade, intervenção mínima, imputação subjetiva e objetiva).

De outro lado, também, admitir um direito penal “do risco” desconsidera o fato de que a idéia de risco não é uma novidade no direito penal do fim do século XX e começo de século XXI. O risco não é uma especial novidade nem é uma característica privativa ou particular da sociedade presente, na qual, muitos afirmam, a vida nunca foi tão segura. A principal diferença está em que o risco vinha, até então, sendo trabalhado com base em um sistema clássico para a imputação subjetiva de um único resultado naturalístico.⁹

Também, pode-se afirmar que a pluralidade de caracterizações da sociedade de risco,¹⁰ consideradas em sua multiformidade de confi-

⁸ PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo; tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, São Paulo: RT, p. 31-45, mar.-abr. 2004. Anotações sobre a obra de Prittwitz (*Strafrecht Risiko*), feitas por SILVA, Pablo Rodrigo A. da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 46, São Paulo: RT, p. 73-93, jan.-fev. 2004.

⁹ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 37.

¹⁰ Recordemos as diferentes propostas de Beck, Giddens e Luhmann.

gurações, faz da idéia de sociedade de risco algo que não pode ser cunhado como um modelo particular de sociedade que se erija em um “conceito-chave” capaz de autorizar o nascimento de um novo direito penal, qual seja, o “do risco”. Há mesmo quem afirme que tal modelo de sociedade não se presta sequer à análise da atual evolução do direito penal¹¹. E, assim sendo, melhor é tomar o risco como característica marcante da sociedade contemporânea – como foi dito – do que admitir o risco como o adjetivo fundamental e designante da sociedade atual.

Ademais, admitir a sociedade de risco como um “conceito-chave” para um direito penal “do risco” implicaria um difícil desdobramento epistemológico do direito penal, na medida em que prevê a flexibilização de garantias penais fundamentais. E por isso o problema, a meu ver, reside mais em saber como a dogmática deve tratar a nova realidade social de novos e intensificados riscos, e menos em preocupar-se com a apreciação e desenvolvimento de um novo direito penal.¹²

Igualmente, não vejo o porquê de um direito penal “do risco”, como se fosse uma nova categoria de direito penal, pois a aparição de novos riscos e o incremento daqueles já existentes não mudaram a natureza do problema a ser trabalhado: o risco. A surpreendente

¹¹ SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 49, fasc. I, Madrid, jan.-abr. 1996, p. 198: “La concepción sociológica de la sociedad, como, por lo demás, Prittwitz mismo ha demostrado con sutileza, es tan multiforme como imprecisa y se nos presenta en la variante más conocida, de Beck, de modo claramente unilateral (...) Si se busca el rasgo característico dominante de la sociedad actual, en la realidad ha de hablarse con mucha mayor razón de una sociedad de despilfarro, de malgasto y de disipación, ya que el volumen de la puesta en peligro de recurso es muy esencialmente inferior al de la destrucción de recursos. Por tanto, ha de considerarse que desde la perspectiva del derecho penal del riesgo, la peculiaridad de la sociedad industrial actual estriba únicamente en el extraordinario incremento de las interconexiones causales”.

¹² Nesse sentido, Félix Herzog afirma, com base no que Günther Teubner chama de “trilema regulador”, que as propostas por um “direito penal do risco” produzem: a) um grave desajuste em favor de decisões judiciais que não são claras; b) um direito penal regulador, proativo, que arroga para si os processos de discussão sobre a auto-regulação social; c) um direito penal levado ao limite de suas possibilidades que acabaria por reclamar um retrocesso ao arcaico modelo de direito penal como violência controladora (HERZOG, Félix. Algunos riesgos del derecho penal del riesgo. *Revista Penal*, n. 4. Publicación semestral de Editorial Práxis S.A. en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha, Barcelona, 1999, p. 54-57).

dinâmica ascendente do risco na sociedade contemporânea leva, isto sim, o direito penal a uma atualização, no sentido de que venha a tomar como base uma outra ferramenta, compatível com um sistema funcional capaz de determinar os novos riscos, qual seja, como aqui se defende, aquele fundado na comunicação que instrumentaliza a busca por um consenso possível.

Poder-se-ia falar em um direito penal “do risco” com o fim de – apenas – identificar as novas posturas político-criminais assumidas perante a sociedade de risco, cujas metas foram redefinidas pela demanda por “segurança” (enquanto conceito contraposto ao de risco).

2.2.3 O direito penal “do inimigo”

Também vejo com reservas a proposta de Günther Jakobs de um direito penal “do inimigo”,¹³ posto que representa um perigoso retrocesso do direito penal, e não a sua modernização.¹⁴

Direito penal “do risco” e direito penal “do inimigo” são expressões que designam uma idéia muito próxima, na medida em que designam uma expansão do direito penal e um direito penal de matiz claramente preventivo e, acima de tudo, expressam também um novo setor do direito penal.

Direito penal “do inimigo” é um conceito que Prittwitz reconhece como conexo e dependente de sua proposta de um direito penal “do risco”;¹⁵ o próprio Jakobs afirma que com o direito penal

¹³ JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Thomson – Civitas, 2003. Também: JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 142-143.

¹⁴ Na expressão de Eduardo Demetrio Crespo, o direito penal “do inimigo” representa uma “involução lamentável”, fruto do uso simbólico do direito penal e da própria crise do Estado Social (DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 14, Universidad Nacional de Educación a Distancia – Facultad de Derecho, Madrid, Marcial Pons, p. 87-115, jul. 2004).

¹⁵ “O direito penal do risco e o direito penal do inimigo não são dois conceitos independentes um do outro (...) Direito penal do inimigo (...) é a consequência fatal a que devemos repudiar com todas as forças de um direito penal do risco” (PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo; tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, São Paulo: RT, p. 32, mar.-abr. 2004).

“do inimigo” há “uma leve defesa frente a riscos futuros”;¹⁶ Silva Sánchez, da mesma forma, relaciona o direito penal “do inimigo” à sua proposta de um direito penal que denomina de terceira velocidade,¹⁷ manifestando-se, assim, uma tendência da doutrina em admitir um direito penal diferenciado, novo por suas formas contundentes de ataque à criminalidade da sociedade contemporânea e também novo por admitir flexibilizar garantias e princípios penais e processuais penais.

Por direito penal “do inimigo” Jakobs designa um direito penal com o qual o Estado confronta pessoas que não são consideradas seus cidadãos, mas “inimigos” do Estado Democrático de Direito. O inimigo é um sujeito que, por meio de seu comportamento, sua atividade profissional ou mediante sua ligação a uma organização, assumiu uma postura duradoura de abandono do direito. O “inimigo” é alguém cujo modo de vida não permite qualquer segurança cognitiva sobre seus comportamentos pessoais e manifesta tal característica por meio de seus atos. São indivíduos que, pasmem, Jakobs designa como “não-pessoas”. O “inimigo” é um indivíduo que se recusa a ingressar no estado de cidadania, e por isso não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa.

O inimigo, por conseguinte, não é um sujeito processual. Daí, também, não pode estar garantido por direitos processuais, como, por exemplo, o de se comunicar com seu advogado constituído. Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos, ainda que de modo juridicamente ordenado. Contra ele não se justifica um procedimento penal legal, isto é, “normal”, e sim um procedimento de guerra. Aquele que não oferece segurança cognitiva de seu comportamento pessoal não deve ser tratado como pessoa, tampouco deve esperar da sociedade e do Estado o tratamento de pessoa. Do contrário, vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.¹⁸

¹⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Thomson – Civitas, 2003, p. 21.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*; aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Série “As Ciências Criminais no Século XXI”, São Paulo: RT, 2002. vol. 11, p. 149.

¹⁸ São fundamentos filosóficos do direito penal do inimigo: a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, colocando-se em guerra contra ele, e por isso deve morrer como inimigo (Rousseau); b) aquele que abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão

São características do direito penal “do inimigo”: a) o inimigo não pode ser punido com pena, mas, sim, com medida de segurança; b) deve ser punido de acordo com sua periculosidade, e não conforme a sua culpabilidade; c) as medidas contra o inimigo não objetivam prioritariamente o passado (o que o indivíduo fez), e sim, o futuro (o que o indivíduo representa de perigo futuro); d) é um direito penal prospectivo e não um direito penal retrospectivo; e) o inimigo não é sujeito de direitos, mas, sim, objeto de coação; f) o cidadão, mesmo após a prática de um delito, continua com o *status* de pessoa; já o inimigo perde esse *status*, na medida em que importante é só sua periculosidade; g) o direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, enquanto o direito penal do inimigo visa preponderantemente combater perigos; h) o direito penal do inimigo usa do adiantamento do âmbito de proteção da norma – por meio da antecipação da tutela penal – para alcançar os atos preparatórios; i) ainda que a pena seja intensa e desproporcional, ela acaba por justificar a antecipação da proteção penal; j) o direito penal “do cidadão” (por exemplo, autor de um homicídio ocasional) aguarda pelo resultado, isto é, espera-se que o agente exteriorize um fato para que somente então incida a reação, isto é, a sanção que confirma a vigência da norma; já no direito penal “do inimigo” (um terrorista, por exemplo), promove-se a pronta interceptação da conduta, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade; k) a função da pena no direito penal “do cidadão” é contrafática, enquanto no direito penal “do inimigo” visa à eliminação de um perigo, que deve ser neutralizado pelo maior tempo possível, havendo nisso um significado físico, pois a pena impede que o sujeito pratique crimes fora do cárcere; ou seja, enquanto “o inimigo” está preso, há prevenção do delito (em relação a delitos que poderiam ser cometidos fora do presídio).

Para que se possa demonstrar eficientemente a inviabilidade de um direito penal “do inimigo”, vejamos – entre as características acima alinhavadas – aquelas que *prima facie* chamam a atenção: a) Amplo adiantamento da punibilidade, isto é, pune-se tendo em conta o fato que vai acontecer (fundamento prospectivo), com referência ao fato cometido (consideração sobre uma normal orientação retrospectiva); b) Notável incremento das penas em comparação com o direito penal

como inimigo (Hobbes); d) quem constantemente ameaça a sociedade e o Estado, e não aceita o “estado comunitário-legal”, deve ser tratado como inimigo (Kant).

“normal”; c) Relaxamento ou supressão de certas garantias processuais individuais.

Todavia, essas são características que servem mais como definição do direito penal “do inimigo”, e não se prestam tanto a perceber os equívocos de uma tal proposta.

Existem duas outras características desse direito penal “do inimigo” que melhor auxiliam a crítica.

Em primeiro lugar, muito mais que uma mera antecipação do momento punitivo, pode-se perceber claramente que em algumas ocasiões não se incriminam “fatos” propriamente ditos, e, sim, condutas cuja relevância reside principalmente em seu conteúdo simbólico.

Um segundo aspecto é a peculiaridade da técnica de redação dessas infrações, pois freqüentemente usam termos vagos e ambíguos, dando a sensação de que o legislador pretendeu driblar as complexidades derivadas do princípio da taxatividade, o qual deriva do princípio da legalidade.

Logo, pode-se concluir, especialmente a partir dessas duas características acima referidas, que: 1) Muitas das decisões normativas do direito penal “do inimigo” não atendem aos critérios de legitimidade estabelecidos em nosso sistema jurídico-penal constitucional; 2) Os défices quanto à *lex certa* impregnam o direito penal “do inimigo” de escassa efetividade no plano preventivo-fático, conduzindo a um resultado negativo na valoração dos custos para o sistema jurídico-penal em comparação com os benefícios preventivos; 3) O direito penal “do inimigo” desconsidera que o estado de “pessoa” é uma atribuição; 4) O direito penal “do inimigo” também não considera que o *status* de cidadão é decidido pelo Estado mediante seu ordenamento jurídico constitucional, não sendo cabíveis mascaramentos para o *status* de cidadão, tampouco admitir a auto-exclusão desse *status*; 5) O direito penal “do inimigo” atua como direito de exceção e, portanto, como se estivesse em situação de guerra, ignorando que a ordem constitucional prevê um direito de emergência (com a supressão e diminuição de liberdades e garantias) para as situações – que não precisam ser necessariamente excepcionais – em que os fundamentos e valores últimos do Estado e da sociedade sejam ameaçados; vale dizer, o direito penal “do inimigo” usa o direito penal como se este se prestasse a resolver um situação de beligerância; 6) O direito penal do “inimigo”, ao fixar seus objetivos primordiais em combater determinados tipos de pessoas, abandona

o princípio básico do direito penal *do fato*, convertendo-se em uma manifestação das tendências autoritárias do já historicamente conhecido direito penal *do autor*.

De outro lado, não se pode admitir um direito penal “do inimigo”, ainda porque este não está referido a um sistema verdadeiro de direito penal. O comportamento delitivo próprio do inimigo afeta *em um plano simbólico* os elementos essenciais e especialmente vulneráveis da identidade das sociedades. Não os afetam no plano de um risco fático extraordinário.

Jakobs representa uma teoria do delito caracterizada pelo normativismo-funcional, isto é, o fenômeno penal pertence ao mundo normativo, dos significados, contraposto ao mundo das coisas. O delito supõe, então, que a vigência da norma seja colocada em dúvida. A pena é a reação diante desse questionamento da vigência da norma, reafirmando a validade da norma (prevenção geral positiva). Dessa maneira, a conduta delitiva do inimigo é caracterizada por produzir a quebra da validade da norma em relação às configurações sociais valoradas como essenciais, uma vez que são especialmente vulneráveis (afetam elementos de especial vulnerabilidade na identidade social), muito além de lesões aos bens jurídicos de titularidade individual. Segue-se que a reação funcional não pode estar na mudança de paradigma exigida pelo direito penal “do inimigo”. A resposta idônea no plano simbólico ao questionamento de uma norma essencial deve estar na manifestação de normalidade, na negação da excepcionalidade, na negação da capacidade de questionar esses elementos essenciais ameaçados. A maior desautorização que pode corresponder ao delito do “inimigo” é a reafirmação de que ao “inimigo” não é “inimigo” e que ele pertence aos cidadãos em geral, vale dizer, é a afirmação de que sua infração é um delito comum, não um ato cometido em uma guerra.¹⁹

Não se justifica um direito penal do inimigo: tudo se resolve dentro de “um só” direito penal, bastando que se utilizem instrumentais comunicativos de identificação dos riscos desaprovados conforme expectativas sociais contidas nas normas.

¹⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo*; algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, ano 3, n. 5, Publicação do Centro de Estudos Ibero-Americanos de Ciências Penais, Porto Alegre, p. 209, jan.-abr. 2002.

2.2.3.1 Jakobs e o desvio de Luhmann

Embora a tese aqui exposta siga em boa parte a teoria normativista-funcional de Jakobs, não adere a ela incondicionalmente e em sua totalidade. Referida teoria tem o mérito de fundamentar-se na teoria de sistemas de Luhmann. Todavia, Jakobs parece perder-se quando ingressa no terreno de um direito penal “do inimigo”, propondo-o como uma categoria especial de direito penal. Ou, pior, propondo-o para indivíduos que seriam “não-pessoas”.

A genialidade da teoria de sistemas de Luhmann está na sua aptidão à aplicação universal. Não é necessário criar um direito penal especial, nem mesmo como subsistema ou sistema parcial do direito penal. Eventualmente, a categoria de um direito penal “do inimigo” poderia ser concebida como a normativa respectiva para um direito de emergência num estado de beligerância entre dois ou mais Estados, de guerra civil ou de milícias internas (por exemplo, terrorismo). Talvez seja essa a intenção de Jakobs. Todavia, resta ao autor explicitá-la.

3. SETORIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: QUEBRAS SISTÊMICAS E TELEOLÓGICAS

Ademais do que já foi acima exposto, do ponto de vista sistêmico, bem como do ponto de vista da função da dogmática, tais propostas são igualmente inaceitáveis. Não correspondem à significação de sistema nem atendem a finalidades dogmáticas.

Por isso, fracassará qualquer que seja o “tipo” de direito penal que se queira “inventar” sob a bandeira da coerência com o novo sistema do risco.

3.1 Setorização do direito penal e quebras sistêmicas

Do ponto de vista sistêmico não se podem validar as propostas de fracionamento do direito penal, sob pena de quebra da teoria do delito enquanto construção geral e uniforme do ilícito, que conduz a decisões penais arbitrárias.

Uma vez afirmado que o direito é um sistema científico aberto, cuja cientificidade objetiva o alcance de uma verdade, pode-se afirmar que também a dogmática jurídico-penal atua cientificamente em busca de uma verdade objetivamente demonstrável. Não se trata de uma verdade cuja demonstração é objetiva, tal qual ocorre na física ou na química. A solução para um caso penal intrincado não se pode demonstrar da mesma maneira que se demonstra que a água é composta de duas partes de hidrogênio e uma de oxigênio. Nas ciências da natureza o critério de objetividade reside na validade geral, enquanto nas ciências do espírito a objetividade com que se busca uma verdade não está na exatidão dessa verdade, uma vez que todo problema de maior complexidade usualmente permite mais de uma solução objetiva. A verdade objetivamente buscada pela ciência jurídica – enquanto ciência do espírito – equivale à *exclusão de arbitrariedade*, conforme anota Enrique Gimbernat Ordeig,²⁰ com base em Otto Friedrich Bollnow, catedrático de filosofia de Tübinga. A ciência do direito é ciência, justamente, porque os conhecimentos que a integram não são subjetivos, arbitrários, adquiridos com base em prejuízos, mas, sim, objetivos, fundamentados, defensáveis. Dessa forma, as proposições de setorizar o direito penal não se justificam porque em todas se verificam consideráveis espaços para decisões arbitrárias, com o que não se coaduna a ciência do direito.

3.2 Setorização do direito penal e desvio de finalidade da dogmática

Também do ponto de vista da função assinalada para a dogmática jurídico-penal, as propostas de setorização do direito penal fracassam.

Concorda-se com Luhmann quando este afirma que a dogmática jurídica tem assinada a tarefa de enfrentar duas grandes tendências do direito positivo, caso queira continuar colaborando com o funcionamento do sistema jurídico. Essas tendências são: a) De um lado, o aumento da velocidade de adaptação do direito às exigências ambientais; b) De outro, a mudança da orientação básica da sociedade moderna de um

²⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 113-114.

horizonte do passado para um horizonte do futuro,²¹ que nada mais é que a representação da preocupação com o risco.

Diante dessas duas mudanças, a dogmática parece estar muito pouco preparada para dar respostas satisfatórias. De um lado a elaboração conceitual que lhe é própria é excessivamente lenta, e, por outro, a orientação ao futuro parece conduzir à substituição das argumentações conceituais da dogmática na aplicação do direito por uma argumentação baseada nas consequências da decisão.²² E isso outra coisa não é senão uma dogmática que vem sendo mal trabalhada, *por considerar equivocadamente o fator tempo*, que é o elemento representativo da causa eficiente das decisões dogmáticas que propugnam por setorizações do direito penal.

A dogmática tem como função fundamental usar de todo e qualquer argumento (sendo-lhe proibida a negação de argumentos) com a finalidade de aumentar as liberdades no tratamento de experiências e textos, permitindo um distanciamento destes. As normas são – socialmente – axiomas inegáveis e a função da dogmática é precisamente aumentar a liberdade no trato desses axiomas, sem, com isso, colocá-los em questão. Dessa forma, aumenta o grau de incerteza compatível (insegurança suportável) com a obrigação de observar as normas e de decidir todos os casos de conflito. Sendo o direito de nossos tempos mais orientado para o futuro que para o passado, no qual prevalece a função de segurança das expectativas diante da adaptação ao ambiente, representa, pois, um direito que pode utilizar a dogmática para matizar essa orientação ao passado e elevar o grau de insegurança na fixação das próprias expectativas.²³

Desde que se utilize a distinção entre uma orientação ao *input* e uma orientação ao *output*, entendida como dois diversos horizontes temporais, a orientação ao *input*, que era a prevalente tradicionalmente no direito, casa melhor com a função luhmanniana de direito, com a noção de justiça como igualdade – a decisão igual de casos iguais – e, principalmente, com a noção de segurança das expectativas. Luhmann afirma que todo o sistema deve orientar-se para ambos os

²¹ GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona. Barcelona: Bosch, 1993. p. 321.

²² Ibidem, p. 321.

²³ Ibidem, p. 323-324.

horizontes, uma vez que a necessidade de adaptação ao ambiente subsiste em todo o sistema.

Ora, se o sistema jurídico generaliza e estabiliza expectativas de comportamento, tal função é desempenhada prevenindo a possibilidade do conflito e fixando com certeza a decisão a ser tomada, se este, eventualmente, se produz.

No sistema jurídico moderno, produziu-se uma diferenciação interna que possibilita tratar de forma diversa, em distintos procedimentos e por distintas partes do sistema, a dupla orientação espacial ou temporal, de modo que sejam compatíveis o passado e a segurança das expectativas com o futuro e a adaptação ao ambiente.

As propostas de setorização do direito penal, diante da sociedade de risco, abandonam categorias e conceitos dogmáticos que se dirigiam ao passado visando selecionar as informações relevantes e também objetivando poder garantir a capacidade de decisão em cada caso concreto e, apenas secundariamente, teriam a função de intervir no ambiente. Isso faz com que tais propostas não enfrentem as seguintes questões: 1) a segurança jurídica, pela impossibilidade de prever as previsões de um sistema que decide tendo em conta os efeitos das decisões; 2) a inabarcável complexidade do futuro, que obriga a interromper arbitrariamente as cadeias de efeitos ou consequências a serem consideradas; 3) a justiça, entendida com igualdade, e no duplo sentido de universalização dos critérios de decisão e de imparcialidade, isto é, de prescindir da personalidade concreta de quem decide e do afetado por sua decisão; 4) a impossibilidade de que as normas permitam por sua vez decidir univocamente os casos e controlar a eficácia das decisões.

4. A COMUNICAÇÃO COMO BASE PARA UMA TEORIA DO DELITO: POR UM SÓ DIREITO PENAL

Uma vez que em nome de uma “modernização” do direito penal não se justifica sua flexibilização, tampouco sua setorização, uma terceira rota há que ser traçada como alternativa à dogmática que pretende enfrentar a criminalidade da sociedade de risco. Não se trata, como já dito, de uma “modernização” da dogmática penal, mas de sua atualização conforme as características

marcantes da sociedade de risco, que demandam pela determinação comunicativa do risco.

E para isto basta um só direito penal.²⁴

Deve-se partir da constatação de que, atualmente e desde algum tempo, não se admite que a dogmática penal seja completamente construída com base em verdades supostamente permanentes e imutáveis, próprias de estruturas lógico-objetivas. A elaboração dogmática atual se inclina no sentido de elaborar o seu sistema, em meio a um campo ontológico amplo, fundado em uma base de conceitos normativos.

A significação material e concreta dos conceitos normativos penais surgiria por meio de um processo dialogal entre o direito penal e as demais instâncias do conhecimento existentes (ou subsistemas, caso se queira usar a denominação de Luhmann). Isso não reduziria o direito penal à busca da eficiência empírica, mas, sim, proporcionaria ao direito penal a capacidade de buscar soluções legitimadas do ponto de vista das cambiantes expectativas sociais que recaem sobre a norma, o que só se consegue mediante um expediente fundado na comunicação. A comunicação, assim, toma por base os dados extraídos dos diversos subsistemas da sociedade na troca com as informações de seus entornos e na troca entre os próprios subsistemas; e segue visando obter *internamente* o consenso necessário à manutenção da identidade social.

É justamente a partir desse processo dialogal de base comunicativa que se torna possível a verificação da legitimidade da intervenção penal conforme as expectativas sociais que recaem sobre a norma.

A complexidade que caracteriza a criminalidade da sociedade de risco demanda por uma definição do direito penal, a partir da ciência penal, que promova o menor número de contradições. A sociedade de risco está caracterizada pela excessiva complexidade e por oferecer incontáveis contingências possíveis. Diante “desse” mundo, o direito penal, enquanto subsistema, se forma visando dar resposta a essas possibilidades de contingências e à elevada complexidade, que superam as capacidades redutivas (de complexidade) e seletivas (de

²⁴ No sentido dessa conclusão, todavia, fundado em argumento diverso, qual seja, o de que cabe à política criminal definir o *se* e o *como* da punibilidade na sociedade de risco, confira-se: DIAS, Jorge de F. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 33, São Paulo: RT, p. 39, jan.-mar. 2001.

contingências) do indivíduo. A interação humana diária é simplista e não consegue atingir as funções redutoras e seletivas exigidas pela sociedade de risco.

Por isso, a superexigência que recai sobre a interação humana pode ser aliviada desde que se realize certo grau de generalização congruente de expectativas de condutas, e, mais concretamente, mediante representações normativas, isto é, expectativas não dispostas para aprendizagem.

Logo, o direito penal define-se mediante o estabelecimento de qual é a sua função (daí a denominação “funcionalismo penal”) e não por meio das estruturas das quais se vale para desempenhá-la. A consideração da função como necessária para a existência da própria sociedade implica concluir que o direito penal na sociedade de risco necessita de uma compreensão funcionalista, e, nesse ponto, registra-se nossa concordância em boa parte com Jakobs, a partir de Luhmann.

A relação entre o excesso de possibilidades (complexidade), função (generalização congruente) e estrutura (expectativas normativas), as quais são essenciais para a delimitação comunicativa do risco, adquire (tal relação) um colorido evolutivo bastante visível. Com a passagem das sociedades arcaicas para as sociedades industriais e destas para a sociedade contemporânea (do risco), mudam as instituições que garantem a generalização congruente de expectativas de condutas penalmente relevantes e, com elas, muda também a forma de validade do direito penal. A harmonização dos diversos mecanismos de generalização muda em seus pressupostos e nos efeitos que provoca. Diminui a dependência do direito penal de predeterminações de sentido fixadas de forma concreta. Em contrapartida, aumenta sua dependência de um aparato específico para a seleção de condutas penalmente relevantes do ponto de vista do risco. Indaga-se: *houve quebra de expectativas sociais sobre o risco referencialmente inserido na norma?* A resposta exige a compreensão do direito penal sem a consideração determinante dos “medos” existentes nas realidades cotidianas. A solução também requer do direito penal que se estabeleça identificando as condutas penalmente relevantes a partir de outros subsistemas (ou de dados do entorno), na procura de um consenso internamente determinado.

A sociedade de risco, enquanto sociedade atual que é, está diferenciada funcionalmente, isto é, no sistema global da sociedade existe diferenciada uma pluralidade de subsistemas que desempenham, cada

um exclusivamente,²⁵ uma função assinalada pelo sistema global. A evolução do sistema global se dá por meio do aumento da complexidade da sociedade. O direito penal é um dos subsistemas diferenciados funcionalmente. O direito penal deve, então, tomar a sociedade na qual se diferencia como seu ambiente; diante das mudanças evolutivas o direito penal pode reagir, seja adequando sua reação ao ambiente social, isto é, aumentando sua própria complexidade (realidades), seja aumentando sua indiferença diante das mudanças ambientais.

Não se pode estabelecer para o direito penal uma tendência evolutiva geral, tal qual fosse possível para os demais subsistemas. É preciso que se analise, para o direito penal, qual é o modelo evolutivo particular a ser seguido. Desde logo, sabe-se, deve vir pautado pela dignidade da pessoa humana e pelo asseguramento das garantias fundamentais do homem.

De qualquer forma, a evolução do direito penal na sociedade de risco, tendo em vista as características até aqui expostas, conduz a um necessário aumento da sua própria complexidade e diferenciação (aceitação e produção interna de novas realidades), sob pena de não conseguir responder às emergentes e emergenciais perplexidades criadas pelos novos e grandes riscos ou, pior, expandir-se de forma a considerar tudo como sendo risco penalmente relevante.

Basta, assim, que o direito penal disponha-se, enquanto subsistema social, a rever-se e redefinir-se por meio dos contatos com os demais subsistemas (ou ramos do conhecimento, como, por exemplo, a economia, a antropologia, etc.) e nos contatos com o entorno (ou as estruturas, as instituições, as formas de organização e os fatores sociais dinâmica e organicamente considerados), visando delimitar – pelo consenso – o risco penalmente desaprovado conforme expectativas sociais.

5. DIREITO PENAL E COMUNICAÇÃO: ENTRE LUHMANN E HABERMAS

Uma vez expressado até aqui que as perplexidades geradas a partir das características da sociedade de risco e que a insuficiência do

²⁵ Portanto, conforme um sistema fechado, diversamente de Habermas, para quem a interação é aberta.

direito penal para produzir soluções coerentes são contextos que podem ser corrigidos por meio de uma teoria do delito que use da comunicação como fundamento, importa, então, agora, analisar o direito (e obrigatoriamente o direito penal, também) como uma ciência aberta ao processo dialogal com outros ramos do conhecimento, em busca de soluções consensuais obtidas mediante trocas de informações, vale dizer, da comunicação.

Por conseguinte, importa optar entre as propostas que Luhmann e Habermas apresentam para a compreensão do direito.

Ainda que já tenha sido possível antever a clara inclinação luhmanniana deste trabalho, justifica-se que uma explicitação motivada para essa tomada de posição é devida, não somente por amor ao debate, mas, também, porque a opção teórica revela certa postura ética que polariza entre o romance (utopia habermasiana) e o excesso de realismo ou de franqueza (a sociedade sem homens luhmanniana).

De qualquer forma, por força do objetivo deste trabalho, qualquer que seja a visão adotada (Luhmann ou Habermas), segue-se na direção de uma atualização dogmático-penal que pouco foi explorada no Brasil.

A base comunicativa para uma teoria do delito exige necessariamente três posturas inovadoras para o sistema penal brasileiro: 1) o abandono de realidades predeterminadas e axiomas; 2) a abertura para os argumentos apresentados pela contracultura; 3) a possibilidade da permanente reordenação dos conhecimentos jurídicos e metajurídicos que interferem nas decisões tomadas pelo sistema jurídico.

Sigo com base em Niklas Luhmann. Neste se encontram as bases mais satisfatórias para uma construção teórica dos elementos fundamentais do delito, tendo em vista sua maior correspondência com as inusitadas características da sociedade de risco.

5.1 O direito em Luhmann

A partir da teoria dos sistemas de Parsons, foi desenvolvida por Luhmann uma teoria social na qual a sociedade é concebida como um sistema de interações.

A sociedade enquanto sistema de interações é um sistema auto-referente e autopoietico que se integra de expressões de sentido, de comu-

nicações. A esse sistema global ou geral pertencem vários subsistemas nele integrados (direito, economia, religião, política, ciência, arte, etc.). Entre esses subsistemas ocorre um tipo de inter-relação, de modo que esses não se erigem em compartimentos estanques, autônomos e independentes, mas como subsistemas abertos, volúveis, relacionáveis.

Luhmann concebe a sociedade e seus subsistemas (ou sistemas parciais) como um sistema autopoietico. Nesta construção reside uma de suas mais importantes e discutidas idéias. A partir da biologia (da qual extrai a noção de autopoiese), afirma-se que a sociedade é um sistema capaz e idôneo para configurar a sua própria estrutura e criar seus próprios elementos integrantes.²⁶ Autopoiese é autocriação. Na biologia, as células têm capacidade de se auto-reproduzirem, por serem sistemas vivos e idôneos para configurar o seu próprio meio de vida. Na sociologia, a autopoiese permite ao sistema (social) configurar-se e dotar a si mesmo de uma estrutura própria. Trata-se de uma sociedade auto-suficiente.

Por conseguinte, o direito é também um sistema autopoietico, no qual as operações de reprodução são realizadas em seu interior e não no exterior. O direito se reproduz por meio de operações intra-sistemáticas.

Isso não significa que o direito esteja imune a influxos exteriores do meio ambiente ou de outros setores sistêmicos (subsistemas). Significa apenas que esses influxos não lhe são determinantes. Assim, o direito se cria e recria perenemente com critérios exclusiva ou eminentemente jurídicos.

Nessa linha, o direito penal possui um fundamento decisório exclusivamente normativo-jurídico. A ação penal relevante, portanto, também possui um fundamento de tal ordem, excluindo outros de ordem natural, divina, ontológica ou pré-jurídica. Com isso afasta desde logo a possibilidade de que a ação penalmente relevante seja definida de modo unilateral-individualista ou pessoal. A ação penalmente relevante depende da existência de um dever jurídico da consciência do sujeito.

Em Luhmann o direito penal se desvincula de fontes externas, o que, por um lado, critica-se, pois gera o inconveniente de aprisionar

²⁶ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*; lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. Universidad Iberoamericana. México: Antropos, 1996. p. 67-68.

o discurso funcionalista dentro de sua auto-reprodução, apenas possibilitando a construção de suas próprias imagens internas do mundo externo. Com tal crítica não se pode concordar, veremos.

De outro lado, os aportes da sociologia do direito e da teoria do direito sobre o sistema jurídico dependerão, em Luhmann, da capacidade desse sistema de observar seu entorno e de seu interesse em melhorar as próprias autodescrições, porém nunca serão diretamente utilizadas pelo sistema porque não são parte dele e porque não podem colaborar para a própria redução do sistema.

Luhmann atribui à teoria do direito e à dogmática jurídica uma grande função, qual seja, estabilizar o sistema e suas estruturas e dotá-las de uma maior capacidade de conexão. O que significa que facilitam a reprodução contínua do sistema e permitem aumentar o número e a variedade de suas comunicações, sem que com isso se veja afetada a sua coerência, isto é, aumentando a possibilidade de compatibilizar entre si o crescente número de programas de decisão e de decisões próprias do direito positivo de uma sociedade moderna.

Afinal, o sistema jurídico somente poderá manter e aumentar sua variedade e responder às demandas de seu ambiente se conseguir estabilizar seus próprios programas, podendo cumprir sua função de generalizar expectativas mantendo um alto grau de coerência entre essas, com uma adequada complexidade, nas suas próprias semânticas.²⁷

5.1.1 As críticas de Habermas a Luhmann

Em razão da formulação luhmanniana interna do direito, Habermas critica, afirmando que "Luhmann atribui ao direito uma posição marginal e neutraliza sob uma descrição objetivista o fenômeno da validade do direito, ao qual só se pode ter acesso indiretamente. Por essa perspectiva, o direito se interpreta como estabilização de expectativas de comportamento. Tal representa uma autonomização que acaba independentizando o direito, uma vez que este se torna positivo, e convertendo-o em um sistema autopoietico. Então o sistema jurídico, como um processo ou ciclo de comunicação recursivamente

²⁷ GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, Bosch, 1993, p. 343.

fechado, se deslinda de tal forma de seus entornos que só desenvolve suas relações externas através de observações. Descreve, por sua vez, seus próprios componentes em categorias jurídicas e utiliza estas tematizações para constituir e reproduzir com seus próprios meios atos jurídicos”.²⁸

Todavia, é acertado concluir que o discurso funcionalista tem como grande mérito fazer uso da comunicação social geral para poder exercer influência sobre as construções sociais gerais da realidade e, ademais, privilegia-se a significação em detrimento do empírico, não raro enganoso. É a isto Habermas não responde.

Também parte de Habermas a crítica de que Luhmann “promove a desconexão entre um sistema jurídico *monadicamente* fechado, ao invés de *monadicamente* aberto, e o resto dos subsistemas de ação. Esse sistema jurídico que se tornou autônomo já não pode manter um intercâmbio direto com seus entornos internos à sociedade, nem tampouco obrar regulativamente sobre eles”. Ainda, critica que o direito só pode regular a sociedade global em um sentido metafórico e Luhmann, ao reduzir o direito a um sistema autopoiético, só lhe permite reagir diante de seus próprios problemas e não pode perceber nem elaborar problemas que afetam o conjunto do sistema social. E, dessa forma, o direito teria se despojado de toda a pretensão de validade que pudesse ter um alcance maior.²⁹

Não se pode dar razão a tais críticas, senão a partir de uma postura romântica – como no fundo parece ter Habermas –, na medida em que idealiza o direito como sistema parcial responsável pela justiça e pelo asseguramento da democracia. A democracia, intimamente ligada ao ideal de justiça, nem em seu nascedouro foi, nem em sua vida moderna é, a plenitude do governo (e decisões) do povo, para o povo, pelo povo; é, sim, maculada por défices irremediáveis. Ao direito não cabe o papel de bastião desses ideais, mas de mero mantenedor de expectativas sociais, como copiosamente afirma Luhmann. Talvez, a maior resistência a Luhmann – que não parte, absolutamente, apenas de Habermas – esteja no fato de ser sincero demais.³⁰ Sincero demais,

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Fatigad y validad sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998. p. 112.

²⁹ Ibidem, p. 112.

³⁰ Essa excessiva sinceridade expressa-se pelo fato de que: “los problemas de la teoría de la sociedad y de la sociología jurídica luhmannianas son sustancialmente los mismos y derivan de la insatisfacción que producen las renunciaciones impuestas por

inclusive, porque admite a existência de situações conflituais da sociedade de risco que simplesmente não têm qualquer solução.

5.1.2 Luhmann e a maturidade moral

Uma das críticas mais freqüentes à obra de Luhmann é a que afirma a sua obscuridade. Esta é a “fama” de sua teoria. Todavia, como nos chamam a atenção aqueles que se aprofundaram no estudo da obra de Luhmann (por exemplo, Alcover e Izuzquiza), tal postura é fruto do conhecimento parcial ou do desconhecimento da teoria de Luhmann. Não conhecer a fundo Luhmann certamente não é o caso de Habermas³¹. Todavia, não é arriscado afirmar que mesmo Haber-

sus opciones teóricas: la ausencia de explicaciones causales, el limitarse a diagnosticar problemas, la imposibilidad de introducir pronósticos. Frente a ellos los logros pueden quedar oscurecidos y unos de sus logros principales es el carácter enormemente sugerente de los pequeños detalles, de los ejemplos escogidos, de sus desacostumbrados enfoques de problemas tradicionales” (GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, Bosch, 1993, p. 345).

³¹ Habermas também não escapa da crítica de que sua teoria é obscura: “Tudo indica que a obra de Habermas já sofre do mesmo mal que se abateu sobre a de Weber. Objeto de inúmeras análises críticas, e tendo servido de referência para estudos em diversos campos do conhecimento – da sociologia à administração pública, passando pela teoria política e filosofia moral –, a crescente influência da abordagem de Habermas nas ciências sociais também acarretou problemas: seus conceitos têm sido muitas vezes mal compreendidos, o que acaba prejudicando a própria recepção crítica de seus argumentos. A culpa por esses mal-entendidos recai, pelo menos em parte, sobre o próprio Habermas. Seus textos adotam um estilo notoriamente abstruso, o que acaba dificultando o acesso a seus argumentos, característica que, como notou Martin Jay (1984), é compartilhada por praticamente todos os teóricos identificados com o marxismo ocidental. McCarthy (1981) sugere que os erros de interpretação seriam consequência do fato de os escritos de Habermas só poderem ser compreendidos em seu conjunto. A demora na tradução para o inglês de seus livros fundamentais – em especial, *The Theory of Communicative Action* (1984; 1987), seu *magnum opus* – teria contribuído para a difusão de alguns equívocos, uma vez que os primeiros comentadores do pensamento habermasiano fora da Alemanha se basearam em uns poucos artigos disponíveis em inglês. Em que pesem essas considerações, pode-se dizer que a responsabilidade pelos mal-entendidos é questão secundária, e o que importa é empreender um esforço para desfazê-los. Só assim, a contribuição teórica de Habermas poderá ser recolocada na perspectiva adequada para o debate crítico” (ANDREWS, Christina W. *Discourse ethics and the model of democratic consensus: a reply to J. Eisenberg*. Dados. [online]. 2002, vol. 45, n. 4 [cited 27 September 2005], p. 577-597. Disponível no

mas pode não ter compreendido o fato – *no sentido de conformar-se com uma realidade* – de que a sociedade moderna está formada por sistemas autônomos que já não podem representá-la nem lhe servem de centro regulador, senão capazes apenas de regular a si mesmas. Isso dá a desconfortável sensação da ausência de um guia e, conseqüentemente, de se estar perdido.

Neste aspecto crítico que lhe é dirigido, Luhmann responde afirmando que é uma ingenuidade moral detectar crises sociais onde há elevada complexidade social, bem como asseverando que as tendências evolutivas de nossa sociedade não permitem ser convenientemente descritas de acordo com velhos conceitos de coesão social ou de solidariedade, ou, dito de outra forma, de acordo com os ideais pré-modernos.

O aumento de complexidade da sociedade contemporânea do risco não pode ser entendido como um critério para a solução dos problemas da sociedade ou do homem. Uma sociedade mais complexa é uma sociedade que soluciona mais problemas, porém, paradoxalmente, cria também mais problemas. Toda solução de problemas comporta a criação de novos problemas; por isso, suas vantagens estão sempre acompanhadas de inconvenientes. A sociedade contemporânea – do risco – tem mais possibilidades de eleição, mais coisas boas que qualquer outra sociedade anterior, porém, tem também muito mais possibilidades de frustração, mais coisas ruins.

Isso reforça minha convicção de que as críticas contra Luhmann, inclusive as lançadas por Habermas, devem-se à extrema franqueza com que o professor de Bielefeld discorre sobre nossa angustiante realidade.

5.1.3 Luhmann e sua visão incomum do direito

Um dos principais problemas para a compreensão da sociologia jurídica de Luhmann (tal qual ocorre com as demais sociologias especiais que propõe) é a impossibilidade de separá-la de seu marco teórico, sob pena de que sua sociologia jurídica reste completamente ininteligível. Com isso contribui, também, o uso de termos tradicionais

redefinidos insuficientemente ou de forma funcional, como ocorre com o termo direito. De fato, é difícil compreender que o direito na concepção luhmanniana é “a generalização congruente de expectativas de conduta”. Parece genérico demais.

Causa espécie, também, que os elementos do sistema jurídico sejam identificados com todas aquelas comunicações que adquirem sentido graças à utilização do código lícito/ilícito. Não menos estranheza causa a identificação de justiça como sendo a “adequada complexidade do sistema jurídico”; ou ainda, de legitimidade como “a disponibilidade para aceitar, dentro de certos limites, decisões cujo conteúdo ainda não se encontra determinado”.

Por isso, é uma tarefa fadada ao insucesso querer compreender a teoria jurídica de Luhmann com base em esquemas próprios da teoria do direito ou daquelas em uso, *pois Luhmann aborda todos os temas jurídicos a partir de perspectivas incomuns*.³²

Os temas tradicionais da teoria do direito, como é o caso, por exemplo, do próprio conceito de direito, o de norma, o de validade, o de eficácia, a necessidade de fundamentação das normas, são temas que pela sociologia luhmanniana só se podem abordar sob uma ótica distinta, que tende a iluminar não as questões ontológicas, mas, sim, as funcionais: “Luhmann não responde, Luhmann pergunta, não resolve problemas, os propõe”.³³

A crítica de que Luhmann apresenta uma teoria demasiado genérica é parcialmente procedente. Todavia, nessa parte não pode ser recebida como crítica (no sentido negativo), mas como a mera constatação de uma realidade, pois o direito que corresponde a uma sociedade – como é a sociedade contemporânea – deve ser necessariamente dotado em boa medida de conceitos genéricos, posto que a sociedade à qual está referido assim o é. Isso não representa qualquer demérito, nem para a teoria nem para o direito. Pensar o contrário seria ignorar a vertiginosa velocidade com que as coisas mudam nos dias de hoje; seria não olhar para o fato de que as realidades tradicionais se diluíram na modernidade e pulverizaram-se na pós-modernidade. Pensar uma teoria do direito mais concreta para uma sociedade nada concreta seria romantizar uma sociedade que já não pode mais sê-lo.

³² GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, Bosch, 1993, p. 343.

³³ Ibidem.

5.2 O direito em Habermas

É notável o aporte da teoria da ação comunicativa de Habermas³⁴ sobre os fundamentos do direito penal. Todavia, não se pode esquecer que tal teoria é mais uma construção voltada à elaboração de um sistema democrático de produção de normas que uma teoria capaz de oferecer critérios de seleção de valores penais. É um projeto de reformulação lingüística de uma racionalidade universal, formal e normativa.

Por tal teoria, uma norma é válida se sua fundamentação pode convencer cada um dos participantes. Aquele que não cumpre uma norma válida está ignorando o princípio da mudança de perspectivas. O cumprimento de uma norma válida é interiorizado por cada um dos participantes desde que os demais também a cumpram.

Tudo se baseia numa ação comunicativa, expressada por meio de interações nas quais os participantes coordenam de comum acordo seus planos de ação. O consenso que se consegue em cada caso se mede pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade. Assim, uma norma unicamente pode aspirar a ter validade quando todas as pessoas afetadas por essa norma conseguem (ou podem) colocar-se de acordo enquanto participantes de um discurso prático em que dita norma é válida.

5.2.1 O agir comunicativo

O funcionamento da ação comunicativa é o seguinte: “Os participantes, através da validade que pretendam para os seus atos de fala, ou colocam-se de acordo, ou constataam dissensos que no curso posterior da interação os participantes têm em conta de comum acordo. Com todo ato de fala se entabulam pretensões de validade suscetíveis de crítica, que se endereçam a um reconhecimento intersubjetivo”.³⁵ Por outro lado, “os participantes na interação têm que atribuir-se

³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Título original *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main, Suhrkamp 1981. Tradução de Manuel Jimenez Redondo, vol. 1 e 2, Madrid: Taurus, 1988.

³⁵ HABERMAS, Jürgen. *Fatigada y validad sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta: Madrid, 1998. p. 80.

mutuamente a capacidade de responder por seus próprios atos, isto é, têm que se supor capazes de orientar sua ação por pretensões de validade”.³⁶ Todo acordo se mede “pelo reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade”.³⁷

A teoria da ação comunicativa de Habermas explica como pode efetuar-se a reprodução da vida social por meio do direito positivo, “pois tais normas jurídicas possibilitam comunidades altamente artificiais, que se entendem a si mesmas como associações de membros livres e iguais, cuja coesão descansa na ameaça de sanções externas e simultaneamente na suposição de um acordo racionalmente motivado”.³⁸

Nos casos de dissenso, propõe como alternativa “recorrer a operações simples de reparação”. Entende que mediante o consenso e a arbitragem pode resolver-se o conflito. Afirmar Habermas que o princípio do discurso, que tem por fim assegurar um consenso sem coerções, só pode se fazer valer neste caso indiretamente, a saber, mediante procedimentos que regulem as negociações.³⁹

5.2.2 *Agir comunicativo, democracia e direito penal na sociedade de risco*

A partir da teoria da ação comunicativa, muitos declaram estabelecidas as vias fundamentais para um direito penal legítimo na sociedade contemporânea. Diz Habermas que “as leis coercitivas acreditam em sua legitimidade por se verem como leis da liberdade no processo – e mediante a forma do processo – de produção do direito; nesta positivação do direito volta a reproduzir-se a tensão entre faticidade e validade, porém de forma distinta que na validade das normas estatuídas. Certamente o comportamento conforme a lei pode ser visto como uma observância de normas que vêm providas de ameaça de sanção e que têm sido postas em vigor por resolução do legislador político. Porém a faticidade da produção do direito se distingue da imposição do direito

³⁶ Ibidem, p. 81.

³⁷ Ibidem, p. 82.

³⁸ Ibidem, p. 70.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Faticidad y validez sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998. p. 234.

por via de sanção, na medida em que a permissão de recorrer à coerção jurídica deve se fazer derivar de uma expectativa de legitimidade associada à decisão que toma o legislador – que também poderia ser outra e que por princípio é suscetível de correção. A positividade do direito leva anexa a expectativa de que o procedimento democrático de produção do direito fundamente ou funde uma presunção de aceitação racional das normas estatuídas”.⁴⁰

No campo penal, Habermas apresenta uma visão democraticamente comunicativa da liberdade e da proteção, que de todo modo é funcionalizada. Os direitos objeto de proteção penal são interpretados por Habermas como direitos “subjettivos” de liberdade e proteção, os quais são uma função dos direitos democráticos de participação e de comunicação. Dito de outro modo: tais direitos “subjettivos” de liberdade e proteção são na realidade uma função dos direitos de participação e de comunicação. Assim, ante a ausência de uma estabilização dos direitos e liberdades fundamentais não pode haver nenhum discurso democrático que mereça esse nome. Ademais, mesmo no discurso democrático se podem tomar decisões sobre a interpretação e concreção dos direitos fundamentais, bem como sobre os direitos democráticos de participação e dos direitos sociais de associação.

5.2.3 *O agir comunicativo no direito penal da sociedade de risco: utopia e universalismo reelustrado*

O agir comunicativo pode conduzir – e é provável que o faça – a um perigoso caminho para a repressão da diferença ou da pluralidade.

A relação que Habermas faz entre direitos fundamentais e discurso democrático se mostra como um inevitável círculo prático, pois toda codificação, institucionalização ou concreção de direitos fundamentais no meio do discurso democrático se opera, então, *sob o pressuposto de ou em referência a* codificações, institucionalizações ou concreções já existentes.⁴¹

⁴⁰ Ibidem, p. 95.

⁴¹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el derecho penal: la influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de Habermas en la selección de los valores penales*. La

As decisões democráticas, na maioria dos conflitos, não podem apelar ao consenso. É utópica a proposta de Habermas de que as decisões jurídicas podem extrair sua legitimidade exclusivamente da aprovação racional de todos os afetados. A produção do direito coativo não espera pelo consenso e sequer pode alcançá-lo, já que isso pressuporia a ilógica aceitação pelo afetado da legitimidade do uso da violência na realização coercitiva da norma.

O agir comunicativo também não considera que um procedimento legítimo pode mesmo conduzir a decisões erradas e, ademais, os procedimentos também formam parte da ordem legal, isto é, também sobre os procedimentos tem-se que decidir. Ainda, não se pode deixar de considerar que nenhum consenso é permanente. Sempre será provisório e provisional, uma vez que existem membros que se integram na dinâmica comunicativa em momento posterior, modificando sua substância objetiva.⁴²

Daí, na teoria do agir comunicativo não há relações de reconhecimento que não sejam simultaneamente relações de poder e não cabe a uniforme e generalizada interpretação da justiça.

Diante das perplexidades que a sociedade contemporânea gera, enquanto sociedade de risco, parece que o pensamento filosófico chegou a um beco sem saída, no qual não teve outra reação senão responder com uma teoria que – vestida de uma democracia possível – é utópica e irrealizável.⁴³

ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo (libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir). Madrid: Tecnos, 2003. p. 144.

⁴² Ibidem, p. 145.

⁴³ “Em suma, à procura de conclusão, para nosso argumento, nesta ordem de raciocínio, concordamos com LUHMANN e DE GIORGI, no sentido de que a pesquisa jurídica deve ser dirigida para uma nova concepção de sociedade centrada no postulado de que o risco é uma das categorias fundamentais para a sua compreensão. A concepção de ‘sociedade de risco’ torna ultrapassada toda a sociedade clássica voltada seja para a segurança social, seja a um conflito de classes determinado dialeticamente; como também torna utópica a teoria da ação comunicativa livre e sem amarras. O risco coloca a importância de uma nova ‘racionalidade’ para a tomada de decisões nas sociedades, redefinindo a filosofia analítica, a hermenêutica e a pragmática jurídicas, numa teoria da sociedade mais realista. A consciência do risco é uma das condições para a constituição de uma forma de sociedade (LEFORT) mais democrática” (ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. *Revista Sequência – Revista do curso de pós-graduação da UFSC* – ano 15, n. 28. Florianópolis, jun. 1994, p. 13).

De outro lado, como destaca Guerra Palermo, é discutível a comunidade ideal de comunicação no duplo sentido de que se assumem como suposição necessária e constitutiva as situações argumentativas e como ideal concebido em sentido futurista, ou seja, uma idéia regulativa.⁴⁴

Questiona-se a ética do discurso, que a defesa da racionalidade dos bons argumentos não traz o reconhecimento moral às pessoas. Da mesma forma, é inadmissível a exclusão dos que têm acesso à comunicação. Não há necessidade na ética comunicativa de recorrer ao princípio de universalidade, já que também este princípio poderia excluir-se pelo consenso.

Nisso reside uma crítica que Habermas não responde satisfatoriamente.

Dito de outro modo: Habermas não pretende somente desenvolver uma construção teórica sobre a moral, mas também valorizar e inclusive propor uma forma de agir comunicativo. Todavia, ao colocar em prática as decisões morais assumidas coletivamente, começam os problemas. Tome-se como exemplo o princípio da universalidade, que é o fundamento sobre o qual giram todas as suas reflexões. Só se considera moral o que puder ser admitido sem coação por todos os envolvidos em determinada situação.

Pode-se dizer, então, que o critério da universalidade é válido apenas como uma intenção, não o sendo, contudo, na atualidade capaz de realizar-se na dimensão prática. Não existem ações válidas para todos os seres humanos, porque a comunidade humana global não conta com qualquer base ou infra-estrutura concreta para sua realização. Existem separações radicais entre os homens. São exemplos dessas: o lugar que cada um ocupa na produção socioeconômica, as diferenças culturais, a distância, a falta de comunicação e o grande número de seres humanos existentes no planeta.

Todos os indivíduos estão efetivamente integrados num sistema social global, no qual cada uma das respectivas ações repercute necessariamente sobre outros indivíduos. Entretanto, o homem não dispõe de qualquer instrumento social que lhe possibilite orientar suas ações, conforme o ponto de vista moral. Não há indivíduos livres. Ninguém

⁴⁴ *Apud* CONTRERAS, Guillermo Portilla; *Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el derecho penal: la influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de Habermas en la selección de los valores penales. La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo* (libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir). Madrid: Tecnos, 2003, p. 145.

tem autonomia para realizar atos morais, uma vez que não existem estruturas sociais morais que suportem tais ações. Os agentes morais, enquanto indivíduos, apenas podem se relacionar de fato com um limitado grupo por força das barreiras físicas, psíquicas e sociais.

Na sociedade contemporânea do risco, não é possível aplicar uma moral da universalidade na prática, pois não se pode contar com vias coletivas que alcancem todos os indivíduos, não só porque os indivíduos não têm capacidade (força) para realizar essa tarefa, mas, também, porque o grande problema da sociedade de risco é buscar formas de implementar esse princípio de moral universal na vigente vida social. Para isso, seria preciso uma radical modificação da vida em sociedade e o tema dessa necessária transformação deveria ocupar o lugar central das reflexões sobre a moral e a ética.

6. O TEMPO COMO PARADIGMA DAS OPÇÕES PENAIAS NA SOCIEDADE DE RISCO

Nas últimas três décadas, “tempo” não é só mais uma palavra. É uma expressão que se relaciona tanto com o desenvolvimento social, tecnológico e econômico quanto com a felicidade do ser humano; designa tanto um objeto de estudo científico como a própria riqueza (“tempo é dinheiro”).

O fator tempo teve sua importância expressivamente aumentada. Onde o dinheiro é escasso também o é o tempo, de maneira que aumentar riqueza significa acelerar o tempo. A escassez de tempo também vale em tema de tempo livre. O alto desenvolvimento tecnológico proporcionou intenso grau de rapidez nas respostas a qualquer tipo de solicitação, e continua proporcionando crescente aumento de velocidade para as mesmas respostas. O tempo, sua aquisição e administração e otimização são as funções máximas da sociedade contemporânea, que atua sob uma pauta bem definida: *acelerar o fato e diminuir (ganhar) o tempo*.

Todavia, aos evidentes benefícios da “aceleração do fato/diminuição de tempo” se contrapõem crescentes prejuízos, cujo mais evidente é a destruição dos fundamentos naturais da vida.⁴⁵

⁴⁵ SCHULZ, Lorenz. *De la aceleración de las condiciones de vida; reflexiones sobre la reacción adecuada del derecho penal*. La insostenible situación del derecho

Desde algum tempo, o fator tempo também está em voga no campo científico: “ao tratar-se de uma matéria transversal básica, necessitada, portanto, de uma análise interdisciplinar, o tempo tem merecido a atenção de muitas disciplinas científicas, originando-se um conjunto de publicações que dificilmente se pode abarcar”.⁴⁶ Veja-se, por exemplo, Giddens, o qual afirma que o dinamismo da modernidade é resultado da “*separação do tempo e do espaço* e de sua recombinação em formas que permitem o ‘zoneamento’ tempo-espacial preciso da vida social; do *desencaixe dos sistemas sociais*; e da *ordenação e reordenação reflexiva* das relações sociais à luz das contínuas entradas (*inputs*) de conhecimento afetando as ações de indivíduos e grupos”.⁴⁷

É tema também muito recente no que diz respeito à ciência do direito e muito menos maduro ainda no campo da ciência penal.

Apesar do aporte recente do fator tempo, ele é certamente o protagonista para o qual todas as atenções se concentram. Ele é o responsável pelas novas propostas teórico-penais. A partir dele partem as novas considerações penais, ainda que não explicitamente. Portanto, a compreensão do fator tempo é o que poderá determinar o sucesso ou o insucesso das novas teorias penais para a sociedade de risco.

7. O TEMPO COMUNICATIVAMENTE TRATADO NA SOCIEDADE DE RISCO

Nos trabalhos científicos de Luhmann e Habermas verifica-se um predomínio do fator tempo que está inspirado pelo espírito da desconstrução, com o que se designa o uso do fator tempo com o fim de desmontar as realidades até aqui vivenciadas de maneira tradicional.

A incompreensão ou parcial compreensão da teoria de Luhmann deve-se, como nos chama a atenção Alcover, ao fato de que a leitura de

penal. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt; área de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra. Granada, 2000, p. 448.

⁴⁶ Ibidem, p. 448.

⁴⁷ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. 6. ed. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 25.

sua obra “requer tempo, exige muito tempo”.⁴⁸ O sonho de Luhmann era dispor de tempo, de todo o tempo, de mais tempo para trabalhar: “a organização de sua vida gira em torno deste problema e o obriga a ordenar todos os outros interesses para fazê-los compatíveis com o tempo necessário para a elaboração de sua obra”.⁴⁹ Certamente, esse é motivo de Luhmann ter tratado o tempo com maior precisão teórica que Habermas. E, novamente, manifesta-se aqui a adesão à proposta de Niklas Luhmann. É a forma teórica como Luhmann trata comunicativamente o tempo que justifica a adesão.

7.1 Habermas e o tempo

A chave de Habermas para o fator tempo é o risco de dissenso devendo ser dominado no direito. Sem a inserção da ação comunicativa em contextos do mundo da vida seria improvável uma integração social baseada na linguagem, pois contingências inesperadas dariam sustento perene ao risco do dissenso. O mundo da vida (*lebenswelt*) desmorona por força da aceleração das condições vitais e deve ser reproduzido por meio da ação orientada ao entendimento. Essa contingência permite a Habermas refutar os conceitos orientados ao valor ou antropológicos, do comunitarismo ou o neo-aristotelismo.

Em Habermas a dinâmica do fator tempo deve incluir-se na linguagem. No caminho para a idealização do discurso, que deve tornar possíveis pretensões universais, tropeça-se no argumento de que passa inadmissivelmente por alto a consideração do contexto de transmissão e de que se sonha com a quimera da sucessiva supressão do índice temporal⁵⁰.

E novamente se volta a verificar em Habermas uma idealização utópica, como se o tempo pudesse ser suprimido. Ademais, como tudo no discurso habermasiano, o fator tempo também é encontrado

⁴⁸ GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, Bosch, 1993, p. 336.

⁴⁹ Ibidem, p. 16.

⁵⁰ SCHULZ, Lorenz. *De la aceleración de las condiciones de vida; reflexiones sobre la reacción adecuada del Derecho Penal*. La insostenible situación del derecho penal. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt; área de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra. Granada, 2000, p. 450.

conforme correspondência metodológica com o processo de avaliação crítica de reivindicações de validade apresentadas por atores sociais que visam ao entendimento mútuo por meio do consenso. O pressuposto do discurso é a situação ideal de fala, ou seja, um contexto livre de dominação tal que permita aos participantes chegar ao entendimento mútuo, que, como já anotado acima neste trabalho, é utópico.

7.2 Luhmann e o tempo

Em Luhmann a função do sistema social é reduzir a complexidade do mundo, de tal forma que o homem – por ter limitações naturais – possa orientar-se. Os sistemas sociais, mediante o uso de seu sentido, delimitam suas fronteiras e constituem a possibilidade de atribuição de ações.

Mediante o sentido se reduz a complexidade, ao mesmo tempo em que se mantém um horizonte de possibilidades ainda não selecionadas (do mundo). A fixação das fronteiras do sistema como fronteiras de sentido permite conceber o mundo como um conjunto ilimitado de possibilidades que superam amplamente o potencial de atenção que pode ser atualizado em cada momento e, por sua vez, permite reduzir essas possibilidades a uma medida compatível com o grau de atenção da qual se dispõe, de tal maneira que esta redução de possibilidades não exclua definitivamente as possibilidades excluídas, mantendo-as acessíveis para uma posterior reatualização.

O sentido é, assim, uma determinada estratégia de comportamento seletivo em condições de alta complexidade. O sentido permite reduzir a complexidade e ao mesmo tempo mantê-la. A concepção de fronteiras do sistema como fronteiras de sentido: a) não exclui processos que superem essas fronteiras; b) e permite que esses processos sejam tratados e dirigidos conforme as regras intra-sistêmicas.

O sentido do sistema, então, define as suas fronteiras mediante a generalização de expectativas sobre o comportamento pertencente ao sistema. Segue-se que Luhmann decompõe o conceito de sentido – e, portanto, também decompõe o conceito de estrutura sistêmica – em três dimensões: temporal, social e material. Em cada uma destas o problema da complexidade é traduzido para subproblemas específicos. O tempo é, pois, um tipo de dimensão da complexidade com a qual é

feita a conexão com o sistema para selecionar possibilidades e, assim, tornar-se capaz de referir-se ao entorno mais complexo que ele.

A dimensão temporal (já podemos dizê-lo: fator tempo) se refere à reação da estrutura sistêmica no tempo e aos problemas de sua manutenção e modificação, assim como também se refere à absorção dos problemas que dele derivem. A generalização na dimensão temporal supõe converter a estrutura ou a expectativa em norma.

O tempo é para Luhmann uma das formas com as quais se permite ao sistema reduzir a complexidade generalizando expectativas de conduta.

Que essa dimensão temporal está supervalorizada na sociedade de risco em relação às dimensões social e material não se discute. O que não se deve permitir ao direito é que essa dimensão temporal seja tão valorizada que se instrumentalize equivocadamente, possibilitando que reduções de complexidade de base temporal feitas por outros subsistemas sirvam ao direito.

7.3 Luhmann, o tempo e o direito

Na atual teoria autopoiética de Luhmann, o fator tempo possui uma importância muito maior do que tinha no passado. Os sistemas se definem operativamente por meio da comunicação orientada ao respectivo código e referida comunicação funciona se mantém sua capacidade de conexão. O aspecto temporal da comunicação é denominado por Luhmann de "expectativa".⁵¹

A função da integração social, diferentemente de Habermas, é trasladada sem vacilações para a dimensão temporal e deve ser respondida implicitamente pela estabilização temporal de expectativas. E nisso radica a exclusiva função das normas. O sistema está codificado em lícito/ilícito. A capacidade de conexão nesse sistema e conseqüentemente o seu asseguramento de expectativas não vêm garantidos – como em Habermas – pela criação legislativa, mas sim pela justiça, à qual se dirige o dever de decidir, de tal modo que se situa no centro do sistema.⁵²

⁵¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, série Biblioteca Tempo Universitário, n. 80, 1985, p. 169, vol. II.

⁵² GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Bar-

Assim, em Luhmann é outorgado ao fator tempo, devidamente situado no seio do sistema, um papel principal, por permitir uma consideração mais intensa da dimensão temporal na autodescrição do sistema jurídico; quando se tem em conta a dimensão temporal entram na perspectiva vantagens da temporalização da complexidade, de tal forma que a racionalidade poderia conceber-se, então, como o aumento das possibilidades suscetíveis de serem restringidas, isto é, como uma ampliação da margem de decisão com um incremento das restrições sobre as decisões que dependem do tempo. E isso nada mais é que a própria função da dogmática jurídica trabalhando em conformidade com o seu tempo.⁵³

Não só o fator tempo, mas também a aceleração do tempo é relevante nesse tema. Ela vem manifestada como a ganância de tempo no centro do sistema, em paralelo com os processos correlativos do ambiente do sistema. Todavia, a lógica do fator tempo (e sua aceleração) exige regras abertas, isto é, um retrocesso das pretensões clássicas de vigência. Isso apressa as decisões, de uma forma geral, o que conduz a um paradoxo: as decisões são tomadas justamente onde não podem.

Importa ressaltar, contudo, que em relação ao subsistema do direito a simplicidade da codificação binária lícito/ilícito se vê frustrada, pois o fator tempo se introduz na programação, limitando-se deste modo a potencialidade de um sistema para dominar a contingência de dita programação e, portanto, para estabilizar socialmente a garantia das expectativas. O risco da indiferença diante do código jurídico, como tal, é retratado por Luhmann por meio de uma espécie de metacódigo de inclusão e exclusão. A partir de um ponto de vista da teoria dos sistemas, isso é um acoplamento estrutural. Todavia, esse acoplamento nada mais é que uma irritação do sistema e não conduz a uma sincronização entre sistema e meio ambiente, conduz apenas à simultaneidade do respectivo acontecer.

O tempo é a uniformidade da diferença e surge da observação das observações intra-sistêmicas. Os sistemas operativos produzem tempo com o qual operam e no qual operam. Esse tempo somente

celona, Bosch, 1993, p. 171 e 187.

⁵³ SCHULZ, Lorenz. *De la aceleración de las condiciones de vida; reflexiones sobre la reacción adecuada del Derecho Penal*. La insostenible situación del derecho penal. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt; área de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra. Granada, 2000, p. 450.

pode ser captado na relação com o sistema, isto é, como resultado de operações sistêmicas e não como um elemento do mundo. A esse caráter relativo ao sistema da modernidade diferenciada corresponde um conceito estrito de tempo relativo ao sistema que, como estrutura temporal intersistêmica, não aplica tempo real, mas só o tempo do sistema da sociedade.⁵⁴

Nisso está a grande vantagem da concepção do tempo em Luhmann. Isso exige do direito uma elaboração própria do tempo, isto é, uma interpretação própria do direito para o fator tempo e de sua aceleração.

7.4 O tempo e o direito penal na sociedade de risco

Isso significa que o fator tempo será elaborado (interpretado em suas conseqüências) pelo direito penal – enquanto subsistema – de forma interna, considerando de maneira não determinante os dados provenientes do entorno e dos demais subsistemas. Não se nega que o tempo é um fator que opera em todos os subsistemas e cuja contagem é padronizada (segundos, minutos, horas, dias, meses, etc.) e aceita de forma geral. O que cabe aqui diferenciar são as considerações que se fazem sobre o tempo e a resposta que o direito penal dará para tais considerações, considerando a funcionalidade penal, que é a manutenção da vigência das normas.

O direito penal não deve, portanto, elaborar suas respostas e orientar sua atividade conforme o que os outros subsistemas consideram sobre o tempo, sob pena de desfuncionalizar-se. Não cabe ao direito penal considerar como determinante a forma como o subsistema da ciência ou o subsistema da religião elaboram o fator tempo. Tampouco cabe ao direito penal considerar como determinante a forma como o entorno (mundo) psiquicamente compreende o fator tempo.

O direito penal precisa manter-se fiel à sua função nessa interpretação do tempo, sob pena de perder sua funcionalidade e descaracterizar-se, sucumbindo à subpolítica do risco. O direito penal perderia a capacidade de reduzir a complexidade (do mundo) e de aumentar a sua complexidade. Por conseguinte, perderia a capacidade de dar solução às crescentes e novas situações originadas da sociedade de risco.

⁵⁴ Ibidem, p. 452.

Em diversos momentos o direito penal é chamado a interpretar o fator tempo. Deve realizar essa interpretação pautado pela identificação de sua missão protetiva *lato sensu*, que, todavia, requer como imprescindível designar se é respectiva à proteção de bens jurídicos ou à manutenção da vigência das normas, do que advirão relevantes diferenças para a compreensão do fator tempo elaborado internamente pelo direito penal.

A MISSÃO DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

Sumário: 1. A referência constante ao bem jurídico na missão protetiva do direito penal: 1.1 O bem jurídico referido indiretamente no direito penal e a proteção dos valores elementares da vida em comunidade (Welzel); 1.2 O bem jurídico referido indiretamente no direito penal e o normativismo-funcional (Jakobs); 1.3 O bem jurídico referido diretamente no direito penal – 2. O bem jurídico e a sociedade de risco – 3. As debilidades da missão penal de exclusiva proteção de bens jurídicos – 4. Proteção de bens jurídicos e o referencial social – 5. A proteção dos bens jurídicos coletivos e a sociedade de risco – 6. A garantia da identidade da sociedade como missão do direito penal na sociedade de risco: o fator “comunicação”: 6.1 Críticas ao normativismo-funcional – 7. O Estado Democrático de Direito e a missão do direito penal na sociedade de risco: 7.1 Os atos preparatórios; 7.2 A tentativa; 7.3 A consumação; 7.4 Os crimes de perigo: 7.4.1 O fundamento punitivo do crime de perigo; 7.4.2 As espécies de crimes de perigo – 8. “Proteção de bens jurídicos *versus* proteção de vigência das normas” ou “proteção de bens jurídicos *e* proteção de vigência das normas”: 8.1 Proteção de bens jurídicos *e* proteção de vigência das normas; 8.2 O método: 8.2.1 O ingresso do bem jurídico no sistema do direito penal como elemento necessário ao sistema; 8.2.2 O bem jurídico como informação do ambiente; 8.2.3 Pautas de conduta como informação do ambiente.

Independentemente do que venha a se concluir quanto à missão do direito penal diante da sociedade de risco, podem ser feitas duas afirmações: a) é uma missão com finalidade genérica de proteção;

b) tal missão – em termos gerais (direta ou indiretamente) – guarda relação próxima com a proteção de bens jurídicos. Nesse aspecto, inclusive, a doutrina dominante afirma que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos.

A questão que surge para o direito penal é saber se essa missão de proteção de bens jurídicos se mantém ou se as características da sociedade de risco exigiram uma mudança de perspectiva quanto a essa visão.

1. A REFERÊNCIA CONSTANTE AO BEM JURÍDICO NA MISSÃO PROTETIVA DO DIREITO PENAL

Podem ser reduzidas a três grupos as teorias que se dedicam a explicar a missão do direito penal. Todas elas fazem referência direta ou indireta ao bem jurídico como alvo de sua proteção, e disso resulta *prima facie* certa convergência entre elas.

Numa primeira linha de pensamento, a partir de Hans Welzel, afirma-se que a missão do direito penal é a proteção dos valores elementares da vida em comunidade. Num segundo grupo, tendo em Günther Jakobs seu expoente mais notório, afirma-se que a missão do direito penal é a manutenção da identidade social por meio do reconhecimento das expectativas sociais depositadas na norma vigente.

Nessas duas primeiras posições, o bem jurídico é referido indiretamente como objeto de proteção do direito penal.

De outro lado, uma terceira posição (majoritária) defende que a missão exclusiva e direta do direito penal é a proteção dos bens jurídicos frente à lesão ou perigo de lesão.

Essas três teorias diferem muito pouco entre si e têm muitos pontos em comum.¹ Pode-se observar, assim, desde logo, que o bem jurídico termina por ser um importante conceito na delimitação da missão do direito penal, mesmo na sociedade de risco, se não imediatamente, ao menos mediatamente. Portanto, uma constante na missão protetiva do direito penal.

¹ HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 100.

1.1 O bem jurídico referido indiretamente no direito penal e a proteção dos valores elementares da vida em comunidade (Welzel)

Welzel vai mais longe, na idéia de que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos. Sem negá-lo, coloca o princípio da proteção de bens jurídicos em uma relação social mais ampla. Diz que a missão do direito penal é proteger os valores elementares da vida em comunidade e nesse passo dá a perspectiva de que o direito penal tem uma função ético-social.

Afirma que essa missão vem, antes, pela proteção dos bens jurídicos mediante a tutela dos elementares valores ético-sociais. Em outras palavras, a missão do direito penal é a de proteger os valores da atitude interna de caráter ético-social que existe na sociedade, mas apenas na medida em que neles está incluída a defesa dos bens jurídicos.²

Exemplificando, diz Welzel que um dos valores humanos mais elementares é o trabalho. Sua significação pode ser verificada, por um lado, a partir do produto material que gera: a obra (valor do resultado ou material do trabalho). Por outro lado, o trabalho possui – independentemente se a obra se concluiu ou não – uma significação positiva na existência humana. O trabalho como tal, no ritmo de atividade e inatividade, dá plenitude à vida humana; certamente, só como atividade plena de sentido, isto é, dirigida a uma obra positiva. Este sentido subsiste ainda quando a obra não se acabe (o valor da ação de trabalhar). O mesmo vale para o negativo: o desvalor da ação pode basear-se no fato de que o resultado que ocasiona seja valorativamente reprovável (desvalor do resultado da ação). Contudo, uma ação dirigida a um resultado reprovado, também, é valorativamente reprovável, independentemente de se alcançar o resultado (desvalor do ato da ação, por exemplo, a atitude do ladrão que introduz a mão em um bolso vazio).

Há clara intenção em reunir representações internas dos cidadãos em torno de um mesmo valor. Algo próprio de um direito penal comunitarista, pois privilegia o coletivo, em detrimento do individual.

² WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*; parte general. 11. ed. alemã. 4. ed. Castellana. Tradução de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Juridica de Chile, 1997. p. 5.

Deve-se destacar em Welzel a importância que este dá ao desvalor da conduta que se dirige a uma lesão ou que potencialmente pode ocasionar uma lesão. Isso não significa que Welzel não dá importância ao desvalor do resultado. Este também é relevante. Todavia importa, antes deste, o desvalor da conduta.

Tanto o valor da ação quanto o valor do resultado são relevantes para o direito penal, pois este quer proteger, antes de tudo, certos bens vitais à comunidade (valores materiais), como, por exemplo, a integridade física, a vida, a saúde, a propriedade, etc.; por isso, o direito penal impõe consequências jurídicas para tais lesões (ao desvalor do resultado). Esta proteção dos bens jurídicos é alcançada ao se proibir e castigar as ações dirigidas à lesão daqueles. Logo, é impedido o desvalor material ou do resultado mediante a punição do desvalor do ato.

Isso quer dizer que se trata de uma teoria que atribui ao direito penal a função de aglutinar condutas a fim de evitar resultados desvalorados.

Dessa maneira se assegura a vigência dos valores de atos ético-sociais de caráter positivo, como o respeito à vida alheia, à saúde, à liberdade, idade, etc. Diz Welzel que os valores do atuar conforme o direito, arraigados na permanente consciência jurídica, constituem o fundo ético-social positivo das normas jurídico-penais: "O direito penal assegura o seu real acatamento ao castigar a inobservância manifestada através de ações desleais, de rebeldia, indignas, fraudulentas. A missão central do direito penal reside, pois, em assegurar a vigência inquebrantável desses valores de ato, mediante a cominação penal e o castigo pela inobservância dos valores fundamentais do atuar jurídico".³

Ainda, defende Welzel que o direito, ao sancionar a inobservância dos valores da consciência jurídica, protege ao mesmo tempo os bens jurídicos aos quais estão relacionados aqueles valores do ato. Em consequência, a missão do direito penal necessariamente deverá ter a proteção de bens jurídicos penais como obrigatória passagem. Uma vez que tal missão consiste na proteção dos valores elementares

³ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán; parte general*. 11. ed. alemã. 4. ed. Castellhana. Tradução de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago, Jurídica de Chile, 1997. p. 2.

de consciência, de caráter ético-social, por inclusão – naturalmente – fará a proteção dos bens jurídicos particulares.⁴

Pode-se concluir que Welzel admitia a possibilidade de que os indivíduos pudessem ter posturas íntimas iguais ou semelhantes, algo até razoável de se admitir tendo em vista os padrões éticos e sociais de sua época, todavia, atualmente, anacrônico, diante das complexas relações da sociedade de risco.

Critica-se também Welzel, porque se pode vislumbrar que sua proposição muito pouco difere da daqueles que vêem como missão do direito penal a proteção de bens jurídicos. O direito penal não tem que proteger igualmente e concomitantemente bens jurídicos e valores de ação.

1.2 O bem jurídico referido indiretamente no direito penal e o normativismo-funcional (Jakobs)

Para outro grupo, que tem em Günther Jakobs o mais emblemático representante, considera-se que a função da pena estatal é a prevenção geral, confirmando o reconhecimento normativo.

Para isso Jakobs recorre a uma teoria da prevenção geral positiva. De fato, o que Jakobs propõe é, propriamente, uma teoria da prevenção geral positiva confundindo-se com a missão do direito penal. É uma teoria preventivo-geral que põe o enfoque no reconhecimento normativo, o que no fundo não o diferencia tanto da postura de Welzel, ainda que Jakobs considere sua posição mais próxima à teoria sistemática e à psicologia.

Assim, a missão do direito penal é a busca do reconhecimento normativo. Com isso afirma que a aplicação de uma pena é uma confirmação da configuração da sociedade. Jakobs parte da teoria sistêmica de Luhmann, e desloca a missão do direito penal do ponto de vista do bem jurídico penal; concomitantemente incrementa a necessidade de confirmação de expectativas sociais. Desenvolve um “conceito funcional de culpabilidade”, na medida em que esta – enquanto reprovabilidade – exige como seu referencial a vigência do ordenamento. A culpabilidade é entendida como uma “atribuição preventivo-geral”, em

⁴ Ibidem, p. 5.

que só o fim confere conteúdo ao conceito de culpabilidade. Este fim é a prevenção geral, e concretamente a prevenção geral não significa intimidação do destinatário da norma para não cometer crimes, mas, sim, significa um exercício de fidelidade ao direito.⁵

Assim, normas designam “expectativas estabilizadas de comportamento de tipo contrafático”, isto é, cuja “validade é experimentada como independente de seu cumprimento fático”. Isso pressupõe que a lesão da norma, o defraudar da expectativa de comportamento que a norma traz, pode ser realizada de tal maneira que não ponha em questão a validade da norma. A pena é uma confirmação da identidade da sociedade. A confiança na norma ou a atitude dos cidadãos conforme o direito tão-somente são derivadas da sociedade. A culpabilidade é a afirmação (comunicação, portanto) de que o agente precisa sofrer um duro processo de comunicação, qual seja, a pena, com o fim de reparar a quebra de confiança no ordenamento jurídico-penal, verdadeiro objeto de proteção do direito penal.⁶

Ora, pode-se afirmar sem grande risco de errar que esses fins do direito penal não são outra coisa que os “valores éticos e sociais da atitude interna”. É lícito concluir, portanto, que, no fundo, as duas posições têm muitos pontos em comum.

A proteção da vigência da norma representa, contudo, a proteção dos “valores éticos e sociais da atitude interna” sob um colorido mais intenso em relação às normas jurídico-penais; valores, pois, sem os quais não pode existir nenhuma ordem jurídica, nem social.

Critica-se essa teoria do reconhecimento normativo afirmando-a menos exigente que a teoria de Welzel, ao admitir restrições ao princípio de proteção de bens jurídicos que o próprio Welzel não admitia, pois a confirmação do reconhecimento normativo pode ser conseguida também com meios contrários aos valores éticos e sociais, como em um direito penal totalitário.

Nesse aspecto, há que se registrar uma radical diferença postural entre Welzel e Jakobs, pois este acaba por assumir uma postura

⁵ JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. 1998, *passim*. Confira-se, especialmente, p. 32-33. Também: JAKOBS, Günther. *Fundamentos del derecho penal*. Buenos Aires: Adhóc, p. 18-21.

⁶ JAKOBS, Günther. *Problemas capitales del derecho penal moderno*; el sistema de imputación jurídicopenal. Buenos Aires: Hammurabi, 1998. p. 54-55.

política que respeita o individual, inclusive porque idealiza menos o coletivo.

Mas, de qualquer forma, o normativismo-funcional necessariamente passa pela abordagem do bem jurídico, referindo-se a ele de forma indireta desde que se queira manter a identidade da sociedade: “Um comportamento não constitui uma perturbação social somente quando se produziu completamente um dano a um bem jurídico, ou o autor abandonou irreversivelmente seu papel, ou quando concorre por completo com um fato perturbador da paz jurídica. *Bem jurídico penal é a validade fática das normas, que garantem que se possa esperar o respeito aos bens, às funções e à paz jurídica*”.⁷

Há quem veja, na proposição de Jakobs, que esta elabora uma teoria “asséptica e tecnocrática” de como a sociedade funciona, sem fazer valoração e crítica do sistema social.⁸ A tais críticas só se pode debitar a não-consideração das características marcantes da sociedade de risco.

Ademais, advogar tal tese requer esquecer o quanto a sociedade de risco dá importância ao desvalor da ação, pois há uma constante preocupação com o perigo que se reflete na intensificação da prevenção mediante a valoração negativa de condutas perigosas. O grande número de tipos penais de perigo é prova dessa “redescoberta” do desvalor da conduta. Na sociedade de risco importa – muito mais que no passado próximo – exigir crescentemente dos indivíduos posturas ativas voltadas para a evitação de danos. O uso da liberdade individual na sociedade atual tem limites muito maiores. O conceito de bem jurídico com o fim de legitimar e limitar o uso do direito penal foi necessário e útil, numa época em que isso se fazia importante por razões metodológicas e ideológicas.⁹ Todavia, na atualidade, a notável expansão de deveres

⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho penal*; parte general, fundamentos y teoría de la Imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 58.

⁸ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 1996. p. 34.

⁹ “La concentración en el desvalor de la acción se há intensificado de modo relevante a la vista de los riesgos de las modernas sociedades industriales. Ahora ya no son simplemente necesidades metodologicas de una coherente integración de clases periféricas de delito y de especiales modalidades de acción en el derecho penal ni tampoco de intereses ideologicos en el sometimiento del individuo a los intereses de la comunidad, sino los, en parte, dramáticos riesgos que en una sociedad moderna pueden derivarse de formas de conducta peligrosa, los que situán en primer plano la vulneración de la norma de conducta. El ‘resultado’, la lesión del bien jurídico,

positivos exigidos de todos e de cada um – portanto, todos e cada um com menos liberdades – tornou insuficiente usar apenas o conceito de bem jurídico como o exclusivo alvo da proteção jurídico-penal. Isso também se deve a outra característica marcante da sociedade de risco, qual seja, o considerável aumento das interconexões causais e dos contextos de ação de caráter coletivo.

1.3 O bem jurídico referido diretamente no direito penal

Sob outro enfoque, afirma-se que a missão do direito penal é unicamente a proteção de bens jurídicos. É suficiente que o direito penal proteja bens vitais, como a vida, a liberdade, a saúde, a propriedade ou a segurança; bens, portanto, que são indispensáveis para a convivência humana em sociedade e que por isso mesmo devem ser protegidos pelo poder do Estado por meio da pena pública.¹⁰

Militam em favor dessa teoria muitos argumentos, que embora já limitados diante da conformação da sociedade de risco são argumentos nada desprezíveis. Afirma-se em seu favor que:

- a) Põe em estreito contato a determinação da missão do direito penal com o critério da justiça que a política criminal utiliza na hora de determinar o que merece uma pena, pois vincu-

aparece tan sólo como la prosecución adecuada de un riesgo incrementado por un comportamiento desaprobado. El deber originario, complementario, general y negativo, de omitir injerencias en derechos de libertad ajenos se ha elevado ahora a la categoría de un deber general de cuidado con los elementos positivos y negativos, cuya relación de complementariedad con 'bienes jurídicos' ya no está clara. Bajo la impresión de riesgos y peligros a la libertad de acción deviene un peligro abstracto en si misma. En campos de acción densamente entrelazados, como es característico en las sociedades del riesgo, el propio uso individual de la libertad es peligroso en si" (GÜNTHER, Klaus. *De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. Un cambio de paradigma en el derecho penal?* La insostenible situación del derecho penal. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt; área de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra. Granada, 2000, p. 503).

¹⁰ HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 103. Também: TOLEDO, Francisco de A.: "a tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos" (*Princípios básicos de direito penal*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 12).

la essa missão a uma qualidade visível do comportamento merecedor de pena. Essa não é outra senão a lesão ou a colocação em perigo de um bem jurídico.

- b) Outra das vantagens da teoria do bem jurídico é a de ser ela o melhor argumento contra a teoria que considera o delito como lesão de um dever e o direito penal como a proteção de um “mínimo ético”. A teoria do bem jurídico oferece um substrato empírico, ao qual estão vinculados o legislador penal e os deveres de atuação que a lei penal formula.
- c) A teoria do bem jurídico enriquece também o direito penal com uma matização que faz mais compreensível a sua missão e seu sistema, ao diferenciar as funções do bem jurídico entre aquelas que são imanentes ao sistema (tais como a classificação dos delitos na parte especial, ou os limites do consentimento ou, ainda, a legítima defesa), e aquelas outras que são transcendentais ou críticas do sistema e que são precisamente as que determinam também os critérios de merecimento de pena.

Todas essas vantagens podem ser reduzidas a um denominador comum, o qual se revela uma atraente expectativa política que recai sobre a doutrina do bem jurídico, qual seja, a de que é o melhor instrumento para a limitação e a legitimação da interferência jurídico-penal em conformidade com o Estado ao qual esteja referido.

2. O BEM JURÍDICO E A SOCIEDADE DE RISCO

Diante do que foi até aqui exposto e tendo em vista a relevância do tema para a sociedade de risco, impõe-se estabelecer desde logo uma *conclusão parcial*: o bem jurídico é um importante conceito na determinação da missão do direito penal, ainda que careça de alguma precisão designativa, pois, qualquer que seja a teoria acolhida, é sempre feita uma referência a ele, se não direta, indireta. E, assim sendo, desde logo parece difícil descartar por completo a doutrina do bem jurídico.

Uma vez que, de qualquer forma, o conceito de bem jurídico é elemento importante na determinação do injusto, na medida em que é referido de forma mediata ou imediata como objeto de proteção penal, é um conceito que merecerá a nossa atenção na sociedade de risco.

Assim, doravante será examinada criticamente a aparente oposição que vige entre a tarefa de proteção de bens jurídicos e a de proteção da vigência das normas, a fim de que se possa considerar uma delas como preponderante, ou se, diversamente, existe a possibilidade da coexistência de ambas.¹¹

3. AS DEBILIDADES DA MISSÃO PENAL DE EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

Embara se trate de bem fundamentada teoria, a doutrina da exclusiva proteção de bens jurídicos merece críticas que lhe são dirigidas especialmente por Jakobs,¹² bem como por boa parte da doutrina, pois a partir de tais críticas afirma-se a sua insuficiência. Nessas devemos nos deter, tendo em vista o prestígio de que goza essa corrente, a fim de apontar suas fraquezas.

Afirmar que a missão do direito penal é exclusiva e unicamente proteger bens jurídicos é uma assertiva que não pode ser admitida sem muitas reservas:

- a) Partindo-se da afirmação de que o maior adjetivo do princípio da proteção de bens jurídicos é a sua capacidade limitadora

¹¹ Mas, de qualquer forma, como adverte Schünemann, qualquer que seja a vertente acolhida (proteção de bens jurídicos ou manutenção das expectativas sociais) os obstáculos filosóficos e político-sociais postos diante de ambas as teorias são de tal magnitude que inevitavelmente se chega a um beco sem saída, pois de um lado, se a Escola de Frankfurt (proteção de bens jurídicos) não deseja fazer um aporte construtivo à modernização do direito penal, mas, sim, deseja converter-se em um empecilho para esta, de outro lado, o normativismo-funcionalista de Jakobs (manutenção das expectativas sociais) consiste de certo modo na abertura de todas as comportas às meras decisões que tacitamente se tomam por ele como pressuposto e, com isso, em última instância, em transigir (SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 49, fasc. I, Madrid, jan.-abr. 1996, p. 209).

¹² JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*; parte general, fundamentos y teoría de la Imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 47-52.

e legitimadora da atividade penal sancionatória, o primeiro problema que se coloca é o de saber como o direito penal só pode ser legítimo se protege bens jurídicos, sem que, contudo, esteja especialmente claro o que é bem jurídico no contexto jurídico-penal.¹³ O direito penal voltado apenas à exclusiva proteção dos bens jurídicos acaba por provocar o contrário, isto é, autorizando uma irrazoável expansão das punições.¹⁴

- b) O problema é controvertido já a partir do ponto de vista sobre o que se deve ter em conta como objeto de proteção da norma e, inclusive, se é possível questionar o critério de autonomia dos bens jurídicos enquanto objeto de proteção. Fica a dúvida se somente merecem proteção os bens jurídicos individuais – por gozarem de autonomia – ou se também a merecem os coletivos, que igualmente desfrutariam de autonomia conceitual.¹⁵
- c) Isso leva a outra questão mal resolvida pela doutrina do bem jurídico: Quem é o favorecido pela função protetora? O indivíduo ou o Estado? Pode-se sustentar por um lado que a proteção do indivíduo (sobre bens jurídicos como, por exemplo, a vida, a liberdade, etc.) é necessária somente porque a sociedade precisa de membros com capacidade de ação. Mas também se pode dizer, ao contrário, que a proteção do Estado (por exemplo, a segurança nacional) ou das instituições da sociedade em seu conjunto é necessária porque o indivíduo necessita do Estado para sobreviver. Todavia, esse debate sobre a finalidade do Estado não se

¹³ Ibidem, p. 47.

¹⁴ “La protección de bienes jurídicos se transforma así en un mandato para penalizar, en lugar de ser una prohibición condicionada de penalización; en un factor positivo para conseguir una correcta criminalización, en vez de ser un criterio negativo para la misma” (HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*; bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 48). Também: TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLIII, fascículo I, Madrid, 1990, p. 5-27.

¹⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho penal*; parte general, fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 48.

pode dirimir com as normas jurídico-penais, e menos ainda se limitando ao conceito de bem jurídico. Ora, as normas penais estão asseguradas mediante a cominação de reações formais e por isso não são concebíveis sem uma ordem formal entre os indivíduos.¹⁶

- d) Cabe, também, indagar sobre as bases para que sejam estabelecidos quais são os bens dignos de proteção penal e que dessa proteção necessitam. Sempre que se eleva algo à categoria de bem jurídico se afirma que a sua proteção é uma tarefa pública; e assim é, ainda que sejam bens jurídicos individuais. Ocorre que até hoje não se logrou determinar de forma suficientemente precisa quais os bens individuais que devem ser protegidos sob tutela pública e quais bens públicos que necessitam de proteção penal. A resposta a essa indagação depende da danosidade social da conduta lesiva, a qual não possui uma proporcional relação com o desvalor do comportamento lesivo que recai sobre os bens.¹⁷
- e) Guarda relação com a crítica anterior o problema relativo à elucidação sobre a capacidade para dispor de um bem, enquanto seja um bem digno de proteção penal e necessitado dela. Isso não se responde simplesmente atribuindo o poder de disposição àquele que é o favorecido pelo bem. Em um modelo segundo o qual a proteção da propriedade não deva servir ao indivíduo, mas à vida econômica geral (e, por meio dessa, assegurar a normalidade da atividade do Estado), e de qualquer forma nos casos em que o bem jurídico afeta a todos os cidadãos, torna-se difícil aferir a legitimidade da disposição sobre o bem jurídico.¹⁸
- f) A doutrina atribui ao bem jurídico uma importante função crítica. O mero atuar contra os bons costumes ou a mera imoralidade não devem ser punidos por falta de lesão a um bem jurídico. Isso se dá porque, afirma-se, a virtude do bem jurídico deve ser, desde logo, um “interesse vital”, antes de

¹⁶ Ibidem, p. 48.

¹⁷ Ibidem, p. 49.

¹⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho penal; parte general, fundamentos y teoría de la Imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 49.

seu reconhecimento jurídico. Não é o ordenamento jurídico que cria o interesse; é a vida que o cria. Porém, a proteção jurídica eleva o interesse vital à condição de bem jurídico, mesmo quando não está claro em virtude de quais critérios o direito positivo distingue entre interesses que devem ser reconhecidos e os que devem ser rechaçados. Não custa lembrar, até os delinquentes perseguem interesses. De outro lado, não é propriamente a vida que cria interesses, mas a cultura. E esta, devido à sua indeterminação, freqüentemente é uma fonte criadora de interesses debilitada.¹⁹

- g) Recentemente, envidam-se esforços para definir o bem jurídico conforme uma relação (interesse) existente entre uma pessoa e uma situação, todavia sem impor ao conceito de bem jurídico a função de identificar as fontes dessas relações valorativas (vida, cultura, ordem constitucional). Com a inclusão da pessoa no conceito de bem jurídico é possível uma melhor aproximação do valor que nele reside. Todavia, o conceito perde em clareza.²⁰
- h) Muitas normas jurídicas positivadas ficam sem explicação se o seu fim é buscado somente na proteção de bens jurídicos, quando se está diante de tipos em que não há qualquer relação com a lesão de um bem jurídico ou perigo concreto (provável) dessa lesão. A proteção de bens jurídicos, portanto, não chega a explicar todos os elementos do delito. Nem mesmo é necessária para todos os delitos. Ademais, a equiparação entre fim da norma e proteção de bens jurídicos ou, entre delito e lesão de bens jurídicos, é especialmente débil nos delitos com infração de um dever especial derivado de um dever legal ou contratual (posição de garante). Nesses casos, o autor está afetado por especiais expectativas de comportamento cujo conteúdo não se pode refletir na não-lesão a um bem jurídico. A expectativa que vem depositada em um dever especial não deriva da existência atual de bens, mas da função que é prescrita ao autor para que se adapte ao dever jurídico assumido.²¹

¹⁹ Ibidem, p. 50.

²⁰ Ibidem, p. 51.

²¹ JAKOBS, Günther. *Derecho penal*; parte general, fundamentos y teoría de la Imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 52.

Por isso, não se pode dizer que o núcleo do direito penal é unicamente proteger todos os bens jurídicos de lesão ou perigo de lesão. Afirma-se, então, que o seu núcleo se refere ao descumprimento de um dever. Com isso se supera a referência a algo que seria um supraconceito. Não se deve tratar um delito como a inobservância da relação negativa apenas (não lesionar), mas, sim, sempre como a negativa em comportar-se conforme o papel designado em um dever jurídico.

4. PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS E O REFERENCIAL SOCIAL

Daquilo que acima foi exposto, pode-se marcar qual é a debilidade que torna a doutrina do bem jurídico insuficiente para a sociedade de risco: o conceito de bem jurídico não permite uma compreensão social e sempre irá requerer um aporte sociológico. Não é por outro motivo que, recentemente, tem surgido e aumentado a quantidade de teorias de bases sociológicas que tentam aprimorar o conceito de bem jurídico.

Esse posicionamento traz uma nova proposição da doutrina da danosidade social originária do iluminismo. Afirma-se que a incapacidade do conceito de bem jurídico como critério delimitativo das escolhas de criminalização é originária do fato de que a doutrina do bem jurídico não tem a mesma origem filosófica do seu passado no iluminismo. Uma teoria satisfatória do bem jurídico deve ter como característica fundamental um instrumental investigativo de cunho metajurídico. Abandona-se, assim, a concepção que via no delito a violação de um direito subjetivo, e que também vislumbrava que o delito igualmente agredia as condições para a vida em sociedade. Os adeptos das teorias sociais do bem jurídico asseveram que a teoria clássica do bem jurídico falhou copiosamente no plano da práxis, devido ao fato de que no seu desenvolvimento descurou-se da consideração do impacto do delito sobre as condições para a convivência humana em sociedade.

Tais teorias revelam duas realidades. De um lado, acabam por reconhecer que a missão do direito penal não pode vir exclusivamente designada pela proteção de bens jurídicos; de outro, pressupõem a *vinculação a e o uso de* certa teoria da sociedade para a compreensão do conceito de bem jurídico. Para essa tarefa, partem das teorias de Luhmann, Parsons e Talcot, em que o conceito de danosidade social

é e passa a ser entendido como o fenômeno disfuncional que impede ou interpõe obstáculos a que o sistema social resolva os problemas da sua conservação. Isso nada mais é que o reconhecimento da missão do direito penal como garantidor da identidade social.

Tanto é assim que as críticas dirigidas às teorias sociológicas do bem jurídico são da mesma natureza que aquelas dirigidas aos que defendem que a missão do direito penal é assegurar a identidade social.²²

Há que se reconhecer, sem grande dificuldade, que a concepção do bem jurídico sem um referencial social torna esse conceito vazio e susceptível ao manuseio político, quando não, arbitrário.

Podem ser relacionadas algumas debilidades de ordem geral que evidenciam a insuficiência da doutrina do bem jurídico frente à sociedade de risco, ou qualquer sociedade, justamente devido ao vazio sociológico:

- a) Um bem é uma situação ou um fato valorado positivamente. O conceito de situação se entende, neste contexto, em sentido amplo, compreendendo não só objetos, mas também estados e processos. Um bem se torna bem jurídico pelo fato de gozar de proteção jurídica. Buscando legitimação, poderia se argumentar que a proteção jurídica constitui prova suficiente e decisiva da valoração positiva da situação. Ora, isso significaria que o bem jurídico é determinado de modo positivista e o conceito engloba tudo aquilo que aos olhos da lei lhe é valioso, desde que seja condição da vida “normal” em comunidade. Da concreção dessa determinação ou enumeração de bens jurídicos não se pode extrair qualquer teoria da sociedade, mas somente algo momentâneo, que revela as oscilações e os compromissos em prática.²³
- b) De outro lado, mesmo que seja considerada a perspectiva da relação pessoa/situação na conceituação de bem jurídico, a necessidade de que o bem igualmente seja assegurado de

²² LUISI, Luiz. Bens Constitucionais e criminalização. *Revista Centro de Estudos Judiciários*, n. 4, jan.-abr. 1998, p. 405. Também: PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo, RT, 1996. p. 35.

²³ JAKOBS, Günther. *Derecho penal*; parte general, fundamentos y teoría de la Imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 50.

maneira jurídico-penal não é demonstrável. Necessita do aporte da danosidade social na lesão externa contra o bem, a fim de poder qualificar de lesão determinada ação.²⁴

A doutrina do bem jurídico não é capaz de determinar quais as unidades de funcionamento que podem elevar-se a bens jurídicos por sua significação social. E isso não é compatível com um direito penal que precisa ter nas características da sociedade de risco um referencial decisivo de sua conformação.

c) Ainda, os bens reconhecidos pelo direito penal não desfrutam de uma proteção absoluta. A sociedade não é uma instituição que existe apenas para a conservação de bens ou para a sua otimização, embora deles necessite.

Na sociedade de risco, freqüentemente se sacrificam bens para possibilitar o contato social (o que pode designar-se, por sua vez, como “bem”). Ocorre que não é possível deduzir dos bens que se inserem no contato social quais riscos devem constar nesse contato social sem proteção jurídico-penal, pois ditos bens não têm qualquer determinação antes de seu emprego naquele contato social. Na realidade só há bens jurídicos desde que estejam desempenhando uma função, isto é, na medida em que estejam na vida social surtindo efeitos e recebendo-os. A vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, etc., não estão apenas “por aí”. Sua essência está no desempenho de uma função, isto é, na conexão social de exercer efeitos e recebê-los.²⁵

Por isso uma norma não pode proteger um bem – sempre que se trate de proteção de bens – contra todos os riscos, mas, sim, somente contra aqueles que não sejam consequência do contato social permitido. Entretanto, a doutrina do bem jurídico não resolve o que vem a ser um contato social permitido. Toda a doutrina da imputação, com exceção da causalidade entre ação e resultado, se acha fora da doutrina do bem jurídico.

Nesse passo, a noção de risco permitido para as situações referidas a bens jurídicos é decisiva, na medida em que não só remete

²⁴ Ibidem, p. 56.

²⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho penal; parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 56.

à teoria da imputação objetiva, mas também – tendo em conta as características da sociedade de risco – remete à exigência de que o direito penal mantenha a identidade social. A esse respeito será dedicada investigação mais extensa.

5. A PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS E A SOCIEDADE DE RISCO

Há na sociedade de risco uma potencialização dos bens jurídicos coletivos. Isso expressa uma tendência clara e bem definida dessa sociedade no sentido de que sejam protegidos bens jurídicos de caráter supra-individual, o que é feito por meio do uso (crescente) de crimes de perigo. Isso evidencia também que na sociedade de risco os bens jurídicos coletivos foram erigidos à condição de certa *superpotência legitimadora da punibilidade* (e de sua antecipação). Vejamos.

Caso se pretenda atribuir ao direito penal a função única de proteger bens jurídicos, e especialmente aqueles assim chamados coletivos, os quais gozam já de autonomia reconhecida por grande parte da doutrina,²⁶ corre-se o sério risco de um uso militarizado do direito penal, na medida em que a condição *ideal* de proteção de tais bens coletivos equivale à de uma *total* proteção dos mesmos, ou seja, tipificar tudo, para melhor proteger.

Com o uso de crimes de perigo, chega-se à determinação positiva ou negativa de condutas penais que representam materialmente apenas uma bem prematura condição de perigo, se não a mera possibilidade de perigo, pois o *ideal* de *proteção ótima* do bem jurídico permite uma funcionalização conforme soluções que servem ao campo científico, mas não ao campo jurídico-penal. Este deve respeitar o seu respectivo referencial político consubstanciado no Estado Democrático de Direito orientado pelo princípio da dignidade da pessoa.

²⁶ SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. DYKINSON, 2000, p. 43-52. GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato; uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 49, jul.-ago. 2004, São Paulo: RT, p. 105. CARO CORIA, Dino Carlos. Sociedades del riesgo, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 9, ano 5, p. 191.

Uma vez empunhada a bandeira da proteção de bens jurídicos coletivos, permite-se, inclusive, a (aparente) legitimação fundada no princípio da dignidade da pessoa, consistente em afirmar que tal proteção se faz justa porque muitos dos bens jurídicos coletivos se remetem e se reconduzem aos interesses vitais do homem.²⁷ Por exemplo, protege-se o meio ambiente²⁸ ou o tráfico viário apenas porque este é necessário e vital à vida e à saúde do homem, isto é, são bens reconduzíveis a uma dimensão antropocêntrica. Tal legitimação implicaria também o reconhecimento de uma necessidade de proteção de tais bens jurídicos *pro totum*. Contudo, se ignoraria que tal legitimação implicaria o desnecessário adiantamento da função protetiva (em termos gerais) do direito penal, além de olvidar que a ciência ainda não conseguiu revelar a maioria das relações causa/efeito entre tais riscos (sobre os bens jurídicos coletivos) e os danos que se dão nos bens jurídicos individuais.

Também se poderia dizer que, em nome da proteção de bens jurídicos coletivos, legitima-se o sancionamento de todo tipo de lesão contra bens jurídicos, inclusive as menores, pois, caso estas fossem toleradas, sua cumulatividade levaria a uma lesão de maior relevo contra o bem jurídico coletivo. E assim se lograriam dois absurdos: 1) se ignoraria o princípio da fragmentariedade do direito penal; 2) se autorizaria a punição de alguém por fato de terceiro.

Afinal, é a partir da supervalorização da proteção dos bens jurídicos coletivos na sociedade de risco que se consegue a aceitação das propostas de setorização do direito penal, as quais, já foi demonstrado, devem ser rechaçadas.

²⁷ HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*; bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 208-210. Também: DIAS, Jorge de F. O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade de risco". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 33, jan.-mar. 2001, São Paulo: RT, p. 39.

²⁸ ESER, Albin. *Derecho ecológico. Temas de derecho penal y procesal penal*. Lima: IDEMSA, 1998. p. 170.

6. A GARANTIA DA IDENTIDADE DA SOCIEDADE COMO MISSÃO DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO: O FATOR “COMUNICAÇÃO”

Para o funcionalismo penal de base comunicativa, o direito penal tem como missão garantir expectativas sociais. A designação da missão jurídico-penal como tal satisfaz as exigências das características da sociedade de risco.

E assim é porque atenderia às características de qualquer sociedade, no sentido de que, quaisquer que fossem as características potencializadas de determinada sociedade, o normativismo-funcional lhe serviria, pois nas suas bases possui um fator instrumental de tal amplitude que o torna universal²⁹ (no sentido de necessariamente empregado por todos os subsistemas), qual seja, a comunicação. As características da sociedade de risco restam, assim, bem trabalhadas graças ao uso da comunicação para a busca da confirmação da identidade dessa sociedade.

Isso se dá porque para o normativismo-funcional-penal a sociedade (qualquer que seja) é a construção de um contexto de comunicação, que poderia sempre estar configurado de maneira diferente daquela que está configurada no caso concreto. Representa, pois, uma configuração, e não a constatação de um estado. Logo, a identidade da sociedade vem determinada por meio das regras de configuração, isto é, por meio de normas. Dito de forma contrária: a identidade da sociedade não vem determinada por meio de estados ou bens.³⁰

A comunicação revela-se um instrumento útil ao direito penal da sociedade de risco, porque o seu respectivo contexto é capaz de manter sua configuração diante dos modelos divergentes. Do contrário, toda

²⁹ “En otras palabras, la teoría general de sistemas sociales pretende abarcar todo el campo de la sociología y, por ello quiere ser una teoría sociológica universal” (LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema*; la ambición de la teoría, Colección Pensamiento Contemporáneo, n. 08. Barcelona: Paidós, 1990, p. 47).

³⁰ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Coleção Estudos de Direito Penal. Barueri: Manole, 2003. vol. 6, p. 11. Confira-se também a respectiva edição em castelhano: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Bases para una teoría funcional del derecho penal. Tradução de Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijóo Sánchez, Enrique Peñarada Ramos, Marcelo A. Sancinetti, Carlos J. Suárez González. Lima, Palestra, 2000, p. 25.

divergência seria tomada como o começo de uma evolução, o que se pretende evitar. Inclusive, a comunicação, enquanto instrumental útil e coerente, também é capaz de assegurar os requisitos da evolução, para que seja possível distinguir o que é genuinamente evolução daquilo que é meramente casual.

Enfim, para o direito penal de base normativo-funcionalista, a sociedade se constitui por meio de normas que são socialmente construídas em processos comunicativos.

É bem verdade que uma das normas é dada pelo mundo racional, dentro do qual a comunicação – que é de comum entendimento – se produz na sociedade de risco. Tais normas não exigem uma estabilização especial. Essas normas estão asseguradas de modo suficiente por via cognitiva; aquele que eventualmente não aceita essas normas pode ser compreendido somente em algumas sociedades parciais e apenas nelas. Referidas normas auto-estabilizáveis formam uma base de comportamento obrigatório para todos aqueles que a ela têm acesso; quem não tem acesso a elas é socialmente incompetente.

Todavia, outra parte das normas constitutivas da sociedade carece dessa capacidade de auto-estabilização. Por essas normas designam-se aquelas que conforme a concepção da sociedade não podem representar-se como dadas previamente, isto é, que não podem representar-se como leis naturais, mas apenas como normas feitas. Nestas normas sem capacidade de auto-estabilização cabe dispor subjetivamente, ao menos no caso concreto, sobre a formação da base de comportamento.

Isso significa que: de um lado, um erro praticado com base em um conhecimento errado é sinal de incompetência que acarreta uma pena natural (por exemplo, erguer um edifício usando de cálculos errados de fundação: o prédio ruirá); de outro lado, o erro ou a falha volitiva de comportamento não faz temer *per se* consequências negativas derivadas de seu comportamento. Justamente por isso, estas últimas necessitam ser garantidas por outro modo, qual seja, por meio da sanção jurídica. Devido à impossibilidade de demonstração da vontade correta em relação à norma jurídica, sua vigência deve ser assegurada mediante a sanção. A pena contradiz, comunicativamente, a representação do mundo do infrator da norma. O autor do delito afirma que a norma não é vigente; a sanção, em contrapartida, lhe diz, bem como diz a todos os demais cidadãos, que essa afirmação

de não-vigência é irrelevante e que a configuração da sociedade permanece a mesma naquele momento histórico.³¹

Contudo, o direito penal concebido sob o enfoque normativo-funcional garante uma configuração social determinada – e nisso reside sua aptidão para ser operado em qualquer tipo de sociedade³² –, desde que a sociedade se oriente conforme certas expectativas, as quais não lhe são impostas. Se a sociedade funciona segundo regras que são contrariadas pelo direito penal, haverá que se dar uma separação entre direito penal e sociedade, pois um direito penal dirigido contra o arraigado espírito de sua época não produzirá uma coesão social orientada, mas uma mistura de afirmações individuais desconexas. Em um direito penal dessa índole, a configuração externa se converte na essência, isto é, se converte em um ordenamento sem uma correspondente sociedade, e, portanto, um ordenamento jurídico-penal coercitivo, abstrato e externo.

6.1 Críticas ao normativismo-funcional

Em que pesem as vantagens teórico-sociológicas do uso da comunicação como instrumental, não se pode dizer que os bens jurídicos estão absolutamente dispensados e que não têm relevo algum na determinação da missão do direito penal na sociedade de risco. Como já anotado, o próprio Jakobs não exclui totalmente o bem jurídico de sua teoria. Assim, devido à sua dimensão material, os bens jurídicos remetem a interesses materiais que conformam o objeto das expectativas sociais a serem mantidas.

Assim, por exemplo, como verificar a legitimação da reação penal em um caso de furto, sem antes examinar o interesse que residia na relação patrimonial, o interesse socialmente considerado a recair sobre

³¹ JAKOBS, Günther. *El sistema de imputación jurídico-penal*. Problemas capitales del derecho penal moderno. Buenos Aires: Hammurabi, 1998, p. 35-40.

³² Afirma Jakobs: “El derecho de la actualidad no garantiza tanto contenidos fijos, sino más bien condiciones de funcionamiento de una sociedad pluralista” (JAKOBS, Günther. *Ciencia del derecho técnica o humanística*. Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal. Traduzido por Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijóo Sánchez, Enrique Peñarada Ramos, Marcelo A. Sancinetti, Carlos J. Suárez González, Lima, Palestra, 2000. p. 414).

aquele patrimônio e a respectiva expectativa social de possibilidade ou impossibilidade de que aquele patrimônio fosse desrespeitado?

Ademais, a doutrina faz coro, com alguma razão, no sentido de que o normativismo funcional é uma teoria de bases genéricas. Isso revelaria uma situação incompatível não somente com uma construção teórica, mas também com a própria finalidade do direito de propiciar segurança cognitiva aos cidadãos.

Afirma-se, também, que Jakobs legitima a sanção sob a perspectiva de um Estado paternalista do despotismo ilustrado, carecendo de relação interna entre culpabilidade e legitimidade da norma. Critica-se, assim, que se estaria concebendo a fidelidade ao direito como algo que é devido (contraprestação) ao Estado pela assistência que este provê, o que é um equívoco, pois a fidelidade ao direito deve estar fundamentada na liberdade que cada um tem de participar da sociedade, compreendendo comunicativamente as normas vigentes nos respectivos sistemas sociais atingidos ou alcançados.³³

Também, afirma-se que a proposta de Jakobs pode levar à capitulação, conforme a política criminal em prática em certo momento da atividade do legislador ou na atividade judicante. Na medida em que se pretende desenvolver a dogmática penal unicamente com base nas funções do sistema social respectivo, argumenta-se que tal concepção de direito penal se adapta a qualquer política criminal imperante e pode, portanto, assumir qualquer transformação do direito penal, legitimando inclusive um Estado totalitário.³⁴

³³ KINDHÄUSER, Urs. La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad. *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid: Mac Graw Hill, 1999. p. 193-194: "La interpretación jakobsiana de la fidelidad al Derecho, por moderna que parezca, se adapta igualmente al Estado paternalista del Despotismo ilustrado. Se desatiende que las normas en una sociedad constituida democráticamente se basan también, y precisamente, en los esfuerzos intersubjetivos de comprensión comunicativa (Verständigung) para la coordinación justa de intereses o, lo que es lo mismo, en la expresión de la autonomía política de los que son sujetos individuales del Derecho (...) Fidelidad al Derecho no es una contraprestación a la asistencia del Estado, sino que debe estar fundamentada en la autonomía participativa en la comprensión comunicativa de las normas. En este sentido, la idea se encuentra próxima a interpretar la culpabilidad en relación con el rol de ciudadano que posee el autor. De ahí que se esté muy próximo a una teoría normativa de la sociedad que resalta mucho el rol del ciudadano: el comunitarismo".

³⁴ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 137. Sobre a crítica da ambivalência ou relativismo da teoria de Jakobs responde-se: "(...) que de acuerdo con él, en efecto, no se puede negar que

Relativamente a algumas críticas relacionadas ao caráter formal de sua teoria e à necessidade de ser completada com decisões, Jakobs admite que certamente se necessita desse complemento para sua aplicação em uma sociedade concreta. Todavia, adverte que essa mesma necessidade está presente em qualquer concepção que se mova em igual nível de abstração; assim, ao afirmar-se que o direito penal protege bens jurídicos, incorre-se em idêntico “formalismo” enquanto não se determine o que é um bem jurídico nessa sociedade concreta.³⁵

Deve-se acusar que boa parte dessas críticas endereçadas a Jakobs o é justamente por aqueles que acolhem uma culpabilidade fundamentada no agir comunicativo de concepção habermasiana, como é o caso, por exemplo, das críticas que partem de KINDHÄUSER contra a fundamentação da culpabilidade proposta por Jakobs e em favor de uma culpabilidade materialmente fundada num modelo de “compreensão comunicativa por meio da autonomia comunicativa”, fundada na “lealdade comunicativa”,³⁶ que, todavia, não enfrenta a objeção corrente de que a teoria habermasiana necessita aspectos de extrema idealização, tais como o fato de a comunidade ideal de falantes ser demasiadamente utópica e o anseio de solidariedade – típico do agir comunicativo, que rejeita a coação – ser um passo muito além do atual estágio da humanidade, que necessita, por outro lado, do poder

el orden más injusto, en la medida en que efectivamente funcione, podría encajar en las descripciones por él mismo realizadas y que el punto de vista escogido, que trata de comprender el fenómeno de ‘la normatividad en si’, no garantiza que las normas de las que se trate sean ‘normas en sentido enfático’, es decir, normas legítimas. Pero de ahí a se suponer que, en su concepción, la funcionalidad de un determinado elemento del sistema (por ejemplo la pena orientada a la prevención general positiva) para el mantenimiento del correspondiente sistema social fundamentalmente ya su legitimidad media una gran distancia, contra cuyo desconocimiento también previene expresamente Jakobs” (CANCIO MELIÁ, Manuel. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*. El sistema funcionalista del derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal; Lima, 29, 31 de agosto e 1 de setembro de 2000. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Universidad de Piura, Grijley, p. 39).

³⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*. El sistema funcionalista del derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal; Lima, 29, 31 de agosto e 1 de setembro de 2000. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Universidad de Piura, Grijley, p. 39.

³⁶ KINDHÄUSER, Urs. La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad. Cuestiones actuales de la teoría del delito. Madrid: Mac Graw Hill, 1999. p. 204-205.

coercitivo do Estado, regulado pelo Direito, na resolução de conflitos, em situações em que não há mais possibilidade de diálogo.

7. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A MISSÃO DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

A opção por um Estado Democrático de Direito, que tem na dignidade da pessoa humana a sua dimensão antropológica (que no caso do Brasil é também fundamento da República), implica o asseguramento de certos espaços invioláveis ao cidadão, isto é, de certas liberdades que devem ser respeitadas pelo poder público. São campos inerentes à personalidade, o que também se pode designar de intimidade. Essa qualidade exclusiva do ser humano é que o torna único e diferenciado de tudo o mais que existe. Mas também o torna identificável, diferenciando-o de seus semelhantes, fazendo-o também diferente e único entre todos os homens, já que não existem dois indivíduos que sejam em tudo exatamente iguais.

A personalidade, por ser essa aptidão tão altamente qualificada e considerando, especialmente, que é reveladora do que cada um é, ou seja, a forma de existir de cada indivíduo é uma barreira natural para o Estado; nessa esfera íntima o poder público não pode intrometer-se.

Isso não significa que o Estado não queira intrometer-se nessa esfera íntima do cidadão. Ao contrário. O Estado possui uma natural tendência expansionista e centralizadora, que não se expressa apenas no querer crescer economicamente ou no desejo de aumentar seu território, conforme nos revela a história. Há também uma tendência natural do Estado no sentido de tentar controlar seus cidadãos. Uma tendência que não se move por conta de más intenções, mas em boa parte perseguindo objetivos que vêm estabelecidos em discursos em prol de seus cidadãos, isto é, a fim de garantir-lhes uma existência "melhor". Todavia, essa justificativa se dá sem a consideração da perspectiva daquele a quem é dirigida a atividade repressiva estatal: o cidadão. Deve-se, assim, excluir em parte o que o Estado acha que é "bom" ou "melhor" para o seu cidadão, tomando-se em consideração também a perspectiva deste. Pelo que, a opção por um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana representa uma garantia contra a natural tendência expansionista do Estado.

Não faltam expedientes teóricos que podem ser eficazmente utilizados – no sentido de se obter uma legitimação – com a finalidade de que o Poder Público consiga aumentar sua capacidade de interferência na vida de seus cidadãos. A afirmação de que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos é um desses expedientes. Bem como o é a negação de que tal missão está em garantir a identidade social. Com relação a esta última afirmação, não custa lembrar que, para o desempenho de tal missão, requer-se para o direito penal o decisivo aporte de uma teoria social (defendendo-se aqui dever ser a funcionalista-sistêmica). Efetivamente, não interessa aos fins expansionistas – ou, mais precisamente, totalitários – que o mais contundente instrumento de comunicação de que dispõe o Estado, qual seja, o seu aparato jurídico-penal material, receba um aporte sociológico que se baseia numa “sociedade sem homens”, como é a perspectiva funcional-sistêmica.

Tanto assim, que em nome de uma mais efetiva proteção dos bens jurídicos o Estado tem logrado cada vez mais interferir na esfera íntima dos cidadãos (que Jakobs chama de “esfera civil interna”³⁷) através de uma crescente antecipação do momento punitivo do direito penal, o que tem se revelado em diversas categorias penais, como, por exemplo, a tentativa, os crimes de perigo, etc. Toda vez que o Estado não reconhece essa esfera íntima, retira do indivíduo o *status* de cidadão.

Essa fácil obtenção crescente de antecipações tem sido grandemente favorecida em razão da forma como o fator tempo tem sido trabalhado em uma sociedade com as características da sociedade de risco, destacando-se o estado subjetivo de insegurança pública e o medo a ele associado, ambos submetidos a uma subpolítica do risco, situação que conspira a favor da aceitação de propostas de antecipações de punibilidade voltadas à integral proteção de bens jurídicos. Afinal, tudo se resume a respeitar ou não as opções políticas. Vejamos os casos.

7.1 Os atos preparatórios

A partir do instante em que se define a integridade da sociedade como a intangibilidade dos bens jurídicos, a esfera jurídica do autor

³⁷ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 114.

cai completamente fora de consideração, pois este vem definido unicamente como um perigo para o bem jurídico. Com isso, possibilita-se a ilimitada antecipação sobre o começo de tal perigo. É como se o autor não possuísse qualquer esfera íntima ou, ainda, como se o autor possuísse uma personalidade predeterminada a atacar bens jurídicos. Não se cogita que o autor possa agir de uma forma não socialmente relevante.

Em contraposição a esse autor predeterminado a pôr em perigo o bem jurídico, coloca-se o autor-cidadão com sua esfera íntima preservada e não tangível pelo Estado. A partir da consideração dessa esfera íntima derivam-se importantes e firmes limites para as antecipações da punibilidade.

Uma inicial e importante manifestação dessa esfera íntima é aquela que permanece no âmbito espiritual do autor, em sua cognição psíquica. É razoavelmente reconhecido pelo direito penal, de uma forma geral, que *cogitationis poenam nemo patitur*. Difícil não respeitar tal princípio, pois é impossível controlar o que se passa no espírito e na mente das pessoas. Mas o reconhecimento do *cogitationis poenam nemo patitur* deve-se, principalmente, a um motivo de ordem natural, pois o ser humano é visto como um sistema físico-psíquico, em que o psíquico é impenetrável e só se pode alcançar por meio das manifestações exteriores, e, dessa forma, só é apreensível limitada ou equivocadamente e que, de qualquer forma, é a única maneira de se apreender o psíquico.

Logo, é um sistema (naturalista, físico-psíquico) limitado para um direito penal que também deposita importância nas referências normativas, e não apenas nas circunstâncias e referências da natureza. Um direito penal principalmente formado de referências normativas não se coaduna com um sujeito delimitado de modo substancialmente ontológico, como é o caso do conceito naturalista de homem, pois não se pode definir o homem por completo (incluindo as suas internalizações), apenas a partir de suas manifestações exteriores.

Portanto, a regra do *cogitationis poenam nemo patitur* tem uma limitação. Ela serve apenas para a percepção de que algo de maior, isto é, uma regra mais abrangente, deve reger o direito penal orientado para as expectativas sociais de seu tempo. Essa regra maior é a de que tudo aquilo que se encontra na esfera íntima não pode constituir uma perturbação social. Por conseguinte, toda a vida privada do indivíduo não pode constituir-se em uma perturbação social. Ou, dito de outro

modo: assim como um pensamento não pode erigir-se em qualquer perturbação da vida em comum, também não o pode qualquer conduta que se mantenha nos limites da vida da esfera íntima, desde que essa esfera não concorra com a de outra pessoa e dessa forma deixe de ser privada. Os contatos sociais reservados, em que duas ou mais pessoas relacionam-se sem abertura para outras não autorizadas, também são círculos indevassáveis pelo poder público.

Isso significa que desde a intimidade até as relações sociais fechadas ou reservadas não podem constituir preparação punível de um crime, nem tentativa punível e, menos ainda, consumação de um delito. Não haveria motivo algum para a punição antecipada de tal conduta, pois esta não constitui qualquer perturbação da vida social, não se podendo qualificá-la de ato preparatório punível.

Essa afirmação pode parecer equivocada em se tratando de certos outros crimes, também muito característicos da sociedade de risco, como o de *quadrilha ou bando* (artigo 288 do Código Penal) ou o de *associação para o tráfico* (artigo 14 da Lei 6.368/1976), ou mesmo no caso da prática de terrorismo, pois se pode sustentar que a preparação de tais delitos ultrapassa a esfera de intimidade de seus autores e interessam a toda a sociedade. Entretanto, pensar dessa forma implica admitir que a preparação de todo e qualquer delito interessa à sociedade e que todo o direito penal se militarizaria contra seus inimigos. A melhor resposta está em que, a meu ver, desde que os membros de uma quadrilha ou de uma associação criminosa abram seus respectivos âmbitos privados apenas para os demais membros, reciprocamente, permanecendo apenas na cogitação associativa, não há qualquer diferença entre tal esfera íntima e as demais existentes. Ademais, não caberia qualquer punição, pois não se sabe se os crimes pretendidos – freqüentemente elaborados muito precariamente – têm qualquer possibilidade de concreção; o Estado, em tais casos, age como se fosse um vidente, num exercício de futurologia.

7.2 A tentativa

Com base nas mesmas premissas até aqui lançadas, também se pode encontrar uma resposta para muitos casos duvidosos com relação à tentativa.

A sociedade de risco, enquanto sociedade orientada por processos produtivos altamente estratificados e plurissubjetivos que visam o aumento do arsenal tecnológico e a geração de riqueza, é uma sociedade cuja organicidade exige de seus membros uma multiplicidade crescente de comportamentos complexos e livres sem provocar danos, a fim de que seus integrantes possam agir. Há uma livre seleção de comportamentos, nesse sentido, dentro da sociedade de risco.

Diante de tal característica, resulta altamente relevante a interpretação do comportamento social, a fim de que se possam separar as condutas puníveis a título de tentativa daquelas impuníveis. Nessa interpretação há uma função designada para a esfera íntima. Esse papel deve ser coerente com as características da sociedade de risco.

Poder-se-ia argumentar, em desfavor da tese até aqui exposta, que o âmbito interno é relevante e não se limita à esfera íntima, na medida em que o moderno princípio da culpabilidade exige uma culpabilidade fundada na conduta, e não uma baseada no autor. Sendo a conduta externada algo que se relaciona com os processos psíquicos, estes interessam ao direito penal. Por conseguinte, o lado subjetivo da conduta não é exclusivamente subjetivo, não podendo o sujeito desfrutar plenamente de sua privacidade, pois ao poder público também interessa o lado subjetivo do fato, tudo sob o argumento de um direito penal da culpabilidade do fato.

Todavia, o âmbito interno (elemento subjetivo do tipo) tem uma função diversa dessa permissiva e não se pode dizer que o interno não se limita mais à esfera íntima. Esta deve limitar-se a ser apenas um objeto de investigação, que se legitima a partir da conduta externa a ele aderida.

Dito de outra forma, a investigação do que efetivamente se passa na esfera íntima é relevante a fim de que se possa saber sobre o elemento subjetivo do tipo, desde que exista concretamente um fato externado pelo sujeito que autorize essa intromissão: esse fato externado deverá revelar-se como uma perturbação social, coerente com o que essa perturbação possa significar na sociedade de risco.

O contrário seria um equívoco: significaria que, na interpretação da tentativa, a conduta externa (lado objetivo do fato) é usada como base instrumental preordenadamente útil a revelar a parte subjetiva; o que também significaria que na interpretação de uma tentativa, predomina a interpretação da parte subjetiva do fato. Isso é um erro de função usualmente assinada à esfera íntima e, por conseguinte, ao tipo subjetivo.

Assim, veja-se o exemplo de um fato típico da sociedade de risco em que inadvertidamente se afirma haver tentativa de furto, usualmente ocorrendo prisão em flagrante: é o caso dos agentes que escondem mercadorias de uma loja sob as suas roupas e dirigem-se à saída, sendo presos antes de passar pelo caixa. Uma punição significaria que o que se passava na esfera íntima daqueles indivíduos foi presumido pelo poder público: a partir de um agir externo, depreendeu-se que os indivíduos não pretendiam pagar pelas mercadorias.

Ora, a punição da tentativa não pode vir conformada apenas por um dolo ao qual está aderida uma ação externa de forma pouco clara. A tentativa exige uma perturbação social perceptível. Na sociedade contemporânea não é possível atribuir sentido e valor a um comportamento a partir de sua configuração externa. É preciso levar em conta o contexto pensado pelo autor e as circunstâncias em que ele desenvolve – por si – a sua conduta. Considerado apenas o aspecto externo, pode-se dizer que aquele que ingressa em uma casa sem autorização do dono pode pretender um furto; mas, também, que pode estar agindo na crença de que um incêndio está prestes a se iniciar.

Com isso não se nega que a interpretação de uma conduta perturbadora seja feita também com base em seu contexto subjetivo.

Quanto a saber o que se considera uma conduta perturbadora, é resposta que se encontra nas características da sociedade de risco. As condutas externas *per se* irrelevantes ficam fora do âmbito da tentativa penalmente punível.

Deve-se acrescentar à tentativa, para que seja penalmente relevante, que o conteúdo do respectivo comportamento seja material, isto é, que o autor arrogue para si a organização de âmbitos de organização alheios. Afinal, a representação subjetiva do autor deve estar de acordo com seu comportamento externo, isto é, o autor deve arrogar-se organizar algo que não lhe pertence, ao mesmo tempo em que age externamente conforme essa intenção.

7.3 A consumação

Na sociedade de risco, é comum, também, o uso do fator tempo para que condutas formais sejam consideradas a própria consumação do delito. Costuma ocorrer com atos preparatórios elevados à condição de consumados.

Pode-se concluir, conforme o que até aqui foi sustentado, que uma sanção somente pode ser legitimamente aplicada em razão de atos preparatórios nos poucos casos em que esses atos representam desde logo uma interferência do autor em âmbitos alheios de organização. É o caso, por exemplo, daquele que instala explosivos em uma escola durante a noite, fato que por si só constitui uma perturbação.

De outro lado, nem todo e qualquer ato preparatório de um crime representa uma perturbação. De fato, é perturbador saber que alguém está preparando um crime. Mas também é perturbador saber que alguém está arquitetando imaginariamente um delito com riqueza de detalhes. Exige-se, assim, uma separação entre atos preparatórios impuníveis e a própria consumação representada por atos preparatórios que interferem no âmbito de organização alheia. Essa delimitação é possível tendo em conta a capacidade de cada um se autogovernar e de interromper o curso causal por si mesmo. São casos em que cada um dos agentes possui uma competência bem determinada e individualizada, sem qualquer possibilidade de domínio sobre o restante do curso causal; por exemplo, no caso do agente que programa irreversivelmente o desligamento de semáforos para determinado horário do dia a fim de possibilitar uma emboscada terrorista, sabedor dessa finalidade e sem qualquer poder de interferência na conduta dos demais agentes, que muitas vezes nem sequer conhece.

7.4 Os crimes de perigo

É, todavia, no campo dos crimes de perigo que se pode ver com mais clareza – inclusive com relação aos anteriores casos de antecipação da punibilidade – que é necessário o aporte de uma teoria que garanta a validade das normas, ao mesmo tempo em que se verifica a insuficiência de uma exclusiva missão jurídico-penal de proteção de bens jurídicos.

7.4.1 O fundamento punitivo do crime de perigo

Também se produz uma antecipação da punibilidade, quando se afirma a proteção independentemente das condições de existência do bem ou de uma instituição, como bens de um âmbito prévio. Prote-

gem-se tais condições de existência em vez de se proteger um bem jurídico ou a instituição da qual é própria uma determinada função. Assim, por exemplo, protege-se a vida e a integridade física também mediante a proteção do tráfico viário; protege-se a formal equidade do sistema de justiça com a proibição do falso testemunho.

Para entender o motivo dessa antecipação de punibilidade, é preciso dizer de outra forma o que já foi até aqui afirmado: uma vez bem caracterizado o reconhecimento de uma esfera íntima ou privada inviolável, é preciso atribuir ao cidadão a condição de pessoa (e de um sujeito), pois a condição de pessoa implica o *reconhecimento de responsabilidades*, isto é, de capacidade de *autogoverno*; até aqui vimos – sob a perspectiva funcionalista – casos de antecipação de punibilidade fundados no reconhecimento do autogoverno, que por sua vez se relaciona com os contextos individuais de planificação ou âmbitos de organização próprios (tanto do autor quanto da vítima), em que a validade fática das normas somente é depreciada quando o autor se arroga uma organização que não lhe está assinada.

Ocorre que em diversos casos não pode ser considerada a capacidade concreta do indivíduo de autogovernar-se. E isso se dá, não porque essa capacidade de autogoverno é negada ou não reconhecida, mas porque em tais casos o autogoverno de uma pessoa orienta-se seguindo contextos individuais de planificação de outros indivíduos, em cujos âmbitos o indivíduo não consegue empiricamente tomar contato com essas planificações individuais dos outros. Logo, para seu autogoverno o indivíduo precisa e espera que sejam cumpridos certas pautas de conduta ou padrões de comportamento (ou *standards*, como denomina Jakobs).³⁸ São padrões exigidos em âmbitos correspondentes aos “sistemas peritos” designados por Giddens.

Portanto, o fundamento maior da existência de crime de perigo é a necessidade natural de que aquelas pessoas que atuam e interagem em determinados âmbitos possam contar com pautas interpretativas mais facilmente manejáveis. Desde que uma pessoa se desvie comportamentalmente do padrão fixado pela norma, ela pratica um crime de perigo.

³⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*; parte general, fundamentos y teoría de la Imputación. Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 59. Também: JAKOBS, Günther. *Fundamentos del derecho penal*. Buenos Aires: Adhoc, p. 208-209.

Mas, a sociedade de risco apresenta três outros elementos que dão base aos crimes de perigo.

O primeiro é o fator tempo, que generaliza a idéia de que não se deve aguardar pelo comportamento que nega validade à norma, se desde logo é possível perceber um agir prévio que não se conforma aos padrões interpretativos e de segurança exigidos, o que se confunde com a própria garantia das condições da utilização dos bens jurídicos.

O segundo é que na sociedade de risco há uma institucionalização das incertezas – um fato que se choca com a existência de um Estado de prestações. Nessas condições a segurança não é meramente um reflexo da atividade policial, mas se transforma em um *direito* que pode ser exigido do Estado, ficando este autorizado a agir institucionalmente sobre tudo aquilo que afeta esse direito à segurança. Note-se que o direito à segurança, conforme entendido em um sentido normativo, confirma a tese de que a missão do direito penal também é manter a identidade da sociedade, que, no caso, afirma a sua expectativa normativa de preservação das condições de segurança.

O terceiro elemento que justifica o crime de perigo abstrato é o fato de que em muitos setores – economia, tráfico, meio ambiente – a fronteira que separa o comportamento permitido do contrário à norma não é traçada com base em critérios temporais ou morais, mas, sim, é uma fronteira construída de forma arbitrária e continuamente cambiante, de maneira que formaria também parte da identidade da sociedade de risco que a diferença entre a conduta daquele que é considerado delinqüente e a do cidadão que tange o limite sem ultrapassá-lo seja muito tênue, assim como que se fixem tais limites, mesmo que seu caráter seja em boa parte arbitrário.³⁹

Essas três características explicam uma identidade social, uma expectativa generalizada de que os comportamentos perigosos, ainda que abstratamente perigosos conforme qualquer subsistema, sejam levados em consideração pelo direito penal. Todavia, não autorizam legitimar todo crime de perigo, nem toda pena prevista para um crime de perigo.

³⁹ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Coleção Estudos de Direito Penal. Barueri: Manole, 2003. vol. 6, p. 26-29.

A proteção dessas condições de existência de certos bens jurídicos vem denominada majoritariamente pela doutrina como a proteção que se faz em nome de bens jurídicos coletivos.

7.4.2 *As espécies de crimes de perigo*

Podem ser relacionados três grupos de crimes de perigo, conforme a respectiva perturbação social.⁴⁰ Em um primeiro grupo de crimes de perigo o comportamento é externo e perturbador, determinando-se esse comportamento somente por meio de uma generalização à realização da tendência à produção de um dano; por exemplo, o falso testemunho.

Num segundo grupo, o comportamento não somente é determinado por meio de uma generalização à realização de uma tendência realmente existente à produção do dano, sendo que também dispensa uma perturbação externa material. Isso ocorre quando uma determinada conduta tipificada é definida como *em si* perturbadora, por ser ela geralmente adequada para produzir efeitos extremamente perturbadores. Por exemplo, condução de veículo em estado de embriaguez; quem o faz geralmente viola padrões de comportamento esperados pelos demais usuários das vias públicas, ao mesmo tempo em que freqüentemente (mas, nem sempre devido ao fenômeno biológico da tolerância ao álcool) se arroga âmbitos de organização alheios. Em tais espécies de perigo, basta que no tipo de comportamento neles descrito ocorra alguma situação de sentido arrogatório. Logo, exige-se uma verificação probatória, isto é, *in concreto*, da ocorrência de uma perturbação. Não se trata, propriamente, de uma antecipação da punibilidade; sua característica é na realidade a generalização da efetividade externada a toda conduta de um determinado tipo.

Um terceiro grupo de crimes de perigo oferece maiores dificuldades. Nestes há uma antecipação que vai muito além das regras gerais. Nestes se criminaliza um comportamento que não é perigoso,

⁴⁰ A doutrina que vê a missão do direito penal como sendo a exclusiva proteção de bens jurídicos classifica os três tipos de crimes de perigo em “concreto”, “abstrato-concreto” (ou “aptos a produzir um dano”) e “abstrato” (Conforme CEREZO MIR, José. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 10, jul. 2002. Universidad Nacional de Educación a Distancia – Facultad de Derecho, 2.ª época, p. 48).

em absoluto, ou que somente o seria em uma medida muito limitada e desde que houvesse um comportamento sucessivo, o qual também fosse delitivo. Por exemplo, da fabricação de arma de fogo sem autorização do poder público, caso em que a existência do perigo dependeria de que alguém adquirisse referida arma com a finalidade de praticar um delito. Uma tal conduta não vem incriminada pelo perigo de que a arma de fabricação artesanal não autorizada venha a disparar; a incriminação existe por si só. Diante da tão-só prática da conduta tipificada, desde logo surge a presunção de perigo consistente na generalização de um comportamento futuro tendente ao delito. Logo, o perigo é um comportamento futuro próprio ou de outro indivíduo, comportamento pelo qual o autor do crime de perigo termina por responder, já que é impossível prever o futuro em tais casos.

É uma classe de delitos bem recebida pela sociedade de risco, pois seus membros tudo temem.⁴¹ Tudo é perigoso, não somente sob a ótica da população, mas também aos olhos da mídia. Tudo representa perigo também aos olhos da ciência, tendo em vista que esta tem observado ao máximo o princípio da precaução, que potencializa e otimiza a evitação dos riscos. O princípio da precaução não apenas não admite a probabilidade de risco, como também não admite a possibilidade de risco. O direito penal tem sucumbido a essas características que não são suas, omitindo-se na sua própria elaboração do risco, abrindo-se àquilo que os demais subsistemas admitem como risco e as formas como procuram prevenir-se dos riscos.

Não se discute que com os crimes de perigo dessa terceira classe pode-se dar início a um curso causal perigoso. Todavia, menos discutível é ainda o fato de que a realização do perigo em tais casos só é iminente por fatos que nem sequer foram projetados e que de qualquer forma não podem valorar-se, segundo as regras gerais, como uma perturbação externa.

⁴¹ Sob a perspectiva da doutrina da proteção de bens jurídicos e do respectivo ponto de vista da legitimação de tais criminalizações, CERESO MIR afirma que "a legitimidade dos delitos de perigo abstrato é questionável unicamente do ponto de vista do conteúdo de injusto material, desde o momento em que no caso concreto pode faltar não somente o resultado de perigo do bem jurídico, mas inclusive a periculosidade da ação por uma avaliação *ex ante*" (Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 10, jul. 2002. Universidad Nacional de Educación a Distancia – Facultad de Derecho, 2.ª época, p. 65).

Outro exemplo reside na guarda de arma de fogo, sem registro, por parte do cidadão em sua própria casa; de quem tem a guarda de tal arma não se pode dizer que esteja em estado prévio de cometer um delito com essa arma; todavia, não se pode impedir, num Estado Democrático de Direito – e, portanto, de liberdades –, que alguém não tenha uma arma em casa para a sua própria defesa. A lógica do risco inverte essa conclusão. Mais precisamente, as características da sociedade de risco a invertem.

Entretanto, a sociedade de risco admite algumas situações em que o indivíduo pode vir a responder por essa terceira classe de crimes de perigo, isto é, a sociedade de risco possibilita em alguns casos que seja fundamentada a responsabilidade pelo perigo de uma conduta futura.

Isso ocorre quando há contatos sociais comuns, porém nos quais uma pessoa razoável só poderá se aventurar se não houver indícios contra ou, inclusive, se houver indícios a favor de que o curso causal se finalizará sem danos. Desde que a situação indiciária esteja controlada em todo caso concreto, dar-se-ia a concreção da atividade. Dessa forma, exige-se do cidadão que renuncie a um fragmento de sua privacidade e permita a verificação pública desse fragmento. É o caso, por exemplo, da responsabilidade pelo produto; aquele que produz alimentos para o público consumidor deve permitir que se inspecione se o faz com materiais aptos para o comércio e em condições higiênicas satisfatórias; logo, incorrerá em crime de perigo se produzir alimento sem a observância das normas administrativas de higiene.

Também pode ocorrer fundamentação da responsabilidade pelo perigo de uma conduta futura com relação a determinados objetos que não podem ser utilizados privadamente para fins lícitos, ou que podem sê-lo em situações muito restritas. Tais objetos constituem protótipos de instrumento delitivos. É justo admitir que na práxis torna-se muito difícil calcular *se* e *como* se chega ao emprego criminoso desses instrumentos criminosos, e prejudicaria a segurança de que se necessita para a vigência das normas com as quais se permitem a produção e o livre comércio de tais objetos. Em razão da impossibilidade de se calcular sobre seu uso, a eventual inocuidade daquele que produz ou adquire tais instrumentos se presta apenas como uma garantia passageira de que nada de mal vai ocorrer. Sempre fica a probabilidade considerável de que se possa chegar à prática de um delito. É o caso, por exemplo, daquele que produz ou adquire dinheiro falso.

Em tais casos, todavia, está presente a característica de que as condutas representam uma perturbação externa por uma deficiência cognitiva, isto é, porque tais condutas conduzem à incalculabilidade dos possíveis danos.

Chega-se, então, a um ponto de argumentação, portanto, de comunicação, em que o direito penal elaborará suas respostas, uma vez que a punibilidade irá depender do motivo pelo qual tais condutas são responsabilizadas. Essa argumentação deve servir ao direito penal em conformidade com seu referencial político, o Estado de liberdades democraticamente asseguradas. Por exemplo: a criminalização daquele que guarda arma em sua casa sem registro está fundada na generalização da suspeita de que quem assim age está determinado à prática de delitos, representa uma criminalização totalitária e ilegítima; se vier motivada no argumento de que tal guarda constitui perigo para outros membros da família que poderiam provocar acidentes, seria legítima.

Assim, se o injusto e a respectiva responsabilidade vêm constituídos unicamente na conduta considerada em sua abstrata periculosidade, certamente fica respeitada uma esfera íntima, a qual não é violada. O injusto é então caracterizado sem a consideração das representações internas do autor, porque essa conduta é intolerável conforme sua justificação argumentativa. Se na caracterização do injusto entram em consideração representações internas do agente, o poder público passa a presumir o que se passa em sua esfera íntima.

Pode-se argumentar que tal construção não serve para um país como o Brasil, devido às suas características culturais, onde os indivíduos não dão tanta importância ao âmbito privado, à esfera íntima. Bem, a argumentação aqui trazida parte do pressuposto de que um maior respeito à esfera íntima representa uma evolução social. Caso se queira refutar essa afirmação, será necessário, então, um exame sociopolítico que não cabe aqui fazer.

8. "PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS *VERSUS* PROTEÇÃO DE VIGÊNCIA DAS NORMAS" OU "PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS E PROTEÇÃO DE VIGÊNCIA DAS NORMAS"

Há concordância em que a missão do direito penal tem uma finalidade genérica de proteção. De um lado, afirmou-se aqui que

essa missão como sendo exclusivamente proteger bens jurídicos é deficiente; afirmou-se também, todavia, que a noção de bem jurídico é um referencial importante nessa missão protetiva. O próprio Jakobs não afasta totalmente a doutrina do bem jurídico de sua proposta, e a admite como um elemento útil à determinação da configuração do Estado e da sociedade que se pretende manter. Também admite que a determinação de um delito por meio da danosidade social exige a intermediação de um bem jurídico, como forma de possibilitar a verificação da concreta danosidade social de cada lesão de bem jurídico mediante a remissão à importância geral do bem.⁴²

Afirmou-se, ainda, de outro lado, que o normativismo-funcional carece de especificidade, porque muito genérico, além de susceptível a qualquer política criminal.

Diante dessa “necessidade” do bem jurídico e das críticas ao normativismo, há que se indagar se é possível buscar uma conciliação entre as duas posturas, a fim de que não se opere a polarização excludente “proteção de bens jurídicos *versus* proteção de vigência das normas”.

Sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, portanto, um Estado de liberdades, a polarização é algo que não deve ocorrer. Ademais, a conciliação é possível.

Nessa tarefa, primeiramente, é preciso verificar se a polarização “proteção de bens jurídicos *versus* proteção de vigência das normas” pode ser substituída por “proteção de bens jurídicos *versus* prevenção geral positiva”, o que requer associar as distintas concepções de prevenção geral positiva (PGP) ao referido fim de proteção de vigência da norma.

Dividem-se em três grupos as teorias da PGP: a) o fim ético-social de proteção dos valores elementares da vida em comunidade (Welzel); b) a finalidade de integração (estabilizar a consciência jurídica e a paz social, restabelecendo o clima emocional que existia antes da prática do delito); c) a finalidade de proteção de vigência das normas.⁴³

⁴² JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general, fundamentos y teoría de la Imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 57. Também: JAKOBS, Günther. *Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma*. El Sistema Funcionalista del Derecho Penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal; Lima, 29, 31 de agosto e 1 de setembro de 2000. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Universidad de Piura, Grijley, p. 59.

⁴³ Para Chaves Camargo a missão do direito penal é a revalidação dos valores vigentes, num determinado momento histórico, para um grupo social. É entendimento

Os dois primeiros priorizam axiologicamente o coletivo social em relação ao individual, buscando a coesão social, e ao mesmo tempo estabelecem uma linha de continuidade entre o direito penal e a moral coletiva. Portanto, não se coadunam com um Estado Democrático de Direito, de liberdades, onde está assegurada uma esfera íntima e inviolável do cidadão. É um direito penal comunitarista aquele que vem plasmado nos fins ético-sociais e no fim de integração, pois não se limita a exigir um respeito externo das normas penais, mas, sim, aspira promover uma identificação espiritual das convicções pessoais dos cidadãos com os valores inscritos nas normas, conformando-lhes o foro interno por meio do fomento de atitudes de fidelidade ao direito posto.

Podem ser lançadas, como de fato são, diversas críticas contra a perspectiva sistêmica da missão do direito penal, todavia, é ela a que atende com menor número de contradições a um direito penal liberal, bem como a que melhor legitima a pena, incluindo a prevenção geral negativa.⁴⁴

A PGP, sob o enfoque do normativismo-funcional, assegura um padrão de respeito político da individualidade, no sentido de que se protege a confiança de que os cidadãos têm de que seus interesses privados não se verão afetados por terceiros, nem pelo Estado, garantindo, dessa forma, o livre desenvolvimento pessoal e sua capacidade de participação na sociedade. Essa confirmação simbólica de vigência da norma não apela ao foro íntimo do indivíduo, nem tenta conformá-lo; limita-se a comunicar que o Estado afirma que a expectativa externa do cidadão de respeito às normas por parte de terceiros está mantida. Isso é uma postura jurídico-penal liberal, na medida em que a mensagem preventivo-geral é “podemos continuar acreditando que os demais não devem lesionar o bem jurídico ‘X’”; e não a mensagem de “não lesionem os demais o bem jurídico ‘X’”.

semelhante ao de Jakobs, que, todavia, difere deste ao afirmar que a relação próxima entre o princípio da culpabilidade e a PGP não existe num sentido de exercício de fidelidade ao direito, mas, sim, de reprovação aos fatos praticados que contrariem os valores vigentes em determinado momento para o grupo social (*Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 58).

⁴⁴ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas?* Consideraciones sobre el destinatario de las normas. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, ano 2, n. 3, mai-ago. 2001, Porto Alegre, CEIP (Centro de Estudos Ibero-Americano de Ciências Penais), p. 156.

A ausência de coerção é uma virtude e não deve ser vista, tal qual muitos a vêem, como uma debilidade.

Quanto a isso, cabem algumas considerações antropológicas.

O direito penal não pode conceber o cidadão apenas como um “homem cooperador”, razoável, tendente ao respeito do pactuado; o direito penal deve também ter em conta que o cidadão é também um “homem racional”, no sentido de agir com o fim de obter a maior vantagem ao menor custo, logo, alguém disposto a violar normas penais se isto lhe trazer benefícios.

Assim, se o fim de proteção de vigência de normas pretende ter um mínimo de efetividade – e não custa lembrar que obter resultados concretos é uma das características da sociedade de risco – deve valer-se também da ameaça de pena.

Todavia, a antropologia remete à consideração de um terceiro “tipo” de homem, qual seja, o “homem político”, designado como aquele que cooperará de uma forma racional, desde que possa esperar que isso produza um alargamento de sua liberdade. Nesse aspecto também se mantém intacta a missão do direito penal como manutenção da identidade da sociedade, associada a uma previsão abstrata de sanção.

Pode ser que o “homem político” não se sensibilize pela mensagem sancionatória simbólica da reafirmação da norma, ao verificar que outros cidadãos não aderem ao direito ante a inexistência de coerção. Então, caso passe a entrar em consideração uma pena intimidativa, certamente para esse “homem político” servirá o simbolismo da reafirmação da norma, na medida em que o “homem político” verifica que também haverá prejuízo para a liberdade do(s) (outros) indivíduo(s) que não respeitarem a vigência da norma, isto é, ao verificar que existe a previsão de uma sanção, uma coerção capaz de intimidar os demais.

Assim, pode-se sustentar que a prevenção geral negativa é um meio para outorgar efetividade ao fim de proteção da vigência das normas.⁴⁵ E a partir dessa conclusão, pode-se conciliar o fim de prote-

⁴⁵ No sentido de que a previsão de uma sanção intimidadora é necessária para dar efetividade à prevenção geral positiva, confirmam-se: ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas?* Consideraciones sobre el destinatario de las normas. Revista Ibero-Americana de Ciencias Penais, ano 2, n. 3, mai-ago. 2001, Porto Alegre, CEIP – Centro de Estudos Ibero-Americano de Ciências Penais, p. 164. Também: MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2. ed. rev. Barcelona: Bosch, 1982. p. 42-45.

ção da vigência das normas com o fim de proteção de bens jurídicos, simultaneamente considerados e não excludentes entre si.

8.1 Proteção de bens jurídicos e proteção de vigência das normas

Uma vez verificada a possibilidade de substituição da “proteção de bens jurídicos *versus* proteção de vigência das normas” por “proteção de bens jurídicos *versus* prevenção geral positiva”, pode-se concluir que tal polarização excludente não é devida.

Ambos os fins de proteção do direito penal implicam-se reciprocamente. Ademais, não se excluem. O fim de proteção de vigência das normas, embora pareça, em princípio, uma finalidade desprovida de um mecanismo coercitivo, é na verdade uma finalidade que atua operando também com um fator que motiva os cidadãos ao cumprimento das normas: a reafirmação da confiança trará razões para a cooperação, isto é, para o respeito às normas. O exercício da proteção da vigência das normas necessariamente implica um fim de evitar condutas lesivas.

De outro lado, e mutuamente, a finalidade de proteção de bens jurídicos, motivando os cidadãos a não praticar condutas lesivas, implica necessariamente o fim de proteção de vigência das normas: o direito penal só pode garantir aos cidadãos que os demais não lesionarão seus interesses quando se articularem meios materiais para proteger esses interesses.

Há, pois, reciprocidade funcional entre o fim de proteção de bens jurídicos e o de proteção da vigência das normas.

Essa divisão também não cabe sob uma perspectiva valorativa. O fim de garantir um desfrute pacífico dos interesses do cidadão deve ser uma finalidade legítima do direito penal de um Estado Democrático de Direito, isto é, de liberdades. Todavia, dito fim terá que ser valorativamente equiparado ao da proteção de bens jurídicos, devido às implicações recíprocas acima assinadas, pois um direito penal voltado ao respeito da esfera íntima dos cidadãos não deve estar orientado só para a proteção de expectativas normativas, mas também, e tanto quanto, deve proteger os interesses materiais que conformam o objeto dessas expectativas, interesses aos quais se é remetido mediante os bens jurídicos. O direito penal do Estado Democrático de Direito

não deve proteger somente uma segurança cognitiva, mas também uma segurança material, conforme espera a sociedade de risco, preponderantemente materialista e objetivista. Do contrário, não teria no desenvolvimento tecnológico sua principal meta.

A confiança da sociedade de risco reside na norma que prescreve que os bens de alguém não serão atacados por terceiros. Por exemplo, quando alguém furta, ocorre a quebra da regra de que aquele que é visto como não-proprietário (isto é, tem o papel de não-proprietário) não respeitou tal expectativa social voltada ao seu papel, isto é, a expectativa de que se comporte como um não-proprietário. Tal norma é para o cidadão um interesse digno de proteção, pois essa confiança lhe permitirá desenvolver sua vida social sem o medo de se ver atacado. Todavia, essa expectativa pressupõe um bem proporcionalmente correspondente, ou seja, valorativamente equiparado.

É a efetiva existência desses bens que permite ao cidadão participar da vida em sociedade e desenvolver sua personalidade no meio daquela, bens que estão diretamente relacionados à confiança na continuidade de sua intangibilidade. Pode-se dizer que há uma relação de ordem e não uma diferença de grau. Logo, há igualdade axiológica em tais fins de proteção. Por exemplo: importa, o fato de se estar vivo, tanto quanto a confiança de que se continuará estando vivo. São proteções ordenadas em linha horizontal, no mesmo plano valorativo, com precedência de que é preciso confiar de que se continuará estando vivo.

8.2 O método

Afirmar que em termos instrumentais não é correta a divisão entre aquelas finalidades de proteção, tampouco o é em termos axiológicos, requer uma explicação de ordem metodológica, a fim de justificar três situações.

A primeira diz respeito à necessidade de se investigar a que se deve a oposição das correntes normativistas-funcionais representadas por Jakobs ao fim de proteção de bens jurídicos, que em muitos casos chega a afirmar que a teoria do bem jurídico é inútil e contraproducente.

A segunda diz com a primordialidade da proteção de vigência das normas em relação aos bens jurídicos. Tendo se afirmado que no

Estado Democrático de Direito a confiança na vigência das normas significa o mesmo que a confiança na preservação dos bens jurídicos, todavia, com precedência daquela e, portanto, tendo se afirmado uma ordenação protetiva, é justo indagar por que a proteção de bens jurídicos não vem antes, como um fim imediato; isto é, tratando-se de uma ordenação cardinal, por que a proteção de bens jurídicos não é a finalidade número um⁴⁶?

A terceira, é respectiva aos limites da proteção que o direito penal faz sobre os bens jurídicos.

Tudo se justifica a partir da identificação de um equívoco de ordem metodológica, da seguinte ordem: o normativismo-funcional diz que o fim de proteção de bem jurídico não é ideologicamente ilegítimo, nem funcionalmente irrealizável, mas, sim, insuficiente do ponto de vista epistemológico. E realmente é, pois há incertezas na conceituação de bens jurídicos que, ademais, costumam ser definidos aprioristicamente.

Jakobs estabelece uma clara separação estrutural entre sistema e entorno e, especialmente, entre sentido e natureza.⁴⁷ Logo, a sociedade não está formada por fatos que pertencem à natureza, mas, sim, é uma sociedade construída por processos comunicativos, isto é, de sentido; mais precisamente, por normas. Isso significa que nem os indivíduos nem seus interesses materiais fazem parte do sistema. Eles pertencem

⁴⁶ Para Chaves Camargo a proteção penal de bens jurídicos acaba sendo um fim mediato do direito penal: “o fim do direito penal no Estado democrático de direito é a revalidação dos valores vigentes em determinado grupo social, e, via de consequência, definidos esses valores eles se referirão a um bem jurídico, o que possibilita a sua proteção penal, quando ocorrer um dano relevante e insuportável a esse mesmo bem jurídico” (*Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 172). Em sentido contrário, Rafael Alcácer Guirao sustenta que, apesar dessa equiparação axiológica, há precedência da proteção de bens jurídicos (“um fim primordial”), sendo a proteção da vigência das normas um fim *mediato* do direito penal (Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas? Consideraciones sobre el destinatario de las normas. *Revista Ibero-Americana de Ciencias Penales*, ano 2, n. 3, mai-ago. 2001, Porto Alegre, CEIP – Centro de Estudos Ibero-Americano de Ciências Penais, p. 166).

⁴⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho penal; parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid, Marcial Pons, 1995. Também: JAKOBS, Günther. *Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma*. El Sistema Funcionalista del Derecho Penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal; Lima, 29, 31 de agosto e 1 de setembro de 2000. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Universidad de Piura, Grijley, p. 59. p. 44-45.

ao entorno do sistema. Daí, os fenômenos sociais não se codificam como processos naturais, causais. Codificam-se como processos de comunicação, cujos sentidos estão referidos ao próprio sistema, isto é, auto-referenciais.

É por isso que o direito penal do normativismo-funcional (de mecanismos sistêmicos), que se auto-regula, não pode ter designada a missão de proteger bens e objetos pertencentes ao entorno do sistema, isto é, objetos pertencentes ao mundo, à natureza. O direito penal como subsistema auto-regulativo tem seu marco de atuação delimitado pelo próprio subsistema, protegendo os processos de comunicação juridicamente institucionalizados. Pelo mesmo motivo, a noção de delito como lesão de bens jurídicos deve ser substituída pela noção de quebra da vigência da norma que abarque o aspecto comunicativo, de sentido social, de fato punível, e não o seu aspecto puramente naturalístico, do mundo, próprio do entorno do sistema.

Isso é uma questão de método.

8.2.1 O ingresso do bem jurídico no sistema do direito penal como elemento necessário ao sistema

De fato, os bens estão no entorno; na complexidade do mundo e nos outros sistemas. O entorno do sistema não é apenas o mundo. Deve-se recordar que o entorno do sistema pode ser constituído também por outro(s) sistema(s). Assim, um subsistema terá um sistema como seu ambiente; e, desde que se diferenciem vários subsistemas, cada um deles terá um ambiente distinto, pois cada sistema se exclui só a si mesmo do ambiente. Cabe diferenciar dois tipos de relações entre sistemas: 1) relações com o sistema que é seu ambiente interno (por exemplo, entre o sistema político e a sociedade); 2) relações com outros sistemas no ambiente (por exemplo, entre o sistema político e o jurídico).

Assim, existem bens jurídicos no ambiente do sistema, entendendo-se que este é formado tanto pelo mundo quanto pelos demais sistemas. Por conseguinte, os interesses aos quais os bens jurídicos remetem também estão lá, no ambiente.

Nesse sentido, é correto não permitir que o bem jurídico ingresse de forma condicionante (previamente definido) no sistema do direito penal para fins de proteção.

Todavia, a radical separação que Jakobs faz entre o sistema do direito penal e seu entorno (e dos demais sistemas), no sentido de impossibilitar qualquer referência protetiva do direito penal sobre os bens jurídicos, e em muitas situações afirmando a inutilidade da teoria do bem jurídico, *faz olvidar que os bens jurídicos e respectivos interesses ingressam no subsistema do direito penal a todo o tempo*, ainda que funcionem apenas como um elemento de irritação do sistema.

Ou seja, há que se mudar o método para considerar o que Luhmann já fala: o sistema social é fechado (logo, o sistema do direito penal também é), mas não isolado. Existem paredes que separam o sistema do entorno e dos demais subsistemas, mas também existem portas que são abertas e depois fechadas.⁴⁸ Com isso tudo não se quer dizer que “o entorno dependa do sistema ou que o sistema possa dispor à vontade de seu entorno. A complexidade do sistema e do entorno excluem qualquer forma totalizante de dependência em um sentido ou outro”.⁴⁹ Isso também vale para os acoplamentos estruturais.

É a partir do ingresso dos bens jurídicos e dos interesses no sistema do direito penal que este ganha maior capacidade operativa, ao construir uma comunicação semântica com o entorno e/ou com outro subsistema (de onde vieram os bens jurídicos e os interesses), sem significar que o subsistema do direito penal precise se manter aberto e dependente (no sentido de condicionado em suas decisões). Inclusive porque o sistema do direito penal conserva uma abertura cognitiva com o ambiente e com os outros sistemas.

Ao ingressar no sistema jurídico-penal, os bens jurídicos o fazem com certa pretensão de valor conferida pelo ambiente. E é por isso que irritam o sistema jurídico-penal, isto é, porque ingressam com um valor já previamente atribuído pelo “local” em que estavam. O direito penal pode ou não reconhecer essa pretensão de valor.

Esse ingresso do bem jurídico no subsistema do direito penal funciona como um fator de irritação *indispensável*, pois tal sistema necessita dessa irritação para evoluir, reduzindo a complexidade da

⁴⁸ “La teoría de la clausura de operación no contradice el teorema de los sistemas abiertos, sino que entiende la apertura bajo otras perspectivas de teoría” (LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*; lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. Universidad Iberoamericana. México, Antropos, 1996, p. 47).

⁴⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema*; la ambición de la teoría. Colección Pensamiento Contemporáneo. Barcelona: Paidós, 1990. n. 8, p. 52.

comunicação (bens jurídicos e interesses) que provém do entorno. Logo, embora o bem jurídico não condicione as decisões do direito penal, é *necessário* ao direito penal para que este possa tomar decisões. O ambiente é assim um necessário espaço intenso e conjuntural de emergência de informações para os sistemas, consubstanciadas em possibilidades múltiplas que acarretam alta irritabilidade. Provocação para evoluir: é isso que faz o bem jurídico quando ingressa no sistema do direito penal.

Isso não retira do sistema do direito penal sua capacidade de auto-referência, pois esta consiste em selecionar internamente aquilo que lhe é importante para a sua própria evolução.

8.2.2 *O bem jurídico como informação do ambiente*

A evolução do sistema jurídico-penal, em última análise, consiste na atividade de confirmar ou não a validade das normas, isto é, de confirmar ou não expectativas sociais dirigidas às normas.

Essa afirmação pode parecer equivocada, na medida em que se afirma, como de fato se afirmou, que o sistema jurídico-penal se abre para o ingresso de bens jurídicos. Poderia se argumentar que, se a evolução do sistema do direito penal está na confirmação da validade das expectativas normativas, então não faria sentido que o sistema se abrisse para o ingresso de bens jurídicos e interesses.

Todavia, isso se explica pelo fato de que o sistema jurídico-penal vê nos bens jurídicos do seu ambiente uma informação, isto é, algo (um ruído) que ativa necessariamente a frequência utilizada pelo sistema. Ativa a frequência que opera no nível genérico de proteção. Assim, toda norma jurídico-penal carrega um interesse ao qual se é remetido por meio de um bem jurídico. O interesse existente na norma tem uma sintonia de alta frequência (baixa resolução) com um bem jurídico do entorno, isto é, o interesse socialmente refletido na norma possui uma ligação meramente referencial com um bem jurídico que transita pelo ambiente do sistema. Isso ocorre porque esse bem jurídico também tem um interesse que serve (meramente) como referência.

Aquilo que o sistema percebe de seu ambiente é a ressonância. Pode-se dizer que os fatos do ambiente são percebidos no sistema como ruído ou moléstia e somente de acordo com as estruturas do sistema, graças à frequência utilizada pelo mesmo, podem traduzir-se

em sua amplitude de onda e adquirir ressonância. Os bens jurídicos são estados ou fatos valorados positivamente⁵⁰. Os estados e fatos do ambiente podem ser contemplados pelo sistema de acordo com suas próprias chaves e se convertem em informações. É o que ocorre com os bens jurídicos e respectivos interesses.

A ligação referencial entre o bem jurídico do ambiente e o interesse da norma vigente no sistema existe porque, por ser o bem jurídico algo empiricamente perceptível, no momento em que é lesionado ou posto em perigo torna-se capaz de ser percebido pelo sistema penal, isto é, como um “ruído capaz de ser ouvido”; e, desse modo, ativar as chaves do sistema para que este se abra.

A modificação do mundo naturalístico (modificação de estados e coisas positivamente valoradas), ou a ameaça de tal modificação, são as únicas formas de despertar a atenção do sistema jurídico-penal, vale dizer, de sensibilizá-lo à abertura. Esse o motivo pelo qual o sistema jurídico-penal abre-se para o ingresso de bens jurídicos e interesses respectivos, embora se trate de um sistema que cuida antes de proteger a vigência normativa.

Então, o bem jurídico e o interesse passam a ser informações para o sistema penal. Se o interesse for valorado pelo sistema penal como correspondente ao interesse refletido numa expectativa social designada por uma norma penal violada, legitima-se a sanção.

8.2.3 Pautas de conduta como informação do ambiente

O mesmo vale quando os bens jurídicos e interesses não provêm do ambiente do mundo, mas de outros sistemas. Então ocorre o que Luhmann designa como “acoplamentos estruturais” entre dois ou mais sistemas. Tais acoplamentos (não são fusão) representam a realização de uma correspondência de determinado evento que desperta a atenção do sistema do direito penal.

É dessa forma que não apenas bens jurídicos e interesses de outros sistemas, mas também as normas generalizadas de comportamento existentes em outros sistemas, entram em consideração para o direito penal; são deveres de conduta que ingressam no direito penal e pas-

⁵⁰ JAKOBS, Günther. *Derecho penal*; parte general, fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 50.

sam a ser analisados. Esses deveres comportamentais (e o interesse respectivo) também irritam o sistema do direito penal. Tais deveres de conduta (e respectivos interesses), enquanto representem expectativas generalizadas de comportamento de determinado sistema, ingressam no sistema jurídico-penal tais quais os bens jurídicos. Mais precisamente, ingressam como *pautas de conduta de outro subsistema*.

Se tais pautas de conduta forem indispensáveis ao funcionamento do sistema que se acopla ao sistema do direito penal, ficam valoradas como penalmente relevantes e a quebra de expectativa de conduta legitima a sanção.

Ainda com relação aos acoplamentos estruturais, é bom lembrar que Luhmann vê o direito (e, portanto, o subsistema do direito penal também) como um sistema que tem os demais sistemas sociais como seu entorno e que reproduz, de forma particular, a unidade do conjunto do sistema social.⁵¹

Assim, pode-se dizer que a evolução vem representada pela atividade de analisar o valor que o bem jurídico, a pauta de conduta e os respectivos interesses portam em seu ingresso no sistema jurídico-penal, a fim de verificar se ele corresponde ou não ao valor referido a uma norma cuja validade será ou não mantida pelo direito penal em vista da expectativa de conduta social a essa relacionada, tudo no intuito de manter a configuração social.

Poderia se tentar recorrer ao interesse que também vem do entorno (do mundo ou de outro subsistema). Todavia, isso, igualmente, não solucionaria a questão, pois o interesse, tanto quanto o bem jurídico, provém de um ambiente complexo ou de um sistema diverso (porque tem auto-referencialidade própria), em que existia como um dado previamente conformado naquele ambiente ou sistema. Em relação a sistema jurídico-penal, ou provém de um sistema insuficiente (sistema psíquico) ou de um sistema de outra (diferente) auto-referencialidade.

⁵¹ IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*; Niklas Luhmann o la teoría como escándalo. Barcelona: Anthropos, 1990. p. 294.

POLÍTICA CRIMINAL E SOCIEDADE DE RISCO

Sumário: 1. A evolução da política criminal: 1.1 Franz von Liszt; 1.2 Claus Roxin; 1.3 Os princípios da política criminal – 2. As tendências da política criminal na sociedade de risco. O retrocesso da política criminal: a “real” retomada de Von Liszt – 3. Segurança e sociedade de risco: 3.1 A ambivalência do risco e a política criminal; 3.2 Política criminal e o princípio da precaução: 3.2.1 A delimitação conceitual do princípio da precaução; 3.2.2 As vantagens do princípio da precaução; 3.2.3 Críticas ao aporte do princípio da precaução sobre o direito penal do risco; 3.3 O risco e a formação das expectativas sociais de conduta: 3.3.1 A dimensão temporal, a formação das expectativas e o risco; 3.3.2 A dimensão material, a formação das expectativas e o risco; 3.3.3 A dimensão social, a formação das expectativas e o risco; 3.4 Política criminal, segurança e globalização; 3.4.1 A responsabilidade penal da pessoa jurídica – 4. As possibilidades e advertências para a política criminal na sociedade de risco – 5. Uma saída para a política criminal na sociedade de risco – 6. A política criminal possível para a sociedade de risco: 6.1 A política criminal para os riscos definidos; 6.2 A política criminal para os riscos construídos: 6.2.1 Questionamento de pautas de conduta e defraudação de expectativas sociais; 6.2.2 Relevância sistêmica da defraudação de expectativas; 6.2.3 O risco e a desestabilização do subsistema.

1. A EVOLUÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL

O movimento político-criminal moderno aparece na Alemanha nos anos 50 e início dos 60, quando parte da doutrina reclamava por um retorno a Von Liszt. Essa tendência estabeleceu-se com maior força em torno do Projeto Alternativo do Código Penal de 1966.

Tais posturas foram uma reação ao passado – então recente – mais precisamente à Segunda Guerra Mundial e à ideologia respectivamente defendida pela Alemanha naquele período. Duas características se fizeram presentes na retomada da política criminal: a) o critério jusnaturalista, com o fim de superar os valores do nazismo; b) e o perfeccionismo dogmático-finalista, com o objetivo de se superarem as funções garantidora e ético-social da dogmática, que se haviam perdido com a escola de Kiel.¹ A política criminal não surge, ela renasce, pois fora em Franz von Liszt – um dogmático moderno em direito penal para a sua época – que a política criminal aparece pela primeira vez com força.²

1.1 Franz von Liszt

Liszt levou a cabo uma renovação da dogmática em seus pontos centrais e básicos. Entendeu que para a delimitação do que é o injusto, bem como a culpabilidade, são necessários outros conceitos que escapam do seu âmbito e cuja determinação requer o concurso das demais disciplinas das ciências penais, em especial, a política criminal. Von Liszt era ao mesmo tempo um grande arquiteto da política criminal. Foi o primeiro a desenvolver sistematicamente a importância do enfoque político-criminal em relação com o direito penal. Ele também assinalou a indissolubilidade de objeto entre uma e outra disciplina, deixando como testemunho o seu conhecido Programa de Marburgo. Isso não significou para ele misturar as duas disciplinas. Ao contrário, à política criminal correspondia uma constante revisão crítica do direito penal vigente e a tarefa de propor as medidas para retomá-lo e cercá-lo o máximo possível das exigências oriundas dessa revisão.

¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*. 2. ed. Colombia: Temis, 1994. p. 175.

² LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*, tomo I, p. 7: “El conocimiento de la pena como uno de los medios para la lucha contra el crimen, puesto en manos del Estado, nos lleva más allá del Derecho vigente. Este conocimiento nos acerca a la cuestión del fundamento jurídico y de los fines del poder penal, así como del origen y de la naturaleza del crimen. La solución científica de estas cuestiones es objeto de la Política Criminal, que estriba en la criminología y la penología. La Política Criminal nos da el criterio para la apreciación del Derecho vigente y nos revela cuál es el que debe regir, pero también nos enseña a entender aquél, a la luz de su fin, y a aplicarle en vista de ese fin, a los casos particulares”.

Não implicava deixar de lado a missão garantidora do direito penal, a serviço do qual estava a dogmática, por isso disse que o direito penal é “o limite infranqueável da política criminal”.³

Desde Platão e sua oposição à erudição dos sofistas, não se concebe mais a política como uma não-ciência. Não é diferente com a política criminal. Von Liszt criou a política criminal como disciplina científica, definindo-a como o conjunto de critérios determinantes para uma “luta eficaz” contra o delito, todavia, partindo de uma concepção determinista do homem, na qual o delito era o reflexo da periculosidade do homem, periculosidade essa que poderia ser corrigida com a adequada terapia. Tratava-se, pois, de uma política criminal sob os signos do empirismo e da eficiência. Uma política criminal eminentemente voltada à prevenção do delito.

1.2 Claus Roxin

Afirma-se que a renovação do pensamento de Von Liszt se dá com Claus Roxin. Propriamente, este não renova, como ocorre com todos os retornos, mas vai além, na medida em que não se limitou à busca de eficácia na luta contra o crime como o único critério de racionalidade; introduzem-se outros princípios de autocontenção do poder punitivo estatal. Assim, não se trata de retomar o pensamento de Von Liszt, mas de modificá-lo, pois o referente de racionalidade de Von Liszt (empírico, de eficácia) restou alterado em sua substância diante do aporte de um segundo fator de racionalidade: o valorativo, de garantias. Um referencial de racionalidade que não opera mais

³ LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*, tomo II, p. 53: “La política criminal no aspira a sustituir al derecho penal, como la sociología; debe ‘marchar a su lado’; entre el derecho penal teórico y la ley penal, de una parte, y la práctica criminal y penal de otra. El derecho penal teórico nos da la norma de sus fines; la realidad, a su vez, nos muestra la variedad de medios empleados para conseguir aquellos fines (historia del desenvolvimiento de la pena); el resultado conseguido y la variedad de medios que ofrecen las condiciones actuales de la vida. De aquí las dos funciones principales de la política criminal: 1.ª) crítica de la legislación penal vigente a la luz de los fines del Derecho y de la pena y observación de sus resultados; 2.ª) proposiciones para la reforma del Derecho penal actual. La política criminal, en el nuevo sentido, se apoya, como ‘exigencia metódica’, en una ‘investigación causal del delito y de la pena’; es decir, en la criminología (Garofalo), y en la penología (Lieber). Entre la política criminal y el derecho penal se dan ‘límites insuperables’, como los que existen ‘entre la política criminal y el derecho’”.

sozinho (o de Von Liszt), por estar operando conjuntamente com outro referencial de racionalidade (aquele acrescido por Roxin), não pode continuar sendo o mesmo referencial de racionalidade.

Num primeiro momento, Roxin dirige sua crítica contra a teoria finalista da ação de Welzel, sublinhando que, se o conceito de ação é prefixado ao direito, não somente tem um caráter ôntico (ao qual se deve renunciar definitivamente), mas também apriorístico. Assevera Roxin – como Liszt – que o direito penal tem por função a proteção do indivíduo frente à arbitrariedade da autoridade e deve restringir-se à concreção do princípio da legalidade sobre a base de uma ciência estritamente sistemática. Para Roxin, ao contrário de Liszt, contudo, a política criminal e o direito penal se mesclam, pois, de que valeria a solução de um problema jurídico, que, apesar de sua clareza e uniformidade, é errôneo do ponto de vista político-criminal? Ou seja: deve haver uma relativização da significação do sistema, para admitir-se a possibilidade de quebras norteadas por critérios de política criminal. O caminho que Roxin reputa acertado é o de deixar as decisões valorativas político-criminais penetrarem no sistema do direito penal, em que sua fundamentação legal, sua clareza e legitimação, sua combinação livre de contradições e seus efeitos não estejam sob os aportes do sistema positivista formal proveniente de Liszt. As idéias de Roxin tiveram especial importância para a configuração do Projeto Alternativo do Código Penal alemão, em 1966, que se prestaram a uma produtiva discussão do projeto oficial de 1962, com resultados no Código Penal de 1975.

Designa uma sensível evolução do sistema penal por intermédio da política criminal, conforme anota CHAVES CAMARGO: “a análise crítica de Roxin é pautada no equilíbrio que deve existir entre a sociedade e a salvaguarda da liberdade, que é possível através da funcionalidade da justiça penal, devendo a prevenção, que é a afirmação do direito, estar limitada pela exigência de liberdade do cidadão”.⁴

Os dois referenciais de racionalidade da política criminal acima referidos (o empírico e o de garantias) são identificados por Chaves Camargo como duas vertentes da política criminal: uma prática e outra científica. No sentido prático, ou empírico, a política criminal se ocupa das causas da criminalidade, como via para proteger a sociedade e o

⁴ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 164.

indivíduo, desde que seja observado um sistema organizado. Em sua vertente científica, ou teórica, a criminalidade é analisada mediante o emprego de uma base racional pautada em princípios orientadores, voltados para a análise da tipificação legislativa, da abrangência das normas e do próprio tipo penal, a fim de restringir a aplicação de seus efeitos nos limites legais, não invadindo a liberdade das pessoas; enfim, limitando o poder de punir.⁵

Destaque-se o preconizado equilíbrio entre prevenção de delitos e respeito às liberdades, pois, como adiante se verá, esse equilíbrio foi quebrado pela sociedade de risco, por motivos que a esta altura da exposição já não surpreendem.

1.3 Os princípios da política criminal

A política criminal em sua vertente de garantias é constituída por alguns princípios de base racional que dotam de racionalidade a sua segunda vertente (prática). Do contrário, a política criminal não operaria cientificamente.

Os princípios que norteiam a política criminal encontram-se na Constituição Federal e estão relacionados às garantias e direitos fundamentais no Estado democrático de direito. Este, por sua vez, não admite que a interferência na liberdade do cidadão ocorra arbitrariamente. E sempre que o Estado define legislativamente um delito ou determina qual bem jurídico deve e precisa ser protegido, ou ainda, sempre que elege qual classe de condutas representa riscos penalmente relevantes, isto é, socialmente perturbadores, há que se pautar pelo respeito às garantias e direitos fundamentais.

Isso quer dizer que, antes de o Estado recorrer à criação legislativa de um delito, deve antes ter esgotado todos os meios não penais (inclusive jurídicos não penais) para controle do fato socialmente perturbador. Nem toda a política criminal se esgota em medidas jurídico-penais. E, uma vez já tipificada a conduta, não será toda e qualquer lesão a bem jurídico ou frustração de expectativas sociais

⁵ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Ibidem*, p. 165. No mesmo sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Reflexiones sobre las bases de la política criminal*. El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Granada, 1999. p. 212.

que acarretará sanção, mas somente aquelas que representarem dano socialmente relevante. Ou seja, todo o direito penal ingressa na política criminal. Duas conclusões, portanto: 1) A política criminal não está construída apenas por medidas jurídico-penais; 2) Todo o direito penal se integra na política criminal.

Isso nada mais é que a concepção do direito penal como *ultima ratio*, concretando-se nos princípios da subsidiariedade e fragmentariedade, os quais norteiam a política criminal.

2. AS TENDÊNCIAS DA POLÍTICA CRIMINAL NA SOCIEDADE DE RISCO. O RETROCESSO DA POLÍTICA CRIMINAL: A “REAL” RETOMADA DE VON LISZT

Nas últimas décadas tem se assentado uma política criminal que é, todavia, eminentemente prática; menos teórica, menos científica, menos valorativa e menos garantidora de direitos fundamentais. Afirmou-se, assim, uma política criminal de orientação intimidadora e inocuidadora, freqüentemente oportunista e populista.

Para se alcançar uma proposta que possibilite assegurar a racionalidade da “nova” política criminal, é preciso primeiramente superar a orientação intimidadora e inocuidadora, o que representa uma tarefa não tão simples do ponto de vista científico, pois a “velha” política criminal da prevenção está fundamentada em uma racionalidade nova. Inicialmente, é preciso destacar um retrocesso político-criminal.

A evolução que representou a nova racionalidade da política criminal após Roxin foi esquecida, permitindo-se a retomada da racionalidade terapêutico-preventiva de Liszt. Esse “retrocesso” deve ser creditado às características da sociedade de risco que causam perplexidade e têm o poder de desorientar um sistema, como é o caso do subsistema do direito penal.

A política criminal da sociedade de risco efetivamente retoma Liszt, pois é fundamentalmente preventiva. É uma política criminal marcada por um notável adiantamento da proteção penal, o que conduz ao recurso freqüente do crime de perigo – em boa parte *crimes de perigo abstrato*. Também está caracterizada pela criação de novos bens jurídicos coletivos, cujo conteúdo é vago. É uma política cri-

minimal preocupada unicamente, ou ao menos eminentemente, com a proteção de mais e distintos bens, e ainda, de maneira a protegê-los antecipadamente, já em um estado prévio à lesão.

Por ser eminentemente assim, tal política criminal preventiva permite, sem grandes dificuldades, a flexibilização dos requisitos clássicos de imputação objetivos e subjetivos, bem como dos princípios e garantias fundamentais do cidadão.

Tais permissividades na sociedade de risco são levadas a cabo sob o argumento de que aos membros dessa sociedade interessa muito mais a minimização da insegurança, bem como a efetivação de um controle global, mesmo que isso conduza às flexibilizações de garantias e valores fundamentais. A teleologia da sociedade de risco viria assim a fundamentar tal política criminal no sentido de que o que se busca com tal política criminal não é mais o melhor, mas, sim, evitar o pior, uma vez que em tal sociedade encontram-se onipresentes e crescentes os novos perigos para a vida, a saúde ou para o meio ambiente, resultando lógico adiantar a proteção aos bens jurídicos, além de incluir mais bens jurídicos nessa proteção.

É uma política criminal que faz do direito penal um bastião da segurança, ou melhor, o único instrumento por meio do qual essa segurança pode ser eficientemente alcançada. Tal situação exige que sejam feitos dois exames: um, sobre a segurança possível na sociedade de risco; outro, sobre a capacidade do direito penal para controlar os novos riscos.

3. SEGURANÇA E SOCIEDADE DE RISCO

Já foi afirmado que a segurança jurídica é um argumento falacioso, todavia, relacionando-a com aspectos gerais do direito⁶: as naturais limitações da dogmática, o pluralismo jurídico e a globalização, esta última já como um aspecto da sociedade contemporânea sob o signo do risco.

Cabem, agora, apontamentos específicos sobre a segurança jurídica na sociedade de risco. Essa almejada segurança, embora tenha

⁶ Sobre a insegurança jurídica sob o enfoque sistêmico, confira-se: LUHMANN, Niklas. *Riscos e problemas em consequência da positividade. Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, série Biblioteca Tempo Universitário, n. 75, 1985, vol. 2, p. 52-61.

se tornado a mais perseguida condição social, termina por ser um objetivo inalcançável, na medida em que sofreu tamanha retórica que se tornou um fim em si mesmo,⁷ e, como tal, vem se prestando a todo tipo de política oportunista.

Sob o enfoque sistêmico que até aqui tem sido acolhido, dois argumentos revelam a impossibilidade de segurança na sociedade de risco. Um primeiro – que não é exclusivamente sistêmico – diz respeito à definição híbrida do risco. Outro, propriamente de cunho funcionalista, que exige a análise dos reflexos que o risco provoca nas três dimensões em que as expectativas normativas são susceptíveis de generalização: temporal, social e material.

3.1 A ambivalência do risco e a política criminal

O risco pode ser determinado em algumas situações de forma matemática. Não é uma construção normativa. É um resultado exato, mensurável. Responde com percentuais, valores, limites, etc. Vem designado como algo realmente existente, independentemente da percepção que cada um tenha dele. É um resultado necessariamente produzido por certas atividades econômicas e científico-tecnológicas. Aqui, o espaço para interferência política é reduzido.

Mas também, o risco pode ser determinado socialmente, com diferentes enfoques, tanto no que diz respeito ao ontológico como no que concerne ao conhecimento e gestão do risco. Aqui o risco não existe autonomamente; nem é propriamente definido. Ele é construído. O risco, assim, é erigido sob uma função variável, qual seja, a percepção que os agentes têm dele. Esse é o grande problema com que a política criminal deve enfrentar-se, pois a percepção social do

⁷ “El tránsito a la nueva configuración social conlleva a una transformación fundamental en el sistema axiológico colectivo. Mientras las sociedades industriales reposaban en una dinámica valorativa dirigida a la búsqueda ideal de la igualdad, la sociedad del riesgo desarrolla, como tensión ideal normativa, la idea de seguridad. La consideración, *per se*, – y dicho sea de paso –, no supone ninguna conclusión novedosa: la historia de la modernidad y del Estado-Nación ha construido sus líneas de desarrollo oscilando al rededor da la alternativa libertad/seguridad” (CAMPIONE, Roger. *El que algo quiere algo le cuesta*: notas sobre la kollateralischädengesellschaft. La seguridad en la sociedad del riesgo; un debate abierto. Colección políticas de seguridad, n. 2. Coordinadores: Cándido Agra, José Luis Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens. Barcelona: Atelier, 2003. p. 18).

risco está unida à sua configuração mensurável, afetando essa definição objetiva do risco. Nesse aspecto, o risco acaba por ser um fator sempre problemático para o direito penal.

Mesmo quando o risco é definido em termos matemáticos, ele é ambivalente. De um lado se apresenta delimitado cientificamente como uma realidade comprovável objetivamente e mensurável; de outro lado, se faz dependente dos juízos de percepção e valor que indivíduos e grupos sociais atribuem aos resultados obtidos. Tais juízos, todavia, deslocam o risco para uma construção social. E a construção social é sempre sujeita a falhas em relação às expectativas. Frequentemente o é. O risco, assim, acaba por sofrer uma argumentação psíquica (logo, frágil), que, devido à instrumentalização do “possível” em lugar do “provável”, vem carregada de emotividade a fim de preservar os indivíduos dos potenciais danos. A segurança termina por ser algo que é sempre inalcançável, inclusive porque é impossível um ambiente cem por cento seguro. Isso significa que a política criminal legislativa, ao construir tipos penais eminentemente voltados à proteção antecipada de bens ou ações, acaba por ser uma política criminal natimorta em termos de objetivação de segurança, pois sempre haverá um risco residual não garantido pelo dispositivo incriminador. A política criminal não se sensibiliza suficientemente diante dos dados estatísticos do risco, não sendo capaz de argumentar como se o risco fosse um justo receio fruto da matemática. A política criminal vem, ao invés, orientada pela determinação híbrida do risco, que tem uma genuína identificação social, logo, psíquica também. Uma política criminal assim funcionalizada é capaz de propiciar uma segurança que é, no máximo, passageira.

Na elaboração de estratégias contra o crime na sociedade de risco, a política criminal sofre obrigatória influência de um sistema debilitado, qual seja, aquele psíquico, porque provém do homem. Surge um paradoxo, pois a política criminal busca suas referências para definir estratégias contra a criminalidade da sociedade de risco justamente onde essas referências são menos confiáveis: na complexidade do entorno. Assim, quanto mais são elaborados tipos penais voltados para a sociedade de risco, mais ela parece insegura.

Isso ocorre porque a política criminal, enquanto subsistema que é também, não está dotada de estruturas que lhe permitam reagir adequadamente aos novos riscos, nem suportar a pressão das modificações emotivo-psíquicas das massas. Ao contrário, há uma disposição

estrutural a sucumbir às pressões políticas e de opinião pública.⁸ Existem sistemas que possuem tais estruturas de contenção, como a religião, por exemplo. Todavia, não é o caso da política criminal, pois esta procura estabilizar as conquistas evolutivas sob duas vertentes atualmente desequilibradas pela sociedade de risco (a teórica e a prática), em que uma delas restou potencializada, qual seja, a vertente prática, empírica, de combate à criminalidade. Representa uma política criminal que não se presta a conseguir segurança, mas, ao contrário, ampliar a insegurança.

3.2 Política criminal e o princípio da precaução

A partir dessa susceptibilidade da política criminal da sociedade de risco, também tem se verificado um desdobramento de sua vertente prático-preventiva refletido na abertura excessiva para o princípio da precaução.

Alguns setores da doutrina têm proposto o aporte do princípio da precaução sobre o direito penal, e especialmente sobre a política criminal, afirmando-o dotado de uma função de análise democrática de riscos e gestão democrática de riscos, limitando e prevenindo os riscos a patamares possíveis.⁹

Sem dúvida é um princípio importante na gestão, administração e distribuição de riscos que, todavia, deve permanecer fora do âmbito penal.

3.2.1 A delimitação conceitual do princípio da precaução

A atitude de prevenir a degradação do meio ambiente é concepção que passou a ser aceita no mundo jurídico, sobretudo nas três últimas décadas, graças especialmente ao direito alemão, que desde os anos 70 coloca o princípio da prevenção ao lado do princípio da cooperação e do princípio do poluidor-pagador. Todavia, prevenção e

⁸ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 177.

⁹ ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *Aportaciones del principio de precaución al derecho penal*. Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p. 77-105. Também: ROMEO CASABONA, Carlos Maria. Contribuições do princípio da precaução ao direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, n. 5, 2002, p. 36-60.

precaução não têm o mesmo sentido. A precaução possui um sentido mais amplo que a prevenção.¹⁰ A principal característica do princípio da precaução é a incerteza do dano.¹¹ A atitude de precaução deflui não só do que nós sabemos, mas também do que nós deveríamos ter sabido, e ainda, sobre o que nós deveríamos duvidar. O fundamento da precaução, assim, decorre do risco ou da ameaça, que serão analisados conforme o setor que puder ser atingido pela atividade ou obra projetada. Dele advém a obrigatoriedade do controle dos riscos para a vida em sociedade. Ou seja, o gerenciamento de riscos na modernidade é intrínseco à questão tecnológico-científica.¹² Isso exige a implementação imediata das medidas de prevenção, não havendo espaço para qualquer forma de adiamento. O princípio da precaução também conduz à paralisação das atividades cujos riscos são desconhecidos. O conhecimento na sociedade de risco é multidisciplinar e o recurso à investigação científica é quase sempre necessário. Mas, nem sempre a ciência é capaz de revelar todo o panorama cognitivo procurado. Isso conduz a um dever de abstenção de atividades sempre que houver dúvida ou incerteza, deixando-se, assim, de praticar um ato ou de permitir o uso ou a produção de certa substância.¹³

¹⁰ "La prevención denota una acción en pos de evitar algo antes de repararlo o intentar mitigarlo. Pero cuando actuamos preventivamente disponemos de conocimiento suficiente como para saber qué ocurrirá (aunque sea probablemente) de optar por determinado curso de acción. De este modo, el propio análisis del riesgo es ya por sí una herramienta preventiva, ya que aquí lo que se pretende es tratar con unos riesgos que previamente han sido medidos. En cambio, la precaución no denota un conocimiento, ni siquiera probabilista, acerca de las posibles consecuencias de nuestras acciones, por lo que actúa sobre un contexto de incertidumbre. Esto es, 'precaución' significa aquí prevención ante una amenaza o conjunto de amenazas cuya posibilidad es incierta (Hansson y Sandin, 2001, 28)" (RODRÍGUEZ, Hannot. Riesgo y principio de precaución; hacia una cultura de la incertidumbre. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n. 13/2003. La idea del riesgo aplicada al sistema penal. Generalitat de Catalunya. Escola de Policia de Catalunya, p. 149).

¹¹ Idem. Confira-se também, no mesmo sentido: MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001; ANTUNES, Paulo de B. *Direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

¹² O gerenciamento desses riscos, conforme o princípio da precaução, é feito em obediência aos seguintes princípios: 1) Proporcionalidade; 2) Não-discriminação; 3) Coerência; 4) Análise das vantagens e dos inconvenientes que derivam da ação ou da falta de ação; 5) Estudo da evolução científica (RODRÍGUEZ, Hannot. Riesgo y principio de precaución; hacia una cultura de la incertidumbre. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n. 13/2003. La idea del riesgo aplicada al sistema penal. Generalitat de Catalunya. Escola de Policia de Catalunya, p. 150).

¹³ RODRÍGUEZ, Hannot. *Ibidem*, p. 151.

3.2.2 *As vantagens do princípio da precaução*

O princípio da precaução, assim, orienta-se diferentemente do direito penal tradicional da prevenção. Enquanto este é guiado pela idéia de previsão ou de previsibilidade, isto é, uma certeza mais ou menos precisa na busca da redução dos riscos e suas probabilidades, o princípio da precaução se baseia na incerteza dos saberes científicos, enquanto tais. É no contexto da insuficiência ou das limitações da construção dogmática da previsibilidade que o princípio da precaução desempenha suas funções.

Argumenta-se que trasladar o princípio da precaução para o direito penal “é possível e conveniente, tanto pela perspectiva dogmática como político-criminal, como ferramenta mais adequada para conter alguns dos excessos da sociedade do risco e não somente para legitimá-los”. Afirma-se que tal princípio: oferece útil complemento à concepção e função da teoria do bem jurídico; ajuda na delimitação da conduta jurídico-penal relevante, bem como nos procedimentos de imputação de resultados; nos crimes culposos, auxilia na determinação da conduta que não corresponde ao cuidado objetivamente devido; ainda com relação aos crimes culposos, ajuda também a proceder à imputação de resultados à margem do pensamento da previsibilidade, sempre que a relação de causalidade possa ser demonstrada *ex post*, o que nem sempre é possível; nos crimes de perigo, contribui para definir *ex ante* a periculosidade da ação e – tendo em vista que nestes não é preciso a imputação de resultado nem é necessário estabelecer uma relação de causalidade – apresenta perspectivas de futuro muito mais favoráveis.¹⁴

3.2.3 *Críticas ao aporte do princípio da precaução sobre o direito penal do risco*

Todavia, essa “colaboração” do princípio da precaução não pode ser recebida sem reservas. Primeiramente, porque não se trata propriamente de uma colaboração, mas de uma proposta de nova racionalidade.¹⁵

¹⁴ ROMEO CASABONA, Carlos María. *Aportaciones del principio de precaución al derecho penal*. Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p. 104.

¹⁵ “El establecimiento del principio de precaución como elemento clave en la gestión del universo de potencialidades en nuestras sociedades altamente tecnificadas

E, como tal, não examina a situação acima afirmada, ou seja, a de que a política criminal na sociedade de risco não consegue superar o instrumento com o qual trabalha sua vertente prática, de prevenção, qual seja, a forte carga de emotividade do risco e o seu alto grau de psiquismo decisório.

O princípio da precaução carece de pautas razoavelmente definidas, que sejam capazes de dizer como deve ser seu atuar decisório no âmbito da política criminal. Pior, estando o princípio da precaução tomado em boa parte pelo princípio da prevenção de danos, sua função epistemológica está essencialmente orientada para a prevenção, em detrimento das garantias fundamentais do cidadão. É algo como “pôr uma raposa para tomar conta do galinheiro”.

É um aporte principiológico altamente susceptível de manejo político. Referido princípio existe sob três interpretações, quanto à sua extensão: 1) uma postura radical que advoga uma política de risco zero, baseada no princípio da abstenção e que propõe a inversão da carga de prova, que, portanto, deveria ocorrer sob o ônus de quem introduz a inovação tecnológica; 2) uma linha conservadora, que admite a assunção de riscos dentro de certos limites, restringindo a aplicação do princípio a riscos prováveis e conseqüências graves ou irreversíveis e rechaça a inversão da carga da prova; 3) e uma interpretação intermediária, que permite usar o princípio somente diante do aval de uma hipótese científica confiável, que conte com o apoio de uma parte significativa da comunidade científica e que mantenha a necessidade de repartir o ônus da prova baseado em critérios de oportunidade, combinando a consideração dos custos econômicos com critérios culturais, sociais e políticos.¹⁶ Existindo, pois, em três graus

supone adoptar un nuevo marco conceptual desde el cual se hace necesaria una relectura de los roles apropiados para la ciencia, la política, la economía, la ética y el derecho, en el contexto de la protección y gestión medioambiental proactiva (O’Riordan y Cameron, 1994, 12). Esto es, lleva consigo un nuevo compromiso cultural que abre las puertas a un reconocimiento más profundo de la incertidumbre en los diversos ámbitos de la vida” (RODRÍGUEZ, Hannot. Riesgo y principio de precaución; hacia una cultura de la incertidumbre. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n. 13/2003. La idea del riesgo aplicada al sistema penal. Generalitat de Catalunya. Escola de Policia de Catalunya, p. 153).

¹⁶ CAMPIONE, Roger. *El que algo quiere algo le cuesta*: notas sobre la kollate-ralschädengesellschaft. La seguridad en la sociedad del riesgo; un debate abierto. Colección políticas de seguridad, n. 2. Coordinadores: Cândido Agra, José Luis Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens. Barcelona: Atelier, 2003. p. 20-21.

de extensão, que podem ser traduzidos em três graus de tolerância ao risco, não é difícil admitir o manejo político que pode sofrer junto ao direito penal; por exemplo, caso seja tomado em sua interpretação mais radical (risco zero), o que implicaria excessiva e irrazoável antecipação da proteção penal diante de riscos ainda nem sequer conhecidos ou existentes, mas meramente imagináveis.

É um princípio que, ademais, possui uma limitação em sua abrangência que o impede de atuar como nova racionalidade, pois não é aplicável a toda situação de risco, mas somente àquelas que: 1) tenham como pressuposto um contexto de incerteza científica; 2) e contem com a eventualidade de danos graves e irreversíveis.

3.2.3.1 Princípio da precaução: um princípio político-moral

Outrossim, olvida-se uma importante questão quanto à natureza do princípio da precaução, qual seja, a de que ele não é propriamente um princípio jurídico. De fato, sua origem¹⁷ e principal âmbito de operação revelam que ele é um princípio moral e político inscrito nos textos jurídicos de direito internacional e interno, que necessita de informações externas ao direito para poder produzir efeitos jurídicos. É, assim, um princípio informativo e orientativo. Não é um princípio jurídico. É um "softlaw". Desse modo, o ingresso na política criminal de um princípio orientativo, de forte carga preventiva, só pode produzir uma política criminal eminentemente preventiva, de cunho moralista.

Mesmo quem defende que o princípio da precaução não é unicamente um princípio não-jurídico, acaba por admitir sua natureza híbrida (jurídica e não jurídica), onde não participa daquilo que normalmente se entende por uma regra jurídica.¹⁸

¹⁷ "Lo que se denomina actualmente principio de precaución hunde sus raíces en el *Vorsorgeprinzip* alemán, un principio que durante la década de los años setenta se convirtió en uno de los cinco principios fundamentales para la definición de la política medioambiental en la RFA. *Vorsorge* denota la idea de que un daño determinado debe evitarse antes de que ocurra por lo que premia la prevención en detrimento de la cura en relación a los daños medioambientales a evitar" (RODRÍGUEZ, Hannot. Riesgo y principio de precaución; hacia una cultura de la incertidumbre. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n. 13/2003. La idea del riesgo aplicada al sistema penal. Generalitat de Catalunya. Escola de Policia de Catalunya, p. 145).

¹⁸ ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *Aportaciones del principio de precaución*

A conclusão da susceptibilidade da política criminal ao argumento sentimental do risco reforça-se, aqui, pois é o que justifica o ingresso determinante de um princípio político-moral na política criminal.

3.2.3.2 O princípio da precaução e a acessoriedade penal

Afirma-se que o princípio da precaução poderia desempenhar uma função orientativa ou deliberativa, para posterior tomada de decisões. Nesse sentido, tem se aceitado que o princípio da precaução se dirige principalmente ao poder público como instrumento de avaliação prévia à tomada de decisões que lhe compete (aprovação de leis, decisões sobre política social). Seria um princípio, inclusive, de estrita observância por parte dos funcionários públicos de autorização e fiscalização ligados à ciência e à tecnologia.

Do ponto de vista político-criminal, então, está aberta a porta para uma ampliação do injusto, por meio do princípio da acessoriedade administrativa, conforme o qual as autoridades administrativas – por exemplo, em matéria de meio ambiente – determinam onde e quando se inicia o injusto penal.

3.3 O risco e a formação das expectativas sociais de conduta

Como está afirmado acima, o risco é ambivalente e sua determinação é híbrida; todavia, determinada de forma preponderantemente construtiva mediante uma perspectiva social. A dimensão social do risco é indispensável não só para a sua determinação, mas também para a sua gestão, isto é, quanto à valoração que deve merecer e quanto às consequências respectivamente derivadas. É justamente a dimensão social do risco que tem uma impactante consequência na formação das expectativas sociais de condutas.

Isso de dá porque o risco é um elemento *per se* inseguro, não podendo ser neutralizado e que, ademais, tem o pernicioso efeito de elevar-se progressivamente à medida que tenta ser controlado. Nessas condições, a segurança somente é possível no plano ideal-utópico, no

al derecho penal. Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001. p. 84.

sentido de que, quanto mais é perseguida, mais distante parece, dada a sua insuficiência nata, sendo, pois, um argumento que se presta para justificar todo tipo de objetivo que se queira alcançar.

As expectativas de conduta, enquanto sujeitas ao risco, revelam a utopia da segurança e a espiral crescente do risco. Tais expectativas vêm divididas em cognitivas (representadas como leis da natureza) e normativas (representadas como normas construídas), distinguindo-se pela forma como reagem às frustrações (divergência entre o esperado e o ocorrido). As primeiras são auto-estabilizáveis; as segundas não o são. As expectativas cognitivas impõem a aprendizagem caso sejam defraudadas, adaptando estas à realidade social vigente. As expectativas normativas não estão sujeitas ao aprendizado, isto é, facultam que o indivíduo continue agindo como deseja, enquanto não for desmentido pela realidade. No caso dos sistemas jurídicos, as expectativas predominantes são as normativas, diversamente do que ocorre com o sistema da ciência, em que predominam as expectativas cognitivas.

As expectativas normativas podem ser generalizadas em três dimensões: temporal, material e social.

3.3.1 A dimensão temporal, a formação das expectativas e o risco

Uma expectativa se generaliza na dimensão temporal quando se fixa de forma tal que faça factível manter as possibilidades selecionadas, ou seja, sua prestação seletiva, ainda quando no momento em que se realiza a seleção da ação concreta – presente – não estejam disponíveis. Com base no passado se selecionam possibilidades para o futuro que devem ter certo grau de probabilidade para cumprir sua função seletiva ou devem dar alguma resposta ante a possível reparação do problema da complexidade, provocada pela evidência da contingência da pré-seleção quando uma seleção concreta (uma ação) não se realiza no marco do previsto.¹⁹

No plano temporal, as expectativas devem ser mantidas em seu respectivo estilo normativo e não deve haver dúvidas sobre seu caráter contrafático, de muito difícil aprendizagem. Isso presume a continui-

¹⁹ GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, Bosch, 1993, p. 107.

dade do curso temporal, bem como autoriza a manutenção da crença geral no que é avaliado como “bom” e merece ser protegido.

Todavia, o risco provoca uma contundente quebra na expectativa de continuidade entre o presente, o passado e o futuro. O futuro já não pode ser mais visto como a continuidade do presente. Este – o presente – já não coincide mais com o futuro que dele se espera, nem o futuro corresponde ao esperado. Dito de outra forma: a compreensão do futuro como a representação do porvir daquilo que é feito aqui restou alterada significativamente pelo risco. Não sem razão, essa intromissão do risco que fratura a suposição de continuidade entre passado, presente e futuro foi chamada por Prieto Navarro de “infecção viral”.²⁰

A projeção antecipatória nos torna capazes de estabelecer prescrições vinculantes para nós mesmos e para terceiros, todavia, o risco provoca uma irritação profunda nesse marco. O risco desmente a suposição de que o presente que avalia o seu futuro de um modo “X” pode estar razoavelmente certo. O risco afirma que o presente que avalia o seu futuro de um modo “X” está provavelmente enganado, e que não há meios confiáveis para se alcançar sequer uma representação aproximada do porvir. O risco impõe que se acredite que as atuais projeções e regulações eleitas sobre bases fáticas presentes e sobre raciocínios conclusivos de resultado futuro podem trazer facilmente um porvir muito distinto do planejado, por força de seus efeitos latentes ou abertamente disfuncionais, que não estão em condições de ser antecipados e, menos ainda, governados.²¹

²⁰ PRIETO NAVARRO, Evaristo. *Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo*. La seguridad en la sociedad del riesgo; un debate abierto. Colección políticas de seguridad, n. 2. Coordinadores: Cândido Agra, José Luis Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens. Barcelona, Atelier, 2003, p. 35.

²¹ “Si la frontera entre lo lícito y lo ilícito fuera trazada por hechos futuros, ignorados en la actualidad, se estaría poniendo en peligro el compromiso actual con determinadas expectativas, algo que presisamente debe excluirse por medio de la codificación jurídica. A través de las decisiones normativas se pretende enlazar en tiempo, es decir, controlar el futuro desde el pasado e, de este modo, superar simbólicamente las discontinuidades del presente. Que esta pretensión se realice dependerá esencialmente de la posibilidad de identificar los presentes del futuro. A la luz de estas ideas se advierte que las premisas de el modelo normativo de ordenamiento há dejado de encajar con las premisas de la estructura social. Las sociedades se caracterizan por la previsión de estructuras de expectativas susceptibles de ser aprendidas. El ámbito de lo posible en la sociedad se ha enormemente

É como se o direito presente não pertencesse ao presente, pois o risco abre possibilidades imaginativas múltiplas para o futuro, e: “com essa abertura a um futuro supercomplexo e com o aumento da seletividade da experiência e da ação respectivamente atuais, modifica-se o caráter presente do direito, a experiência jurídica atual. Enquanto preparação para o futuro, enquanto passado ainda disponível de um futuro que se deseja, o presente se submete a um direito que ainda não é seu. Ele precisa abrigar significados que não convencem imediatamente, que não são auto-evidentes”.²² O risco potencializa essa impertinência do direito presente, fazendo-o um direito futuro, difusamente direcionado ao maior número de possibilidades imagináveis em vista do “tipo” de risco, o que termina por provocar um presente inseguro, em que pese seja um presente que age norteado pela segurança.²³

3.3.2 *A dimensão material, a formação das expectativas e o risco*

A dimensão material (ou real) se refere ao conteúdo das expectativas. Nela é analisado o grau de abstração do conteúdo das expectativas. Para a fixação do conteúdo das expectativas recorre-se ao conceito de “princípios de identificação” (pessoas, funções, programas e valores). Na base destes, na ordem da menor para a maior abstração, se generalizam faces de expectativas cujo grau de abstração dependerá

como consecuencia de la progresiva cientificación y de las diferencias funcionales. La experiencia de la contingencia omnipresente – la conciencia del riesgo – há devenido simplemente un signo de los nuevos tiempos u há arrinconado las expectativas normativas obtenidas de la moral. (...) De este modo se hace igualmente evidente cuál es el dilema de un Derecho del riesgo: su función de aseguramiento de expectativas fracasa por no conseguir un encaje correcto entre presente y futuro” (KARGL, Walter. *Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho*; sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena. La insostenible situación del derecho penal. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt; área de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra. Granada, 2000, p. 61).

²² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, série Biblioteca Tempo Universitário, n. 75, 1985, vol. 2, p. 170.

²³ “El empuje hacia adelante de las orientaciones instrumentales a costa del presente, es una condición para un aumento de rendimiento a través de la racionalidad. Pero esto conduce (como puede verse generalmente en los estudios de sociología industrial) al presente que se vacía de significado y así aumenta la presión de una necesidad de variables expresivas” (LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Título original *Vertrauen*. Universidad Iberoamericana. México, Editorial Anthropos, 1996. p. 23).

do princípio utilizado. Dentro desses princípios, a análise dos “programas” e especialmente da distinção entre “programas condicionais” e “programas finais” é abordada no direito positivo.²⁴ O fundamento do âmbito material é que nela se aponta o grau de abstração com o qual o esperado é formulado, a fim de que possa ser mais facilmente reconhecido e compartilhado pelo maior número de indivíduos.

Essa dimensão das expectativas sobre a qual o direito também procede às suas generalizações igualmente sucumbe ao risco, por ser este um fator de insegurança *per se*. Viver em perigo acarreta um desconcerto de fundo na formulação das expectativas de conduta, tendo em vista: a pluralidade de valorações; a alternativa proliferante de programas condicionais e finalistas com os quais domina uma sorte indominável, a superabundância de funções que exigem conhecimento e controle, e a assustadora possibilidade de empreender múltiplos cursos de ação. A insegurança sobre o possível e o devido traz consigo essas perplexidades, e não parece que se possam conseguir meios para superar essa situação: a convivência com o risco é inafastável e o maior conhecimento do risco não implica o seu maior controle, nem mais segurança.

3.3.3 A dimensão social, a formação das expectativas e o risco

A extensão das expectativas, sua institucionalização, entendida como a suposição da existência de consenso é o tema ao qual se refere a generalização na dimensão social. A dimensão social das expectativas tem em conta a diferença *ego/alter* e o problema da dupla contingência. A generalização, neste âmbito, se refere à questão do consenso.

Na dimensão social uma expectativa está generalizada, caso possa pressupor certo grau de consenso. Se a redução de complexidade é uma prestação do sistema para mediar o desequilíbrio de complexidades do mundo e dos sistemas psíquicos, só expectativas generalizadas nesta dimensão poderão resolver o problema da dupla contingência e funcionar como expectativas comuns.²⁵

²⁴ GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, Bosch, 1993. p. 172.

²⁵ GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. *Ibidem*, p. 107.

Assim, somente por meio de um mínimo de consenso em torno das expectativas seria possível algum grau de institucionalização e, somente dessa forma, o grupo consegue enfrentar com certo êxito a discrepância interna e a explosão valorativa da modernidade, secularmente fragmentadora.

O risco nessa dimensão é a impossibilidade do consenso estável sobre expectativas, tanto no que se refere ao que hoje deveria ser realizado e preferido, alvo de inúmeras controvérsias, como no que aponta para o futuro. Por exemplo, as discrepâncias entre os cientistas, ecologistas e cidadãos indiferentes no que diz respeito às políticas da ciência, por exemplo, ou à sustentabilidade de um desenvolvimento industrial determinado.

3.4 Política criminal, segurança e globalização

A política criminal na sociedade de risco até aqui desenhada é marcadamente voltada para a consecução de segurança e, todavia, não somente é ineficaz, como, pior, acaba por produzir o inverso. Pode-se dizer que é uma atividade que já nasce fadada ao insucesso ou, no máximo, a um sucesso efêmero.²⁶

Certamente, é uma política criminal que corresponde a genuínas demandas (pressões) sociais. Entretanto, não se pode dizer que seja uma política criminal aplicada eminentemente em razão dessas demandas por segurança, pois o poder público conta com boa capacidade de paralisar as atuais ações, bem como de desempenhar outras políticas sociais, diversas daquela voltada à segurança máxima. Não é menos certo que, caso fosse atenuado o ritmo da política criminal da prevenção e da segurança, ou mesmo se fosse aplicada política social de orientação diversa, seria um processo de política criminal frágil diante de sua susceptibilidade às pressões dos sistemas psíquicos. No entanto, mesmo assim, não pode ser ignorado o poder estatal de aplicar e deixar de aplicar novas orientações políticas.

Se o Estado pode (e poderia) atenuar a política criminal da prevenção e da segurança, ainda que com dificuldades, surge, então, justa a indagação de saber a quem interessa essa política criminal.

²⁶ Nesse sentido, também: ANDRADE, Vera Regina P. de. *A ilusão da segurança jurídica*; do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, *passim*.

Desde já pode se responder que interessa aos detentores do poder econômico-financeiro, o que não significa afirmar que tal política é conscientemente mantida por tal setor, questionamento que implicaria uma discussão que não cabe aqui adentrar.

De fato, resta visível como o sistema penal opera de forma a propiciar a manutenção do *status* econômico que hoje é produto do processo de globalização. A globalização é um dos aspectos da sociedade de risco. Já foi dito que a globalização promove exclusão social e debilita a cidadania. Afirmo QUINTERO OLIVARES que, “em sua cara mais suja, a globalização aparece como um eufemismo sob o qual se esconde a realidade do poder que grandes grupos econômicos estendem sobre a totalidade do planeta (...). O que se perde não é a identidade nacional, mas também a capacidade de movimentos e opções em matérias tão cruciais como são os alimentos, os medicamentos, os recursos naturais, a educação, a cultura e tantas outras coisas”.²⁷

Para compensar os défices sociais e de garantias fundamentais o Estado conta com muito pouco, pois sua soberania está diminuída por força da mesma globalização. Todavia, de alguma forma precisa reagir. E o faz acenando simbolicamente com medidas de prevenção à criminalidade, voltadas à segurança jurídica. Essas medidas recebem a legitimação formal do sistema, legitimação esta que, por sua vez, acaba por dar sustentação a uma instrumentalização do direito penal que deprecia os direitos humanos. As ciências sociais revelam que os sistemas penais das sociedades capitalistas – e, portanto, de sociedades globalizadas – operam estruturalmente de maneira ora seletiva, ora arbitrária, em desfavor dos direitos humanos, de um lado o fazendo sobre bases tensionadas pela busca da igualdade e, de outro, pela desigualdade social no acesso à riqueza (aqui entendida de uma forma plural, isto é, educação, saúde, etc.) e ao poder. Designa-se, assim, uma política criminal minimizadora de direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, o sistema penal e sua respectiva política criminal na sociedade de risco se prestam a reproduzir as desigualdades sociais. Ao distribuir segurança jurídica simbólica, a política criminal reproduz as desigualdades sociais sem alterar os níveis vigentes de riscos, não evitando também o advento de novos riscos. Há quem sustente

²⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. El derecho penal ante la globalización. In: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura et al. *El derecho penal ante la globalización*. Salamanca: Colex, 2002. p. 11.

que isso é feito intencionalmente a fim de manter os atuais padrões desiguais,²⁸ o que, como já dito, não cabe aqui ser discutido.

Essa postura do sistema penal, efetivada pela política criminal, recebe a legitimação da dogmática jurídico-penal. Esta é ligada intimamente à política criminal: "A dogmática jurídico-penal e a política criminal estão unidas e, com apoio nos princípios constitucionais, se destinam a cumprir os objetivos de reafirmação dos valores vigentes, não só para escolha dos instrumentos capazes de obstaculizar a criminalidade, nos limites das garantias constitucionais, mas também colaborar para a construção da norma futura"²⁹. Tal qual a política criminal, a dogmática também sucumbiu à lógica desse sistema penal, inclusive por ser uma de suas instâncias internas. Os limites e possibilidades da dogmática restaram condicionados pelo sistema. Pautada pelas tarefas de minimizar a insegurança e garantir os direitos fundamentais, a dogmática acaba por dar racionalidade científica às decisões tomadas pelo sistema penal da globalização. Assim, a dogmática penal termina por configurar a si mesma como um importante suporte da manutenção da desigualdade social. Isso representa um déficit histórico da função instrumental da dogmática. De outro lado, a eficácia garantidora da dogmática jurídico-penal tem sido simbólica por força da aptidão da ideologia do discurso dogmático para reproduzir determinadas representações: "O déficit de tutela real dos direitos humanos é assim compensado pela criação, no público, de uma ilusão de segurança jurídica e de um sentimento de confiança no direito penal e nas instituições de controle que têm uma base real cada vez mais escassa".³⁰

Além do déficit instrumental, há também um cognoscitivo. De fato, a capacidade cognoscitiva da dogmática é limitada diante da descomunal complexidade social. A dogmática jurídico-penal não consegue captar toda a fenomenologia e reduzi-la. Isso impõe que opere com sistemas mais simplificados, como os do direito penal clássico e os velhos esquemas hermenêuticos. Ademais, manifesta a clara tendência de buscar expedientes "novos" (setorização do direito penal, princípio

²⁸ ANDRADE, Vera Regina P. de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 297.

²⁹ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo, Cultural Paulista, 2002, p. 168.

³⁰ ANDRADE, Vera Regina P. de. *Op. cit.*, p. 313.

da precaução, responsabilização penal da pessoa jurídica, etc.) sempre que se vê diante de situações que não consegue explicar.

Por isso também, a dogmática penal – e como consequência, a política criminal na sociedade de risco – é refratária a adotar as posturas sociossistêmicas para as tarefas concomitantes de conter a criminalidade, dar segurança jurídica e respeitar o Estado democrático de direito.

3.4.1 A responsabilidade penal da pessoa jurídica

Cabe especial anotação, neste tema, sobre as propostas de responsabilização penal das pessoas jurídicas ou coletivas, devido à grande adesão que receberam e têm recebido.³¹

Não se pode deixar de ignorar que em favor dessa proposta militam importantes motivos. Primeiramente, argumenta-se do ponto de vista empírico. As dificuldades inerentes à persecução da pessoa física pela justiça penal são evidentes e têm deixado a desejar. Isso se deve aos princípios pelos quais tal persecução deve se pautar, como o *in dubio pro reo*, a causalidade, culpa subjetiva, entre outros. Afirmar-se que tais princípios são incompatíveis com as características da sociedade de risco, entre as quais se podem citar os entrelaçamentos hierárquicos das responsabilidades, que dificultam a prova necessária para uma condenação no processo penal.

Também se argumenta com base no reduzido efeito preventivo das sanções penais que recaem sobre o indivíduo, posto que também se diluem no emaranhado das organizações e hierarquias empresariais, sendo que acaba por se punir uma parte, raramente a mais responsável, e não o todo, gerando um efeito de injustiça porque quase sempre aquele que vem a ser penalmente responsabilizado figura como um “bode expiatório”. Os defensores da responsabilização penal da pessoa

³¹ No ano de 1988 a Constituição Federal do Brasil passou a admitir tal forma de responsabilidade. Dez anos depois, em 1998, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas já era admitida nos ordenamentos de diversos países, entre outros, no direito inglês, escocês, irlandês, holandês, norueguês, norte-americano, canadense, australiano, português, francês, bem como ainda em Luxemburgo, Dinamarca e Japão, todos orientados por um forte pragmatismo na busca de soluções penais, ignorando os severos obstáculos existentes sob a perspectiva dogmática (TIEDMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 06, Lima, jun. 1998, p. 783-803).

jurídica pugnam, assim, pela responsabilização do “todo”, isto é, da inteireza da estrutura da qual proveio o ato que gerou o dano ou o perigo de dano, o que somente seria alcançado com uma sanção que recaia sobre a pessoa coletiva.³²

Todavia, as propostas de responsabilização penal das pessoas jurídicas esbarram em fundamentos históricos da teoria do direito e do direito penal.

O maior argumento no qual tropeçam tais propostas está em considerar que a própria pessoa jurídica seja capaz de realizar uma ação penalmente relevante, uma vez que são sempre os sujeitos individuais os que atuam pelas corporações.

As pessoas jurídicas não são sujeitos capazes de ação penal, porque não podem ser objeto de uma norma de determinação. A conduta incriminada traz em seu bojo um verbo nuclear que está relacionado ao elemento subjetivo, que é o dolo, entendido este como a intenção livre e consciente de praticar a conduta e produzir um resultado. Portanto, há uma ação (ou omissão) pautada por critérios anímico-subjetivos que possibilitam o juízo positivo de reprovação da conduta. A capacidade de culpabilidade, portanto, passa pela imputabilidade como nexó anímico entre o fato e o sujeito responsável. Não havendo na pessoa jurídica um sujeito imputável capaz de atuar com dolo, não há culpabilidade. Portanto, não há delito.

Se a ação é entendida como o comportamento que voluntariamente causa um resultado, e se a vontade possui um sentido psicológico que se origina no livre-arbítrio do indivíduo, resta difícil admitir que a pessoa jurídica possa delinquir, na medida em que não possui inteligência e vontade. Falta, assim, culpabilidade à pessoa jurídica, pois esta pressupõe capacidade de ação decorrente de uma vontade psíquica.

A aceitação da responsabilidade da pessoa jurídica implicaria modificações de posturas de método e de paradigmas de imputação, enfim, implicaria uma nova racionalidade da culpabilidade.³³ Ademais,

³² FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal*; panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001. p. 104.

³³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido*. El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad. Coordenadores: Maria Rosário Diego Díaz-Santos & Eduardo A.

também causaria a atenuação de garantias fundamentais, como, por exemplo, o princípio da personalidade da pena, pois, pelo prisma da separação entre as realidades da pessoa jurídica e de seus sócios, não raro ocorreria responsabilização criminal da pessoa jurídica pela atuação (descumprimento de um dever jurídico) de outro sujeito (sócios), o que conduziria à responsabilidade penal objetiva ou responsabilidade penal por fato de terceiro. Basta imaginar um delito atribuído à pessoa jurídica, cujo fato resultante derive de uma decisão tomada por maioria dos votos de seus sócios; necessariamente, houve uma minoria de sócios que votou contra aquela determinada ação ou omitiu-se em votar, mas, de qualquer forma, foi atingida pelos efeitos penais da sanção.

Afinal, no campo da teoria da pena, a eficácia da sanção imposta restaria duvidosa porque: 1) não se poderia aplicar à pessoa jurídica uma pena privativa de liberdade, ignorando-se, assim, que a pena privativa de liberdade é uma característica marcante do direito penal moderno; 2) é altamente questionável que a pessoa jurídica seja capaz de perceber a lesão que provocou ou a expectativa social que defraudou; 3) é igualmente questionável que a pessoa jurídica se sensibilize, isto é, sofra com aplicação da sanção, entendida esta como um mal.

Enfim, as propostas de responsabilização penal da pessoa jurídica nada mais revelam que uma nova racionalidade para o princípio da culpabilidade, como decorrência do esgotamento da dogmática penal tradicional ante as inusitadas características da sociedade de risco.

4. AS POSSIBILIDADES E ADVERTÊNCIAS PARA A POLÍTICA CRIMINAL NA SOCIEDADE DE RISCO

Diante do exposto, pode-se dizer que a política criminal se presta muito pouco a conter os novos riscos e os riscos globais. Nesse sentido, a política criminal chega a ser muitas vezes contraproducente, aumentando a sensação de insegurança.

Além de sua fragilidade diante dos sistemas psíquicos que comunicam e constroem socialmente o risco, também há uma propensão estrutural da política criminal em aceitar pressões políticas e de opinião pública. Por isso, o direito penal está claramente orientado por uma política criminal que progressivamente adianta a linha de defesa do dano ao perigo. Há uma clara reação que não passa do simbolismo, na medida em que não logra alcançar os efeitos declarados. Em contrapartida, quanto mais se percebe a improdutividade da legislação penal do risco, mais o direito penal fica deslegitimado, desacreditado.

Essa deslegitimação do direito penal mediante a política criminal da prevenção revela também que o risco – embora tema antigo do direito penal – é um elemento social refratário à regulamentação jurídica. Sua natureza coaduna-se com os ambientes tecnológicos, econômicos e científicos. Estes sistemas têm as ferramentas e estruturas adequadas ao tratamento do risco, e sempre que as políticas de gestão do risco saem desses sistemas para ingressar no sistema jurídico, o risco presta-se a uma construção eminentemente social, logo, propensa à agudização mitificada de sua real existência. Bastaria à política criminal que respeitasse seus princípios de subsidiariedade e fragmentariedade, deixando a administração e a distribuição dos riscos aos ambientes que podem fazê-lo com maior competência. Como já anotado, a política criminal não está construída apenas por medidas jurídico-penais; todo o direito penal se integra na política criminal.

Isso não é uma novidade, pois, sempre que o direito se meteu a regrear excessivamente âmbitos sociais que são refratários aos expedientes jurídicos penais, terminou por agredir a sua própria dignidade: 1) ora o objeto de regulação permanece indiferente ao direito, com o que o direito e o Estado são condenados à ineficiência (por exemplo, foi o que ocorreu com a matéria ambiental); 2) ora o direito destrói a autonomia do âmbito regulado (por exemplo, o que ocorre quando se permite o aporte do princípio de precaução, sobretudo em matéria de crimes comissivos por omissão e posição de garante, propiciando a responsabilidade penal objetiva); 3) ora desacredita a própria fórmula jurídica (como ocorre tipicamente com as frustrantes tentativas de regular a economia ou a tecnologia).³⁴

³⁴ PRIETO NAVARRO, Evaristo. *Sobre los limites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo*. La seguridad en la sociedad del riesgo; un debate abierto. Colección políticas de seguridad, n. 2. Coordinadores: Cândido Agra, José Luis Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens.

Isso não significa renunciar absolutamente à regulação penal de comportamentos perigosos. Significa, apenas, que tais criminalizações devem se restringir às situações em que o perigo pareça efetivamente insuportável e sempre com observância da inviolabilidade da esfera íntima das pessoas; nada mais que a observância do direito penal como *ultima ratio*.

Cabe anotar, em tema de desrespeito ao caráter de *ultima ratio*, que nem mesmo se trata de recorrer a uma política criminal de *prima ratio*, mas, pior, de *sola ratio*, como se o direito penal fosse a única saída para se obter segurança e afastar os novos e potencializados riscos. Tal quadro desnuda duas situações. A primeira é o altíssimo grau de aptidão do direito penal para expressar e traduzir positivamente as aflições sociais, inclusive, desde leves ou passageiras aflições da comunidade.³⁵

A segunda, e mais importante, é que a indagação a ser feita não é propriamente sobre “as possibilidades da política criminal na sociedade de risco”, mas, antes, saber por que a segurança – que é uma matéria melhor trabalhada em outros sistemas (jurídicos e não jurídicos, como a ciência, tecnologia, economia, direito administrativo) – ingressa como idéia básica do moderno direito penal, provocando a perda da identidade do direito penal, na justa medida em que este cogita, se não aplica, flexibilizações nos direitos e garantias fundamentais, ignorando mais de dois séculos de humanização.

A resposta está em que o risco é um elemento capaz de desestabilizar não só as estruturas, mas também os sistemas não dispostos à aprendizagem, pois sua natureza híbrida possibilita uma comunicação psíquica dramatizada, construindo uma imagem do pior, de um futuro temido, que o sistema normativo não está preparado para observar e decidir *frigido e pacatoque animo* justamente porque é normativo, sofrendo de sentimentalismos negativos e freqüentemente arbitrários.

A advertência que se pode fazer à política criminal é, assim, a de que deve observar estritamente os seus princípios de subsidiariedade e fragmentariedade, como forma de se impor sobre o ingresso dramático do risco e sua construção num ambiente que não lhe é próprio. Nesse

Barcelona: Atelier, 2003. p. 41.

³⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. Monografia IBCCRIM, n. 34, São Paulo, 2005, *passim*.

quadro, soa reconfortante saber que a história do homem depõe a favor da capacidade do racionalismo em superar o arbítrio.

5. UMA SAÍDA PARA A POLÍTICA CRIMINAL NA SOCIEDADE DE RISCO

A fragilidade da estrutura da política criminal diante dos argumentos preventivos e das pressões políticas e comunitárias por segurança não inviabiliza uma proposta de política criminal na sociedade de risco. A solução está no resgate da identidade do direito penal, ou mais apropriadamente, na observância que o direito penal deve ter por sua auto-referencialidade e por seus princípios, enfim, no respeito por si mesmo, a fim de vencer tais pressões que o desestabilizam.

Argumenta-se que estão sujeitos a tais pressões tanto o direito penal de política criminal voltado à proteção de bens jurídicos como o direito penal que atribui à pena a função de estabilizar e exercitar a fidelidade ao direito, e, assim, assegurar expectativas de comportamentos que confirmam a identidade social. Todavia, este último (o direito penal do normativismo) estaria mais fragilizado para sucumbir às pressões de uma política criminal dirigida à obtenção de segurança, que levaria tal direito penal a usar dos meios penais como instrumentos para realizar a própria configuração social, em uma função “educativa” ou de promoção de valores que lhe deveria ser alheia.³⁶

Tal argumento não invalida a conclusão antes obtida, no sentido de que o direito penal protege tanto bens jurídicos quanto a validade das normas, com precedência destas, uma vez que tal divisão não se justifica instrumental, nem axiologicamente.

Ademais, tal posicionamento incorre em dois equívocos.

O primeiro é supor que o direito penal do normativismo funcional poderia conduzir a uma capitulação ante a prática política criminal imperante em cada momento na atividade legislativa ou dos tribunais. Nesse sentido, fundamenta Schünemann³⁷ que, ao se pretender extrair

³⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 178.

³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, fasc. I, Madrid, jan.-abr. 1996, p. 189: “Puesto que en vez de ello Jakobs

o conteúdo conceitual das categorias dogmáticas exclusivamente das funções do sistema social de que se trate, tal concepção de direito se adaptaria a qualquer política criminal, podendo assumir sem problema algum as demandas preventivo-assecuratórias da sociedade de risco.

Isso é um equívoco, na medida em que a proposta normativista-funcional recorre a um referencial político externo, como, aliás, é próprio da teorização luhmanniana, por meio de acoplamentos estruturais. Mais precisamente, o direito penal normativista-funcional usa de dois importantes critérios externos à sua própria regulação, quais sejam, os princípios do Estado democrático de direito (liberdades asseguradas constitucionalmente, bem como garantia e direitos fundamentais) e o *status* de cidadão.

O segundo equívoco está em que as pressões por uma política criminal da segurança se traduzem na pressão pelo continuísmo de busca desenfreada de progresso tecnológico-científico, o qual está visceralmente conjugado com a produção de riqueza. Assim é, pois, a idéia de risco aporta junto com qualquer progresso alcançado no âmbito da ciência, o que tem justificado a aceitação de riscos, já que o progresso é desejado como forma de se possibilitar o desenvolvimento do Estado. Há um apriorismo social com relação à idéia de progresso, pois a sociedade comporta-se como se o progresso sempre implicasse algo designadamente bom. Isso é um neopositivismo social espelhado pela pretensão de que o conhecimento científico conduza à solução dos problemas práticos. Por isso há uma disposição à aceitação de todo tipo de progresso, que em um primeiro momento surge como algo mais importante que a idéia de risco que traz consigo. Sabe-se que o risco advirá com o progresso, todavia prefere-se a sua não-consideração, ao menos enquanto não ingresse com contornos mais ou menos visíveis no imaginário das pessoas. O progresso, como uma finalidade que tudo justifica, substitui politicamente o consenso e, inclusive, o questionamento. Não se ignora que advirão riscos junto com o progresso científico, mas opta-se por sua gestão após o advento da nova tecnologia que o trouxe. Uma vez visualizado o risco, recorre-se à política criminal de prevenção. É lícito concluir, então, que as

quiere extraer el contenido conceptual exclusivamente de las funciones del sistema social en cuestión, su concepción del derecho penal se adapta a cualquier política criminal y puede, por tanto, asumir sin problema alguno cualquier modernización del derecho penal”.

pressões feitas pela política e pela opinião pública sobre a política criminal são, em última instância, pressões em favor do progresso.

Se é difícil a resistência da política criminal às pressões baseadas no argumento do risco, mais difícil ainda é quando tais pressões se revelam como desdobramentos de um desejado progresso.

Tais pressões atingem, assim, tanto o direito penal voltado à proteção de bens jurídicos como o direito penal dirigido à manutenção da identidade social. A saída para a política criminal na sociedade de risco é, então, de qualquer modo, aliviar essas pressões, embora impossível ignorá-las, o que possibilitará ao direito penal recuperar sua capacidade de auto-referência, isto é, de decidir verdadeiramente como direito penal, usando de seus princípios e em vista de sua missão.

6. A POLÍTICA CRIMINAL POSSÍVEL PARA A SOCIEDADE DE RISCO

A política criminal tem, contudo, o dever de encontrar um caminho possível e plausível para compreender o risco, isto é, com respeito aos seus princípios de subsidiariedade e fragmentariedade. Até aqui a política criminal vem atuando de forma totalizante, pois ao menor sinal de risco opta por criminalizar. Logo, há uma incorreta compreensão do risco. Diante da necessidade que a política criminal tem de equilibrar as metas de prevenção e de asseguramento de garantias, é seu dever encontrar uma correta compreensão do risco na sociedade contemporânea,³⁸ o que implicará a restrição de sua atividade

³⁸ É o que afirma PAREDES CASTAÑÓN, para quem o direito penal deveria preocupar-se mais com o método sociológico a ser utilizado para definir epistemologicamente os conceitos teóricos das ciências sociais relevantes da sociedade de risco: "Más interesante, me parece, sin embargo, apuntar outra línea de analisis y debate acerca del discurso del 'derecho penal del riesgo', que considero imprescindible y potencialmente muy fructífera para la configuración de una política criminal adecuada para nuestras sociedades. Me refiero a la crítica metodológica ('interna', por lo tanto), a los métodos conforme a los cuales pueden y deben identificar los objetos de la protección jurídica y jurídico-penal. En el caso que ahora nos ocupa, el método por el que pueden y deben identificarse los 'riesgos', tecnológicos o sociales, a los cuales lo derecho penal debería dar su respuesta preventiva" (PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del "derecho penal del riesgo". *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n. 13/2003.

criminalizadora, já que o risco vem sendo usado apenas como uma visão psíquica alarmante.

Essa noção de risco deve ser buscada na teoria sistêmica, isto é, uma noção de risco sistêmico.

O dever de se buscar uma coerente noção de risco não está apenas no desequilíbrio da relação prevenção/asseguramento de garantias. Está também em três situações, nas quais a política criminal se vê no dever de encontrar uma definição de suas atividades frente à característica social do risco: 1) diante da existência de um risco significativo, socialmente relevante e a necessidade de controlá-lo, o que legitima a intervenção penal; 2) pelo fato da presença constante do risco como característica da sociedade contemporânea, que remete à exigência de se estabelecerem quais são os riscos permitidos, admitindo assim que certos riscos devem ser comparados e preferidos em relação a outros riscos, com efeitos restritivos para a tipicidade; 3) e ante a consideração de que as regras de imputação se constroem também com base no conceito de risco. Esses três aspectos legitimam a política criminal a não desconsiderar o risco na sociedade contemporânea.

Uma vez designado que a política criminal deve atentar para o risco, buscando uma compreensão sistêmica deste, resta determinar que tal política deve se harmonizar com a missão jurídico-penal designada (consistente em confirmar a identidade social, que deve estar refletida na expectativa social designada como existente em certo momento histórico e para um determinado grupo social).

Inicialmente, há que se proceder a uma divisão de atuação conforme os modos de definição dos riscos; um, eminentemente tecnológico, e outro, construído socialmente.

6.1 A política criminal para os riscos definidos

Na primeira situação o risco existe como entidade independente das percepções sociais. E, embora seja possível – e até freqüente – um

La Idea del riesgo aplicada al sistema penal. Generalitat de Catalunya. Escola de Policia de Catalunya, p. 14); "En todo caso, creo que puede bastar con lo dicho para justificar mi tesis de que el modelo del 'derecho penal del riesgo', antes que de otra cosa, peca de monologismo, de no resultar sensible a la pluralidad de enfoques que, en fenómenos sociales novedosos – o que se perciben como tales – como los que pretende afrontar, inevitable y afortunadamente existen" (PAREDES CASTAÑON, José Manuel. *Op. cit.*, p. 24).

posterior manejo político dos resultados tecnologicamente obtidos, a tônica é uma definição exata do risco, em termos mensuráveis, fixados em percentuais, valores limites, etc. Isso torna mais fácil a tarefa da política criminal, bastando que não permita intromissões impertinentes do ponto de vista normativo-funcional que desnaturem os valores medidos para o risco.

A tarefa assinada à política criminal é a de que se sensibilize suficientemente diante dos dados matemáticos do risco, ao mesmo tempo em que se importe menos com a emotividade psíquica resultante dos medos difusos e das sensações de insegurança difundidos pela sociedade.

A atitude racional, ao contrário do que possa parecer, é mais facilmente obtida, pois requer apenas a observância dos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade no sentido de que o direito penal não é o remédio para todos os males da sociedade de risco, nem mesmo para boa parte deles.

A inobservância da atitude racional na análise dos riscos definidos deve ser atribuída a dois fatores: a) à interferência excessiva de elementos metajurídicos na elaboração e condução da política criminal (por exemplo, a mídia); e b) ao abandono do estudo jurídico-penal dirigido à evolução das concepções dogmáticas, refletidos na insistência em se permanecer no positivismo jurídico.

6.2 A política criminal para os riscos construídos

Diferentemente ocorre quando o risco vem determinado de forma socialmente construída. A tarefa da política criminal em delimitar expectativas de condutas merecedoras de proteção penal e os consequentes bens jurídicos se problematiza, pois a construção social do risco está fortemente submetida a pressões que não são facilmente aliviadas com uma atitude racional vinculada à matemática ou às estatísticas.

Em tais casos é que se exige uma compreensão sistêmica do risco. O problema está, fundamentalmente, em encontrar a relevância jurídico-penal das condutas que se afirmam arriscadas. Uma expectativa social de conduta que se quer preservar de riscos está conectada a duas ordens de questionamento: 1) saber se tal expectativa é suficientemente importante para o sistema, de tal forma que justifique sua proteção;

2) delimitar quais condutas, entre todas as que de fato possam afetar o sistema, são suficientemente importantes (socialmente relevantes) para que sejam objeto de incriminação.

Fica justificada a proteção de uma expectativa social de conduta pelo direito penal – logo, também, um bem jurídico-penal –, desde que se reconheça sua notável relevância social e a observância de que o recurso à proteção penal é a única saída protetiva ou ao menos a melhor saída protetiva (princípio da subsidiariedade). Importa saber, assim, sob a perspectiva normativista-funcional, quando uma expectativa de conduta possui “notável relevância social”.

A política criminal ao determinar um risco relevante para expectativas que devem ser preservadas deve estar atenta ao sistema, às respectivas pautas de conduta, aos processos de comunicação, ao questionamento relevante de expectativas de conduta e ao funcionamento normal do sistema.

6.2.1 Questionamento de pautas de conduta e defraudação de expectativas sociais

Em determinados sistemas não pode ser considerada a capacidade concreta do indivíduo de autogovernar-se. Normalmente, o autogoverno de uma pessoa orienta-se seguindo contextos individuais de planificação de outros indivíduos. Todavia, em certos sistemas (como, por exemplo, o econômico, no respectivo subsistema de relações de consumo) os contextos individuais de planificação dos outros indivíduos são inacessíveis empiricamente. Logo, para o autogoverno, as pessoas precisam e esperam que sejam cumpridas certas pautas de conduta ou padrões de comportamento esperados para aquele determinado sistema. As pautas de conduta esperadas plasmam regularidades de comportamentos sociais verificados empiricamente, que se fazem acompanhar da crença social em seu caráter devido.

As pautas de conduta, por isso, se relacionam com o funcionamento normal de um sistema, merecendo assim proteção jurídica (que pode ser ou não jurídico-penal), na qualidade de bens jurídicos.

Toda ação praticada em um sistema porta uma carga de comunicação. Algumas dessas ações possuem um significado comunicativo que defrauda as expectativas refletidas em determinada pauta de conduta. Há, pois, uma comunicação de caráter conflitivo. Se o conteúdo da

comunicação conflitiva quebra uma expectativa cognitiva (sujeita à aprendizagem), as forças naturais do sistema se encarregam de reajustar a expectativa.

Mas, se o conteúdo da comunicação conflitiva quebra uma expectativa normativa (não sujeita à aprendizagem), então devem ser acionados esquemas de imputação de responsabilidade, a fim de se verificar se tal ação é do tipo que questiona a pauta de conduta daquele subsistema e, como tal, se conseqüentemente lesa um bem jurídico.

Haverá questionamento normativo dessa pauta de conduta sempre que concorrerem dois aspectos. Um, de natureza comportamental, consistente em que a ação não se submeta à regularidade de comportamento previsível conforme a pauta. Outro, de natureza simbólica, consistente em que a ação expresse um significado contrário ao caráter devido do dito comportamento.

6.2.2 Relevância sistêmica da defraudação de expectativas

As ações que questionam pautas de conduta possuem alcances variáveis, pois toda ação está inserida em um processo único de comunicação, que é individualizado em relação a todos os demais processos. Como processo de comunicação, há a interação de sujeitos. Então, todo questionamento de pauta, em verdade, acaba por se revelar um conflito de interação.

Uma vez que certa pauta de conduta é elevada à categoria de bem jurídico (por exemplo, o dever de informar corretamente o consumidor sobre a espécie, qualidade e quantidade de componentes de certo alimento e respectivo processo de fabricação utilizado), as ações respectivas experimentam um salto qualitativo, porque designadas como hábeis para o questionamento das referidas pautas. Se as funções normais do sistema deram-se corretamente, então as referidas pautas de conduta não serão mais que meramente pautas particularizadas de interação. Passam a ser pautas designadas como relevantes para o sistema. Disso resulta que a defraudação das referidas pautas de conduta serão relevantes para o sistema, uma importância que ultrapassa a interação concretamente perturbada.

Cabe à política criminal definir e graduar a relevância dessa defraudação, a fim de fundamentar decisões sobre a incriminação ou não de comportamentos, isto é, aquelas condutas que questionam

pautas de conduta merecedoras de proteção jurídica e relevantes para o funcionamento normal do sistema.

A definição dessa relevância é encontrável na informação que a comunicação transporta. Considera-se relevante uma informação quando ela produz um efeito no contexto, modificando-o em seu processo de comunicação relativo à informação. Tal modificação pode se dar eliminando algum dos elementos do dito contexto, modificando sua força ou dando causa a novas implicações. As ações que portam tais informações incidentes sobre pautas de condutas alteram os contextos em que os processos de comunicação têm lugar, obrigando a modificar a natureza das comunicações que se produzem em tal sistema.

Então, os demais indivíduos são obrigados a mudar o conteúdo de suas ações, fazendo-as significativamente diferentes, em razão de um agir conflitivo de outro sujeito que defrauda a expectativa de conduta.

Ocorre uma ação que se intromete nas liberdades dos demais cidadãos, na medida em que os obriga a agir de forma diversa daquela que esperavam legitimamente. Esse agir conflitivo necessita de uma reação comunicativa capaz de estabilizar a expectativa defraudada.

A relevância da ação de questionamento da pauta deve ser definida em dois graus: um abstrato, outro concreto, com relevantes implicações tanto para o legislador quanto para o julgador.

No primeiro (gradação abstrata), toma-se em conta o grau de defraudação da expectativa que a ação significa, isto é, seu grau de relevância abstratamente considerado; no segundo (gradação concreta), deve se ter em conta também o alcance comunicativo que a defraudação de expectativa pode alcançar.

Assim, fala-se, fundamentalmente, em dois processos para a delimitação da “notável relevância social” da expectativa de conduta, conforme a graduação de relevância sistêmica da defraudação de expectativas: 1) um, relativo ao grau de defraudação das expectativas; 2) outro, relativo ao grau de comunicatividade da ação.

6.2.2.1 O grau de defraudação das expectativas

No que se refere ao grau de defraudação das expectativas, exigem-se três requisitos: um negativo e dois positivos.

Primeiramente, que não concorram elementos pragmáticos que impeçam o efeito de defraudação de expectativas, isto é, relativos à

situação do processo, como, por exemplo, as características do emissor e do receptor ou a existência de um canal problemático (por exemplo, muito ruidoso). A seguir, exige-se que a ação simbolicamente represente um ato de questionamento da pauta de conduta, o que significa que deve ser possível imputar responsabilidade a um sujeito, conforme regras de imputação vigentes naquele subsistema, no sentido de considerá-lo autor da ação intencionalmente praticada.

Uma vez incidentes essas duas condições, o grau de defraudação das expectativas se dá conforme a medida do desvio da conduta praticada tendo por referência aquelas que se conformam com a pauta de conduta defraudada, ordenando as diferentes condutas desviadas da pauta em atenção à medida que se separam desta. É uma tarefa ordinatória condicionada principalmente pelo grau de exatidão na descrição da pauta de conduta que se possa alcançar.

Passa-se, então, a um plano concreto, que depende da percepção social sobre as necessidades existentes e dos consensos que se podem extrair da expectativa objeto de proteção jurídica.

Quanto maior for o grau de desenvolvimento da atividade social de determinado âmbito, e quanto maior a consciência sobre a necessidade de proteção de certas pautas, maior será a capacidade de percepção da necessidade que reside na expectativa que recai sobre a pauta de conduta. Assim, por exemplo, numa sociedade preocupada com as relações de consumo, os deveres dos produtores ou fornecedores de serviços com seus consumidores costumam ser bastante detalhados; por exemplo, informando correta e precisamente sobre os riscos existentes no consumo de determinados produtos ou serviços. Outro tipo de sociedade, menos preocupada com tais relações de consumo, poderia ter como definição de pautas algo mais genérico, como, por exemplo, não prestar informações falsas sobre o produto ou serviço.

6.2.2.2 O grau de comunicatividade da ação

Além da percepção social da necessidade da expectativa sobre a pauta e da adequada descrição da referida pauta de conduta, exige-se que a ação que transporta a informação conflitiva seja capaz de afetar de maneira determinante o conjunto dos processos de comunicação de todo o subsistema.

Por isso, não basta a descrição da gravidade objetiva (*in abstracto*) da defraudação da expectativa. Exige-se também a determinação de

relevância sistêmica, isto é, o grau de abrangência alcançado sobre os processos comunicativos no subsistema respectivo.

Essa abrangência dependerá de características mais amplas do processo de comunicação no qual a mensagem foi emitida, como as características do código, a natureza do canal, as posições (absolutas e relativas) do emissor e do receptor e a presença de ruído. Assim, pode ser que uma comunicação fracasse, por exemplo, devido a uma divergência significativa de código empregado pelo receptor e pelo emissor. A comunicação, então, fracassará por não repercutir para além dos participantes diretos da concreta interação, ou porque repercute de maneira socialmente muito limitada. Tais características mais amplas do processo de comunicação no qual a mensagem foi emitida são, enfim, reveladoras de que o efeito comunicativo depende do nível de fluidez comunicativa que o subsistema aceita.

São três os requisitos para a maior ou menor fluidez do subsistema. O primeiro diz respeito ao compartilhamento pelos agentes participantes de um ou vários códigos unificados e coerentes nas interações. Por exemplo, nas relações de consumo, são usados os seguintes códigos: dinheiro, produtos, mercadorias e serviços, condição de consumidor, códigos esses compartilhados por todos os participantes.

O segundo diz com as características do canal por meio do qual a comunicação transcorre, que revelam se a comunicação, pelo canal adotado, é provável ou improvável. Assim, por exemplo, nas relações de consumo, em condições normais, os produtos e serviços são corretamente informados a fim de que o consumidor possa optar quanto às mercadorias que escolhe; todavia, à medida que se formam cartéis que uniformemente adotam um fornecimento de informações demasiado genéricas ou precárias para todas as mercadorias e serviços, a informação ao consumidor deixa de ser um canal apto a fornecer informações que o capacitem a proceder a escolhas.

Final, o nível de fluidez depende do nível de ruído do canal, isto é, de informações que acompanham a comunicação, mas que, todavia, não se submetem à lógica do subsistema nem fazem parte da informação objetivada pela comunicação. É o que ocorre, por exemplo, nas relações de consumo quando há monopólio em setores produtivos, posto que influi no próprio código do sistema, fazendo desequilibrada a relação do consumidor com o produtor.

Tais características dos processos de comunicação fazem de cada processo um processo único, que exige verificação empírica. Dessa

forma, passam a fazer parte do juízo de adequação típica no caso concreto. No caso do sistema das relações de consumo, as características que esse sistema possui em certo momento histórico e em certa sociedade designam o grau de fluidez comunicativa diante de determinadas condutas; de tal forma que obter conclusões sobre o risco representado por tais condutas é uma questão de investigação empírica para sociólogos e economistas, que deverão observar, pelo menos, as seguintes bases organizativas da comunicação no sistema:

- a) os papéis e funções identificados (por exemplo, consumidor, fornecedor, produtor, vendedor);
- b) os protagonistas da interação, isto é, quem se comunica com quem, habitualmente (consumidores com fornecedores, no caso do sistema das relações de consumo);
- c) as expectativas dos participantes, ou seja, quais são as ações esperadas por cada sujeito com relação aos demais com quem interage;
- d) as características e grau de institucionalização dos processos comunicativos, isto é, os critérios prefixados de valoração de ações e a forma – cognitiva, valorativa, expressiva – daqueles (por exemplo, a racionalidade econômica e o utilitarismo no caso das relações de consumo, na medida em que constituem ao mesmo tempo a medida, para o próprio agente, da adequação de sua ação, e a medida da correção das atuações dos demais).

6.2.3 *O risco e a desestabilização do subsistema*

Trata-se, então, de avaliar o risco de que uma determinada ação que questiona uma pauta de conduta relevante para o sistema social ou um subsistema (pauta essa que em última instância acaba por ser elevada a bem jurídico-penal) tenha produzido um efeito mais ou menos intenso de defraudação de expectativas normativas, capaz de comunicativamente produzir um efeito desestabilizador de um sistema social ou de um subsistema, alterando conflitivamente os processos de comunicação.

Uma vez que as expectativas percam sua capacidade de servir de orientação para os demais indivíduos participantes da comunicação

social (deixando de ser expectativas), os participantes se verão diante de expectativas contraditórias. Logo, o subsistema perde em capacidade de redução de complexidade e contingência em que se movem os sujeitos; isto é, em sua própria função. E assim, o sistema passa a funcionar debilitadamente, disfuncionalmente.

Cabem, daí, duas reações alternativas e excludentes: ou se altera a dinâmica própria do sistema (o que tornaria dispensável a interferência do direito penal), ou se confirma a expectativa defraudada. Devemos trabalhar com esta última, então.

Havendo necessidade de confirmação da expectativa defraudada, podem-se apresentar dois níveis de conduta a serem examinadas, conforme as regras de experiência.

Um primeiro grau, no qual a pauta de conduta defraudada – e afinal o bem jurídico – se reveste de tal importância para o respectivo subsistema que qualquer questionamento de dita pauta, qualquer defraudação das expectativas normativas por ela geradas, provocam efeitos desestabilizadores no referido subsistema. Em tais casos, a proteção das expectativas por meio do direito penal estaria justificada, sempre observando os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade. É o caso, por exemplo, nas relações de consumo, do dever de informar precisamente quanto à espécie, qualidade e quantidade de componentes de certo alimento e respectivo processo de fabricação utilizado, o que é legitimamente esperado por aqueles que se colocam no papel de consumidores.

Em um segundo nível, o questionamento da pauta não possui elementos relevantes em todos os casos. A relevância varia, dependendo de circunstâncias de tempo, lugar, pessoas, etc., impondo a verificação caso a caso sobre a capacidade de a defraudação desestabilizar o subsistema. Por exemplo, a conduta de pôr à venda mercadorias com prazo de validade vencido não comporta, em si, uma defraudação de expectativas capaz de desestabilizar as relações de consumo desde logo, pois, embora os consumidores confiem que as mercadorias expostas estão dentro de seu prazo de validade, concorrem outros fatores que afastam a “notável relevância social” da pauta de conduta, como o fato de que o consumidor não está eticamente desobrigado de verificar o prazo da validade ou o fato de que, embora já vencido tal prazo, a mercadoria encontra-se concretamente em condições de ser consumida, sem risco à saúde. Em tais situações, não há que se falar em desestabilização do subsistema. Logo, não há que se falar em risco sistêmico gerado por aquela conduta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS ■

A ciência penal, enquanto ciência, necessita de um sistema. Por ser sistema, não prescinde da ordenação e da unidade de seus conhecimentos particulares, os quais devem ser erigidos sob a forma de proposições e não de conceitos, pois os sistemas fundados em conceitos não permitem qualquer valoração, tampouco a revisão crítica de suas teorias. O sistema jurídico-penal, fundado em conceitos que não permitem os argumentos apresentados pela contracultura, é um sistema próprio do positivismo e caracteriza-se como fechado, por ser axiomático, quando deveria ser axiológico.

O sistema fechado é organicamente incompatível com o direito penal contemporâneo, porque fundado na lógica-formal, que não corresponde à dinâmica social e à historicidade a qual está referido o direito penal.

É desejável, portanto, que o direito penal seja concebido como um sistema aberto. E como tal, pode ser representado por dois aspectos: um científico e outro objetivo. Cientificamente, o sistema aberto designa a aptidão para rever sempre as proposições vigentes, dado o caráter de incompletude e de provisoriedade com que encara o conhecimento científico. Objetivamente, o sistema aberto representa a passividade do direito penal para o constante aperfeiçoamento de suas estruturas e, assim, o sistema penal também muda, objetivamente, na medida em que ele incorpora a unidade e a adequação respectivas à evolução consubstanciada em princípios novos e diferentes daqueles existentes até então. A objetividade do sistema aberto é o próprio dinamismo da unidade de sentido que compartilha da historicidade da ordem jurídica concreta no seu modo de ser.

A exigência da operação do direito penal como sistema aberto é retirada da Constituição Federal de 1988, expressa e implicitamente. Expressamente, por força do preâmbulo e do disposto no artigo 3.º, I, ambos os enunciados considerados em sua significação plural destinada à sociedade e ao Estado; implicitamente, em razão da di-

menção antropocêntrica da Constituição representada no princípio da dignidade humana e, por outro lado, devido ao ideal democrático, que é princípio constitucional estruturante.

A consideração do direito penal sob a forma de sistema aberto não traz qualquer risco de subjetivismo e, antes, o desfavorece, na medida em que tem na realidade social dados objetivos que servem como critérios decisórios.

Contra o direito penal como sistema aberto tampouco cabe o argumento de que haveria perda de segurança jurídica. Esta não era realizada ao tempo antes da globalização; é menos ainda em plena era globalizada. A segurança jurídica é realizável apenas em um nível normativo de abstração muito elevado e de baixa densidade, no qual é perceptível somente com relação aos valores sociais simbolizados pela norma. São valores de amplo consenso e baixa concreção conceitual.

O discurso fundado no perigo dos subjetivismos, da ausência de segurança e imprecisão científica reflete um injustificável temor de que a ciência penal seja dominada por uma ditadura da sociologia jurídica, escondendo o desejo inconfessável de manter a ditadura do método lógico-formal, que serve às pretensões de máxima dominação do Estado.

A vida na sociedade contemporânea exige atualização dogmática, o que somente será possível por meio da concepção do direito penal como sistema aberto. A idéia da sociedade contemporânea como “sociedade de risco” ultrapassou as fronteiras da análise social, ingressou fortemente nas ciências jurídicas e de forma especialmente incisiva na ciência penal, em razão: 1) da dependência desta em relação à configuração social; 2) das contundentes reações e conseqüências que o direito penal acarreta para o indivíduo; e 3) da aparente e simbólica aptidão do direito penal para obstaculizar e preservar a sociedade dos novos riscos criados, minimizando a insegurança.

Essa situação não pôde ser ignorada pelas ciências penais, pois a sociedade de risco trouxe importantes questionamentos em algumas de suas searas clássicas. Tais questionamentos são lançados sobre quatro pontos importantes para a ciência penal: na teoria do delito, na missão do direito penal, na política criminal respectiva e no sistema politicamente ordenado do Estado Democrático de Direito.

O advento dos riscos criados também determina um estado subjetivo de insegurança pública, que constantemente interpela o direito

penal, reclamando-lhe respostas, que, na verdade, parecem mais sucessivas ordens para que assuma um papel que não é unicamente seu; como se o direito penal fosse o exclusivo instrumento impeditivo e/ou gerenciador de riscos.

Ocorre uma indevida apropriação do direito penal pela política; uma apropriação que é ditada pelo risco e parece ter redefinido o direito penal, a fim de atender angústias da sociedade, que demanda cada vez mais por segurança.

Isso ocorre porque, na sociedade contemporânea, enquanto fortemente caracterizada por riscos, verifica-se que estes são democraticamente distribuídos entre todos os cidadãos, o que leva a considerar que a definição do risco está sujeita a atuação e interferência de diversos agentes politicamente ativos na sociedade. A compreensão do risco está submetida, portanto, em boa parte, ao manuseio político.

Tal abertura ao manuseio político também se deve ao fato de que a geração de riscos advém – principalmente – da ciência e da tecnologia – em nome do progresso, que dispensa legitimação; portanto, ignora a democracia e choca-se com ela.

Não é difícil concluir que as inusitadas características da sociedade de risco conduziram o direito penal a uma crise – pelo menos enquanto continuar trabalhando com uma dogmática já vetusta.

Busca-se uma dogmática penal que seja capaz de definir, comunicativamente, suas categorias básicas. Isso é feito com o uso de informações não determinantes, oriundas de outros sistemas parciais e/ou do entorno com a finalidade de se auto-reproduzir e reduzir sua complexidade e possibilidade de soluções. Todavia, isso pressupõe que o direito penal na (*e diante da*) sociedade de risco define, internamente, o seu tempo para reagir legitimamente.

Duas consequências devem ocorrer. De um lado haverá uma restrição à ampla tendência de antecipação do momento punitivo; de outro lado, serão sancionadas com maior precisão e rigor aquelas condutas em que o *timing*, exclusivamente jurídico-penal, permite visualizar um simbolismo existente numa determinada ação, tendente a afetar expectativas sociais comprometedoras da identidade da sociedade.

E isso sem que se recorra a um novo direito penal ou à flexibilização dos princípios penais materiais.

O mesmo se diga das condutas de comissão por omissão. Cumpre ao direito penal, na sociedade de risco, identificar, por intermédio do

referido processo comunicativo, se o caso concreto traz ou não uma conduta carregada de significação *capaz de* ou concretamente *tendente a* desestabilizar as expectativas sociais depositadas na norma vigente.

Na sociedade de risco, o direito penal tem corriqueiros encontros com condutas que só acarretam conseqüências de uma forma muito mediata. A perspectiva sistêmica luhmanniana possibilita que nem todas essas condutas sejam vistas como perigosas, sem qualquer inovação ou arbitrariedade, mantendo-se a coerência das respostas.

Sempre haverá quem critique uma proposta como esta, afirmando-a excessivamente abstrata ou genérica. Inclusive quem pretender fazê-lo, terá a seu dispor bem elaboradas teorias penais. Mas, como adverte Schünemann, o grau de refinamento ao qual chegou a dogmática (alemã) transformou-a de um mestre da disciplina do direito penal em uma loja de mercadorias de todo tipo, na qual se podem encontrar nas diversas prateleiras aquilo que se pretende usar como argumentação para alcançar o efeito desejado¹.

Todavia, é difícil refutar o argumento de que numa sociedade tão imprevisível, que não por outro motivo é denominada *sociedade de risco*, uma teoria penal que se acuse ser *algo* genérica não é desarrazoada. Exceto se a pretensão mantiver-se atrelada a tradicionais realidades que já não existem mais, senão no plano romântico.

Nessa impressionante sociedade em que vivemos, o direito penal tem por missão garantir a identidade da sociedade. Todavia, sem dispensar a proteção aos bens jurídicos, na medida em que estes são necessários à evolução do subsistema jurídico-penal. Também, os bens jurídicos servem como referências para as expectativas sociais que se pretendem manter. Ainda, são os bens jurídicos as entidades que o direito penal consegue perceber *primo ictu oculi* quando são lesadas ou ameaçadas.

Os bens jurídicos carecem de definição precisa, e a proteção que recai sobre estes existe numa ordem mediata. Justamente por isso, após a proteção de expectativas sociais (imediata), em seguida ordem alcança-se a proteção de um respectivo bem jurídico (mediata) que, então – e só então – ganha formato na condição de bem jurídico-penal.

¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *El refinamiento de la dogmática jurídico-penal*; callejón sin salida en Europa? Brillo y miseria de la ciencia jurídico-penal alemana. Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio. Madri: Tecnos, 2002. p. 16.

Nessa tarefa não se pode aceitar como condicionante o conceito dos bens jurídicos e dos interesses do ambiente, pois estes lhe são dados prontos por um sistema débil (sistema psíquico) ou por um subsistema que tem sua própria auto-referência (diversa da do direito penal).

Por exemplo, aquilo que é visto como patrimônio fora do subsistema jurídico-penal pode não ser assim considerado no subsistema jurídico-penal; ao mesmo tempo não se nega que a sociedade tem como expectativa que o patrimônio não seja lesado pelos demais, e como tal, é dever do direito penal manter essa configuração social, todavia, conforme aquilo que o direito penal avaliar internamente como sendo patrimônio.

O bem jurídico e o interesse ingressam no subsistema do direito penal, irritando-o, porque ao serem lesionados ou ameaçados representam indícios de uma defraudação de expectativas sociais generalizadas de conduta. Ingressam de forma conceitualmente débil no subsistema penal. Todavia, ativam-no. Então, o direito penal passa a identificar qual seria a expectativa social generalizada de conduta que teria sido negada pela conduta praticada. A proteção dos bens jurídicos, assim, existe num nível consequencial para o direito penal.

É compreensível que muitos vejam a missão do direito penal como a de proteger bens jurídicos, pois são estes que ativam o subsistema protetivo jurídico-penal, bem como são os bens jurídicos que acabam por ser protegidos ao final. Isso equivale a dizer que nos bens jurídicos começa e termina a função de tutela penal.

A respectiva política criminal tem duas finalidades que devem estar equilibradas: prevenir a prática de delitos e assegurar direitos e garantias fundamentais. A sociedade de risco provocou um desequilíbrio dessas funções, orientando a política criminal fortemente para a prevenção, de modo que, ao menor sinal de risco, trata de incriminar a conduta, sem maiores reflexões sobre tal atitude.

Esse desequilíbrio em favor da prevenção é creditado às pressões da política eleitoral e da opinião pública, eminentemente psíquicas e emotivas, que são feitas sobre a política criminal, pois esta é estruturalmente frágil frente a essas pressões. Tal situação vem fazendo com que o direito penal perca a sua identidade, na medida em que funciona como caixa de ressonância de toda e qualquer sensação social de insegurança, por mais leve e infundada que seja.

Exige-se da política criminal o resgate da identidade do direito penal, orientada pelos princípios de subsidiariedade e fragmentariedade. Para que a política criminal atenda a tal demanda, há que assumir uma atitude racional, no sentido de respeitar suas características principiológicas, a fim de encontrar uma compreensão de risco social coerente com tais princípios. A tarefa do penalista moderno reside em compreender a significação do risco na sociedade contemporânea.

Em se tratando de riscos mensuráveis, a tarefa é menos exigente, posto que os dados exatos não permitem tanta especulação por parte dos setores mais atemorizados.

Todavia, onde os riscos não são de natureza mensurável, e, portanto, são riscos socialmente construídos, *é preciso que a política criminal recorra a uma compreensão sistêmica luhmanniana do risco*, a fim de delimitar quais são as condutas que efetivamente representam um risco socialmente relevante, e, portanto, inaceitável.

Parte-se da afirmação de que toda ação praticada em um subsistema carrega uma carga de comunicativa. Por vezes, essa comunicação afirma que determinada expectativa existente no subsistema não é válida. São condutas que defraudam expectativas generalizadas de conduta. Isso se torna especialmente complicado em sistemas em que os sujeitos orientam-se por pautas de conduta, as quais esperam legitimamente que sejam observadas por todos, o que faz dessas pautas, em última instância, bens jurídico-penais.

Os comportamentos que defraudam pautas de conduta em tais subsistemas exigem que o direito penal analise o grau de defraudação das expectativas e o grau de comunicatividade da ação, a fim de verificar se tal defraudação representa risco para o normal funcionamento do subsistema no qual foi praticado e/ou no subsistema atingido.

O grau de defraudação das expectativas é encontrado na medida do desvio da conduta praticada, tendo por referência aquelas que se conformam com a pauta de conduta que foi defraudada.

O grau de comunicatividade da ação se percebe pela capacidade de a informação conflitiva afetar de maneira determinante o conjunto dos processos de comunicação de todo o subsistema, isto é, diz com o grau de abrangência alcançado sobre os processos comunicativos no subsistema respectivo. Tal abrangência dependerá de características mais amplas do processo de comunicação no qual a mensagem foi emitida, como as características do código, a natureza do canal, as posições (absolutas e relativas) do emissor e do receptor e a presen-

ça de ruído. O risco revela-se relevante na justa medida em que as pessoas que interagem no subsistema em que foi praticada a ação não devam ter que modificar suas expectativas e ações por força de uma ação comunicativa conflitiva sistemicamente abrangente.

Na presença de um alto grau de defraudação das expectativas, de um amplo grau de comunicatividade da ação, e desde que o recurso à sanção seja a única ou a menos custosa forma de confirmar (comunicar) que os indivíduos podem continuar confiando que as pautas de conduta do subsistema permanecem válidas, restam legitimadas a previsão e a aplicação de uma sanção penal.

Tais pautas de conduta que não podem ser violadas existem em graus, conforme a experiência. Num primeiro nível, há pautas que não podem ser violadas, porque representam *per se* condição importante para o correto funcionamento do subsistema, sendo que uma ação de não reconhecimento dessa pauta representa uma alta probabilidade de desfuncionalização do subsistema.

Outras condutas, com um nível inferior de comunicatividade, nem sempre carregam uma comunicação tão contundente que seja capaz de desestabilizar o subsistema. Nessas hipóteses, há que se fazer uma investigação empírica sobre as características dessa comunicação, posto que a relevância varia, dependendo de circunstâncias de tempo, lugar, pessoas, etc. Nesses casos, importa considerar se há ou não uma contradição de ordem pragmática (e não apenas lógica) com as expectativas generalizadas do sistema em grau, que torne incompreensíveis os processos de comunicação usualmente mantidos naquele subsistema.

Sempre haverá quem critique uma dogmática penal que parte de tais premissas e leva às consequências aqui expostas sobre a missão do direito penal e respectiva política criminal. Tal dogmática será acusada de ser excessivamente tecnicista e de excluir o ser humano do centro de suas decisões. Esquece-se, contudo, que o princípio da dignidade da pessoa humana é plural e determina a todos os subsistemas, e de modo amplo, o próprio sistema social. Não foi a desconsideração do Homem que levou o direito penal à berlinda. Não foi, ademais, a adoção de uma teoria sociológica de sistemas e de bases luhmannianas que conduziu o direito penal ao seu atual formato militarizado. Foi, sim, o desrespeito ao eminente princípio da dignidade da pessoa humana que impossibilitou e vem impedindo uma dogmática penal adequada a essa sociedade, pontualmente chamada de "sociedade de risco".

BIBLIOGRAFIA ■

ADORNO, T. W. & HORKHEIMER, M. *Dialética do esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas? Consideraciones sobre el destinatario de las normas. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre: CEIP (Centro de Estudos Ibero-Americano de Ciências Penais), ano 2, n. 3, maio-ago. 2001.

ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. Aspectos críticos do direito penal na sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 46, p. 73-93, 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica – do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARCOS RAMÍREZ, Federico. *La seguridad jurídica: una teoría formal*. Madrid: Dykinson, 2000. cap. VII.

BECK, Ulrich. *Sociedade del riesgo*: hacia una nueva modernidad (Título original *Risikogesellschaft*. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986). Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

———. *A reinvenção da política*: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. Modernização Reflexiva – Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna (Título original *Reflexive Modernization*, 1995). Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 1997.

———. *Que és la globalización*. Barcelona: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva – política, tradição e estética na ordem social moderna* (Título original *Reflexive Modernization*. 1995). Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora UNESP, 1997.

- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Colombia: Temis, 1994.
- CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- CAMPIONE, Roger. *El que algo quiere algo le cuesta*: notas sobre la kollateralschädengesellschaft. La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto. Colección políticas de seguridad. Coords. Cândido Agra, José Luis Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens. Barcelona: Atelier, n. 2, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* (Título original *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. 2. ed., Berlim, 1983). Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo – Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre: Centro de Estudos Ibero-Americanos de Ciências Penais, ano 3, n. 05, jan.-abr. 2002.
- . *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*. El Sistema Funcionalista del Derecho Penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal. Lima, 29, 31 de agosto e 1 de setembro de 2000. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Universidad de Piura, Grijley.
- CARBONIER, Jean. *Sociologie juridique*. Série Sociologie Juridique. Paris: Librairie Armand Colin, 1972.
- . *Sociologia jurídica* (Título original *Sociologie Juridique*, Collection U, Librairie Armand Colin, Paris, 1972). Trad. Diogo Leite de Campos. Coimbra: Almedina, 1979.
- CARO CORIA, Dino Carlos. “Sociedades del riesgo”, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 9, ano 5.
- CASSIRER, Ernst. *O pensamento da Era do Iluminismo*. A Filosofia do Iluminismo. Trad. Álvaro Cabral. Campinas: Editora da Unicamp, 1992.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede* (Título original *The rise of the network society*). Trad. Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

- . *Para o estado rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação*. Sociedade e Estado em Transformação. São Paulo: Unesp, 2001.
- CASTRO DE LIMA, Álibi Lázaro. *Globalização econômica, política e direito – análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- CEREZO MIR, José. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 10. Universidad Nacional de Educación a Distancia – Facultad de Derecho, 2.ª época, jul. 2002.
- CORDEIRO, Antonio M. Introdução à obra *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* de Claus-Wilhelm Canaris (Título original *Systemdenken und systembegriff in der jurisprudenzen*. 2. ed., Berlim, 1983). Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 14, jul. 2004, Universidad Nacional de Educación a Distancia – Facultad de Derecho. Madrid: Marcial Pons, p. 87-115.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “Sociedade de Risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 33, jan.-mar. 2001.
- DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO de teoria e de sociologia do direito. Dirigida por André-Jean ARNAUD, J. G. Belley, J. A. Carty, M. Chiba, J. Commaille, A. Devillé, E. Landowski, F. Ost, J-F. Perrin, M. van de Kerchove, J. Wróblewski. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- DYMETMAN, Annie. Modernidade, intolerância e resistência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 45, out.-dez. 2003.
- ESER, Albin. *Derecho ecológico*. Temas de Derecho Penal y Procesal Penal. Lima: IDEMSA, 1998.
- FARIA, José Eduardo. A crise do poder judiciário no Brasil. *Revista Justiça e Democracia*, n. 45, 1, 1.º sem. 1996.
- . *Eficácia jurídica e violência simbólica – o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo: Edusp, 1988.
- . *Justiça e conflito – os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1992.
- . *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

- . O direito num cenário em transformação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 5, n. 17, jan.-mar. 1997.
- . O judiciário após a globalização. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 4, n. 26, out.-dez. 1996.
- . *Poder e legitimidade – uma introdução à política do direito*. São Paulo: Perspectiva, 1978.
- . *Sociologia jurídica – crise do direito e práxis política*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- . As transformações do direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 22, abr.-jun. 1998.
- FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal – panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980.
- GARCÍA BLANCO, José Maria. Autopoiesis: un nuevo paradigma sociológico. *Revista Antropos*, Barcelona, n. 173/174, 1997, p. 78-91.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tendencias del actual derecho penal*. Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.
- GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. 6. ed. São Paulo: Editora UNESP, 1991.
- . *Modernidad e identidad del yo; el yo y la sociedad en la época contemporánea*. Barcelona: Península, 1995.
- . *O mundo na era da globalização*. Lisboa: Editorial Presença, 2000.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrike. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1998.
- GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona. Barcelona: Bosch, 1993.
- GONZAGA, João Bernardino. Considerações sobre o pensamento da Escola Positivista. *Revista dos Tribunais* 777/757.
- GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato; uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito.

Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n. 49, jul.-ago. 2004.

GÜNTHER, Klaus. *De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. Un cambio de paradigma en el derecho penal?* La insostenible situación del derecho penal. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Granada, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa* (Título original *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main, Suhrkamp 1981). Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1988. vol. 1 e 2.

———. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (Título original *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*). Trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Editorial Trotta, 1998.

HERMAN, Edward S. & CHOMSKY, Noam. *A manipulação do público: política e poder econômico no uso da mídia*. São Paulo: Futura, 2003.

HERZOG, Félix. Algunos riesgos del derecho penal del riesgo. *Revista Penal*, n. 4. Publicación semestral de Editorial Práxis, en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha, Barcelona, 1999, p. 54-57.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 08, out.-dez. 1994.

———. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HASSEMER, Winfried & CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

IANNI, Octávio. *Sociologia da sociologia – O pensamento sociológico brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1989.

IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres – Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*. Barcelona: Anthropos, 1990.

JAKOBS, Günther. *Bases para una teoría funcional del derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijóo Sánchez, Enrique Peñarada Ramos, Marcelo A. Sancinetti, Carlos J. Suárez González. Lima: Palestra, 2000.

- . *Derecho penal – parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- . *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson – Civitas, 2003.
- . *Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma*. El Sistema Funcionalista del Derecho Penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal (Lima, 29, 31 de agosto e 1 de setembro de 2000), Instituto Peruano de Ciencias Penales, Universidad de Piura, Grijley, 2001.
- . *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari, colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: RT, 2003.
- . *Problemas capitales del derecho penal moderno*. El sistema de imputación jurídicopenal. Buenos Aires: Hammurabi, 1998.
- . *Sociedade, norma e pessoa*. Coleção Estudos de Direito Penal. Barueri: Manole, 2003. vol. 6.
- . *Sobre la teoría de la pena*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1998.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *A sociologia do direito no Brasil. Introdução ao debate atual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes* (Título original *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*). Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995.
- KARGL, Walter. *Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho – La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Granada, 2000.
- KINDHÄUSER, Urs. *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*. Cuestiones actuales de la teoría del delito. Madrid: Mac Graw Hill, 1999.
- LASH, Scott. *A modernidade e seus duplos: estrutura, estética, com unidade*. Modernização Reflexiva – Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna (Título original *Reflexive Modernization*, 1995). Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 1997.
- . *Sistemas especialistas ou interpretação situada? Cultura e instituições no capitalismo desorganizado*. Modernização Reflexiva – Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna (Título original *Reflexive Modernization*, 1995). Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 1997.

- LINARES, Julio & Ortiz, FRANCISCO. *Autopistas inteligentes*. Madrid: Fundesco, 1995.
- LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. 2. ed. Traduzido da 18. edição alemã com adições de história do direito penal espanhol por Quintiliano Saldaña. Madrid: Reus, 1926. t. I.
- . *Tratado de derecho penal*. 2. ed. Traduzido da 20. edição alemã por Luis Jiménez de Asúa, com adições de direito penal espanhol por Quintiliano Saldaña. Madrid: Reus, 1927. t. II.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito e mudança social*. Tese apresentada à Fadusp para obtenção do título de Doutor, São Paulo, 1991.
- LUHMANN, Niklas. *Confianza* (Título original *Vertrauen*). Universidad Iberoamericana, México: Anthropos, 1996.
- . *El concepto de riesgo*. *Soziologie des risikos*, Berlin, 1991. Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo. Compilador Jostein Berheim. Barcelona: Anthropos, 1996.
- . *El derecho de la sociedad*. Barcelona: Anthropos, 1992.
- . *Introducción a la teoría de sistemas*. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. 1. ed. en español, Universidad Iberoamericana. México: Anthropos, 1996.
- . *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría* (Título original *System und funktion*), Colección Pensamiento Contemporáneo n. 8. Barcelona: Paidós, 1990.
- . *Sociologia do direito – Volume I* (Título original *Rechtssoziologie I*, Rowohlt Taschenbuch Verlag GmbH, Reinbek bei Hamburg, 1972). Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, série Biblioteca Tempo Universitário, n. 75, 1983.
- . *Sociologia do Direito – Volume II* (Título original *Rechtssoziologie 2*, Rowohlt Taschenbuch Verlag GmbH, Reinbek bei Hamburg, 1972). Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, série Biblioteca Tempo Universitário, n. 75, 1985.
- . *Sistemas sociales. Lineamentos para una teoría general* (Trad. Silvia Pappe y Brubhilde Erker). Coordinado por Javier Torres Navarrete. – Rubí (Barcelona): Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.
- . *Sociología del riesgo*. México: Triana Editores & Universidad Iberoamericana, 1998.

- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. Monografia IBCCRIM, n. 34, São Paulo, 2005.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.
- MIR PUIG, Santiago. *Funcion de la pena y teoria del delito en el estado social y democratico de derecho*. 2. ed. rev. Barcelona: Bosch, 1982.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. *Direito como obstáculo a transformação social*. Trad. Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del "derecho penal del riesgo". *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n. 13/2003. La Idea del riesgo aplicada al sistema penal. Generalitat de Catalunya. Escola de Policia de Catalunya, p. 11-29.
- PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. Monografia IBCCRIM n. 27, São Paulo, 2003.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el derecho penal: La influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de Habermas en la selección de los valores penales*. La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo (Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir). Madrid: Tecnos, 2003.
- PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: RT, 1996.
- PRIETO NAVARRO, Evaristo. *Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo*. La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto. Colección políticas de seguridad, n. 2, coords. Cândido Agra, José Luis Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens. Barcelona: Atelier, 2003, p. 27-46.
- PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 47, 2004, p. 31-45.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *El derecho penal ante la globalización*. El derecho penal ante la globalización. Coords. Laura Zúñiga Rodríguez, Cristina Méndez Rodríguez, María Rosario Diego Díaz-Santos. Salamanca: Colex, 2002.

- RIBEIRO, Hécio. *Justiça e política; reforma do judiciário e controle externo da magistratura*. Tese apresentada à Fadusp para a obtenção do título de doutor, Biblioteca do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Estado, 1999.
- ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. *Revista Sequência – Revista do curso de pós-graduação da UFSC*, Florianópolis, ano 15, n. 28, p. 1-14, jun. 1994.
- RODRIGUES, Paulo Daher. A posição do conhecimento jurídico no mundo científico de hoje e a necessidade da Sociologia do Direito (Dissertação apresentada no curso de pós-graduação da faculdade de direito da UFMG). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 322, abr.-jun. 1993.
- RODRÍGUEZ, Hannot. *Riesgo y principio de precaución; hacia una cultura de la incertidumbre*. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n. 13/2003. La idea del riesgo aplicada al sistema penal. Generalitat de Catalunya. Escola de Policia de Catalunya, p. 139-161.
- RODRIGUEZ MANSILLA, Dario. *Introdução à obra Confianza* de Niklas Luhmann. Universidad Iberoamericana, México: Editorial Anthropos, 1996, p. XIII.
- ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *Aportaciones del principio de precaución al derecho penal*. Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p. 77-105.
- . Contribuições do princípio da precaução ao direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo: RT, n. 05, p. 36-60, 2002.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal*, parte general, tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Tradução e notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, 2. ed. Madrid: Civitas, 1999.
- SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- SANTANA VEGA, Dulce Maria. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- SCHULZ, Lorenz. *De la aceleración de las condiciones de vida – reflexiones sobre la reacción adecuada del Derecho Penal*. La Insostenible Situación del Derecho Penal. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Granada, 2000.

- SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 49, fasc. I, Madrid, jan.-abr. 1996.
- . *Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal*. El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario, Introducción, traducción e notas de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos.
- . *Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. Un cambio de paradigma como exigencia moral?* Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio. Madrid: Tecnos, 2002.
- . *El refinamiento de la dogmática jurídico-penal. Callejón sin salida en Europa? Brillo y miseria de la ciencia jurídico-penal alemana*. Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio. Madrid: Tecnos, 2002.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: de acordo com a Lei 9.605/1998*. São Paulo: RT, 1999.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Reflexiones sobre las bases de la política criminal*. El Nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos – Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Granada, 1999.
- . *A expansão do direito penal; aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Série As Ciências Criminais no Século XXI. São Paulo: RT, 2002. vol. 11.
- SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998.
- . *Pela Mão de Alice*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.
- TIEDMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 6, p. 783-803, jun. 1998.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLIII, fascículo I, MCMXC, Madrid, p. 5-27.

- TREVES, Renato. *Spirito critico e spirito dogmatico*. Milano: Nuvoletti, 1954.
- WEBER, Max. *Economia y sociedad: esbozo de sociologia comprensiva* (Título original *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Verstehenden Soziologie*). Ed. preparada por Johannes Winckelmann. Trad. Jose Medina Echavarria [et al.], 2. ed., Mexico, D.F: Fondo de cultura económica, 1964 (reimpressão de 1974, Biblioteca IFCH-Unicamp).
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán – parte general*. 11. ed. alemã. 4. ed. castellana. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Juridica de Chile, 1997.
- . *O novo sistema juridico-penal; uma introdução à doutrina finalista* (Título original *Das neue bild des strafrechtssystems – eine einföhrung in die finale handlungslehre*). Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido*. El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad. Coordinadores Maria Rosário Diego Díaz-Santos & Eduardo A. Fabián Caparrós. Madrid: Colex, 2003.