



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**SOCIEDADE DE RISCO
E PARADIGMAS DE IMPUTAÇÃO PENAL**

Mestranda: VILMA LEIKO KATO

Orientador: Prof. Pós-Doutor GILBERTO GIACÓIA

Jacarezinho (PR)

2009

VILMA LEIKO KATO

**SOCIEDADE DE RISCOS
E PARADIGMAS DE IMPUTAÇÃO PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão), da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, como requisito final para a obtenção de título em Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Pós-Doutor Gilberto Giacóia. Linha de Pesquisa: Função Política do Direito.

Orientador: Prof. Pós-Doutor GILBERTO GIACÓIA

Jacarezinho (PR)

2009

K 11 s Kato, Vilma Leiko.

Sociedade de risco e paradigmas de imputação / Vilma Leiko Kato.
Jacarezinho (PR), 2009.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro.
Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2009.

1. Direito penal 2. Política criminal 3. Direito e sociedade I. Título.

CDU 343.2.01

TERMO DE APROVAÇÃO

VILMA LEIKO KATO

SOCIEDADE DE RISCO E PARADIGMAS DE IMPUTAÇÃO PENAL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão), da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, defendida por Vilma Leiko Kato, e aprovada em 18 de dezembro de 2009, por banca examinadora constituída pelos Doutores:

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Pós-Doutor GILBERTO GIACÓIA
UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná
Presidente da Banca Examinadora

Professor Doutor VLADIMIR BREGA FILHO
UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná
Membro Titular da Banca Examinadora e Coordenador do Programa

Professor Doutor JAIRO JOSÉ GÊNOVA
PUC SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Membro Titular da Banca Examinadora

Jacarezinho, 18 de dezembro de 2009

DEDICATÓRIA

Aos meus avós paternos e maternos (*in memoriam*): Kassim Kato, Miyuki Kato, Tomoshigue Muraoka e Okou Muraoka, desbravadores e pioneiros de uma nova terra, semearam a esperança de novos céus.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador Prof. Gilberto Giacóia, a quem devoto minha infinita admiração pela amizade fiel, pelo exemplo de idealismo e de humanidade, presente nos momentos mais difíceis e incentivador de todas as etapas deste trabalho.

Minha grande admiração pelo Prof. Reinéro Antônio Lérias, que mesmo diante de sua destacada sabedoria, demonstrou verdadeiro espírito de solidariedade, dedicação e desprendimento para com todos os mestrandos da 4ª Turma.

Pelas valiosas instruções, orientações e sugestões oportunas que inegavelmente agregaram valor a presente dissertação, rendo os meus agradecimentos aos Professores Vladimir Brega Filho, Maurício Gonçalves Saliba, Eduardo Salomão Cambi e Eliezer Gomes da Silva, os quais pacientemente compartilharam conosco seus conhecimentos e suas experiências de vida.

Aos meus queridos pais, pela educação que a mim ministraram, mesmo que através de poucas palavras, contudo, certamente com fartos exemplos de força, trabalho, dignidade, luta e fé.

Aos amigos, demais professores, colegas de trabalho do Ministério Público e do Judiciário, funcionários da Faculdade de Direito do Norte Pioneiro e do Programa de Mestrado, em especial à Secretária Natalina, pelo apoio, incentivo e pela vibração em relação a esta jornada.

EPÍGRAFE

**A liberdade sem segurança não é menos
perturbadora e pavorosa
do que a segurança sem liberdade.
As duas condições são ameaçadoras
e impregnadas de medo
- as alternativas entre a cruz e a espada.
ZYGMUNT BAUMAN**

KATO, Vilma Leiko. **Sociedade de Riscos e Paradigmas de Imputação**. 2009. 152 páginas. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. Faculdade de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOP, Universidade do Norte do Paraná - UENP.

RESUMO

A presente dissertação engloba a análise da crise paradigmática do Sistema Penal em relação à sociedade de risco e às novas formas de criminalidade moderna de riscos supra-individuais. Propõe a análise transdisciplinar do fenômeno do risco perante o tipo penal, observando o princípio da Dignidade Humana e os Direitos Humanos de 3ª Geração, como política criminal, limite e controle do poder punitivo. Apresenta os parâmetros conceituais de ULRICH BECK, ANTHONY GIDDENS e NIKLAS LUHMANN que asseveram que o fenômeno da sociedade de riscos é um processo real, não um conceito retórico inventado. Aponta o “paradigma da visibilidade” como rebaixada capacidade social e institucional de reconhecer e detectar situações violadoras ao bem jurídico, decorrente da ignorância e atitude individualista que norteia a vida na era transmoderna, como a ocorrência de inúmeros delitos ecológicos e de danos provocados pelo poluidor, principalmente pelo setor industrial, contaminando o solo, o ar, a água e os lençóis freáticos e causando prejuízos à economia sustentável. A problemática de se socorrer do direito penal como guardião e gestor de riscos é de se incorrer em excessiva intervenção autoritária na vida privada, desembocando numa política criminal simbólica, ritualística e opressora, geradora de exclusão social às minorias, perseguições e intolerância. Os fenômenos da seletividade, do *labelling approach* e do etiquetamento, não deixam de ser fenômenos de valoração, de atribuição de significados, ocorrente na sociedade como um todo e não só na instância penal exclusivamente. Os fenômenos da fossilização e da burocratização são sucedâneos da figura do Panóptico de JEREMY BENTHAM. O “Direito Penal do Inimigo” de Jakobs segue na contramão da doutrina dos Direitos Humanos, pois é a negação desses direitos, é o seu contrassenso, seu abuso e seu ultraje. A vigilância intensiva somente é aceitável nos limites do permitido, sendo um meio de controle social, e até de investigação e instrumento processual, mas não é a solução para a criminalidade ou nem como método para a diminuição do risco. O movimento expansionista tem sido impulsionado pela atuação de grupos de pressão e pela mídia, exigindo do legislador o recrudescimento da lei penal. No direito penal de “segunda velocidade”, as regras podem se flexibilizar quanto às penas restritivas de direitos ou pecuniárias. A “terceira velocidade” do Direito Penal há ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais quanto à prisão. A perspectiva do bem jurídico deve espelhar não somente referentes individuais, mas também os transindividuais dentro de um sistema social global. A teoria da imputação objetiva prevê limites à responsabilidade jurídico-penal, em caso de corrente causal anormal e consequências danosas atípicas. Considera necessário que o Sistema e do Direito

Penal sejam instrumentos de integração e não de marginalização, de atividade incluyente e comunitária, e que respondam aos anseios de segurança pública e confiança nas instituições, e isto somente se fará com a vinculação permanente do Direito Penal com os postulados dos Direitos Humanos, como melhor marco teórico a ser efetivado.

Palavras-chave: Sociedade de Risco, Paradigma, Sistema Penal, Direito Penal.

KATO, Vilma Leiko. **Risk Society and Paradigms of Imputation**. 2009. pages 152. Dissertation submitted to the Program for Master of Legal Science. Faculdade de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOP, Universidade do Norte do Paraná - UENP.

ABSTRACT

This dissertation includes the analysis of the crisis paradigmatic of the criminal justice system in relation to the risk society and new forms of crime in modern supra-individuals risks. Proposes the transdisciplinary analysis of the phenomenon of risk to the criminal standard, observing the principle of Human Dignity and Human Rights of 3rd Generation, and criminal policy, limit and control of the punishment. Presents the conceptual parameters of Ulrich Beck, Anthony Giddens and Niklas Luhmann that assert that the phenomenon of risk society is a real process, not a rhetorical concept invented. Indicates the "paradigm of visibility" as lowered social and institutional capacity to recognize and identify situations violate the legal right, due to ignorance and individualistic attitude that guides the transmoderna live, as the occurrence of numerous ecological crimes and damage caused by the polluter, primarily by sector industry, contaminating the soil, air, water and ground water and causing damage to the economy sustainable. The issue to help the criminal law as guardian and manager of risk is to incur excessive authoritarian intervention in private life at a political criminal symbolic, ritual and oppressive, generating social exclusion of minorities, persecution and intolerance. The phenomena of selectivity of the labeling approach and the tagging, not cease to be phenomena of valuation, allocation of meanings, occurring in society as a whole and not only in criminal proceedings. The phenomenon of fossilization and bureaucratisation are ersatzs of the figure of Jeremy Bentham's Panóptico. The "Criminal Law of the Enemy" by Jakobs follows in counterhand the doctrine of human rights because it is the denial of those rights, is your contrassenso, your abuse and your outrage. The intensive surveillance is only acceptable the limits of permitted and is a means of social control, and even research and procedural instrument, but is not the solution to the crime or not as a method for reducing risk. The expansionist movement has been driven by the activities of lobbyists and the media, requiring the legislature to increase criminal law. In the criminal law of "second velocity", the rules may be flexible as penalties restrictive of rights or pecuniary. A "third velocity" of criminal law there is wide relativization guarantees political-criminal, rules of imputation and procedures criterions regarding the prison. The prospect of legal right should reflect not only individual references but also the transindividuais within a global social system. The theory of objective imputation provides limits on legal and criminal responsibility in case of current causal abnormal and harmful atypical consequences. Considers necessary for the system and criminal law are instruments of integration and not marginalization, of inclusive activity and and community, responding to concerns of public safety and confidence in institutions, and this will only occurs permanent link with the criminal law with the postulates of Human Rights, as last March and as the best theoretical mark to be effective.

Key-words: Risk Society, Paradigm, System Criminal, Criminal Law.

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Estadual do Norte do Paraná e da Faculdade de Direito do Norte Pioneiro à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

SUMÁRIO

Introdução.....	13
1. SOCIEDADE DE RISCO	16
1. 1. Transdisciplinaridade do risco	26
2. Percepção do RISCO.....	35
2. 1. Abordagem conceitual de Ulrich Beck	35
2. 2. Abordagem conceitual de Giddens	41
2. 3. Abordagem Luhmanniana	46
3. CRISE PARADIGMÁTICA	52
3. 1. O QUE É UM PARADIGMA?.....	52
3. 2. Função essencial do paradigma	53
3. 3. Crise paradigmática do sistema penal	60
3. 4. Paradigma da visibilidade.....	69
4. SISTEMA PENAL.....	80
4. 1. Sistema penal e direito penal do risco	82
4. 1. 1. Neorretribucionismo.....	88
4. 1. 2. Abolicionismo	89
4. 1. 3. Direito Penal Mínimo	91
4. 2. Criminalidade de massa e criminalidade moderna	92
4. 2. 1. Delimitação criminológica da categoria “criminalidade de massa”.....	93
4. 2. 2. Delimitação criminológica da categoria “criminalidade moderna”	94
4. 3. Labelling Approach.....	96
4. 4. Panóptico: Fossilização e burocratização do sistema penal	103
4. 5. Função simbólica do sistema penal.....	115
4. 6. Direito penal do inimigo.....	117
4. 7. Poder midiático e controle dos meios de comunicação e informação.....	123
4. 8. Controle dos meios de comunicação e informação.....	125
4. 9. Expansionismo do Direito Penal.....	127
4. 10. Direito penal de duas velocidades.....	129
4. 11. Direito penal de terceira velocidade.....	130
5. TIPICIDADE PENAL.....	131
5. 1. Bem jurídico	132
5. 2. Negação do bem jurídico.....	134
5. 3. TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA	134
5. 4. Teoria da imputação objetiva segundo Günter Jakobs.....	136
5. 5. Princípio do Risco de Claus Roxin	137
5. 6. LIMITES DO DIREITO PENAL	140
5. 7. Função Política do Direito Penal	141
5. 8. Direitos humanos	144
CONCLUSÃO.....	153
BIBLIOGRAFIA	157

INTRODUÇÃO

No contexto da transmodernidade (COELHO e WARAT) e da globalização, sob a égide de uma sociedade de risco, o Sistema Penal Clássico enfrenta uma crise, quanto aos valores dogmáticos causais e à legitimidade, uma vez que os institutos de imputação de outrora não conseguem apontar soluções para a emergente sociedade plural, multifacetada e eminentemente desigual, geradora de pauperização e exclusão social, e conseqüentemente do aumento da criminalidade.

O presente trabalho engloba a análise da dogmática penal em relação à sociedade de risco e à necessidade de se adotar o método transdisciplinar para análise do crime, como fenômeno social, sob a diretriz dos direitos humanos como política criminal a ser observada.

As concepções teóricas de ULRICH BECK, ANTHONY GIDDENS e NIKLAS LUHMANN trazidas à baila, são importantes para a análise do fenômeno da sociedade de risco, ressaltando que não se trata de um conceito criado, nem inventado retoricamente, muito menos confeccionado para incutir temor e medo nas populações. Antes, porém, a sociedade de riscos é um processo real, do qual ninguém escapa, nem seus efeitos que se ubicam podem ser repelidos ou permanecer ocultos.

A crise paradigmática do sistema penal gera mudanças, mas isto nem sempre se faz anulando o anterior paradigma, sendo possível a rearticulação e a releitura conjunta com novos paradigmas que se despontam, os quais estabelecem um enfoque, fundamento e limites diversos para a solução do caso em estudo.

A noção de desencaixe nas estruturas básicas do sistema não só se atribui à defasagem dos paradigmas clássicos de imputação, mas advém de uma plêiade de sincretismos doutrinários, ideias e opiniões a respeito da sociedade de risco e seus impactos no Direito Penal, aliadas à volubilidade das condições de vida, bem como a emergência de novas formas de criminalidade, ao lado dos riscos que se espriam na comunidade.

O sistema penal e o direito penal encontram entraves nas suas estruturas básicas, o que geram a fossilização e a burocratização de todo o sistema, geradora de um processo em rede de discriminação e exclusão social.

Sobrelevam-se os excessos e temores quanto à segurança pública, decorrentes dos abusos de alguns setores políticos, os quais se olvidaram do caráter fragmentário do instituto do Direito Penal e constantemente elaboram novas leis penais desconexas com a realidade, ora excessivamente gravosas, ora lenientes.

Como conseqüência desses fenômenos, percebemos, no Brasil, movimentos expansionistas do direito penal, mas também reducionistas, minimalistas e abolicionistas, orientados pela intenção política dominante.

Apresentamos as posições favoráveis e contrárias a essa temática. Estas negam a existência de uma sociedade de risco, sob a alegação de tal teoria possui a intenção subreptícia de gerar temor, instilar o medo e de mascarar um controle político e social sobre as massas de manobra.

Já as posições favoráveis à existência de uma sociedade de risco e a crise paradigmática atual, alertam sobre a possibilidade futura de riscos e danos dispersos à sociedade, defendendo a necessidade de arcabouço conceitual, legislativo e dogmático para o enfrentamento de situações.

A moderna doutrina rechaça veementemente a existência de um Direito Penal do Inimigo, pois a própria ideia traz ínsito um contrassenso, eis que não se pode conceber um direito que seja contra alguém *a priori*, adjetivado como “inimigo”, sendo, portanto, não um direito, mas a sua negação, ou um não-direito.

Setores doutrinários compreendem que a concepção do Direito Penal do Risco seria uma mutação do Direito Penal Expansivo. E até mesmo consideram que o Direito Penal do Risco seria sucedâneo do Direito Penal do Inimigo.

Contudo, apesar das vozes percucientes da doutrina a respeito da negação de um Direito contra o Inimigo, e de tabela, a rejeição da concepção de que estamos imersos numa sociedade de risco, a problemática na instala na percepção pública dos riscos, o que vem de encontro com o Paradigma da Visibilidade.

Certo que a doutrina moderna alerta a respeito desse não-direito, contudo, na vida cotidiana, principalmente dos setores políticos e midiáticos, não raro a postura é de evidente bipolaridade, de confronto e de prejulgamento e preeleição dos que são taxados como inimigos da segurança e da normalidade social.

Apesar da orientação doutrinária acerca da inviabilidade lógica desse pseudodireito, na vida cotidiana, no entanto, verificamos a eleição do cognominado “inimigo”, supostamente para o alcance de uma pseudopaz e para a garantia de uma ordem pública, numa sociedade já em desorganização, através de mecanismos de repressão, utilizando-se do Sistema Penal para a propagação da intolerância social, religiosa, étnica, de gênero e de classes.

A abordagem dessa temática do ‘inimigo’ na presente dissertação da sociedade de risco, é justamente de se alertar entre a disfuncionalidade entre a teoria e a vida cotidiana, entre o “ser” e o “dever-ser”.

Não raro, a melhor doutrina se esforça em apresentar parâmetros conceituais e alertar acerca das conseqüências e implicações da excessiva intervenção política na vida social, contudo, em situações cotidianas, observamos uma postura indiferença às aquelas orientações, atuando a classe política e também a midiática, muitas vezes, em perceptível abuso interventivo, numa postura de insensibilidade para com os Ideais de Justiça e de cegueira quanto à percepção pública da sociedade mundial de risco.

Dessa forma, a proposta desta dissertação é singelamente contribuir para a ampliação da análise acerca do tema Sociedade de Riscos e a problemática envolvida a ser enfrentada, sem a intenção de ofertar soluções ou orientações definitivas para o futuro do Direito Penal, mas de agregar valores que sirvam de diretriz à sociedade, à comunidade acadêmica, aos operadores do Direito e principalmente, quem sabe, à classe política dirigente.

CAPÍTULO 1 SOCIEDADE DE RISCO

1. SOCIEDADE DE RISCO

“O mundo é um lugar perigoso para se viver, não exatamente por causa das pessoas que são más, mas por causa das pessoas que não fazem nada quanto a isso.”

Albert Einstein

De fato! O direito penal encontra-se em descompasso com a sociedade de risco e inevitavelmente frustrará quaisquer expectativas se, diante da crise paradigmática que se hospedou, ainda permanecer simbólico e encastelado no seu sistema, perdendo a oportunidade de promover a guinada interpretativa capaz de assegurar a sua intervenção, ao menos, como *ultima ratio* para criminalidade de riscos contemporâneos.

No Brasil, o direito penal clássico foi concebido originariamente a partir dos modelos epistemológicos do pensamento do Estado de Direito Liberal, impregnado na sociedade dos séculos XVII e XIX, em que o cotidiano e a vida, em geral, eram um tanto previsíveis, em meio a uma sociedade eminentemente rurícola, sendo que os conflitos de interesses, a ebulição dos costumes e a projeção dos resultados não eram tão intensos ou visíveis.

Naquele contexto, factível e até tangível a concepção de um diploma legal repressor, utilizando a metodologia de aplicação mecânica da lei, centrado eminentemente na proteção da propriedade, que houvesse como função a repressão à causação dos resultados, pois, naquele contexto histórico e sócio-cultural, o bem jurídico era protegido “*a posteriori*” e o Direito Penal operável era enfatizado mais pelo enfoque do seu caráter repressivo ao preventivo, para a proteção dos valores sociais dominantes.

O panorama até então era de profundo entusiasmo com o avanço da racionalidade técnico-científica e dos modelos disciplinares e de produção, levando-

se ao dogmatismo extremado, na crença de que as ciências jurídicas poderiam lidar com o fenômeno do crime, reduzir seus efeitos, disciplinando, imobilizando e isolando as massas não produtivas e insurrecionais, para a construção de uma sociedade industrial eminentemente centrada no patrimônio, contratualista, patriarcal e excludente.

Para o positivismo, a pena agrega a função de proteção da ordem social estabelecida, com sanções exemplares, sendo o crime um fenômeno natural, a ser estudado como pertencente à realidade empírica. E a pena, para os positivistas, não poderia ter fundamento ético ou racional, mas social e o que justifica a intervenção penal não é a culpabilidade, mas a fundada periculosidade do infrator.

No entanto, a sociedade industrial ao mesmo passo que contribuiu para o aumento extraordinário da produção de bens e consumo conspícuos¹, melhorando o nível de vida, notadamente para aqueles que tiveram acesso a estes, passou a receber os influxos do modelo capitalista adotado, pautado no aumento da competitividade, no consumo exarcebado, na individualização, na desvalorização do trabalho, na despersonalização, no êxodo rural, na explosão demográfica nos centros urbanos, gerando o incremento da criminalidade.

Assim, o modelo neopositivista racional-teórico das ciências criminais e sua visão monodisciplinar do crime, encontrou-se contra a parede, pois sua pretensão inicial de redução da criminalidade e da violência pela prevenção geral e especial, fugiu ao seu próprio controle, demonstrando sua obsolescência para com os fins propugnados, pois as contingências advindas dos movimentos da sociedade bateram à sua porta imponderavelmente.

¹ PIETROCOLLA, Luci Gati. *O que todo cidadão precisa saber sobre Sociedade de Consumo*. São Paulo: Global, 1986, p. 39/40: "Nas sociedades capitalistas a diferenciação entre bens de consumo vital e os de consumo conspícuos se torna mais manifesta, principalmente naquelas de capitalismo dependente onde existe uma contradição visível: de um lado uma minoria têm acesso quase irrestrito aos bens de consumo conspícuo e, de outro lado a grande maioria mal tem acesso aos bens de consumo vital." " A sociedade de consumo assentada sobre o desejo de posse e maximização de lucros é promovida ao mesmo tempo que promove o desenvolvimento de um "espírito" assentado sobre valores como poder, prestígio, status. Esses valores se manifestam através de novas necessidades criadas pelo sistema, alimentadas pela propaganda e publicidade e vivenciadas pelo homem em sua busca de identificação e felicidade. Eis o "segredo" da sociedade de consumo. Cria novas necessidades e transfigura os bens de consumo conspícuos em vital. Seu mecanismo consiste em tornar estes bem, objetos privilegiados de disputa de poder, prestígio e status que afloram a superfície da sociedade de consumo. Mais do que produtos, portanto, ela vende imagens e símbolos".

Do autismo à atividade induzida pela realidade social, o caminho seguido então para a justificação do sistema penal procurou outras bases de justificação e legitimação, ancorando desta vez na sua função meramente simbólica, seletiva, burocrática, disciplinante e autônoma.

Dentro do vetusto método neopositiva dogmático, a única providência que restou ao aplicador do direito, foi o de questionar o sistema jurídico, numa dogmática crítica externa, propondo a reforma legislativa para adequação do texto legal ao conteúdo material.

Segundo o paradigma garantista do Estado Constitucional e Democrático de Direito, prosperou o conceito de legalidade complexa, definida em dois níveis distintos (legal e constitucional), abandonado o silogismo formal e o formalismo legal de mero juízo de subsunção².

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, salvaguardou-se um vasto rol de direitos e garantias individuais e da liberdade da pessoa humana, limitando a atuação estatal, determinando a supremacia do primado dos Direitos Humanos como direitos fundamentais a que todo homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que lhe é inerente, devem ser resguardados perante seus semelhantes e perante o Estado.

Nesse compasso, consolidou-se a doutrina dos direitos fundamentais, classificando-os em gerações ou dimensões (abordaremos especificadamente cada uma delas no capítulo 5, item 5. 8.), sendo que, na temática da sociedade de riscos, destacam-se os de **terceira geração** que são transcendentais, pertencem a todos, adveem do direito constitucional mundial e são chamados de direitos da solidariedade, como: o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente equilibrado, ao preservacionismo ambiental, à proteção dos consumidores, ao patrimônio comum da humanidade e à autodeterminação dos povos.

Consoante escólio de BREGA FILHO, os direitos fundamentais de **terceira geração** “distinguem-se dos demais em razão de sua titularidade coletiva,

² GOMES, Luiz Flávio Gomes. *Direito Penal: parte geral, introdução*, volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 51. .

ou seja, esses direitos não pertencem a uma pessoa determinada e sim a toda a coletividade”³.

NORBERTO BOBBIO descreve que o mais importante dos direitos humanos de 3ª geração é o “**direito de viver num ambiente não poluído**”.⁴ Destarte, o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade.

Ao mesmo passo, sobrevieram de forma pacífica na dogmática jurídica, os movimentos minimalistas de intervenção e de adequação ao sistema penal tradicional, postulando pelos Princípios da Intervenção Mínima, da Fragmentariedade e da “*Ultima Ratio*”, os quais foram agregados ao sistema sem maiores confrontos, mas, sobretudo, contribuiu para a manutenção e a permanência do sistema, sendo, portanto, nesta quadra histórica o caminho mais viável.

De outro vértice, há de se ressaltar a contribuição do clamor midiático que instigou o poder legiferante a adotar leis rigorosas de intervenção máxima ao tecido social, com o escopo de aplacar a sensação de insegurança social, preferindo a coerção máxima a outras formas de solução dos conflitos de interesses, inclusive nos espaços reservados da vida privada, gerando inevitavelmente exclusão social a determinados segmentos, discriminação e tratamento diferenciado.

Mas não se olvide também, de outro norte, a existência de movimentos políticos em sentido oposto, objetivando a redução da atuação penal, alavancados pelo forte movimento doutrinário acadêmico reducionista, ampliando as garantias e prerrogativas ao réu.

O réu se torna “o rei”, o principal protagonista da cena, objeto de interesse do Direito Penal, foco de atenções e garantias constitucionais, mas estranhamente, uma outra figura não granjeia dos mesmos holofotes e interesses. A vítima, ou o sujeito passivo do delito, muitas vezes é sumariamente olvidada e, não raro, estigmatizada.

³ BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.23.

⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 26.

Para BERISTAIN que “durante o processo, a vítima é, no mais, um convidado de pedra. Outras vezes, nem convidado. Tão injusta postergação do sujeito passivo do delito que se produz nele uma segunda vitimação, que aparece patente em todos os países de nossa cultura”⁵.

Como consequência desses fenômenos, percebemos no Brasil movimentos expansionistas do direito penal, mas, sobretudo, com maior frequência, de alterações legislativas de abolição ou minimização que impregnam as estruturas do sistema penal.

Dos movimentos legislativos expansionistas, podemos citar alguns dos diplomas legais:

- Lei 9.034, de 03/05/1995 - prevenção e repressão de organizações criminosas.
- Lei 10.792, de 01/12/2003 - regime disciplinar diferenciado.
- Lei 11.206, de 28/05/2005 - tráfico internacional de pessoas.
- Lei 11.340, de 07/08/2006 – violência doméstica.
- Lei 11.343, de 23/08/2006 - tráfico de drogas. [
- Lei 11.705, de 19/06/2008 - imposição de penalidades mais severas para o condutor que dirigir sob a influência de álcool.
- Lei 11.690, de 09/06/2008 - preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido e inquirição por videoconferência.
- Lei 11.900, de 08/01/2009 - interrogatório por videoconferência.
- Lei 12.012, de 06/08/2009 – tipificando o ingresso de pessoa portando aparelho celular, rádio ou similar, em estabelecimentos prisionais.
- Lei 12.015, de 07/08/2009 – crimes contra a dignidade sexual.

⁵ BERISTAIN, Antonio. Nova Criminologia à luz do direito penal e da vitimologia. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. p. 105..

De outro vértice, observam-se alterações legislativas significativas voltadas a minimilização, redução, abolição do direito penal, bem como à desburocratização do sistema penal, como seguem:

- Lei 9.099, de 26/09/1995 – juizado especial criminal.
- Lei 9.714, de 25/11/1998 – penas alternativas.
- Lei 11.464, de 28/03/2007 – liberdade provisória e progressão de regime aos réus de crimes hediondos.
- Lei 11.689, de 09/06/2008 – aumento de garantias processuais ao réu, nos crimes dolosos contra a vida.
- Lei 11.719, de 20/06/2008 – flexibilização de antigos institutos do processo penal.
- Lei 11.767, de 07/08/2008 - inviolabilidade do local e instrumentos de trabalho do advogado.
- 11ª Súmula Vinculante do STF, de 13/08/2008 - ilicitude no uso de algemas.
- Lei 12.037, de 1º/10/2009 – abstenção de identificação criminal para o civilmente identificado.
- Lei 11.922, de 13/04/2009 - atipicidade temporária e *abolitio criminis* das condutas no Estatuto do Desarmamento.
- Resolução 84 do CNJ, de 06/07/2009 – limitações às interceptações de comunicações telefônicas e sistemas de informática e telemática, no âmbito do Poder Judiciário.
- Resolução 36 do CNMP, de 06/04/2009 – regulamentações acerca do pedido e utilização das interceptações telefônicas no âmbito do Ministério Público.

Nesse vai-e-vem de variáveis inconstantes, desse expansionismo x reducionismo x abolicionismo, desse sincretismo doutrinário, dessa fusão de ideias e concepções culturais diferentes, e na maioria antagônicas, no caldeirão do sistema penal sobrevém outra realidade, nem sempre perceptível à sensibilidade humana.

Hodiernamente, vivemos numa sociedade de riscos – RISIKUGESELSCHAET, na qual há uma tangível projeção da possibilidade de eventuais danos supra-individuais com efeitos dispersos contra uma parcela da população nem sempre consciente de que esteja mesmo recebendo as conseqüências desses riscos.

São danos e riscos difusos pela coletividade, que permeiam a malha social, atingindo grupos de pessoas e até mesmo a sociedade como um todo. Diz-se sobre uma sociedade de riscos quando se detecta situações que geram um perigo, como fator e iminência do dano propriamente dito, implicando na potencialidade ponderável da efetivação dos resultados lesivos. Dessa forma, numa sociedade sujeita a riscos, eventuais danos encontram-se latentes, prestes a ocorrer e exequíveis na linha de desdobramentos dos fatores concorrentes à causa inicial.

Com a emersão de uma sociedade de riscos, conectada ao seu pluralismo, imersa no fenômeno da globalização e a massificação da humanidade, e, de outro lado a figura de um Estado e seu Governo altamente instáveis na instituição de políticas públicas, sobrevieram outras formas de criminalidade como crimes de massa x crimes da modernidade, poluição ambiental, crimes cometido no espaço bioético e no cibernético, danos cometidos por meio da internet com a replicação de vírus - cavalos de tróia, trojans e worms, manipulação de genomas, crimes sanitários, organizações e facções criminosas, lavagem de dinheiro, *white collar crime*, periclitção à saúde do consumidor, terrorismo, crimes praticados por governantes cujos efeitos deletérios afetam a sociedade como um todo.

A consequência mais notável, ponderou LUIZ FERNANDO COELHO, é que da ampliação dos espaços jurídicos sujeitos à atuação do direito, não mais reduzidos em termos geográficos, nem confinados em fronteiras nacionais, mas sim transnacionais, supraestatais e globais, é que o Estado perde aos poucos

sua capacidade de controle desses novos espaços⁶, e paradoxalmente, isto não acarreta o aumento da liberdade individual, mas sim a progressiva transferência do *jus imperii* para organizações, cuja natureza jurídica não está suficientemente caracterizada⁷.

Frente a esses fenômenos, numa sociedade de risco, exige-se do intérprete a análise de outros paradigmas de imputação penal, posto que a visão monodisciplinar do crime como ente jurídico, e as concepções mecanicistas e fisiológicas da causalidade não supririam o necessário argumento jurídico para compreensão de um Direito Penal, que não deveria se contentar a ser meramente simbólico, mas que assuma sua real missão de pacificação social, sua função política no ordenamento do sistema penal, instrumento para a manifestação externa da solidariedade humana e último remédio interventivo para a proteção dos bens penais juridicamente relevantes.

O cuidado a se observar é não se confundir prevenção com repressão policlesca, nem precaução com excessos de controle paranóicos, nem substituir a noção de lesividade/ofensividade com periculosidade ilimitadamente sem a necessária contenção dogmática, sob pena de instrumentalizar-se o arbítrio e a institucionalização do controle social sobre o imponderável, na tentativa de paralisar todas as formas de vida e manifestações sociais.

Assim, as Ciências Criminais e o Direito Penal devem voltar suas atenções para este novo solo paradigmático, atentando-se para assuntos dantes olvidados, os quais eram abordados somente por outras disciplinas, agregando conceitos, numa visão transdisciplinar, agregando novos discursos, expandindo seus contornos, buscando remodelá-los ao traje de novos bens jurídicos, mesmo à custa da descompressão do modelo fragmentário e de *ultima ratio*, mas tendo como parâmetro obrigatório o Princípio da Dignidade Humana como política criminal a ser observada notadamente para o controle do poder punitivo, sob pena da sociedade tornar-se refém de uma ideologia fascista e totalitária de controle das massas.

⁶ COELHO, Luiz Fernando. Saudade do futuro: transmodernidade, direito, utopia. Curitiba: Juruá, 2007, p. 104.

⁷ COELHO, 2007, p. 113.

O estudo do termo “risco” interessa e espraia-se por uma ampla variedade de áreas do conhecimento científico e até mesmo por diferentes disciplinas, sendo que as Ciências Criminais e o Direito não podem permanecer autistas, nem se manterem isentos nem deixar de receber referenciais teóricos e aportes de outros ramos, como da Sociologia, da Economia, da Psicologia e da Filosofia.

Aliás, não é o direito que cria ou dá origem às relações em sociedade, mas o contrário. É a sociedade e seus fenômenos que pautam o Direito e o estrutura, transformando-o e indicando o seu sentido, consoante a base empírica calcada nos fatos sociais, políticos, econômicos, filosóficos e psicológicos.

Os homens, ao estabelecer as relações sociais, de acordo com o desenvolvimento de sua produção material, criam também os princípios, as ideias e as categorias, de conformidade com suas relações sociais. Portanto, essas ideias, essas categorias, são tão pouco eternas como as relações às quais servem de expressão: São produtos históricos e transitórios. (MARX, Karl. Miséria da filosofia. Rio de Janeiro: Leituras, 1965, p. 104)⁸

Por isto, o Direito Penal apesar de ser seletivo tem como referencial aquilo que ocorre na sociedade, que se encarregará de fornecer conceitos e insights de cada época, tempo, espaço, contexto histórico, social e cultural.

O Direito Penal é definido como o conjunto sistemático de normas jurídicas e princípios que regulam a atuação estatal frente ao fato criminoso, aos sujeitos da relação jurídica, bem como das medidas ou sanções aplicáveis ao autor do delito. Inegavelmente revela possuir também outra face, pois, ao passo que atua como garantia aos cidadãos contra os desvios do soberano, concomitantemente se reafirma como sistema normativo de controle social.

Através de seu método sistemático legal racional, o Direito Penal apresenta a norma jurídica como modelo imperativo, positivo, cogente e sancionador, buscando se não concretamente, ao menos de maneira simbólica

⁸ apud SALVADOR NETO, Alamiro Velludo. Criminalidade moderna versus criminalidade de massa. SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão [Orgs.]. Criminologia e os problemas da atualidade. São Paulo: Atlas, 2008, p. 140-141.

induzir à noção de segurança jurídica com a limitação do arbítrio do poder punitivo e à definição a priori de determinados comportamentos e suas consequências.

A atual sociedade de risco impele à reflexão, à reestruturação, à movimentação e à transformações do sistema global, e nisto se inclui o penal, para com a realidade. Contudo, a exigência a ser observada é que o direito penal somente intervenha como *ultima ratio*, em casos determinados pelo princípio da legalidade, para que sirva de instrumento de pacificação e diminuição das diferenças sociais, e não o seu incremento.

1. 1. Transdisciplinaridade do risco

Observamos que a temática do risco tem sido objeto de estudo por uma ampla variedade de áreas especiais e até mesmo por diferentes disciplinas científicas, como as ciências econômicas, sociológicas e psicológicas, e também pelas ciências jurídicas, notadamente quanto aos seus impactos nas ciências penais, civilistas e ambientais.

Originariamente, o tratamento estatístico tradicional para o cálculo do fator risco foi adotado pela economia de mercado, na análise do lucro empresarial em termos da função da possibilidade de contingências e incertezas. Já no contexto da economia moderna, o estudo do conceito de risco, tem permitido um percuciente encadeamento de teorias macro e microeconômicas.

A exigência de métodos de medição das probabilidades do risco são indubitavelmente importantes para as ciências exatas e econômicas, mas nas ciências do dever ser, tal método encontra suas limitações.

No Direito Penal, essas limitações se encontram na avaliação da previsibilidade dos riscos, consciência da emersão destes, antevisão das contingências, na posição do garante, se houve ou não um incremento deste risco pela conduta do agente e se esta era tolerável ou não. Isto sem deslembrar das variáveis políticas que podem orientar a conduta humana.

Se no direito penal clássico, quanto à criminalidade comum ou na de massa, estes questionamentos trazem uma série de polêmicas e dissensos nos discursos de fundamentação, esses paradigmas, no contexto da sociedade de risco, na ótica da criminalidade moderna, tornam-se ainda mais complexos ao exponencial.

E a questão se agrava com o processo de globalização e da incorporação do risco à sociabilidade humana. As novas circunstâncias trazem consigo a necessidade de agregação de outros discursos, fomentando a ideia de um direito penal do risco: baseado em um estado preventivista, arrebatador do estado de direito, confundindo prevenção policial com repressão penal, substituindo

ofensividade por perigo e reduzindo os riscos permitidos, além de uma crescente administrativização do Direito Penal”⁹.

Para NIKLAS LUHMANN os modelos de cálculos quantitativos de riscos são guiados pelas expectativas subjetivas de vantagens, mas que também deveriam também observar possíveis desastres. Esclarece que as teorias estatísticas foram unidas para aplicações nas áreas da decisão e jogos, teoricamente interessados em suas próprias controvérsias - tais como o grau de subjetivação significativa das expectativas e preferências¹⁰.

Psicólogos e psicólogos sociais teriam demonstrado que, na realidade, as pessoas não calculam na forma como elas devam se comportar pelas atribuições racionais da estatística, até porque podem ser falhas. Assim, em posições onde racionalidade está entre as funções atribuídas ao cargo, notadamente de cuidado e responsabilidade ao lidar com expectativas dos riscos, mesmo na gestão de organizações - os riscos não são calculados quantitativamente, ou pelo menos não da forma convencional que a orientação teórica propõe¹¹.

Nesta esteira, o físico COCHO, e os matemáticos GUTIÉRREZ e MIRAMONTES lecionam que a exigência de se medir com exatidão é necessária para a tecnologia e, muitas vezes, goza de considerável reconhecimento social em alguns círculos científicos, mas nem por isto pode ser vista como elemento do método da ciência (nem da tradicional nem da emergente), pois, pelo contrário, “faz parte do discurso pseudo-racionalista do aparelho do poder: algumas meias-verdades, uma série de preconceitos e outra de intenções políticas”, os quais não conseguem amparar afirmações insustentáveis com ares de “cientificidade”

“A sobrevalorização dos métodos estatísticos é útil na conservação do poder e, igualmente, nos comitês que aprovam programas de investigação nas esferas da política dos Estados: recorrendo aos “dados duros” da macroeconomia, por exemplo,

⁹ BRAGA, Vinícius Gil. *Sociedade, Pluralidade e Direito Penal*: Breves considerações acerca do distanciamento Dogmático e uso Simbólico do Direito Pena. in *Crise do Processo Penal e as Novas Formas de Administração da Justiça Criminal*. Ed. Notadez. p. 131.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. *Risk: a Sociological Theory*. 4th. Translated by Rhodes Barrett. New Brunswick (USA)-London (UK): Aldine Transaction, 2008, p. 2

¹¹ LUHMANN, 2008, p. 2.

os tecnocratas vendem a idéia de uma situação econômica favorável enquanto a gente comum morre de fome. Mas, insistimos, nada disso tem a ver com o papel da matemática na ciência.”¹².

A avaliação dos riscos e a disposição de aceitá-los ou de repeli-los não são apenas problemas econômicos ou psicológicos, ou pontuais de um caso concreto que venha a ser apreciado pelo Judiciário, mas, sobretudo, são problemas sociais, pois cada indivíduo dentro da sociedade comporta-se de maneira que compreende ser pertinente em referência às expectativas do grupo em que esteja inserido, ou até mesmo em violação às opiniões hegemônicas prevalecentes, em termos de uma ou outra socialização e até mesmo por motivos exógenos.

E não se pode observar a partir da sociedade sem que se opere dentro desta e de todos os observadores, o que deve ser primordial para se perceber e apreender do fato-objeto cognoscível, sob pena de encontrarmos outras meias-verdades e reproduzi-las indenemente. E esta percepção não se realiza somente com métodos de medição, mas, sobretudo, adotando o método transdisciplinar: entre, através e além dos campos de conhecimento, possibilitando a liberação e independência dos feudos científicos estabelecidos e estanques.

A jaula de ferro concebida por MAX WEBER – em que a humanidade estaria condenada a viver no futuro - é para ULRICH BECK uma prisão e das *categorias e pressupostos básicos* das ciências clássicas sociais, culturais e políticas¹³, como uma espécie de jaula convencional e ortodoxa da ciência social e política. Portanto, imperativa a libertação dessas categorias e pressupostos, através

¹² COCHO, Geminal; GUTIÉRREZ, José Luis; MIRAMONTES, Pedro. *Ciência e humanismo, capacidade criadora e alienação*. In: SOUSA SANTOS, Boaventura [Org.]. *Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 195.

¹³ ADAM, Barbara; BECK, Ulrich; LOON, Joost Van. *The Risk Society and Beyond: Critical Issues for Social Theory*. 3th. London (UK): Sage Publications, 2005, p. 211. “Max Weber's iron cage - in which he thought humanity was condemned to live for the foreseeable future - is to me a prison of *categories and basis assumptions* of classical social, cultural and political sciences. In this case that we have to free ourselves from these categories in order to find out about the unknown post-Cold-War-world. Do not get me wrong.” (itálico do autor).

de uma nova ciência sensível aos paradoxos concretos e desafios da modernidade reflexiva, mas ao mesmo tempo forte o suficiente para abrir as paredes da abstração em que são capturadas as rotinas acadêmicas¹⁴.

Destarte, pondera LUHMANN que a experiência prática tende a nos ensinar que quanto mais nós conhecemos, tanto melhor nós nos conscientizamos que nada sabemos, mas, contudo, mais elaborada se torna a nossa consciência do risco.

Quanto mais racionalidade nós calculamos e mais complexo o cálculo se torna, pois mais fatores e aportes a serem observados, mais aspectos a inserir na opinião envolvendo a incerteza sobre o futuro e, portanto, do risco. Partindo deste ponto de vista, não é por acaso, observa o sociólogo, que a perspectiva de risco tem-se desenvolvido paralelamente ao crescimento da especialização científica.

A sociedade de riscos-orientados moderna é um produto não apenas da percepção das conseqüências da conquista tecnológica. Sua semente está contida na expansão das possibilidades de investigação e do conhecimento em si¹⁵.

ANTHONY GIDDENS pondera que empreendimentos de aferição de risco de alta conseqüência devem ser diferentes dos que lidam com riscos cujos resultados podem ser observados e monitorados, muito embora essas interpretações devam ser constantemente revisadas e atualizadas á luz das novas teorias e informações¹⁶.

Para LUHMANN, é impossível descobrir uma definição para o risco que possa satisfazer às exigências da ciência, porquanto cada área de pesquisa parece se conformar com as suas próprias orientações internas do seu contexto teórico específico. Portanto, devemos questionar se, em determinadas áreas de pesquisa e, mais ainda, mais em cooperação interdisciplinar, a ciência sabe realmente o que está falando. Se apenas por razões epistemológicas nós podemos

¹⁴ ADAM; BECK; LOON, 2005, p. 212.

¹⁵ LUHMANN, Niklas, 2008, p. 28.

¹⁶ GIDDENS, Anthony. *Modernidade e Identidade*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 116.

não presumir que certa coisa como sendo um risco exista, isto se trata somente de questão de descobrir e investigá-lo.

“We cannot at this point discuss the general difficulties of interdisciplinary research that could be referred to as ‘transdisciplinary’ fields, for example, cybernetics and systems theory. Risk research could represent a further possibility. For the moment, however, the negative consequences of participation by numerous disciplines and special research areas are most apparent. There is no definition of risk that could meet the requirements of science. It appears that each area of research concerned is satisfied with the guidance provided by its own particular theoretical context. We must therefore question whether, in individual research areas, and even more so more in interdisciplinary cooperation, science knows what it is talking about. If only for epistemological reasons we may not assume that such a thing as risk exists, and that it is only a matter of discovering and investigating it. The conceptual approach constitutes what is being dealt with. The outside world itself knows no risks, for it knows neither distinctions, nor expectations, nor evaluations, nor probabilities – unless self-produced by observer systems in the environment of other systems”.¹⁷

Impossível a abordagem da temática do risco e suas conseqüências no campo criminal autologicamente, sendo inadmissível conceber o sistema penal como campo fechado de pensamento, de maneira estanque, alicerçado somente na dogmática das ciências penais, sem os aportes oriundos das outras ciências e campos de conhecimento, e dos fatos da vida social, econômica, política e cultural.

Segundo SALVADOR NETTO, “são as compreensões de arquétipos sociais determinados que formulam e ofertam consistência ao Direito”¹⁸.

Na formulação de BECK – como de outros autores como GIDDENS e LUHMANN – surgiu a sociedade de risco, onde as estruturas são exploradas por completo pela afirmada modernização reflexiva, colocando-se o afastamento da realidade imposta na simples causalidade, e trazendo uma nova modalidade de convivência capitalista demarcada na figura dos riscos, da necessidade preventiva, do perigo da autodestruição; todos trazidos pelos “sapatos silenciosos da

¹⁷ LUHMANN, Niklas. 2008, p. 06.

¹⁸ SALVADOR NETTO, 2006, p. 22.

modernidade”, hoje questionadores do anterior encantamento com o controle possível e absoluto das ciências e da tecnologia. Mais do que isso, o avanço da ciência e da tecnologia traz a preocupação com o uso que destas pode ser feito, bem como do necessário cuidado relacionado ao agente que pode usar as suas reais finalidades.¹⁹

Portanto, imperativa não somente uma visão interdisciplinar²⁰, mas, sobretudo, uma concepção transdisciplinar (entre, além e através), mesmo que à comparação de disciplinas de referência, para justamente confirmar a existência de diferentes níveis de realidade, regidas por lógicas diversas.

O termo **transdisciplinaridade** foi exposto por PIAGET, em 1970, perante o I Seminário Internacional sobre Pluridisciplinaridade e Interdisciplinaridade, na Universidade de Nice (França), e adotado pela UNESCO em 1994, editando a “Carta da transdisciplinaridade”.

A **transdisciplinaridade**, explica a educadora MARINA PASSOS GOULART DE OLIVEIRA DA SILVA das lições de AMÉRICO SOMMERMAN, enfatiza uma visão aberta transdisciplinar, além do campo das ciências exatas, devido ao seu diálogo e sua reconciliação não apenas com as ciências humanas, mas também com a arte, a literatura, a poesia e a experiência espiritual, baseado em três pilares metodológicos: complexidade, lógica do terceiro incluído e os diferentes níveis de realidade. Enquanto que a **interdisciplinaridade** busca a retotalização do conhecimento, com a interação entre duas ou mais disciplinas, de métodos de

¹⁹ SALVADOR NETTO, 2006, p. 88.

²⁰ AZEVEDO E SOUZA, Valdemaria B. Participação e Interdisciplinaridade – Momentos de Ruptura/ Construção (Org.). Porto Alegre: EdipucRS, 1996. apud GOLDIM, José Roberto. 2008, p. 111. Explica que na interdisciplinaridade há interação de pessoas, com troca de saberes e opiniões. As condições necessárias para que a interdisciplinaridade ocorra são: a existência de uma linguagem comum; de objetivos comuns; do reconhecimento da necessidade de considerar diferenças existentes; do domínio dos conteúdos específicos de cada um dos participantes, e da elaboração de uma síntese complementar.

esquisa e de ensino, promovendo a interação e a integração mútua de conceitos da epistemologia, da terminologia e dos procedimentos²¹.

Assim, a **transdisciplinaridade**, diferentemente da **interdisciplinaridade**, não se restringe a uma ou mais ciências afins, mas a uma ampla abertura das demais disciplinas, inclusive não-jurídicas, com análise entre, além e através delas, não se propondo ao domínio, mas em abertura de todas elas àquilo que as atravessa e as ultrapassa. Sua abordagem passa entre, além e através das disciplinas, numa busca de compreensão da complexidade, mesmo que a observação da disciplina em referência sirva para análise do argumento ao reverso, para se reconhecer a existência de diferentes níveis de realidade orientados por lógicas diversas.

Neste passo, a visão dos sistemas complexos deve impulsionar em direção a uma teoria transdisciplinar e integradora, qualitativa e dialética, capaz de transcender o estudo das partes para se converter num aparelho para a integração e adjunção destas mesmas partes, na qual o mais importante é compreender as propriedades emergentes resultantes desta interação no meio social, ainda que transitórias.

SALO DE CARVALHO propõe a necessidade de adoção de uma perspectiva **transdisciplinar**, em diálogo aberto com diferentes ramos de conhecimento, para libertar o saberes de seus *feudos*, com rejeição do “*método do despedaçamento*”, sendo fundamental desobrigar-se da percepção da criminologia como ciência, mas como campo de saber voltado para o espaço de debate sobre as formas e mecanismos de controle social, abandonando-se a “pretensão de busca de verdades definitivas e exortar as unidades totalizantes próprias dos projetos da Modernidade”²².

Inegável, nesta perspectiva, a necessidade de uma perspectiva transdisciplinar voltada à negação do *método de*

²¹ SILVA, Maurina Passos Goulart Oliveira da. Resenha do livro de SOMMERMAN, Américo. (2006). Inter ou Transdisciplinaridade? Da fragmentação disciplinar ao novo diálogo entre os saberes. São Paulo: Paulus. Coleção Questões Fundamentais da Educação. *Revista E-Curriculum*, v. 1, n. 2, junho de 2006. Disponível em: <http://www.pucsp.br/ecurriculum/artigos_v_1_n_2_jun_2006/SOMMERMAN.pdf> último acesso em 25.04.2009.

²² CARVALHO, Salo de. Criminologia e Transdisciplinaridade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 56. p. 311, setembro-outubro de 2005.

despedaçamento que, baseado na obsoleta concepção cartesiana que funda a ciência moderna, compartimentalizou o conhecimento, afastou a ciência da arte, enrijecendo as formas e engessando a criação. Na configuração do método, a classificação dos fenômenos ocorreu segundo seus aspectos análogos, sendo sua organização estabelecida em compartimentos (grupos). Produziu-se, pois segundo Marton, um despedaçamento do mundo na tentativa de estabelecer relações causais entre os acontecimentos: *'entrincheirada em seu feudo, a ciência não leva em conta outras áreas de conhecimento, outros domínios do saber. Além de explicação dos fenômenos, pretende ser interpretação do mundo. E mais: a única interpretação verdadeira do mundo. Diante dela tudo deve ser relegado a um segundo plano, posto que não existe nada tão necessário quanto a verdade.'*²³

O problema da criminalidade é antes de tudo um problema social, advém dos condicionamentos da sociedade, sendo impossível exercer-se o estudo científico do Direito Penal a margem desta realidade complexa e cambiante.

Para a solução, ou apontamentos de soluções para a crise paradigmática na sociedade de riscos, não há outro marco que não seja o de uma sociedade que seja estruturada democraticamente que respeite os postulados dos Direitos Humanos e os princípios do Estado de Direito.

Contudo, há que levar em conta para que a análise transdisciplinar do fenômeno do risco perante o tipo criminal não fique enclausurada em si mesma, pois é necessário o esforço dialético e argumentativo para analisar os parâmetros de adequação das ciências afins e não jurídicas para a solução dos problemas oriundos da sociedade de risco.

E esse movimento dialético e epistemológico deve ser realizado com o necessário senso de limitar e transcender parâmetros, mesmo que somente sirvam de contrateoria, sob pena de criação de novos "franksteins" jurídicos, com imposição de uma dogmática perniciosa para a resolução dos problemas da sociedade mundial do risco, e instrumento de manobra e controle do poder político.

²³ CARVALHO, 2005, p. 312 (itálico do autor).

Assim, a análise transdisciplinar deve observar como diretriz imanente o princípio da Dignidade Humana e os Direitos Humanos de 3ª Geração, como política criminal, limite e controle do poder punitivo estatal.

Destarte, por tais razões o estudo do fenômeno do risco, no campo transdisciplinar, deve ser observado das relações sociais e os seus condicionamentos, com as demais disciplinas e ramos científicos, numa relação, não excludente, nem interna às disciplinas afins, mas integradora e dialética, transcendendo-as para extrair uma diretriz imanente, mesmo que a metodologia da disciplina em referência sirva para análise do argumento ao reverso, do seu contra-argumento para análise crítica.

Assim, a metodologia transdisciplinar adotada para o presente estudo requer o reconhecimento do caráter provisório²⁴ das teorias científicas, sem, contudo, pretender superá-las ou suplantá-las ou criticá-las no vazio ou nem de eliminá-las do universo científico, mas sim de valorá-las e transcendê-las para a adesão da melhor forma e sentido como diretriz dominante deste trabalho, para abertura de novos enfoques sobre a temática do risco. Pois, melhor do que queimá-las, é necessário construir pontes entre as diversas ciências e campos do saber.

²⁴ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed. rev., at. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.61. Nesse sentido: “A racionalidade é, assim, projetada em outro plano, o construtivo em oposição ao descritivo, o operacional em oposição ao causal. O pressuposto que está na base do novo modelo é a constatação agora trivial, de que a realidade é sempre irreduzível aos modelos que a interpretam, exigindo-se a constante retificação dos erros do passado, em outras palavras, toda teoria científica é sempre provisória, não passando de tentativa de aproximação à verdade. Está destinada a ser permanentemente superada e retificada.”

CAPÍTULO 2

2. PERCEPÇÃO DO RISCO

Para o estudo do fenômeno da sociedade de risco, imperativo destacar a dimensão dos diversos estados de risco e perigo, abordados pelos sociólogos ULRICH BECK, ANTONY GIDDENS e NIKLAS LUHMANN, isto sem resolução de continuidade, para a compreensão dos irresistíveis estados de invisibilidade e da falta de percepção pública dos riscos.

Destarte, destaca MORATO LEITE e ARAÚJO AYALA que “o risco seria uma forma específica de relação com o futuro”²⁵ e, portanto, a sua concepção não se trata de questão de maior ou menor exposição da sociedade aos riscos, porquanto sua compreensão não pode ser feita exclusivamente a partir de uma leitura superficial de simples ameaças fáticas á integridade pessoal dos cidadãos.

Mas sim, a nova compreensão do risco se funda nas formas diferenciadas de que utilizam as sociedades contemporâneas para representar esse futuro inexorável.

Destaque, ser inegável que a percepção dos riscos pela massa social e, principalmente a conscientização dos eventuais danos e prejuízos dele decorrentes, assume papel importante no discurso da opinião pública que impele o poder legiferante a propugnar por modificações legislativas para acalmar o clamor público.

2. 1. Abordagem conceitual de Ulrich Beck

A produção social da riqueza na modernidade é acompanhada pela produção social do risco, porquanto o processo de industrialização é indissociável do processo de produção de riscos.

²⁵ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Direito ambiental na sociedade de risco. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2002, p. 17.

Uma das principais consequências do desenvolvimento científico industrial é a exposição da humanidade a riscos e a inúmeras formas de contaminação nunca antes observadas, com a agravante de que esses riscos gerados hoje não se limitam à população atual, vez que as futuras gerações também poderão afetadas e talvez de forma ainda mais dramática.

Explana ULRICH BECK, na sua obra "*The Risk Society and Beyond: Critical Issues for Social Theory*", que os riscos não são o mesmo que destruição. Eles não se referem aos danos passados, já sofridos, ocorridos. No entanto, são os riscos que ameaçam de destruição.

O discurso do risco começa onde a confiança na nossa segurança e crença no progresso termina. Isto deixa de se aplicar quando o potencial catástrofe realmente ocorre.

O conceito de risco, assim, é uma característica peculiar, estado intermediário entre a segurança e a destruição, onde a percepção de riscos ameaçadores determina o pensamento e a ação²⁶.

Para ULRICH BECK, a natureza já não pode pensada sem a sociedade e esta sem a natureza, pois as destruições desta, integradas, no ciclo universal da produção industrial, deixam de ser meras destruições sem seu próprio campo, mas se convertem num elemento da dinâmica social, política e econômica²⁷.

Os riscos que geram um nível mais avançado de desenvolvimento das forças produtivas (como a radioatividade, as substâncias nocivas e tóxicas presentes no ar, na água e nos alimentos e suas consequências a curto e longo prazo para os humanos, plantas e animais) causam danos sistemáticos e

²⁶ ADAM, Barbara; BECK, Ulrich; LOON, Joost Van. *The Risk Society and Beyond: Critical Issues for Social Theory*. 3th. London (UK): Sage Publications, 2005, p. 212-213. "Risks are not the same as destruction. they do not refer to damages incurred. If they were, all insurance companies would he made bankrupt. However, risks do threaten destruction. The discourse of risk begins where trust in our security and belief in progress end. It ceases to apply when the potential catastrophe actually occurs. The concept of risk thus characterizes a peculiar, intermediate state between security and destruction, where the *perception* of threatening risks determines thought and action."

frequentemente irreversíveis, muitas vezes invisíveis, e são baseados em interpretações causais e, portanto, só podem ser determinados no saber (científico ou anticientífico), o qual pode ser transformado, ampliado ou reduzido, dramatizado ou minimizado, pelos *processos sociais de definição*²⁸.

Na obra “*O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*”, ULRICH BECK distingue três hordas de riscos globais²⁹:

1º) a destruição ecológica condicionada pela riqueza: camada de ozônio, efeito estufa, e também das consequências imprevisíveis da manipulação genética.

2º) a destruição ecológica condicionada pela pobreza: há uma íntima relação entre pobreza e destruição ambiental.

3º) riscos das armas de alto poder destrutivo, como as químicas, biológicas, nucleares e tecnológicas: também relacionados com os conflitos militares entre Estados, acrescidos dos riscos de terrorismo, guerras e disputas por fontes vitais (petróleo, água) ou mesmo a convocação de forças militares por fundamentalistas ecológicos do Ocidente com a intenção de impedir a destruição ambiental.

Complementando as observações de MICHAEL ZÜRN, de divisão dos riscos pelos seus condicionamentos, o sociólogo esclarece que há uma íntima relação ente pobreza e destruição ambiental, pois, enquanto as destruições ambientais condicionadas pela riqueza se distribuem de maneira equânime pelo globo, já as destruições ambientais condicionadas pela pobreza incidem sob uma mesma e única região, mas que a médio prazo, acabam se entrecruzando sob a forma de efeitos colaterais.

Mas entre a destruição ambiental como resultado do bem-estar e a destruição ambiental resultado da pobreza’, escreve Michael Zürn, ‘é preciso ressaltar uma diferença essencial:

²⁷ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós, 1998, p. 89.

²⁸ BECK, 1998, p. 28.

²⁹ BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 79-82.

enquanto muitos dos danos ecológicos condicionados pela riqueza são os produtos da externalização dos custos de produção, no caso dos danos ecológicos condicionados pela pobreza trata-se de uma autodestruição dos pobres que tem efeitos colaterais para os ricos.³⁰

Os riscos da modernidade mais cedo ou mais tarde afetam também aqueles que produzem ou se beneficiam deles, e tampouco os ricos e poderosos estão seguros deles, pois contêm um efeito *bumerangue* que faz saltar aos ares os esquemas de classes³¹.

O efeito secundário inadvertido da socialização da natureza é a também a socialização das suas destruições e ameaças e, portanto, na repartição dos riscos.

Assim, a transformação em contradições e conflitos, bem como lesões às condições naturais da vida se transmudam em ameaças sociais e econômicas globais aos seres humanos, com novos desafios às instituições³².

Dessa forma, na concepção de BECK, na modernidade avançada, a sociedade com todos os seus subsistemas (econômico, político, família, cultura) não pode ser compreendida de uma forma independente da natureza.

Com efeito, os problemas ambientais não são problemas do entorno, mas sim (na sua gênese e nas suas consequências) problemas sociais, problemas do ser humano, seu histórico, as condições de vida, a sua referência para o mundo e de seu ordenamento econômico, cultural e político³³.

Delineia ULRICH BECK a sociedade de risco como uma teoria sociocultural, partindo da natureza integrada á civilização, seguida pela metamorfose de suas lesões através dos sistemas sociais parciais.

³⁰ BECK, 1999, p. 80.

³¹ BECK, 1998, p. 29

³² BECK, 1998, p. 89.

³³ BECK, 1998, p. 89.

Assim, conduz-se à nova determinação dos padrões de responsabilidade, segurança, controle, limitação e distribuição das conseqüências do dano, e também das ameaças potenciais³⁴.

O conceito de sociedade de risco provoca transformações notáveis e sistêmicas em três áreas de referência.

Primeiro, há o relacionamento da sociedade industrial moderna com os recursos da natureza e o da cultura, sobre cuja existência é construída, mas que são dissipados na modernização estabelecida.

Em segundo lugar, há o relacionamento da sociedade com as ameaças e problemas produzidos por esta, excedendo as bases das ideias sociais de segurança, e assim, as pessoas tomam consciência deles.

Em terceiro plano, as fontes de significados coletivas e específicas de grupo na cultura da sociedade industrial estão sofrendo de exaustão, desintegração e desencantamento³⁵.

Com a destruição industrial das bases ecológicas e naturais, caminha-se a uma dinâmica social e política de desenvolvimento histórico sem precedentes e que até hoje não tem sido compreendida, a qual nos obriga a repensar a relação entre a natureza e a sociedade.

Como observa ULRICH BECK, muitos assumem um posição fatalista diante da percepção dos riscos ecológicos globais, o que o leva a questionar se haveria mesmo meios de haver discussão política serena, sem se auto-iludir, diante desta maquinaria de autodestruição do megassistema da indústria global (?). Alerta que a visão limitada, inspirada no realismo ingênuo, que apregoam

³⁴ BECK, 1998, p. 89.

³⁵ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernização reflexiva. Política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997, p. 18. Apud BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Tutela Penal das Manipulações Genéticas em Seres Humanos*. 267 f. Tese (Doutorado em Direito) – Coordenação de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 92.

que os riscos ocorrem meramente “por si”, ignora a principal artimanha da sociedade mundial do risco³⁶.

Atenta-se que nos conflitos provocados pelos riscos, as decisões antes eram despolitizadas, mas agora se tornaram politizadas em função da “percepção pública dos riscos”, e desta, emerge uma sociedade autocrítica disposta – ao menos no seu discurso – a reações e reformulações³⁷.

Porém, alerta BECK que na sociedade mundial de risco são anunciados e discutidos publicamente durante a noite temas e objetos de discussão que já foram decididos a portas fechadas durante o dia, como por exemplo: sobre investimentos, composição química de produtos e medicamentos, programas de pesquisa científica e o desenvolvimento de novas tecnologias³⁸.

O debate e a discussão serviriam, então, meramente para institucionalizar as decisões já tomadas, com o laço democrático, sendo que, por ironia, foram até bloqueados por “critérios de definição” antiquados, que não responsabilizam aqueles que lucram com os riscos e sim aqueles que são atingidos por eles. Como companhias de seguro que contradizem seus próprios técnicos.

Projeta BECK uma virada metodológica, pugnando pela elaboração de uma sociedade que discute as consequências *antes* que sejam tomadas as principais decisões políticas acerca do desenvolvimento técnico e econômico e não depois dessas consequências.

Destaca que a responsabilidade (Beweislast) pelos perigos e riscos futuros seria atribuída aos causadores e não mais àqueles que são prejudicados. E portanto, deveria haver uma reformulação no princípio o causador paga, para “a princípio o causador *demonstra* quais os (possíveis) prejuízos que sua empresa pode infligir ao mundo”³⁹.

³⁶ BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 175.

³⁷ BECK, 1999, p. 176.

³⁸ BECK, 1999, p. 176.

³⁹ BECK, 1999, p. 177 (itálico do autor).

2. 2. Abordagem conceitual de Giddens

Ilustra ANTHONY GIDDENS, na sua obra “*Modernidade e Identidade*”, que o clima de risco da modernidade é inquietante para todos; ninguém escapa.

Numa sociedade que está deixando o modo tradicional de fazer as coisas (o passado), é que a noção de risco se torna central, pois se abre para um futuro problemático, mesmo que se saiba ser este último imprevisível.

E como o futuro é cada vez mais segregado do passado, é nele que se estabelece um novo terreno de possibilidades e pensamentos contrafactuais e do cálculo do risco⁴⁰.

Ressalta que a preocupação com o risco na vida social moderna não está relacionado precisamente com os perigos à integridade física ou à vida, pois os níveis de expectativa de vida, o grau de liberdade e o aumento da salubridade e da longevidade, na presente sociedade estão em melhores níveis que nem épocas anteriores. Assim, os elementos redutores do risco, quanto à segurança básica da vida, parecem superar os novos riscos⁴¹.

Como o risco refere-se a acontecimentos futuros, ligados às práticas presentes, portanto, a colonização do futuro abre novas situações de riscos, até mesmo institucionalmente organizadas, as quais em sua maioria são mais importantes de se observar nas sociedades modernas às pré-modernas⁴², porquanto possuem a potencialidade de afetar a todos.

Nessa esteira, leciona GIDDENS que a diferença entre os sistemas institucionalizados e outros parâmetros de risco é que “são constituídos pelo risco”⁴³ e não são acidentais. Ambientes institucionalizados de risco ligam riscos individuais

⁴⁰ GIDDENS, 2002, p. 106.

⁴¹ GIDDENS, 2002, p. 110-112.

⁴² GIDDENS, 2002, p. 111.

⁴³ GIDDENS, 2002, p. 112

e coletivos de muitas maneiras, como por exemplo, as oportunidades individuais de vida que estão amarradas à economia capitalista global.

A bolsa de valores como um ambiente de risco institucionalizado “é um domínio teorizado de reflexividade refinada”, pontifica GIDDENS, fenômeno este que influencia diretamente a todos, num sistema de rede, e a natureza dos azares de poupar e tomar emprestado. Assim, as bolsas de valores “usam ativamente o risco par criar o ‘futuro’ que é então colonizado”⁴⁴.

O monitoramento reflexivo do risco nos sistemas institucionalizados de risco é intrínseco ou extrínseco, por exemplo, na análise dos perfis de risco, ou seja, “a análise de qual é, no estado corrente do conhecimento e nas condições correntes, a distribuição dos riscos em dados ambientes de ação”⁴⁵. Como é “corrente”, por conseguinte está sujeito à mudanças, revisões e atualizações.

Os riscos de alta conseqüência, diversas do individual, não obstante, também interferem diretamente na oportunidade de vida de cada indivíduo. Fazem parte do lado obscuro da modernidade, enquanto esta durar, e ao passo que a rapidez da mudança social e tecnologias continuarem a produzir conseqüências não previstas. “Quanto mais calamitosos os perigos envolvidos, menor a nossa experiência real do risco que corremos – pois se as coisas ‘derem errado’, já será tarde demais”⁴⁶. Empreendimentos de aferição de riscos de alta conseqüência devem ser diferentes dos que lidam com riscos cujos resultados podem ser regularmente observados e monitorados. A própria aferição do risco é inerentemente arriscada.

Um método comum usado na tentativa de cálculo dos riscos de acidentes com reatores nucleares é o projeto de uma árvore de erros. Uma árvore de erros é projetada listando todos os caminhos conhecidos para uma falha possível do reator, especificando depois os caminhos possíveis para esses caminhos, e assim, sucessivamente. O resultado final é supostamente uma indicação razoavelmente precisa do risco. O método vem sendo utilizado em estudos da segurança de reatores nos Estados Unidos e em diversos países europeus. Mas não contempla vários imponderáveis. É impossível fazer

⁴⁴ GIDDENS, 2002, p. 112.

⁴⁵ GIDDENS, 2002, p. 112.

⁴⁶ GIDDENS, 2002, p. 115.

um cálculo confiável do risco de erro humano ou de sabotagem. O desastre de Chernobyl foi resultado de erro humano, como também foi, num período anterior, o incêndio em uma das maiores plantas nucleares do mundo em Brown's Ferry, nos Estados Unidos. O fogo começou porque um técnico utilizou uma vela para verificar um vazamento de ar, em clara desobediência aos procedimentos de segurança estabelecidos.⁴⁷

Delinea ANTHONY GIDDENS que riscos de alta consequência constituem um segmento do generalizado "clima de risco" característico da modernidade tardia.

E a questão não é se a vida cotidiana seja mais arriscada hoje. É que sempre haverá o caráter do imponderável. Todos somos leigos em relação à vasta maioria dos sistemas especializados que interferem em nossas atividades diárias e "o clima de risco da modernidade é inquietante para todos; ninguém escapa"⁴⁸.

Os indivíduos procuram colonizar o futuro para si mesmos, como uma espécie de planejamento de vida, todavia, no caso dos futuros coletivos, essa tentativa de colonização é limitada, pois o grau de domínio do futuro permanece sujeito às diversas incertezas da aferição do risco. Por isto, viver no "piloto automático", segundo GIDDENS, se torna cada vez mais difícil proteger qualquer estilo de vida do clima geral do risco⁴⁹.

Para ANTHONY GIDDENS, perigo e risco estão relacionados intimamente, mas não são a mesma coisa. A diferença não reside em se um indivíduo calcula ou não conscientemente as alternativas ao contemplar ou assumir uma linha de ação específica. O que o risco pressupõe é precisamente o perigo (não necessariamente a consciência deste)⁵⁰.

Expõe GIDDENS, na obra "*As consequências da modernidade*", que o conceito de risco substitui o de *fortuna*, porque representa uma alteração na

⁴⁷ GIDDENS, 2002, p. 116.

⁴⁸ GIDDENS, 2002, p. 117.

⁴⁹ GIDDENS, 2002, p. 119.

percepção da determinação da contingência, de forma que os imperativos morais humanos, as causas naturais e o acaso passam a reinar no lugar das cosmologias religiosas.⁵¹

Há “ambientes de risco” que afetam coletivamente grandes massas de indivíduos, como o risco de desastre ecológico ou guerra nuclear. Pode-se definir “segurança” como uma situação na qual um conjunto específico de perigos está neutralizado ou minimizado⁵².

Define GIDDENS por “desencaixe” ao “deslocamento das relações sociais de contextos locais de interação e sua reestruturação através de extensões indefinidas de tempo-espço”⁵³. Indivíduos e coletividades entram de desencaixe “quando arrancados de seus contextos imediatos de existência, dos contextos de práticas mais repetitivas, de horizontes menos móveis que somente a longo prazo tendem a mudar”⁵⁴.

Distingue dois tipos de mecanismos: fichas simbólicas; e sistemas peritos. *Fichas simbólicas* significam meios de intercâmbio que podem ser “circulados” sem ter em vista as características específicas dos indivíduos ou grupos que lidam com eles em qualquer conjuntura particular. O dinheiro e os meios de legitimação política são exemplos desse mecanismo de desencaixe.⁵⁵ Por *sistemas peritos*, refere-se GIDDENS, a sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos. Os sistemas nos quais está integrado o conhecimento desses peritos influencia muitos aspectos do que fazemos de uma maneira contínua.⁵⁶

Assim, os sistemas peritos e as fichas simbólicas são mecanismos de desencaixe porque removem as relações sociais das imediações do contexto, e fornecem “garantias” de expectativas através de tempo-espço separados,

⁵⁰ GIDDENS, Anthony. *As Conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 40.

⁵¹ GIDDENS, 1991, p. 41-42.

⁵² GIDDENS, 1991, p. 43.

⁵³ GIDDENS, 1991,, p. 29

⁵⁴ DOMINGUES, José Maurício. *Vida cotidiana, história e movimentos sociais*. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582003000300002&script=sci_arttext&lng=pt acesso em 15.abr.2009.

⁵⁵ GIDDENS, 1991, p.30.

inspirando uma determinada confiança abstrata, ligada às instituições da modernidade.

A confiança, em suma, é uma forma de “fé” na qual a segurança adquirida em resultados prováveis expressa mais um compromisso com algo do que apenas uma compreensão cognitiva. Há um elemento pragmático na “fé” baseado na experiência de que tais sistemas geralmente funcionam como se espera que eles o façam.⁵⁷

E essa confiança é depositada não nas capacidades individuais, mas abstratas, como a credibilidade pública do governo emitente quanto ao dinheiro circulante (ficha simbólica), ou a confiança ou a fé nas instituições modernas da qual o profissional perito faz parte (sistema perito), sendo impossível para o leigo conferir e fiscalizar sua competência exaustivamente.

Explana GIDDENS que o dinamismo da modernidade deriva 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.

Prossegue GIDDENS na exposição de dez pontos que incluem uma definição de confiança⁵⁸:

1. Está relacionada à ausência no tempo e no espaço. Seria desnecessário confiar em alguém cujas atividades fossem continuamente visíveis e cujos processos de pensamento fossem transparentes, ou de se confiar em algum sistema cujos procedimentos fossem inteiramente conhecidos e compreendidos.

2. Está basicamente vinculada, não ao risco, mas à contingência, leva à conotação de credibilidade, seja às ações de indivíduos ou à operação de sistemas.

⁵⁶ GIDDENS, 1991, p.35.

⁵⁷ GIDDENS, 1991, p. 35-36.

⁵⁸ GIDDENS, 1991, p. 40-43.

3. É diferente de fé na credibilidade de uma pessoa ou sistema; ela é o que deriva desta fé. É o elo entre fé e crença.

4. Fala-se de confiança em fichas simbólicas ou sistemas peritos, mas isto se baseia na fé, na correção de princípios dos quais se é ignorante, não na fé na “probidade moral” (boas intenções) dos outros.

5. Define-se como crença na credibilidade de uma pessoa ou sistema, tendo em vista um dado conjunto de resultados ou eventos.

6. Na modernidade, a confiança existe no contexto de: (a) a consciência geral de que a atividade humana – incluindo nesta expressão o impacto da tecnologia sobre o mundo material – é criada socialmente, e não dada pela natureza das coisas ou por influência divina; (b) o escopo transformativo amplamente aumentado da ação humana, levado a cabo pelo caráter dinâmico das instituições sociais modernas.

7. Perigo e risco não são a mesma coisa. Qualquer um que assume um “risco calculado” está consciente da ameaça ou ameaças que uma linha de ação específica pode pôr em jogo. Mas é certamente possível assumir ações ou estar sujeito a situações que são inerentemente arriscadas sem que os indivíduos envolvidos estejam conscientes do quanto estão se arriscando. Estão conscientes dos perigos que correm.

8. Risco e confiança se entrelaçam, sendo que esta serve para reduzir ou minimizar os perigos. Há certas circunstâncias nas quais os padrões de risco são institucionalizados, no interior de estruturas abrangentes de confiança (investimentos no mercado de ações, esportes perigosos).

9. O risco não é meramente uma questão individual.

10. Ressalta GIDDENS que as observações anteriores nada dizem sobre o *oposto* da confiança, que não é simplesmente o mesmo que *desconfiança*. E nesse ponto, oferecem pouco no que diz respeito às condições sob as quais a confiança é gerada ou dissolvida.

2. 3. Abordagem Luhmanniana

Afirma NIKLAS LUHMANN ser compreensível inexistirem estudos exaustivos sobre a etimologia e história conceitual do termo “risco”, porque a palavra a princípio ocorreu com relativa raridade, mas hoje é usada em uma grande variedade de contextos.

Leciona em sua obra “*Risk: a Sociological Theory*” que, em muitos aspectos a semântica complexa do pecado (conduta infringindo a instrução religiosa), também representa um equivalente funcional, na medida em que pode servir para explicar de que forma se dá infelicidade.

A consciência do risco remonta à antiguidade oriental, incrementada pela práxis econômica, notadamente quanto ao comércio marítimo das grandes navegações reforçadas pelas instituições e normas jurídicas da época, que regulavam a relações comerciais e os conflitos de interesses. No entanto, apesar da influência da legislação no comércio marítimo da antiguidade, o arcabouço normativo pouco se distinguia das práticas de adivinhação, pois até mesmo invocavam-se o auxílio dos deuses para a tutela de interesses⁵⁹.

Na maior parte dos casos, no entanto, uma confiança em práticas adivinhatórias, as quais - embora não conseguissem fornecer segurança fidedigna -, contudo garantiram que uma decisão pessoal não despertasse a ira dos deuses ou de outros poderes impressionantes, mas foi salvaguardado pelo contato com as forças misteriosas do destino.

Apesar da origem etimológica do termo “risco” ser desconhecida, alguns suspeitam seja de origem árabe. Contudo, com o advento da imprensa a palavra já se encontrava em documentos medievais, inicialmente na Itália e na Espanha, entre os finais da Idade Média e início da era Moderna.

In ancient oriental maritime trade there was already what could be described objectively as risk awareness accompanied by the corresponding legal institutions, which to begin with were scarcely to be distinguished from divinatory programmes, appeals to tutelary gods, etc., but which from a legal point of view – particularly as far as the distribution of roles between the suppliers of capital and the seafarers was concerned – clearly

⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *Risk: a Sociological Theory*. 4th. Translated by Rhodes Barrett. New Brunswick (USA)-London (UK): Aldine Transaction, 2008, p. 8-9.

performed insurance functions, and which with relative continuity right up to the Middle Ages was thus to influence the law of maritime trade and maritime insurance. Even in non-Christian antiquity there was, however, still no fully developed decision awareness. Thus the term 'risk' first appears in the transitional period between the late Middle Ages and the early modern era.⁶⁰

Apesar de reconhecer “fé” e “confiança” estão intimamente ligadas, LUHMANN as distingue. A confiança deve ser compreendida especificamente em relação ao risco, oriunda da compreensão de que resultados inesperados podem ser uma consequência de nossas próprias atividades ou de nossas decisões, ao invés de exprimirem significados ocultos da natureza ou intenções inefáveis da deidade.

O “risco” substitui em grande parte o que antes era pensado como fortuna e torna-se separado das cosmologias⁶¹. A possibilidade de separar risco e perigo deve derivar de características sociais da modernidade.

A “crença”, conceitua LUHMANN, trata-se de uma atitude tida como mais ou menos certa de que as coisas familiares permanecerão estáveis, negligenciando a possibilidade de desapontamento, porque se trata de uma possibilidade muito rara.

Quando se trata de “confiança” o indivíduo considera conscientemente as alternativas para seguir um curso específico de ação. E se um indivíduo não considera as alternativas, é porque está num estado de “crença”, mas alguém que reconhece essas alternativas e tenta calcular os riscos, engaja-se em confiança. Na “crença”, numa eventualidade de malogro, a pessoa reage culpando os outros. Já no estado de “confiança”, a pessoa normalmente assume parcialmente a responsabilidade e se arrepende de ter depositado confiança em alguém ou algo.⁶²

⁶⁰ LUHMANN, 2008, p.8-9.

⁶¹ LUHMANN, 2008, p.13. “All this meant a vast expansion in the scope and pretensions of capability, and the old cosmological limitations, the constants of being and the secrets of Nature were replaced by distinctions falling within the domain of rational calculation. And this has determined the understanding of risk to this day.”

⁶² LUHMANN, apud GIDDENS, ob. Cit.1991, p. 38.

Assim, na concepção de LUHMAN a distinção entre confiança e crença depende da possibilidade de frustração ser influenciada pelo próprio comportamento prévio da pessoa e de uma discriminação correlata entre risco e perigo.⁶³

Na sua obra "*Risk: a Sociological Theory*", constando sobre a existência de observadores de primeira (peritos de segurança) e segunda ordem, os quais podem interpretar o risco de diferentes maneiras, além de razões lingüísticas que podem apresentar significados semelhantes para as palavras inglesas "risk", "hazard" e "danger", usadas praticamente como sinônimas⁶⁴, e para ser equânime com todos níveis de observação, LUHMANN partiu por conceituar o "risco" sob outra forma, com a ajuda da distinção de "risco" e "perigo".

Neste aspecto, LUHMANN ao invés de determinar a forma do conceito de risco, preferiu outra abordagem, resolvendo através de sua metodologia proposta, qual seja, de determinação do contraconceito e, assim, da distinção entre distinções entre risco/perigo.

Essa distinção entre risco/perigo pressupõe (portanto, diferentes outras distinções) e também que existe incerteza em relação a perdas futuras.

Se a perda potencial é considerada como uma conseqüência de uma determinada decisão, ou seja, é atribuída à decisão, neste passo, trata-se de "risco", ou mais exatamente, do "risco da decisão".

Ou a perda possível é considerada como tendo sido causada externamente, ou seja, é atribuída ao ambiente. Neste caso, LUHMANN conceitua como sendo situações de "perigo".

Confessando que esta distinção entre risco/perigo desempenha um papel pouco significativo na sua volumosa obra, porém, destaca LUHMANN que, na realidade, há uma consciência de que ela desempenha um papel importante na percepção e aceitação do risco se nós empreendemos voluntária ou

⁶³ LUHMANN, apud GIDDENS, 1991, p. 39.

⁶⁴ LUHMANN, 2008, p.13. "Linguistic reasons may also play a role. In the largely English-language literature the words risk, hazard, and danger are available and are usually employed almost synonymously."

involuntariamente em situações perigosas, ou ainda se nós acreditamos que temos as conseqüências do nosso próprio comportamento sob o controle ou não. Mas isto só descreve variáveis que alguém assume, e pode ser possível demonstrar, para influenciar a percepção de risco e a disposição suportá-lo.

Como a distinção de risco/segurança e também a distinção de risco/perigo é construído assimetricamente. Em ambos os casos o conceito de risco indica um estado complexo. Assim, o outro lado, o contraconceito atua apenas como um conceito reflexivo com a função de elucidar a natureza contingente do estado convertido do conceito de risco⁶⁵.

No caso de risco/segurança, isto pode ser reconhecido no problema representado pela medição. E no caso de risco/perigo no fato de que apenas no caso do risco de tomada de decisão (isto é, de contingência) desempenha-se um papel.

Outro caso limite é o da escolha entre alternativas muito semelhantes, por exemplo, entre duas companhias aéreas que servem a mesma rota - e uma das aeronaves tem decidido voar com falhas. Mas, neste caso, também, alguém dificilmente considerará a decisão como um risco, já que nenhum risco havia sido aceito no intercâmbio de certas vantagens, mas a escolha foi simplesmente feita entre duas mais ou menos equivalentes soluções para um problema, porquanto era possível optar por somente uma delas⁶⁶.

Assim, se um risco foi atribuído a uma decisão, certas condições devem ser satisfeitas, entre as quais, a exigência de que as alternativas sejam claramente distinguíveis no que diz respeito à possibilidade de perdas ocorrerem.

Quando os riscos são atribuídos às decisões, isso leva à escolha de uma série de decisões subsequentes, para uma série (ou uma "árvore de decisões") de bifurcações, cada uma em sua vez oferecendo opções de tomada de decisões arriscadas. A primeira distinção é, se a perda permanece dentro dos custos usuais prováveis, apenas gera o aumento deste custo aceitável⁶⁷.

⁶⁵ LUHMANN, 2008, p. 22.

⁶⁶ LUHMANN, 2008, p. 23.

⁶⁷ LUHMANN, 2008, p. 23.

Por prevenção entende-se como preparação a prejuízos futuros e incertos, procurando reduzir tanto a probabilidade de ocorrência de perdas ou a sua extensão. A prevenção pode ser praticada tanto no caso de perigo e, no caso de risco⁶⁸.

Contudo, esclarece LUHMANN que, para a avaliação do risco aceitável e da segurança, também há um aspecto político e também de comportamento consoante as expectativas do grupo a serem ponderados. As possibilidades de negociação serão provavelmente encontradas no plano político e não nas de opiniões divergentes sobre o risco principal. Porém, isto pode levar à subestimação dos riscos, mas também às distorções na compreensão de serem os riscos controláveis ou incontroláveis dependendo do resultado. Cada avaliação de risco é, e permanece vinculada ao contexto⁶⁹.

⁶⁸ LUHMANN, 2008, p. 29.

⁶⁹ LUHMANN, 2008, p. 30.

CAPÍTULO 3

3. CRISE PARADIGMÁTICA

3. 1. O QUE É UM PARADIGMA?

Das lições de THOMAS KUHN, na obra *A estrutura das revoluções científicas*, os mestres ORIDES MEZZARROBA e CLAUDIA SERVILHA MONTEIRO apresentem a definição sintética, mas não menos clara, de **paradigma** como sendo “toda a constelação de crenças, valores e técnicas compartilhados por membros de um dado agrupamento em determinado momento histórico” ⁷⁰. Subdivide-se em social e epistemológico, sendo que o primeiro preocupa-se com o modo de desenvolvimento, de organização e identificação dos problemas. Enquanto que o paradigma epistemológico refere-se à forma como a atividade científica enfrenta seus objetos de pesquisa.

No mesmo sentido, LUIZ FERNANDO COELHO define a palavra **paradigma** como um modelo epistemológico relacionado ao quadro conceitual em que se desenvolve a ciência normalmente praticada, e que corresponde ao senso comum que impregna o trabalho científico, dotado de valorações, generalizações, métodos e procedimentos.

A palavra paradigma, no sentido original estabelecido por Thomas Kuhn, alude ao quadro conceptual em que se desenvolve a ciência normalmente praticada e que

⁷⁰ MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003, fls. 16-17. “O termo paradigma foi introduzido no campo da Ciência, por Thomas Kuhn, em 1962, no livro *A estrutura das revoluções científicas*. Este pensador (epistemólogo) percebeu que quando um paradigma é aceito pela maioria da comunidade científica, ele acaba por conseguinte impondo-se também como um modo obrigatório de abordagem dos problemas. Assim, um novo paradigma só pode surgir com a mudança das velhas crenças e formas de pensar (...) Podemos afirmar, então, que as limitações mais sérias que encontramos no processo de busca do conhecimento verdadeiro estão nas velhas crenças paradigmáticas conscientes ou inconscientes que predefinem nossas percepções e formas de pensar.”

corresponde ao senso comum que impregna o trabalho científico. É um modelo epistemológico consistente em valorações, generalizações, procedimentos, métodos de pesquisa e regras de apresentação. E esse quadro conceptual, a despeito das incongruências suscitadas pela pesquisa e mesmo pela invenção científica tende a permanecer no senso comum teórico, donde se conclui que o paradigma científico não se exaure no conhecimento, mas afirma, sobretudo, o modelo dominante do saber.⁷¹

Hodiernamente a estrutura paradigmática do sistema penal encontra limitações a abrigar soluções aos problemas concernentes à criminalidade moderna, da sociedade de risco, globalizada e transnacional, o que deságua numa crise de legitimidade e valores.

Portanto, a atual era de é de dialeticidade e, se possível, de mudança dos paradigmas sistêmicos clássicos para novos aportes com observância ao princípio da Dignidade Humana e da Política Criminal.

3. 2. Função essencial do paradigma

THOMAS KUHN ao observar o caráter histórico do desenvolvimento de uma ciência, sugere que talvez esta não se desenvolva pela acumulação de descobertas e invenções individuais, e define que a função essencial de um paradigma é a de proporcionar fundamentos, os métodos para a posterior prática de uma ciência.

Os estudos históricos sugerem uma nova imagem da ciência, e que KUHN dividiu o processo científico em fases ou momentos:

- Período de Ciência Normal, que se dá pautado no Paradigma.
- Período de Crise na Ciência, que acontece por consequência das anomalias que surgem no Paradigma.
- Revolução Científica, que ocorre com o estabelecimento de outro Paradigma que melhor explique as Anomalias.

⁷¹ COELHO, 2007, p. 32.

- Restabelecimento do período de Ciência Normal.⁷²

THOMAS KUHN associa que o caráter histórico do desenvolvimento de uma ciência não se desenvolva pela acumulação de descobertas e invenções individuais.

Portanto, a função essencial de um paradigma é de servir de modelo de justificação e aplicação para determinado campo científico. E por receber os influxos e as variáveis do contexto histórico e social, esses standards não poderiam permanecer engessados, imutáveis e cristalizados, mas sim serem reformulados até então chegaram à estabilização, dado ao seu caráter cíclico e reformador.

À luz do exemplo histórico, verificamos que a humanidade sempre ansiou por respostas e explicações sobre o Universo que a cerca, bem como dos fenômenos contextuais que medeiam ações e os resultados e até captar a consciência do risco, controlar o futuro ou prevenir danos.

E a busca de tais respostas, não raro levou a humanidade a procurá-la no culto ao divino, para aplacar a ânsia por valores e respostas do espiritual, a qual em épocas de outrora, o poder político e religioso não se furtou de semear terreno propício à implantação da ignorância e à disseminação do medo generalizado do sobrenatural e espiritual, controlando a população através de crenças, dogmas, superstições e do temor.

Após o período feudal, tendo por palco o avanço da influência da burguesia emergente, ávida para tomar poder sobre as ruínas das instituições medievais, observou-se claro movimento racionalista, filosófico e científico, calcado em princípios primordiais, formulações e métodos que permitiriam prever comportamentos da matéria ou dos agentes, e assim, procurando respostas e suplantando antigas ideologias e dogmas.

Se outrora a humanidade acreditava em explicações de tudo que a cercava com base na vontade divina, ou em crenças míticas ou supersticiosas, já a

⁷² BARROS, Emerson Vizzotto; SALVI, Rosana Figueiredo. A visão kuhniana de ciência aplicada à geografia física, sua história e epistemologia. Disp em: www.filosofia.ufpr.br/docs/Anais%20II%20Encontro.pdf#page=180 ultimo acesso em 03.04.2009.

partir do século XVII, pensadores “*decidem deixar Deus como pano de fundo e convertê-lo em parte da paisagem ideológica*”⁷³, na confiança de suas capacidades de compreender e transformar o mundo. Essa desmitificação dos velhos fantasmas da Idade Média teve como consequência a “*dessacralização e secularização da vida*”⁷⁴.

Às descobertas dos satélites de Júpiter por GALILEU GALILEI, à teoria das probabilidades de PIERRE SIMON LAPLACE e às leis da gravitação universal de ISAAC NEWTON, dando suporte ao movimento heliocentrista, incrementou-se a noção de que o universo obedece a leis naturais e que a capacidade humana poderia se orientar na compreensão dos fenômenos naturais, suscetíveis de explicação ou descrição.

Assim, o culto da razão substituiu o da divindade, sobrepondo-se aos dogmas, e o seu exercício crítico não deixou de se tornar um elemento subversivo, abrindo-se espaço à revolução científica e realinhamento das consciências, produzindo o racionalismo como doutrina filosófica e atitude perante a vida.

Contudo, a classe burguesa não hesitou também em substituir o culto ao divino, em trocar a vontade de Deus pela lei dos mercados, e, uma vez no poder, utilizou-se do racionalismo filosófico para se perpetuar hegemonicamente em posição de poder e controle, numa perspectiva estritamente mercantilista, em que o valor máximo era o lucro e as leis do comércio determinam o destino das pessoas.

Como pontificam COCHO, GUTIÉRREZ e MIRAMONTES, a burguesia apropriou-se do discurso racionalista para minar as bases da estrutura feudal.

Como tantas vezes na história, a classe revolucionária primeiro estimula a mudança, dá-lhe legitimidade e fixa-a; depois, detém-na e atraiçoa-a. Do seu programa original, limpa as componentes revolucionárias, agora subversivas, para desse modo evitar mais mudanças, lançando mão a tudo o que está a seu alcance para se perpetuar no poder.

⁷³ COCHO; GUTIÉRREZ; MIRAMONTES, 2006, p. 191.

⁷⁴ COELHO, 2007, p. 24.

Desta forma, o racionalismo, apropriado pelos novos donos do mundo, dedicou-se, então, a postular normas para tudo, desde a arte à vida íntima das pessoas; o seu potencial libertador foi encaminhado no sentido de evitar que pudesse servir como instrumento contra a ordem estabelecida, do mesmo modo que, contribuíra para desgastar a autoridade da Igreja e da monarquia. Surge, então, uma nova casta sacerdotal, a dos cientistas.⁷⁵

Assim, a humanidade arvorou-se na busca de conhecimento instrumental, supondo ser possível a apreensão da totalidade das informações sobre determinado tema e o domínio da vida e das contingências.

Como LAPLACE concebeu, um intelecto que conhecesse todas as forças da natureza e todas os seus itens, tão amplo para analisar tais informações, que seria capaz de compreender “numa única fórmula os movimentos dos maiores corpos do universo e os do menor átomo; para tal intelecto nada seria incerto e o futuro, assim como o passado, seria presente perante seus olhos”⁷⁶.

A esta hipótese foi denominado por biógrafos posteriores como ‘Demônio de Laplace’, posto que este ser mítico e pressagioso, dotado de imenso potencial intelectual, ao final, controlaria o futuro, eliminaria o risco e a incerteza e, portanto, dominaria o mundo.

Nos finais do século XVIII, observou-se movimento romântico reacionário aos postulados racionalistas neoclássicos, defendendo a unidade entre a natureza e o espírito humano, pautada pela exaltação do *Eu*, liberto do determinismo mecanicista, rejeitando a possibilidade de explicar a natureza de maneira única, a qual é perceptível por cada indivíduo de maneira intuitiva, prevalecendo o subjetivo, o irracional e o imaginativo.⁷⁷

Despontou na Inglaterra, a Revolução Industrial com a invenção da máquina a vapor e a produção artesanal, que antes estava sob o controle das corporações de ofício, cede passo à produção manufatureira.

⁷⁵ COCHO; GUTIÉRREZ; MIRAMONTES, 2006, p. 193.

⁷⁶

Fonte:

http://pt.wikipedia.org/wiki/Pierre_Simon_Laplace#Dem.C3.B4nio_de_Laplace.

⁷⁷ COCHO; GUTIÉRREZ; MIRAMONTES, 2006, p. 198.

Adveio a 2ª fase da Revolução Industrial, com a estruturação da produção industrial, com influências do fordismo e do taylorismo, com a divisão do trabalho e aumento da produção, ocorrendo ainda o êxodo do campo para as cidades.

Nas lições de JOSÉ ROBERTO GOLDIM, extraídas de PRIGOGINE, houve o “exorcismo do demônio de LAPLACE”⁷⁸, com a formulação na década de 1930, do Princípio da Incerteza, por WERNER HEISENBERG, demonstrando a impossibilidade de conhecer simultaneamente a posição, a velocidade de uma partícula e, portanto, a inabilidade humana de compreender ou de prever todas as coisas.

Na esteira, sobreveio a 3ª fase da Revolução Industrial, delimitando como uma nova fase do Capitalismo, onde se produziu bens e consumo conspícuos como nunca antes imaginado e, em contrapartida, incrementou-se a influência dos meios de comunicação, auxiliada pelos métodos de propaganda e marketing, implantando a semente do consumismo.

Neste período, houve a extraordinária produção industrial, com a segmentação, terceirização e desqualificação da mão de obra, além da evidente despersonalização do trabalhador, não obstante a atuação dos movimentos sindicais e grupos de pressão. Paralelamente foi a fase mais destrutiva ao meio ambiente, ao lado dos avanços das ciências eletrônicas, químicas e biológicas.

Na modernidade⁷⁹, a predominância da racionalização conduziu a um sistema filosófico oposto ao racionalismo cartesiano, qual seja, o do empirismo apegado ao método experimental e à técnica, com a supervalorização da tecnocracia e do materialismo.

⁷⁸ GOLDIM, José Roberto. Bioética: Origens e Complexidade. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, ano VIII, n. 30, p. 108, julho/setembro de 2008.

⁷⁹ Segundo BAUMANN, “pode-se dizer sobre nosso tempo, que possui nomes como “modernidade tardia”, “modernidade reflexiva”, “modernidade radicalizada” ou “pós-modernidade”, que ele eleva à categoria de *norma* o que Bateson, nos últimos anos de sua vida, ainda podia considerar, ou melhor, sugerir como *anormalidade* – um tipo de condição dissonante do equipamento inato e herdado da espécie humana, sendo considerado do ponto de vista da natureza humana, patológico” (BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Tradução José Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p.160.) (itálico do autor).

Consoante ZYGMUNT BAUMAN, os principais ícones da modernidade são: a fábrica fordista, a burocracia, o panóptico, o Grande Irmão (Big Brother) e o campo de concentração.⁸⁰

A ideologia da modernidade se concentrou na apropriação de bens e terras, e na exploração dos recursos naturais para atender a demanda consumista, o que implicou na destruição maciça do meio ambiente.

Característica dessa racionalidade obsessiva é o predomínio do tipo de “razão instrumental que tudo se reduz à causalidade e à relação entre meios e fins”⁸¹.

Assim, o traço mais marcante da modernidade é o racionalismo, que passou a envolver todas as manifestações da vida humana. A racionalização da economia atuou no capitalismo, assim como a burocracia na administração, o positivismo na filosofia e a dogmática como racionalização do direito.

Na pós-modernidade⁸², por volta do final dos anos 1950, o saber troca de estatuto ao mesmo tempo em que as sociedades entram na era pós-industrial, ocorrendo um sentimento generalizado de incredulidade, sendo produto da desagregação das narrativas do saber e sobre a emancipação da humanidade, provenientes do idealismo alemão e da Revolução Francesa.

Segundo LUIZ FERNANDO COELHO, a partir dos anos 60 do século XX, a microeletrônica foi o fator que proporcionou um denominador comum a todas as cadeias tecnológicas, engendrando o desenvolvimento das telecomunicações e das novas indústrias de informação, levando à biotecnologia novas técnicas, materiais, processos e produtos, ocorrendo a Revolução Tecnológica que e advindo a Revolução Cibernética.

⁸⁰ BAUMAN, 2008, p.132.

⁸¹ COELHO, 2007, 26.

⁸² JEAN-FRANÇOIS LYOTARD, em 1979, eleva o termo “sociedade pós-moderna” à dignidade de conceito filosófico na sua obra “A condição pós-moderna” (PIETROCOLLA, Luci Gati. *O que todo cidadão precisa saber sobre Sociedade de Consumo*. São Paulo: Global, 1986, p.100).

A pós-modernidade está articulada com a globalização, permeando os espaços econômicos, político e jurídico da sociedade⁸³. É caracterizada pela crise religiosa, filosófica e política, engendrando a reação popular e a revolta juvenil apoiada pelos setores acadêmicos mais progressistas, que se expressa na busca generalizada de maior igualdade de oportunidades e de mercados, maior anseio de democracia e justiça social. No campo jurídico, a revolta se manifesta nas escolas zetéticas de interpretação jurídica, abrindo espaço para o ativismo⁸⁴.

A transmodernidade, segundo COELHO, é um novo termo, criado por WARAT, relativo à época atual, tratando-se de uma nova categoria apta a catalisar a crítica e enfatizar a transitoriedade da pós-modernidade, de passagem para novo ciclo histórico, não obstante seus contornos não estarem bem nítidos, mas que tende a afirmar-se como tendo sua própria identidade.

Neste enfoque waratiano, a transmodernidade identifica-se precisamente com esse sentido de vazio, algo à espera de outros sentidos organizadores do mundo. Isso na obstante, observa-se em Warat uma conotação otimista acerca dessa transição, pois, ainda que a condição transmoderna ofereça o espetáculo da existência de zonas de pura indiferença, de um deserto simbólico emocional e político irrecuperável ao lado de zonas de risco, ela também apresenta zonas de esperança, zonas de escape que asseguram a formação de uma sociedade dotada de condições de existência mais sustentáveis, que assegure ecologicamente a globalização de uma melhor qualidade de vida para todos.⁸⁵

Para LUIZ FERNANDO COELHO, o conceito waratiano de transmodernidade conduz a uma proposta de mudança radical na análise do direito, numa amálgama de ética, estética e justiça, para um novo conceito de relação intersubjetiva, denominada **eco-cidadania**, em que o indivíduo autônomo num contexto comunitário “reúna as condições de pleno desenvolvimento de suas potencialidades, e não à margem da sociedade, mas dentro dela”⁸⁶.

⁸³ COELHO, 2007, p. 33.

⁸⁴ COELHO, 2007, p. 27-28.

⁸⁵ COELHO, 2007, P. 34.

⁸⁶ COELHO, 2007, p. 35.

Do contexto histórico, observa-se que as ciências foram se transformando de acordo com os paradigmas em choque ou em estabilidade, bem como receberam os influxos da sociedade e política dominante, sendo impossível ao ser humano a compreensão de todos os fenômenos e o conhecimento de todas as coisas e fatos, posto que as verdades sobre estes são transitórias e limitadas.

Ressalte-se que a ciência pode sofrer momentos de estabilidade (normalidade) ou de crise ou posteriores revoluções e mudanças paradigmáticas, e quiçá, involuções, se o modelo paradigmático do momento não atender às expectativas da Dignidade da Pessoa Humana e da Política Criminal.

3. 3. Crise paradigmática do sistema penal

O paradigma, ou seja, esse modelo epistemológico, toda a constelação de crenças, valores, métodos e técnicas, aceitos pela maioria do grupo social, estabilizado no sistema, ampara o edifício teórico de uma ciência.

Isto não quer dizer que um paradigma, só porque foi aceito pela maioria, impregnado no trabalho científico, recepcionado pelo senso comum teórico pela investigação empírica, seja o mais correto para a evolução da ciência.

Nem sempre o conhecimento e o saber andam lado a lado com o senso comum. Assim, o paradigma científico não se exaure no conhecimento, mas invariavelmente recebe os reflexos do modelo dominante de saber.

Para THOMAS KUHN, ao aprender um paradigma, o cientista adquire ao mesmo tempo uma teoria, métodos e padrões científicos, que atualmente compõem uma mistura inexplicável. Por isso, quando os paradigmas mudam, ocorrem alterações significativas nos critérios que determinam a legitimidade tanto dos problemas como das soluções propostas⁸⁷.

⁸⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, p. 73, nov/dez 2007.

Na explanação de THOMAS S. KUHN, sempre haverá algumas questões que a ciência não consegue explicar todos os fenômenos. Descobre-se que algo não se enquadra, que uma peça do quebra-cabeças não se ajusta ao todo. A existência de um outro paradigma não anula o anterior. Surge, então, uma *Crise Paradigmática*.

A Crise Paradigmática é o que gera mudanças, para se construir um novo paradigma. O que nem sempre se faz com a anulação do anterior paradigma, antes hegemônico. Mas pode ocorrer a rearticulação do velho paradigma, numa releitura conjunta com o novo paradigma, os quais estabelecem um novo fundamento, um novo limite para a solução do caso em estudo.

Não se trata de fenômeno novo, pois a crise do sistema penal originou-se da dogmática penal com as disputas entre a teoria final da ação e as teorias clássicas dos anos 50 do século passado. Contudo, as duas escolas não apresentaram respostas satisfatórias aos problemas emergentes do direito penal como a universalização da criminalidade, o ataque a bens jurídicos difusos, a organização empresarial da delinquência.

A doutrina penal buscou superar a crise apontando métodos de construção dogmática, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais ao mesmo passo alinhando-o com a redução da criminalidade.

De outro norte, sobrevieram outras formas de atuação na sociedade de risco, como a criminalidade organizada transnacional, a poluição ambiental, crimes cometidos nos espaços bioéticos e cibernéticos, tornando árduo o trabalho hermeneuta epistemológico de tentar conciliar um modelo eficaz de enfrentamento de novos paradigmas em alinhamento com as garantias e princípios constitucionais do Estado democrático de Direito, sem violar direitos básicos do cidadão e sem expandir a atuação do Direito Penal, esgarçando as malhas do tecido social, e sem provocar a sua ruptura e exclusão social.

Destarte, os riscos de alta consequência interferem diretamente na oportunidade de vida de cada indivíduo, muito embora às vezes sejam imperceptíveis.

Empreendimentos de aferição de riscos de alta consequência devem ser diferentes dos que lidam com riscos cujos resultados podem ser

regularmente observados e monitorados. A própria aferição do risco é inerentemente arriscada e diferenciada, sendo impossível realizar um cálculo confiável do erro humano.

JÜRGEN HABERMAS apresenta a noção de crise nas ciências sociais a partir do seguinte enfoque:

Os organismos biológicos têm limites espaciais e temporais bem precisos; seu patrimônio se define por valores de normalidade que oscilam apenas dentro de margens de tolerância determináveis empiricamente. Diversamente, os sistemas sociais podem se afirmar em um ambiente de extrema complexidade variando os seus elementos sistêmicos, seus padrões de normalidade, ou ambos ao mesmo tempo, a fim de alcançar um novo nível de auto-sustentação. Porém, quando um sistema se conserva variando tanto os seus limites, seu patrimônio, a sua identidade acaba se tornando imprecisa. Uma tal alteração do sistema pode ser concebida como aprendizagem e mudança, ou como processo de dissolução e quebra: não pode ser determinado com certeza se foi formado um novo sistema ou se apenas houve a regeneração do antigo.⁸⁸

Dessarte, da crise paradigmática se extraem dois caminhos: a quebra ou a mudança. Respectivamente, impele-se à situação de dúvida quanto à continuação de um sistema, ou então, conduz-se à sua modificação. Como leciona MANUEL ARAGÓN REYES, no primeiro caso, “o sentido de ‘crise’ incorpora a dúvida sobre a própria continuidade da existência do instituto ou fenômeno; no segundo, denota que ele prossegue existindo, ainda que transformado”⁸⁹.

Os paradigmas epistêmicos tradicionais cristalizados nas teses neopositivistas repercutiram sobremaneira nas ciências sociais, o que gerou o seu descompasso com a evolução das ciências naturais.

⁸⁸ ARAGÃO, 2007, p. 73.

⁸⁹ ARAGÃO, 2007, p. 74.

As ciências sociais encontravam-se atrás destas, estagnadas e incapazes de encontrar soluções para os magnos problemas que afligiram as sociedades desde os tempos imemoriais⁹⁰.

E a isto se atribuiu ao racionalismo neopositivista, o qual ao focar somente a objetividade, ou a verdade objetiva como condição do significado do discurso, numa linguagem meramente observacional a *priori* e neutra, teve como consequência a uma teorização igualmente neutra, notadamente quanto ao possível conteúdo ideológico do objeto cognoscível.

Destarte, o neopositivismo defendeu o *princípio da verificação* a ser ponderado, atribuindo alcance epistemológico somente à verdade que puder ser verificável, ou pela comprovação empírica ou pela demonstração analítica.

Ocorre, porém, que na atual sociedade de risco o procedimento de verificação nem sempre encontra espaço cômodo, notadamente nos tipos penais de perigo abstrato, nos crimes culposos, na extensão do dolo eventual, na confusão que se instala confundindo-se periculosidade com conceitos de culpabilidade, bem como se confronta com os processos de definição, da identificação da autoria que não se replique *ad infinitum*.

Por mudança paradigmática, segundo CONDE e HASSEMER, compreende-se como a troca de todos os elementos que caracterizam uma ciência estabelecida e que geram mudanças “nas metas de investigação, nos seus instrumentos, nos critérios acerca da correção das perguntas e respostas, nas exigências lingüísticas, na racionalidade e progresso científico, nos interesses científicos e sociopolíticos”⁹¹.

A crise de legitimação pode ser equiparada a uma crise de identidade, pondera LUIZ FERNANDO COELHO, eis que decorre da perda da eficácia dos mecanismos ideológicos de controle social, e se articula com a tomada de consciência de setores cada vez mais amplos das populações, que exigem

⁹⁰ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed. rev., at. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.59.

⁹¹ CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Criminologia*. Tradução por Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 115.

“transformações não somente econômicas, como também morais e culturais, que atenuem as condições existenciais dos cidadãos e povos oprimidos”.⁹²

Frente a esse descompasso, faz-se necessária a revisão de conceitos, paradigmas e ideologias adotando-se uma base empírica, de observação dos fenômenos ecológicos, manifestações sociais e políticas, além dos fenômenos psicológicos e culturais, sem as quais, a ciência jurídica e o direito penal tornar-se-ão inúteis e meramente simbólicos.

Do contrário, segue-se um questionamento: o direito penal e a ciência penal sobreviverão?

Cediço que muitos se fiam pela abolição total das penas e quaisquer formas e punição e restrições, contudo, o estágio atual da sociedade não nos permite abandonar a ciência penal e o direito penal, ao argumento de que não cumprem com os fins supostamente assinalados.

A postura mais coerente da questão não seria abolir todo o direito penal como tal, mas sim ponderar acerca da estrutura do pensamento jurídico atual, no qual se assentam as ciências criminais, tão enraizadas no fenômeno “causa-efeito-fins”, como disciplina acadêmica e convencional.

Exige-se, portanto, nova postura científica perante os novos paradigmas da sociedade de risco, do que propriamente descrever neutralmente como se processam as relações sociais, ou ser um mero observador do seu objeto de estudo, ou tão somente o seu escriba, o que reduz o saber a um mero procedimento descritivo destas relações sociais, mesmo tendo até a capacidade de compreender a sua dialeticidade imanente, mas restrito, por não apontar soluções razoáveis para os problemas concretos.

Pondera COELHO que a problemática epistemológica obrigou-se a se remodelar a partir da epistemologia crítica contemporânea, que reduziu as reais dimensões do “conhecimento pretensamente objetivo e “verdadeiro” da ciência e

⁹² COELHO, 2003, p. 565.

desmistificou a pretensão de neutralidade do saber acumulado ao longo dos séculos”⁹³.

A partir do ponto em que se observou a importância de construir uma sociedade justa e compatível com a Dignidade Humana, é que a consciência científica passou a exigir novas posturas⁹⁴.

E no caso específico da sociedade de risco, esse impulso inicial veio da “percepção pública dos riscos”⁹⁵ (mais precisamente da percepção pública da divisão dos prejuízos), no âmbito da modernidade, e somente a partir daí, houve uma pseudo-politização nos âmbitos de decisão e definição, emergindo daí, uma sociedade e também uma comunidade científica autocrítica, disposta a, pelo menos, procurar reformulações acerca da temática.

Como leciona SALVADOR NETTO, a definição de sociedade de risco como modelo político formatado deriva da “reflexão tardia decorrente da percepção da desincorporação das relações provenientes da sociedade industrial”⁹⁶, e que o novo paradigma propõe novas formas de relacionamento e mediação humanas, o que implica na contradição que sustenta o argumento da ineficácia do sistema penal para lidar não só para a criminalidade de massa, mas também para com os crimes da modernidade.

Delineia ULRICH BECK a sociedade de risco como uma teoria sociocultural, partindo da natureza integrada à civilização, seguida pela metamorfose de suas lesões através dos sistemas sociais parciais, entre os quais o sistema penal, que deverá abordar as questões e novos paradigmas que nascem no horizonte das ciências jurídicas, inclusive com a postura de projetar novos padrões de responsabilidade, segurança, controle, limitação e distribuição das conseqüências do dano, e também das ameaças potenciais⁹⁷.

⁹³ COELHO, 2003, p. 59.

⁹⁴ COELHO, 2003, p. 60.

⁹⁵ BECK, 1999, p. 176.

⁹⁶ SALVADOR NETO, 2006, p. 120.

⁹⁷ BECK, 1998, p. 89.

Consoante escólio de RAFFAELE DE GIORGI o risco é uma modalidade secularizada de construção do futuro, uma forma de determinação das contingências.

O risco, dessarte, é modalidade secularizada de construção do futuro. Já que a perspectiva de risco torna plausíveis pontos de vistas diferentes da racionalidade, na condição de que estes sejam capazes de rever os próprios pressupostos operativos e na condição de que haja tempo para efetuar esta revisão, esta perspectiva é típica da sociedade moderna. E, então, ainda que seja vivido como fatalidade, o risco é uma aquisição evolutiva do tratamento das contingências que, se exclui toda a segurança, exclui também todo o destino. Como modalidade de vínculo com o tempo, o risco se diferencia, por um lado, do direito (que fixa os pressupostos que permitem a orientação das próprias expectativas no futuro), e, por outro lado, diferencia-se também da economia (que determina as modalidades de acesso aos bens).⁹⁸

Imperativo, portanto, a releitura dos paradigmas acerca do risco e suas implicações no sistema penal, renunciando a mentalidade positivista e seus métodos, os quais, segundo LUIZ FERNANDO COELHO, haviam se revelado de pouca utilidade na sociologia, na ciência política, na história, na antropologia e nas ciências jurídicas.

Uma ciência do social, do direito ou da história, é algo impossível, pois do ponto de vista da objetividade, só é possível fazer ciência do social se o seu objeto for concebido como ente real ou ideal.(...) Esse repensar dos fundamentos metodológicos das ciências sociais poderia levar a elaboração de novos paradigmas mais adequados à visão dinâmica e holística exigida pelos objetos daquelas ciências, sobretudo, seria necessário repensar o problema da objetividade e estabelecer novos critérios de verdade para o conhecimento do social.

⁹⁸ GIORGI, Raffaele de. Direito, democracia e risco. Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 197-198. Apud BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Tutela Penal das Manipulações Genéticas em Seres Humanos*. 267 f. Tese (Doutorado em Direito) – Coordenação de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 91.

Destaca ZYGMUNT BAUMAN que a crise educacional pós-moderna é, sobretudo, uma crise de instituições e filosofias herdadas. Cada qual originária de um contexto diferente, de uma realidade diversa, as instituições e filosofias não se acomodam pacificamente, sendo-lhe difícil absorver, acomodar e manter as mudanças sem uma revisão dos marcos conceituais.

E tal revisão, como sabemos por Thomas Kuhn, é o mais mortal e esmagador de todos os desafios que podem enfrentar. Sem projetar marcos diferentes, a ortodoxia filosófica pode apenas colocar de lado e abandonar a crescente pilha de novos fenômenos, considerando-os anomalias e desvios.⁹⁹

No paradigma do risco, ULRICH BECK sintetiza que a problemática se insere nas concepções causais acerca da iminência do risco, ligados pelos “processos sociais de definição”, pois os meios e as posições eleitas para sua definição se convertem em posições sociopolíticas.

Os riscos que causam danos sistemáticos são frequentemente irreversíveis, muitas vezes invisíveis, e são baseados em interpretações causais, e, portanto, só podem ser determinados no saber (científico ou anti-científico), o qual pode ser transformado, ampliado ou reduzido, dramatizado ou minimizado, pelos *processos sociais de definição*¹⁰⁰.

A imposição de definições do risco são portanto um condão mágico como qual a sociedade saturada que se encastelou no *status quo* conhece por si mesma o medo e por meio do qual são ativados e politizados – de forma involutária e contra o seu desejo – os seus centros. A encenação simbólica-imagética da dramaturgia do risco, neste sentido, um antídoto contra a “chateação e a monotonia” do presente. Uma sociedade que vê a si mesma como uma sociedade de risco se encontra – para utilizar a linguagem católica – na posição do pecador que confessa seus pecados para ao menos poder filosofar a respeito da possibilidade e do anseio de uma vida “melhor”, mais condizente com a natureza e a consciência universal. Pois na verdade são poucos aqueles que querem mudar o rumo do barco. A maioria quer ambas as coisas: quer que nada aconteça e quer ficar se queixando. Pois elas assim poderão

⁹⁹ BAUMAN, 2009, p. 164.

¹⁰⁰ BECK, 1998, p. 28.

desfrutar das boas condições de uma vida ruim, e também de suas ameaças.¹⁰¹

Como exposto, considerando que o sistema jurídico penal apresenta “uma plêiade de sincretismos doutrinários”¹⁰², pois comporta uma fusão de ideias, doutrinas e concepções até mesmo antagônicas, o que dificulta a identificação, de maneira orgânica e uniforme de qual sistema de pensamentos a serem eleitos para as emergentes necessidade de respostas à criminalidade moderna, o que se conduz na complexidade de sua distinção e delimitação.

O problema afeto a esta pouca vinculação ou fidelidade estrutural que se saliente não ser prerrogativa exclusiva deste ou daquele país conforme apontado por ROXIN, acaba por imputar ao sistema de pensamento penal, em seus mais variados contornos, não uma função de regularidade ou racionalização na resolução de conflitos, mas simplesmente de suposta fundamentação científica de juízos de ocasião. Esta constatação, a propósito, aponta para uma primeira característica do direito penal na sociedade de risco, qual seja, a desorganização dos argumentos lógicos e legitimadores das decisões do próprio sistema.¹⁰³

Sem embargo, a crise paradigmática do sistema penal na sociedade de risco, na era da transmodernidade, indica uma sensação de perturbação ou ameaça de suas estruturas básicas do universo conceitual e científico ou de desencaixe, todavia, estes estados de coisas jamais deverão se tornar “rotinizados”¹⁰⁴, nem se acomodarem num eterno descredenciamento de referenciais, mas remeter à necessidade de mudanças, impelindo à procura de novas soluções, confrontando os marcos teóricos impostos, para remodelá-los à realidade social e transformando-se.

¹⁰¹ BECK, 1999, p. 178.

¹⁰² SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 85.

¹⁰³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 82.

E essa transformação deve estar inexoravelmente conectada ao Princípio da Dignidade Humana como diretriz e orientação política criminal a ser observada pelo direito penal e seu sistema, sob pena de que tais estados de crise paradigmática ao invés de sazonais se tornem endêmicos e rotinizados.

Ou ao invés de trazer a revolução científica kuhniana, fossilize e burocratize a crise permanente. Ao revés de se proteger a sociedade, o arcabouço teórico e conceitual da sociedade de risco se constitua em pretexto para a manipulação política e a instituição do arbítrio e do controle social, para uma suposta garantia da segurança pública.

Antes, aliar-se a defender a unidade da sociedade, sem o sacrifício das garantias individuais e os postulados da Dignidade Humana, nem proporcionar artifícios para o abuso do controle midiático e político, muito menos às formas de coerção e propagação do terror e instabilidade, e isto impende a análise, com ponderações e reservas quanto a uma possível manipulação e desvios para uma política totalitária caso sobrevenha mudanças paradigmáticas estruturais.

Portanto, o direito penal, longe de se constituir numa disciplina acadêmica obsoleta e convencional, desde que mantenha sua base empírica com os dados e fenômenos ecológicos, sociais, econômicos e culturais, poderá perfeitamente continuar coexistir e ser útil à sociedade, contudo, deverá certamente ser modificado e remodelado, numa abordagem científica, humanista, sistêmica e transdisciplinar, envolvendo paradigmas ou conjunto de modelos mais realistas e confiáveis frente ao mundo que nos cerca.

3. 4. Paradigma da visibilidade

Para ULRICH BECK, a produção social da riqueza na modernidade é acompanhada pela produção social do risco, porquanto o processo de industrialização é indissociável do processo de produção de riscos.

¹⁰⁴ GIDDENS, 2002, p. 171. Na explanação de ANTHONY GIDDENS, não se trata de só de retórica. As crises tornam-se parte 'normal' da vida, mas por definição não podem ser rotinizadas."

Uma das principais consequências do desenvolvimento científico industrial é a exposição da humanidade a riscos e às inúmeras formas de contaminação nunca observadas anteriormente, com a agravante que esses riscos gerados hoje não se limitam à população atual, vez que as futuras gerações também serão afetadas e talvez de forma ainda mais dramática¹⁰⁵.

A expressão “paradigma da visibilidade” refere-se à rebaixada capacidade social e institucional de reconhecer e detectar situações violadoras da vida, da incolumidade, do patrimônio e dos danos sociais, enfim, de visualização de lesão ou ameaça ao bem jurídico, como um problema a ser objeto de efetiva atuação do sistema penal, decorrente da insensibilidade quanto aos efeitos deletérios sobre a comunidade, ou da necessidade de se garantir a esfera privada, e até mesmo fruto da ignorância e atitude individualista que norteia a vida na era transmoderna.

Tem-se usado a expressão “paradigma da visibilidade” ante a problemática extraída dos fatos delituosos cujos riscos sequer são percebidos imediatamente pelos ofendidos, ou quando a vítima abre mão de promover a tomada de medidas perante a Justiça penal por puro descrédito, ou em razão da necessidade de preservar a sua vida privada, o que coloca em questionamento a legitimidade do sistema penal ante a ocorrência de cifras negras ocultas no iceberg da criminalidade.

Assim, o paradigma da visibilidade impõe questionamentos quanto à eficácia e legitimidade do sistema, vez que foram baldadas as expectativas de sua primordial proposta criminológica de “prevenção eficaz”, o que se traduz, conseqüentemente, no aumento as cifras negras da criminalidade, e reforça o seu caráter meramente simbólico, mas de outro lado, perniciosamente incrementa o descrédito, a desconfiança e a desilusão da sociedade no sistema penal.

Ademais, pontifica GIDDENS, que “quanto mais calamitosos os perigos envolvidos, menor a nossa experiência real do risco que corremos – pois se as coisas ‘derem errado’, já será tarde demais”¹⁰⁶. Portanto, os riscos de alta

¹⁰⁵ DEMAJOROVIC, Jacques. *Sociedade de Risco e Responsabilidade Socioambiental: Perspectivas para a educação corporativa*. São Paulo: Senac, 2003, p. 35.

¹⁰⁶ GIDDENS, 2002, p. 115.

conseqüência, diversos do individual, não obstante, também interferem diretamente na oportunidade de vida de cada indivíduo e fazem parte do lado obscuro da modernidade, enquanto esta durar, e ao passo que a rapidez da mudança social e tecnologias continuarem a produzir conseqüências não previstas

Assim, a aferição de riscos de alta conseqüência é menor que a dos riscos pessoais e individuais, cujos resultados podem ser regularmente observados, monitorados e até mesmo prevenidos.

A ocorrência de inúmeros delitos ecológicos e de danos provocados pelo poluidor, principalmente pelo setor industrial, contaminando o solo, o ar, a água e os lençóis freáticos e causando prejuízos à economia sustentável, sequer chegam a ser percebidos ou questionados, muito menos punidos perante as agências formais de controle, pois somente os casos mais graves acabam atraindo a atenção da opinião pública.

Já no tocante aos crimes praticados pelos meios de comunicação (internet), à criminalidade doméstica, estelionatos praticados por elementos portadores de psicopatias sociais¹⁰⁷, além dos demais em que envolvem a esfera da vida privada, nos espaços reservados, observamos que a vítima para proteger a sua honra e boa fama, opta pelo silêncio e não pelo "*strepitus iudicii*" em torno do fato, por razões de estreita proximidade emocional ou psicológica com o autor, prefere se resignar, sofrendo a carga de violência física ou moral, deixando de requerer medidas para apuração de tais fatos, pois lhe seria muito mais penoso expô-los, agregados à sua esfera íntima e reservada, às instâncias policiais e judiciais.

¹⁰⁷ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 40, 55, 173 "Segundo o psiquiatra canadense Robert Hare, uma das maiores autoridades sobre o assunto, os psicopatas têm total ciência dos seus atos (a parte cognitiva ou racional é perfeita), ou seja, sabem perfeitamente que estão infringindo regras sociais e por que estão agindo dessa maneira. A deficiência deles (e é aí que mora o perigo) está no campo dos afetos e das emoções. Assim, para eles tanto faz ferir, maltratar ou até matar alguém que atravesse o seu caminho ou os seus interesses, mesmo que esse alguém faça parte de seu convívio íntimo." "A 'cultura da esperteza' também contribui para esse cenário. (...) A nossa sociedade vem banalizando o mal e contribuindo para a inversão dos valores morais. Isso cria um terreno fértil para que os psicopatas se sintam à vontade no exercício de suas habilidades destrutivas" (...) "a psicopatia não tem cura, é um transtorno da personalidade e não uma fase de alterações comportamentais momentâneas."

Quanto às condutas danosas cometidas no ciberespaço por meio de vírus¹⁰⁸, cavalos de tróia, trojans ou worms, ligados a uma rede ou à internet, para obtenção de dados bancários e senhas, em razão da ausência de legislação que delimite os seus contornos, no Brasil, tais fatos são caracterizados como crime de dano (art. 163) e, em outros casos, como furto de dados eletrônicos (art. 155, § 4º, inc. II do CP).

O problema também se estende às organizações marginais onde não existe propriamente uma definição de autoria dos tipos penais, facilitando o resvalo às cifras ocultas dos fatos envolvendo o tráfico de bebês (transação pecuniária da genitora biológica ou seus agregados com os “adquirentes” do recém nascido, com a conivência de diretorias de hospitais e assessorados por profissionais com conhecimento jurídico), comércio de órgãos humanos, bem como a lavagem de dinheiro e o crime organizado.

Além dessas, a teoria jurídica e a política tem que dar-se conta da existência de grupos marginais dedicados ao narcotráfico, exploração do lenocínio, comércio de órgão humanos e mesmo comércio de bebês, e às mais diversas formas de atividade ilícitas, cuja expansão exige uma regulação normativa própria, que chega a ter alcance mundial. São as famigeradas máfias, as quais geram negócios que chegam à ordem de bilhões de dólares, instrumentalizando os sistemas financeiros de todo mundo para a reciclagem e lavagem de fabulosas quantias de dinheiro obtido em atividades ilegais. Nas suas diversas formas e modalidades, o comportamento ilegal e corrupto das máfias transcende as fronteiras dos Estados nacionais, mina e deturpa suas instituições, produz o descrédito das agências específicas de governo e gera efeitos deletérios no desenvolvimento econômico, produzindo perda de eficiência e desperdício de recursos.¹⁰⁹

¹⁰⁸ CAPANEMA, Walter Aranha. Os vírus de computador e o crime de dano. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, ano 55, n. 354, p. 123-129, abril de 2007. Segundo o autor, vírus é conceituado como um programa de comportamento malicioso, dotado de poder de (a) auto-replicação: após sua criação, o vírus consegue se replicar sem qualquer intervenção humana, “infeccionando” programas no computador da vítima. quando ligados à rede local ou à internet. (b) capacidade destrutiva: o vírus é projetado para destruir os dados gravados no computador e/ou modificar a execução dos comandos; (c) desnecessidade de intervenção humana: a atuação do agente é no momento da criação, mas a replicação, independe de intervenção do homem, pois já está prevista em seu código.”

¹⁰⁹ COELHO, 2007, p. 133.

ULRICH BECK ressalta que grande parte dos novos riscos da modernidade sequer são passíveis de percepção humana imediata, como aqueles decorrentes da contaminação nuclear, química, o uso exagerado de defensivos agrícolas, as manipulações genéticas.

Muchos de los nuevos riesgos (contaminaciones nucleares o químicas, substancias nocivas em los alimentos, enfermedades civilizatórias) se sustraen por completo a la percepción humana inmediata. Al centro pasan cada vez más los peligros que em ciertos casos no se activan durante la vida de los afectados, sino em la de sus descendientes; se trata em todo caso de peligros que precisam de los “organos perceptivos” de la ciencia (teorias, experimentos, instrumentos de medición) *para hacerse “visibles”, interpretables, como peligros*. El paradigma de estos peligros son las mutaciones genéticas causadas por la radiactividad, que, imperceptibles para los afectados, dejan a éstos por completo (tal como muestra el accidente em el reactor de Harrisburg) a la merced del juicio, de los errores, de las controversias de los expertos.¹¹⁰

Mas o paradigma da visibilidade não se insere especificadamente no ato de ver ou não ver, num movimento puramente físico-óptico ou passível pela captação dos sentidos, mas na insensibilidade de se interpretar o fato como violador de bens jurídicos, mesmo que visível e irrefragável a sua constatação e seus efeitos deletérios permeando todo o meio social.

Dessarte, FRITJOF CAPRA ressalta que o crescimento tecnológico criou um meio ambiente (ar poluído, ruídos irritantes, congestionamentos de tráfego, poluentes químicos), perceptível ao senso humano, gerador de estresse físico e psicológico, tornando a vida física e mentalmente doentia para a maioria das pessoas.

Além desses riscos à saúde - perceptíveis, aos quais podemos ver, ouvir e cheirar -, existem outros muito mais deletérios ao nosso bem-estar, “porque nos afetarão numa escala muito maior, no espaço e no tempo” e uma das “mais sérias ameaças quase totalmente ignorada, até recentemente, é o envenenamento

¹¹⁰ BECK, 1998, p. 33.

da água e do ar por resíduos químicos tóxicos”¹¹¹, através do uso excessivo de fertilizantes, gerando o recrudescimento de pragas e doenças.

FRITJOF CAPRA também traz a lume a ganância da indústria farmacêutica e sua forte influência na comunidade médica, científica e dos meios editoriais profissionais, sem olvidar do seu coeso lobby político que cerca as agências de controle governamentais e a classe política¹¹², trouxeram implicações graves à saúde pública, dependência química de drogas lícitas e consequências nefastas à comunidade e à saúde pública.

O Desembargador Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ leciona que a pirataria com agrotóxicos é prática comum nos Estados do Sul do Brasil, com tendência a se espalhar por todo o país, pois há um desnível legislativo na área de proteção ambiental e da saúde pública. O uso de agrotóxicos sem o necessário receituário agrônomo, burlando exigências legais e sem controle técnico, inegavelmente causa prejuízos à saúde pública e ao meio ambiente.

Os piratas das lavouras agem principalmente entre os municípios situados nas fronteiras. Produtos proibidos no Brasil são internalizados de forma ilegal (sem registro nos Ministérios da Agricultura, Meio Ambiente e Saúde), vindos da Argentina, do Uruguai e do Paraguai. Relatório elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente informa que um dos mais letais venenos já fabricados pelo homem, o DDT – inseticida proibido no Brasil desde 1985 – continua sendo aplicado em lavouras brasileiras. Parte estaria sendo

¹¹¹ CAPRA, Fritjof. O ponto de mutação. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 226/247. Segundo CAPRA, a Revolução Verde não ajudou os agricultores, nem a terra, nem aos famintos, as sim os únicos que se beneficiaram foram as grandes indústrias petroquímicas. A indústria química persuadiu os agricultores para o uso maciço de fertilizantes e pesticidas, tornando a lavoura mecanizada, ocultando as deficiências dos novos métodos supostamente para garantir maior produtividade e eficiência. “Essas técnicas não se basearam se baseiam em considerações ecológicas, pois são forçadas pelas conveniências dos mercados” (p. 247).

¹¹² CAPRA, 2006, p. 243. “As mulheres são as maiores vítimas dos tratamentos medicamentosos: elas tomam mais de 60 por cento de todos os medicamentos psicoativos receitados e mais de 70 por cento de todos os antidepressivos. Os anúncios com freqüência, aconselham os médicos, em linguagem clamorosamente sexista, a livrar-se de suas pacientes dando-lhes tranqüilizantes para queixas vagas, ou a receitar remédios para as mulheres cujo mal é estarem infelizes com seu papel na sociedade.”

contrabandeada do Paraguai e parte seria fruto de desvio de estoques do próprio governo brasileiro (o Brasil importou 3 mil toneladas desse produto para uso contra a malária na Amazônia, entre 1990 e 1995). O DDT afeta os sistemas imunológico e neurológico de seres humanos e, por isso, está proibido em 40 países. Na Suíça, por exemplo, desde 1939. Nos EUA, desde 1972. No Chuy, basta que se atravesse a rua para adquirir (contrabandear), sem qualquer problema, herbicidas de várias marcas desprovidos do tríplice registro e, portanto, ilegais no Brasil. O Sindicato Nacional da Indústria de Produtos para a Defesa Agrícola (SINDAG) atesta que a comercialização de agrotóxicos pirateados movimenta no Brasil, por ano, cerca de US\$ 20 milhões.”¹¹³

JACQUES DEMAJOROVIC leciona que a multiplicação dos danos ambientais, ainda que não percebidos imediatamente pelos sentidos, fatalmente acabam se materializando diariamente na destruição da camada do ozônio pelos gases clorofluorcarbonos (CFCs), na destruição das florestas provocadas por indústrias de couro e de papel, no aquecimento global associados aos poluentes químicos e à emissão dos veículos, e em outras formas mais comuns de incômodos respiratórios, visuais e sonoros para os habitantes das grandes cidades¹¹⁴.

Convém salientar que frequentemente os riscos ecológicos, quer condicionados pela pobreza ou quer pela riqueza, não obstante a ubiquidade de seus danos concretos e econômicos, são definidos pela grande maioria como “normais”, como obra do acaso, isto é, como sendo “riscos normais”, que é o mesmo que dizer que são “não-riscos”. Ao passo que essa mesma grande maioria, não obstante estar recebendo os efeitos deletérios destes riscos que se ubiquam, imputam àqueles o que os afirmam como “anormais”, tamanha é a cegueira que comanda a insensibilidade humana.

Tal comportamento também está vinculado à ansiedade que a consciência do risco traz, que, numa sociedade hedonista, fundada na posse de

¹¹³ BRUM VAZ, Paulo Afonso. Crimes de agrotóxicos. Revista Jurídica, Sapucaia do Sul, ano 54, n. 343, p. 89-90, maio de 2006.

¹¹⁴ DEMAJOROVIC, Jacques. *Sociedade de Risco e Responsabilidade Socioambiental: Perspectivas para a educação corporativa*. São Paulo: Senac, 2003, p. 34.

bens e no prazer imediato, procura minorar seus impactos, desagrar seus danos, ao serem tratados pela grande maioria das pessoas como mero acaso.

Explana ANTHONY GIDDENS que são taxados de “anormais” aqueles que se preocupam com as possibilidades de riscos vindouros. Esta negação se dá porque a consciência de riscos de alta consequência é para a maioria das pessoas uma fonte de ansiedades não-específicas, e por isso, preferem não os ver, deixando-os ao acaso, na confiança básica de que são os outros que irão suportar eventuais prejuízos, ou que as instituições governamentais os enfrentarão encontrando uma fórmula mágica para eliminá-los.

Ninguém pode mostrar que não é ‘racional’ preocupar-se constantemente com a possibilidade de catástrofe ecológica, guerra nuclear ou a devastação da humanidade por flagelo inesperado. E no entanto as pessoas que passam os dias preocupando-se com tais possibilidades não são consideradas ‘normais’. Se a maioria deixa com sucesso tais possibilidades entre parênteses e prossegue com suas atividades diárias, sem dúvida isso se deve, em parte, a avaliarem o elemento real de risco envolvido como muito pequeno. Mas também porque os riscos em questão são deixados ao acaso – um aspecto do retorno da fortuna na modernidade tardia. Uma pessoa pode afastar da mente essas contingências e supor que as coisas acabarão bem, ou pelo menos que, se acontecer alguma catástrofe de um tipo ou de outro, outros vão suportar seu peso; alternativamente, pode confiar aos governos e outras organizações o enfrentamento efetivo com as ameaças que representam.¹¹⁵

ALAIN SUPIOT, em sua obra “*Homo Juridicus*” traçou um interessante comentário a respeito dessa deliberada cegueira para com a perda e os danos alheios, alertando, porém, que quando as massas humanas inteiras viam-se entregues à miséria, ao desemprego e ao medo, até mesmo os direitos civis, sociais e políticos podem vir abaixo.

Ora, a história mostrou que esses direitos civis e políticos ficavam privados de sentido e ameaçados de desaparecer quando massas humanas inteiras encontravam-se entregues à miséria e ao medo. Para se preocupar com a defesa da

¹¹⁵ GIDDENS, 2002, p. 169.

liberdade ou com o direito de propriedade, precisa-se primeiro estar seguro de um mínimo de segurança física e econômica e não estar às voltas com as agressões, com a fome, com o frio ou com a doença. Brecht observava, por ocasião da ascensão do nazismo, que “os que desprezavam o comer é porque já comeram”; assim também, os que zombam hoje dos “riscofobos” é porque estão ao abrigo dos riscos. Uma das lições dos anos 1930 era que a miséria e o desemprego de massa arrumaram a cama para as ditaduras e que não pode haver liberdade onde reina a insegurança física ou econômica, sendo essa a razão da proclamação dos direitos sociais no após-guerra.¹¹⁶

A grande parte das conseqüências detectadas depois da ocorrência dos prejuízos, oriundos dos riscos antevistos no plano ideal, nem mesmo chegaram a observar normas locais de precaução ou segurança e, muitas vezes, tais são inexistentes na ordem política e legal vigente, porquanto o paradigma da visibilidade impregna a concepção de normalidade como inerente aos fatos ecológicos.

Contudo, os riscos ecológicos não são pura e simplesmente fenômenos mecânicos causais da natureza, e sim, muitas vezes resultado e conseqüência direta da ação humana e também de organizações de pessoas, empresas e firmas, como posição institucional, na busca do lucro, à míngua de se procurar práticas conservacionistas e de crescimento sustentável.

Destarte, nestes casos, cobertos pelo manto da invisibilidade, cujos efeitos ubíquos ainda assim permeiam a sociedade, a qual, por não os notar ou ao os interpretar ou por desacreditá-los, releva sua gravidade e deixa de atribuir interesse jurídico e relevância penal, pois aquilo “que não é visto, não é lembrado” no axioma popular, e parafraseando-o como “aquilo que não me afeta diretamente, não me é importante”, e continuam ocultos nas cifras negras da criminalidade.

A problemática se insere, ao revés, na não quista percepção de que muitos desses desastres ecológicos são resultados da ação humana, e não obra do acaso ou das contingências fortuitas naturais.

¹¹⁶ SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 250.

A definição da autoria do delito, se é que o paradigma da visibilidade qui-la permitir, não obstante os esforços da teoria monista, já recebe de antemão as variáveis do processo de definição social, pois a probabilidade de se atribuir imputações na esfera criminal a quem está no último estágio da cadeia de danos ambientais é maior do que ao causador original.

Ou seja, no sistema penal brasileiro, mais fácil se apenar o agricultor que contaminou o solo e o lençol freático com o uso excessivo de fertilizantes contrabandeados do que atribuir responsabilidade penal à indústria química que os põe em circulação, ou ao negociante do contrabando que os vendeu, ou ao que engenheiro agrônomo que prestou assessoria deficitária e antiecológica àquele agricultor.

Dessa forma, na medida em que a percepção das diversas formas de criminalidade permanecem invisíveis ou incrédulas, permanecem estendendo seus tentáculos, transcendendo fronteiras e produzindo efeitos deletérios ao tecido social, causando prejuízos ao meio ambiente e o desenvolvimento econômico sustentável, ao mesmo tempo que se replicam negativamente nos espaços sociais e políticos, conduzindo portanto ao total descrédito e desilusão no sistema penal.

Essa até então invisibilidade dos danos ambientais, somente passou ser objeto da “percepção pública dos riscos”¹¹⁷, nas últimas duas décadas do século XX. Mas isto se deu mais devido à percepção pública da divisão dos prejuízos decorrentes destes do que propriamente de consciência ecológica altruísta em prol de uma cidadania mais justa, solidária e igualitária. O que é previsível, pois numa transmodernidade construída por standarts simbólicos, calcada num hedonismo materialista, onde só o dinheiro é deus maior, qualquer prejuízo que afete a este ser supremo e cultuado, gera imediatas reações.

Assim, indubitavelmente que no contexto de sociedade globalizada e reflexiva, a percepção dos fatos decorre da maior consciência da democratização forçada na repartição dos prejuízos oriundos dos riscos globais ambientais e econômicos, mas desse paradoxo, delineia ULRICH BECK que a sociedade de risco deverá abordar as questões e novos paradigmas que nascem no horizonte das

¹¹⁷ BECK, 1999, p. 176.

ciências jurídicas, inclusive com a postura de projetar novos padrões de responsabilidade, segurança, controle, limitação e distribuição das conseqüências do dano, e também das ameaças potenciais¹¹⁸.

¹¹⁸ BECK, .1998, p. 89.

CAPÍTULO 4

SISTEMA PENAL E DIREITO PENAL

4. SISTEMA PENAL

Conceitua-se “sistema penal” como o controle social punitivo institucionalizado, que detecta a ocorrência ou a tentativa da consumação de um delito, encarregando-se da imposição da sanção respectiva e a da execução da pena, também cuidando de expressar a noção de segurança jurídica com a limitação do arbítrio do poder punitivo, albergando diversas correntes doutrinárias e escolas penais.

Pressupõe-se, portanto, a existência de um arcabouço normativo e doutrinário que a estruture, definindo previamente as situações e condições que legitimem sua atuação, notadamente de leis que a institucionalizem e delimitem regras próprias, quer substanciais quer procedimentais.

Não se olvide que o sistema penal também requer a existência de toda uma estrutura funcional e de agentes do poder legitimados para aplicação das sanções e sua execução, bem como a existência dos demais atores da demanda penal como o órgão de acusação e de defesa, bem como os legisladores e o público.

Sistema jurídico penal não é sinônimo de direito penal positivo, nem tampouco seu alcance se reduz às leis penais, mas sim se estende de um complexo ordenamento e princípios, com coerência lógica, coesão de normas singulares, interdependência entre suas partes, e interdisciplinaridade no estudo do fenômeno jurídico penal enquanto objeto do conhecimento, alinhavado com o contexto histórico, cultural e social.

Num sentido amplo, ZAFFARONI e PIERANGELI¹¹⁹ alertam-nos que “o sistema penal quase sempre é direcionado contra certas pessoas mais do que contra certas ações”, acentuando como sua característica a *seletividade*, a qual sem a devida filtragem, pode inserir “ações controladoras e repressoras que

aparentemente nada têm a ver como sistema penal”, notadamente quando a punição é direcionada a responder a outra conduta, nem sempre tida e havida como delituosa, ou que denotem qualidades pessoais do agente.

O sistema penal não deve se descuidar de delimitar o poder punitivo, determinando *a priori* as condutas que devam ser objeto da tutela penal, sob o risco de ocorrer séria institucionalização do arbítrio punitivo. No entanto, também deve observar a estrutura dogmática e normativa, utilizando-se de métodos, bem como servir-se do aparato teórico apto à definição do tipo penal, delimitação do risco, da posição de garante e das conseqüências.

Não obstante, ressalte-se que o sistema jurídico penal brasileiro apresenta um verdadeiro sincretismo de ideias, doutrinas e concepções, e que, dessa amálgama, traduz-se na complexidade de sua distinção e delimitação, e conseqüentemente, conduz, no âmbito do direito penal na sociedade de risco, à “desorganização dos argumentos lógicos e legitimadores das decisões do próprio sistema”¹²⁰.

A tão criticada atuação seletiva não partiria somente dos agentes encarregados da promoção da Justiça, como policiais ou agentes do Ministério Público ou Judiciário (agentes de criminalização secundária), pois o próprio público/a população exerce um poder seletivo na medida em que toma a iniciativa de provocar a movimentação do sistema penal e da máquina estatal policial e judiciária, notadamente quando sofrem algum dano, e se polarizam na posição de “vítimas”, exigindo medidas sancionatórias contra aqueles aos quais conceituaram como “criminosos”.

¹¹⁹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 70-71.

¹²⁰ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 82. “O problema afeto a esta pouca vinculação ou fidelidade estrutural que se saliente não ser prerrogativa exclusiva deste ou daquele país conforme apontado por ROXIN, acaba por imputar ao sistema de pensamento penal, em seus mais variados contornos, não uma função de regularidade ou racionalização científica de juízos de ocasião. Esta constatação, a propósito, aponta para uma primeira característica do direito penal na sociedade de risco, qual seja, a desorganização dos argumentos lógicos e legitimadores das decisões do próprio sistema”.

Sem olvidar que não se excluem do sistema penal os legisladores (agentes da criminalização primária) com suas atuações normativas, descrevendo padrões e delimitando comportamentos e suas respectivas sanções, não obstante “frequentemente eles mesmos ignorem o que é que realmente criam”¹²¹, de acordo com a situação atual e conveniências ou emergências do momento, ou em resposta aos clamores públicos e midiáticos, os quais com alguma freqüência influem na atuação da classe política dirigente em descompasso com os ideais dos Direitos Humanos e da pacificação social.

O que não poderia deixar de ser, pois a sociedade age e atua dessa maneira, e o sistema penal nada mais é que o reflexo da relação social, dos movimentos de pesos e contrapesos de um sistema mais amplo do universo dos fatos, do mundo “do ser”, buscando soluções ou respostas do Direito Penal para o campo de “dever-ser”, ou do então do que ele “deveria-ser”.

Como pontua ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO, das lições da obra de MICHEL MIAILLE, “o sistema jurídico possui independência e autonomia (lógica própria) em face das relações sociais de produção, mas, ao mesmo tempo em que desta se diferencia, por esta é determinado em última instância”¹²², e portanto, mais do que somente centralizarmos o foco no universo normativo do dever-ser (ou que deveria ser), antes, mais sensato é a ciência jurídica direcionar este foco para avaliar as estruturas sociais já constituídas pelo aquilo que “elas são”.

4. 1. Sistema penal e direito penal do risco

A lei penal está inserta no sistema penal como critério orientador e delimitador do âmbito dentro do qual este sistema está legitimado a reprimir condutas, sem, contudo, limitá-lo à sua própria racionalidade¹²³.

¹²¹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. Ob cit, 1997, p. 72.

¹²² SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, P. 81.

¹²³ ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. Ob cit, 1997, p. 81. “A lei penal marca um âmbito dentro do qual o sistema penal de que forma pode selecionar e criminalizar pessoas. (...). Ou seja, a lei penal deve determinar um âmbito orientador, mas o sistema penal opera em grande parte com uma

A sociedade globalizada foi denominada por ULRICH BECH como **Risikogessellschaft**, ou seja, uma sociedade de risco, sendo uma **Risikoleben** uma vida de risco, onde as noções de certeza, segurança e controle, entram em colapso, em razão da indefinição do futuro, da inexistência de fronteiras reais e simbólicas, onde todos são vítimas em potencial e, mais que isso, todos são autores potenciais, mas também todos são os receptores da democratização dos prejuízos.

A volubilidade das condições de vida, bem como a emergência de novas formas de criminalidade, ao lado dos paradigmas de uma sociedade de risco, traduz-se no desencaixe das estruturas de controle tradicionais do sistema penal. Como alertou SALVADOR NETTO¹²⁴, o sistema penal e suas escolas apresentam-se em contradição com esses novos eventos, além do que o momento da ciência penal é de incertezas e questionamentos, uma vez que sua estrutura não mais espelha a realidade concreta.

Se o Direito Penal não consegue se amoldar mais às relações sociais, este mesmo direito torna-se incapaz de gerenciar esses conflitos emergentes da sociedade de risco. Ou o sistema penal se modifica, ou então utilizam-se os modelos antigos simplesmente unidos por problemas ocasionais.

Da verificação da contradição existente entre as estruturas de controle com os comportamentos que fomentam a tutela jurisdicional, tendo em vista que diariamente nossas condições de vida são alteradas.

STRATENWERTH propõe o afastamento do direito penal clássico, arraigado a bens jurídicos com referentes individuais, por um direito penal protetor das relações de vida, em si, de maneira autônoma, com o fortalecimento do Poder Executivo como responsável pela definição das normas penais em branco e a expansão do direito penal em resposta à ausência de políticas públicas de intervenção e prevenção. Defende uma nova dogmática penal que assuma a posição de enfrentamento antecipado e preventivo das situações de possível perigo

orientação que é própria e diferente, excedendo à orientação em um sentido e, em outro, desinteressando-se do espaço demarcado, reprimindo o que o direito penal não o autoriza e deixando de reprimir o que o direito penal lhe ordena.”

¹²⁴ SALVADOR NETTO, 2006, p. 83.

na estabilidade social e garantia de expectativas e a segurança do normal funcionamento dos contextos de interação¹²⁵.

Similarmente, GARCIA MARTÍN, na Espanha, ressalta que os institutos gerais do direito penal estão obsoletos e que se projetam sobre esferas sociais muito reduzidas, incapazes de enfrentar os desafios da sociedade de riscos e a criminalidade empresarial. E o enfrentamento destas situações não pode ser realizado somente pela alteração da legislação penal, mas exige uma ruptura material, substancial em relação do direito penal liberal. E as novas regulações do direito penal deveriam estar fundadas em um sistema que transforme em ilícitos penais as ações prejudiciais, perpetradas por meio das classes poderosas¹²⁶.

Na lição de FLÁVIA GOULART PEREIRA, o homem ainda está indefeso perante suas próprias ameaças, notadamente as ameaças provenientes da ação industrial, quando os perigos se converteram em poluições de consumo normal que propagam com o vento, através dos recursos hídricos e atravessam as zonas protegidas da modernidade¹²⁷.

Conforme leciona PABLO RODRIGO AFTEN DA SILVA, em “Aspectos Críticos do Direito Penal na sociedade de risco”:

Os riscos que havia anteriormente eram riscos pessoais, contudo os riscos na “sociedade reflexiva” ultrapassam as realidades individuais e até mesmo as fronteiras territoriais e temporais de tal maneira que se forem produzidos em uma região podem afetar outras. De modo que a produção e a distribuição dos riscos determinantes no mundo contemporâneo gera a impossibilidade de escapar de suas conseqüências. Esta “sociedade mundial do risco” (Weltrisikogesellschaft) trata-se, portanto, de uma sociedade catastrófica, na medida em que caracteriza pelo surgimento de catástrofes nucleares, de desastres genéticos, de crises financeiras ou ameaças terroristas globais, e cuja reflexividade torna maior parte dos aspectos da atividade social suscetíveis à

¹²⁵ Apud BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, ps. 104..

¹²⁶ Apud BOTTINI, 2007, p. 105.

¹²⁷ PEREIRA, Flávia Goulart. Os crimes econômicos na sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 51, p. 109, janeiro/fevereiro de 2005.

revisão crônica à luz de novas informações ou conhecimentos¹²⁸.

Com a emergência de uma sociedade de riscos, conectada ao seu pluralismo, imersa no fenômeno da globalização e a massificação da humanidade, e, de outro lado a figura de um Estado e seu Governo altamente instável na instituição de políticas públicas, surgiram novas formas de criminalidade organizada transnacional, a poluição ambiental, crimes cometidos nos espaços bioéticos e cibernéticos, cujos efeitos deletérios se ubiquam e afetam a sociedade como um todo, exigindo-se do intérprete a análise de outros paradigmas de imputação penal, posto que as concepções mecanicistas e fisiológicas da causalidade não supririam o necessário argumento jurídico para compreensão de um Direito Penal, não meramente simbólico, mas que assuma sua real missão de pacificação social, sua função política no ordenamento do sistema penal, instrumento para a manifestação externa da solidariedade humana e último remédio interventivo para a proteção da dignidade humana.

AFLEN DA SILVA, leciona que o direito penal do risco caracteriza-se pelo fato de que o comportamento que vem a ser tipificado não ser considerado previamente como socialmente inadequado, mas ao revés, tal é criminalizado para que seja considerado como socialmente desvalorado. Enquanto que no direito penal clássico as condutas não eram criminalizadas por si, mas porque se apresentavam como socialmente inadequadas. Contrariamente, no direito penal do risco, proibem-se condutas para que com isso elas se tornem socialmente inadequadas¹²⁹.

Prossegue, ademais, a criminalização na ótica do direito penal do risco está enfocada nos comportamentos cujas conseqüências transcendem à criminalidade clássica violenta do sujeito individual.

Na ótica de PRITTWITZ o “Direito Penal do risco” é uma mutação do direito penal expansivo, sendo moderno também em relação ao modo como ele é

¹²⁸ SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 46, p. 79, janeiro-fevereiro de 2004.

¹²⁹ SILVA, Pablo R. A., 2004, 83.

compreendido e legitimado. Assim, as condutas criminalizadas pelo direito penal do risco se dão antes por descuido que por sordidez, sendo que, por si mesmas, são completamente inócuas e inofensivas, mas só através de sua cumulação ou com a consideração de muitas perspectivas aparece a sua gravidade¹³⁰. PRITTWITZ entende que o “Direito Penal do Inimigo” é a consequência de um “Direito Penal do risco”, que “se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada – independentemente de se descrever o direito do risco como um “direito que já passou a ser do inimigo”¹³¹

Para CANCIO MELIÁ, na evolução atual delineiam-se tendências que, em seu conjunto, representam traços de um “Direito Penal da colocação em risco de características antiliberais”, e que constituem a genealogia do “Direito Penal do Inimigo”¹³².

Sem embargo, ressalta FLAVIA GOULART PEREIRA, a respeito da compreensão do risco na sociedade pós-moderna, sobre a necessidade de atentarmos para o lado obscuro do desenfreado desenvolvimento da técnica e da ciência, cujo domínio pela decisão humana traz como consequência concretos males a todos. Nesse sentido:

Em primeiro lugar, é preciso diferenciar a dimensão subjetiva da insegurança de sua dimensão objetiva. Na sociedade de risco, por múltiplas causas, os indivíduos experimentam maior intensidade na dimensão subjetiva dos riscos do que em sua dimensão objetiva. Uma dessas causas pode ser encontrada na forma de atuação dos meios de comunicação que transmitem imagens da realidade fazendo com que o receptor tenha a ilusão de que o que lhe é apresentado está muito próximo de si, gerando percepções inexatas da realidade por um lado e, por outro, um sentimento de impotência. Ademais, a reiteração e a dramatização dos fatos levam à falsa impressão de multiplicação dos ilícitos e catástrofes, gerando uma segurança subjetiva maior do que o nível de risco objetivo. (...) Em segundo lugar, há que se atentar ao fato de que na sociedade pós-industrial, a criação ou potenciação dos riscos decorre de decisões humanas, ou como danos que a sociedade se inflige a si mesma, embora como algo que é independente da intenção humana. Os tradicionais dramas

¹³⁰ SILVA, Pablo R. A., 2004, p. 84.

¹³¹ MORAES, 2008, p. 180.

¹³² MORAES, 2008, p. 177.

humanos, mais ligados à natureza e às doenças afastam-se dos novos riscos, que são produzidos pelo homem. São baseados em decisões que têm como fundamento as vantagens e as oportunidades econômicas ou técnicas e que aceitam os desastres como uma das faces do progresso¹³³.

Destarte, a necessidade de se proteger novos bens jurídicos de caráter difuso frente a uma sociedade de riscos, exige do direito penal atual uma função diversa do modelo clássico, como o de gestor dos riscos frente à potencialidade dos perigos que se avizinham para contra todo o tecido social.

O que demonstra que o direito penal é a última fronteira interventiva, onde os demais institutos jurídicos, filosóficos, éticos e sociológicos falharam, pois não lograram êxito em obstar a diversidade de situações geradoras de perigo difuso para a sociedade.

A problemática de se socorrer do direito penal como guardião e gestor de riscos é de se incorrer em excessiva intervenção autoritária na vida privada, na esfera individual, sendo que cada cidadão poderia ser visto como um potencial autor e criador de perigos, em detrimento das garantias constitucionais, num esvaziamento das instituições centrais da dogmática penal, desembocando numa política criminal simbólica, ritualística e opressora, geradora de exclusão social às minorias, perseguições e intolerância.

A ausência de definições, limitações e garantias a respeito do bem jurídico de caráter difuso a ser tutelado frente à nova criminalidade organizada transnacional, a poluição ambiental, crimes cometidos nos espaços bioéticos e cibernéticos,, inserta numa sociedade de riscos, aliado à possibilidade latente dos meios de comunicação de divulgar fatos que poderão gerar percepções equivocadas e o terror quanto a uma insegurança latente, com uso de um tratamento jurídico diferenciado, com excessiva flexibilização das regras dos sistemas, tende a exigir demais do direito penal, o qual dificilmente evitará a reprodução de riscos, com a simples responsabilização da sanção penal.

¹³³ PEREIRA, 2005, p.110.

Nesse sentido, AFLEN DA SILVA ilustrando a observação de MANOLEDAKIS de que quanto mais o direito penal tende à globalização e a persecução penal se internacionaliza nos âmbitos mais importantes da criminalidade, tanto mais se evidencia “o desvio dos princípios jurídico-penais e tanto mais dolorosa é a erosão da nossa herança cultural coletiva.”

Destarte, segundo LUHMANN, não há segurança além do momento. Somente a insegurança pode ser representada como duradoura, e isto conduz, conforme AFLEN DA SILVA, à indeterminação do futuro, que, por sua vez, conduz à incerteza, a um fator de insegurança que conta com uma emocionalização e uma moralização do discurso público¹³⁴.

Apenas com caráter elucidativo, destacamos algumas tendências no plano político-criminal quanto à manutenção do sistema penal ou sua diminuição,

4. 1. 1. Neorretribucionismo

A corrente neorretribucionista tem inspirado fortemente a política criminal norte-americana das últimas décadas, na crença no funcionamento do sistema penal, na eficácia de sua operacionalidade, na aplicação persistente e implacável do direito (prevenção geral positiva, na linha do funcionalismo radical). O importante não é a severidade da pena, senão a sua efetiva e inarredável aplicação e execução¹³⁵.

Advogam pelo melhor funcionamento do sistema, melhoria das suas condições e estrutura, inspirados na ideologia do movimento da lei e da ordem (law and order), consideram que a criminalidade aumenta quando o sistema fracassa, porque isso diminui os riscos (custos) pra o infrator, favorecendo a infração penal. Não confiam em nenhuma utilidade para a pena de prisão, porque entendem que na prisão nenhum tipo de tratamento funciona¹³⁶.

¹³⁴ SILVA, Pablo R. A., 2004, p. 77.

¹³⁵ GOMES, Luiz Flávio Gomes. *Direito Penal: parte geral, introdução*, volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 53.

¹³⁶ GOMES, 2003, p. 54.

4. 1. 2. Abolicionismo

O abolicionismo penal constitui um conjunto heterogêneo de doutrinas e teorias, cuja característica comum é negação de qualquer justificação ou legitimidade externa à intervenção punitiva do Estado sobre a punibilidade.

A corrente abolicionista radical sustenta que a pena e o próprio Direito Penal possuem mais efeitos negativos que positivos e propõe o desaparecimento do sistema penal, não reconhecendo a legitimidade do Direito Penal para o controle social. Advém das influências das teorias políticas anarquistas, que submetem à crítica da legitimação qualquer forma de controle social, quer penal ou não. Propugna a eliminação total de qualquer controle formal do delito. Tem sido expressada no individualismo anárquico de MAX STIRNER, partindo da desvalorização de quaisquer ordens ou regras, não apenas jurídicas, mas inclusive morais¹³⁷.

A corrente abolicionista menos radical (ou holística) limita-se a reivindicar a supressão da pena enquanto medida jurídica coercitiva e a extinção do Direito Penal, mas afirma a necessidade de manutenção de outras formas de controle social, rechaçando a sanção penal como instrumento de controle de classes economicamente dominadas e defendem a inserção de modos sociais de prevenção de delitos, notadamente pela vigilância coletiva e da educação moral.

Diversamente da postura amoral individualista e egoísta da filosofia de Stirner, tais doutrinas abolicionistas menos radicais, além de serem marcadamente moralistas e de solidariedade, são influenciadas pelo jusnaturalismo, como sendo uma moral superior que deveria regulamentar diretamente a futura sociedade.

Ambas deslegitimam o Direito Penal por causar sofrimentos desnecessários à parcelas específicas da população, sendo que este sofrimento, na forma de pena, é de difícil controle e não tem nenhum efeito positivo sobre as pessoas que o sofrem. O abolicionismo parte da premissa de que o crime não é uma

¹³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 201.

realidade ontológica e, dessa forma, necessária se faz a avaliação crítica da justiça penal como uma construção humana e como ordem natural.

Os conflitos poderiam ser resolvidos ou solucionados por seus protagonistas, a sociedade civil e os sujeitos implicados no conflito, à margem das instituições estatais¹³⁸.

Representantes da corrente abolicionista são, em sua maioria os criminólogos: HULSMAN e BERNAT DE CELIS, NILS CHRISTIE. Na Itália: BASAGLIA. Inglaterra: LAING. Eua: SAZS e MATTHIESEN.

Diferentemente da pena de morte, em que houve paulatina abolição na maioria dos países, já a pena de prisão, apesar de não ter logrado sua total abolição em nenhum país civilizado, tem-se conseguido, contudo, sua redução progressiva aos delitos de escassa e média gravidade.

A crítica que se fez contra as teorias abolicionistas é quanto aos modelos alternativos propostos para a substituição do Direito Penal, como formas de controle não jurídicas, mas sim morais e/ou sociais, tais como, “o olho público”, a “força invisível” da “educação moral”, a solidariedade terapêutica, a difusão social da vigilância e do controle e a pressão da “opinião pública”¹³⁹.

Segundo CLAUS ROXIN, as suposições do movimento abolicionista são realistas, o futuro do Direito Penal só pode consistir em sua abolição, mas, a inspiração social-romântica de tais ideias é acentuada demais para que possam ser seguidas. Uma sociedade livre do Direito Penal pressuporia, antes de mais nada, que através de um controle de natalidade, de mercados comuns e de uma sociedade que eliminasse as causas do crime e a delinquência. A situação do delinquente não melhoraria se o controle do crime fosse transferido para uma instituição arbitral independente do Estado. A discriminação social pode ser pior que a estatal¹⁴⁰.

Destarte, essas fontes alternativas e substitutivas além de serem conceitos vagos, não demonstram possuírem maior referencial de legitimidade que o

¹³⁸ CONDE; HASSEMER, 2008, p. 283.

¹³⁹ FERRAJOLI, 2002, p. 202.

próprio instituto do Direito Penal, eis que não se delimitou quais serão seus contornos e limites, podendo, inclusive, como no caso da “opinião pública” se tornar despótica, autoritária e enganosa.

4. 1. 3. Direito Penal Mínimo

O Direito Penal mínimo propugna pela diminuição da intervenção do Direito Penal com as máximas garantias, reconhecendo a utilidade social ao sistema penal e, portanto, admite sua legitimação, pois nenhuma sociedade pode conviver sem controle, e na sua falta, sobrevirão outras formas de controle muito mais inseguras e totalitárias que a atual e provavelmente sem as garantias mínimas dos direitos do cidadão¹⁴¹.

Representantes dessa escola são: BARATTA, WINFRIED HASSEMER, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, RAÚL CERVINI, LUIZ FLÁVIO GOMES.

A corrente minimalista propugna sobre a existência de um injusto jushumanista de violação aos direitos ao desenvolvimento, com conseqüências mais graves nos países da América Latina, O injusto jushumanista de violação do direito ao desenvolvimento não poderia ser obstaculizado porque pertence à distribuição planetária do poder, tendo por efeitos o aumento das condições e da violência social interna, o que pode levar a genocídios internos e à destruição do sistema produtivo, submetendo-se a um subdesenvolvimento ainda pior, como decorrência de uma violência incontrolável.

O movimento minimalista defende a aplicação dos princípios da *ultima ratio* e da *fragmentariedade* que preconizam que o Direito Penal somente deverá atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica em sociedade e que não pudessem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Ou seja, como “*ultima ratio*”, somente quando for absolutamente necessária à sobrevivência da comunidade, quando as ações e omissões forem

¹⁴⁰ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 04-05.

¹⁴¹ GOMES, 2003, p. 54.

dotadas de intenso grau de reprovabilidade e lesionarem intoleravelmente bens jurídicos penalmente relevantes, somente nesses casos, estaremos autorizados a invocar a intervenção da tutela da Lei Penal.

Parte-se do pressuposto de que se a intervenção do sistema penal é violenta, então pouco apresenta de racional e resulta ainda em mais violência, posto que nada mais faria senão acrescentar violência àquela que perigosamente já produz o injusto jushumanista a que continuamente submete-se a todos. Por conseguinte, o sistema penal estaria mais acentuando os efeitos gravíssimos que a agressão produz mediante o injusto jushumanista, o que resulta num suicídio¹⁴².

A proposta do Direito Penal mínimo não é acabar com o Direito Penal, senão minimizar sua utilização para a resolução dos conflitos penais, não só quanto ao seu âmbito de incidência, mas também quanto à intensidade e o grau de resposta estatal. As metas da corrente são: descriminalização (retirar o caráter criminoso do fato); despenalização (atenuar a resposta, sem retirar o caráter do fato); desjudicialização (afastar o conflito da esfera judicial) e descarcerização (evitar a prisão provisória)¹⁴³.

4. 2. Criminalidade de massa e criminalidade moderna

Os delitos de massa estão centrados na propriedade individualizada e indicam uma relação estrutural de desigualdade, referindo-se aos crimes dos não possuídos em desfavor daqueles que possuem. São os delitos que mais facilmente são abarcados pela estrutura do direito penal clássico, centrado principalmente na proteção da propriedade.

Já, os crimes de modernidade dependem dos meios de produção, são decorrentes da detenção da propriedade e não pressupõem necessariamente uma relação de desigualdade, mas ao contrário, demandam o controle ou gerenciamento do uso da propriedade e do capital, sem os quais não se realiza o

¹⁴² ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 80-81.

¹⁴³ GOMES, 2003, p. 54-55;

próprio crime. Refletem na economia, nas relações de consumo, no meio ambiente, no Estado, sendo que o universo de vítimas atingidas é imensurável.

Feitas essas considerações preliminares, passaremos a esclarecer e identificar, do ponto de vista criminológico, critérios de diferenciação entre a criminalidade de massa e a moderna.

4. 2. 1. Delimitação criminológica da categoria “criminalidade de massa”

O fenômeno social denominado “criminalidade de massa”, ou criminalidade convencional, desenvolveu-se a partir do surgimento do Estado nacional de cunho iluminista e liberal, nos fins do século XVIII e início do século XIX, onde a organização político-social do Estado, centrava-se na propriedade privada e na ideia de existência de um contrato social, pelo qual cada homem concedia parcela de sua liberdade e de seu poder de autodeterminação ao Estado.

Com o advento da Revolução Industrial, houve a necessidade de aprimorar técnicas de disciplina e controle sobre o trabalho advindo das classes mais baixas, a fim de incrementar a produção fabril, e para isto, estruturou-se um arcabouço repressivo composto de normas incriminadoras, estabelecimentos prisionais e instituições policiais e persecutórias, que visavam, primacialmente, à proteção da propriedade, voltada aos despossuídos do sistema socioeconômico¹⁴⁴.

Nesse contexto, as *teorias criminológicas do consenso* admitiam a ideia de pacto social, na medida em que entendiam que as estruturas sociais eram baseadas num consenso axiológico entre seus integrantes, submetendo-se às normas vigentes e padrões sociais dominantes, e os comportamentos desviantes eram considerados como uma disfunção ou falha do sistema social¹⁴⁵.

Da Escola de Chicago, podem se vislumbrar as teorias do consenso no âmbito da teoria das associações ou contatos diferenciais (SUTHERLAND) , da

¹⁴⁴ SARCEDO, Leandro. Criminalidade moderna versus criminalidade de massa. In: SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Orgs.) *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 163.

¹⁴⁵ SARCEDO, 2008, p. 164.

anomia (DURKHEIM, MERTON e PARSONS) e das subculturas ou neutralização (FLETCHER, COHEN, SYKES e MATZA).

Segundo LEANDRO SARCEDO, somente a partir da segunda metade do século XX que nasceram as *teorias criminológicas do conflito*, de concepção marxista e deslocaram o eixo de compreensão do fenômeno da criminalidade dos mais pobres para a luta entre as classes sociais dominante e dominada¹⁴⁶. Entre elas, a teoria do conflito do labeling approach (GOFFMAN, LEMERT e BECKER) e da criminologia crítica se destacam.

Com exceção da teoria da associação diferencial, as teorias criminológicas do consenso e do conflito buscam explicar o fenômeno social da chamada criminalidade de massa, ou dos mais pobres, porquanto o ataque ao patrimônio é o ponto focal desta e das respectivas teorias, seja do prisma do desajuste dos mais pobres ao consenso social, seja como comportamento considerado como desviante na ótica dos mais ricos. A figura da vítima na criminalidade de massa é a pessoa possuidora de algum bem patrimonial que lhe foi despojado¹⁴⁷. E as técnicas de intervenção social são exclusivamente formais, exercidas pelo aparelho repressor estatal, caracterizadas pelo binômio policiamento ostensivo e encarceramento.

4. 2. 2. Delimitação criminológica da categoria “criminalidade moderna”

Explana LEANDRO SARCEDO, que nos últimos 30 anos do século XX e neste início do século XXI, o planeta vem experimentando um assaz desenvolvimento tecnológico, permitindo o fluxo de informações, capitais e pessoas ao redor do globo terrestre, rebaixando fronteiras, fluidificando a soberania dos Estados nacionais, descortinando novos mercados e aumentando o fluxo de ideias e conhecimentos.

Em razão da política neoliberal, as empresas transnacionais, em reação aos movimentos de resistência organizada dos sindicatos, passaram a agir como verdadeiros atores políticos para defender seus interesses globais.

¹⁴⁶ SARCEDO, 2008, p. 165.

Em contrapartida, em razão do individualismo na sociedade pós-moderna, as pessoas foram relegadas à inação política, pois se aperceberam sua frágil condição de influir nos destinos de sua própria classe social, muito menos nos da sociedade como um todo. A introdução de novos padrões de competição pelos postos de trabalho, conduziu-se às situações de subemprego, vez que o capitalismo transnacional já não mais depende da massa trabalhadora de um determinado Estado nacional.¹⁴⁸

Leciona SARCEDO que o chamado Estado Global converte-se numa entidade impalpável, mas com poder de determinar rumos do Estado Nacional, que já não pode mais fazer frente á intangibilidade da atividade econômica, livre dos empecilhos da classe política e trabalhista. Em razão disso, o modelo político do Estado Nacional vem se enfraquecendo perante o poderio econômico das empresas transnacionais¹⁴⁹.

O desenvolvimento tecnocientífico e a superespecialização criaram situações propícias para a geração de riscos e danos que atingem a coletividade de pessoas, as quais não se apercebem imediatamente da lesividade das ações a que estão submetidas. Para SARCEDO, tais ações econômicas que ganham relevo criminológico não são violentas, podem ser perpetradas á distância, no anonimato garantido pela estrutura funcional das grandes corporações, e, na maioria das vezes, operam-se por comportamentos omissivos.

A criminalidade moderna tem seu principal espectro de ocorrência dentro das atividades específicas, pouco conhecidas das grandes corporações empresariais transnacionais ou mesmo de complexas organizações criminosas igualmente sem fronteiras geográficas, tais como: a remessa ilegal de divisas, fraudes no mercado financeiro de capitais, degradação do meio ambiente, lavagem de dinheiro e tráfico internacional entorpecentes de pessoas e arma, além da corrupção¹⁵⁰.

¹⁴⁷ SARCEDO, 2008, p. 165-166.

¹⁴⁸ SARCEDO, 2008, p. 165..

¹⁴⁹ SARCEDO, 2008, p. 166.

¹⁵⁰ SARCEDO, 2008, p. 166-167.

4. 3. Labelling Approach

Na ânsia de proteger seu “espaço social” a própria sociedade invariavelmente seleciona e marginaliza pessoas, geralmente vindas das classes mais desfavorecidas e esquecidas das políticas governamentais, ao polarizá-las como perigosas, suspeitas e que inspiram controle de suas ações e, desse modo, conseguem estereotipá-las, operando-se inevitavelmente o fenômeno do “**labelling approach**” ou “**etiquetamento**”.

A teoria do **etiquetamento** ou **labelling approach** surgiu nos Estados Unidos nos anos 60, recebendo os influxos do interacionismo simbólico, baseado no paradigma da “reação social” (ou paradigma do controle ou da definição), em oposição às teorias etiológicas. Teve como seus principais expoentes H. BECKER, ERVING GOFFMAN e LEMERT. Apresenta a concepção de que a criminalidade não é a qualidade de uma determinada conduta, mas o resultado de um processo através do qual se atribui dita qualidade, ou seja, deflui-se de um processo de estigmatização e, portanto, um comportamento somente será considerado criminoso se a sociedade decidir como tal.

Para o **labelling approach**, o fato criminoso é aquilo que a sociedade adjetiva a qualidade de ‘criminoso’, de acordo com a concepção social, a interpretação comunitária, política, econômica e psicológica, que se infere dos rótulos já impostos sobre determinado agente. Assim, o agente já estigmatizado pela sociedade, depreciado em sua dignidade, torna-se fácil candidato às instâncias penais, as quais, rápida, célere e eficazmente promovem a sua condenação.

FRANCISCO MUNÕZ CONDE e WINFRIED HASSEMER destacam que um dos grandes acertos do labelling approach é o fato de suplantado com a pré-concepção de que os “delinqüentes são uma espécie de categoria separada do

restante dos cidadãos”¹⁵¹, porquanto a sua identificação não depende somente de suas condições pessoais, ou situação social, mas também das instâncias de controle formais e informais, dos grupos de pressão (lobbies), ressaltando que a eleição dos bens jurídicos pelo legislador não se trata de um processo autônomo, mas condicionado a outras instâncias econômicas, sociais, ideológicas ou políticas.

Assevera VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE que não há se conceber o sistema penal como algo estático, mas sim como um processo articulado e dinâmico de criminalização, concorrendo para ele todas as agências do controle social formal, quer pelo Legislador (criminalização primária), passando pela Polícia e a Justiça (criminalização secundária) até o sistema penitenciário e também os mecanismos do controle social informal (o que não exclui a própria população), atuando todas não de forma isolada, nem autossuficientes, mas agindo no mais alto grau de sistematização num *approach integrado*¹⁵².

Não obstante tais ponderações acerca da existência de um ***approach integrado*** no sistema penal, suposta ou debilmente articulado na etiquetagem de *personas* desviantes da normalidade, observamos que as agências formais de controle social nem sempre permanecem realmente em verdadeira integração discursiva ou articulação previamente harmônicas. Isto se dá, em razão da compartimentalização das funções dos diferentes agentes encarregados.

Sem embargo, sobre os discursos plurais no sistema penal, pontificam ZAFFARONI e PIERANGELI que cada um dos setores convergentes no sistema penal trata de se justificar, e que não há uma unidade de ideologias, mas sim uma pluralidade delas, numa multiplicidade de discursos.

O **discurso jurídico ou judicial** é, por regra geral, garantidor, baseado na retribuição ou na ressocialização (na Argentina e

¹⁵¹ CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Criminologia*. Tradução por Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 116.

¹⁵² ANDRADE, Vera Regina P. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 30, ano 16 – junho de 1995, p. 24-26.

<http://www.digiacomo.adv.br/presite/assets/doc/artigo_dos_paradigmas_para_estudo.pdf>

no Brasil costumam-se combinar ambos); o **discurso policial** é predominantemente moralizante; o discurso penitenciário é predominantemente terapêutico ou de “tratamento”. O **discurso judicial** desenvolve sua própria cultura: pragmática, legalista, regulamentadora, de mera análise da letra da lei, com clara tendência à burocratização. As **expressões moralizantes policiais** e pedagógicas penitenciárias não ocultam tampouco sua tendência burocratizante. Em geral, há uma manifesta separação de funções com contradição de discursos e atitudes, o que dá por resultado uma **compartimentalização do sistema penal**: a polícia atua ignorando o discurso judicial e atividade que o justifica; a instrução, quando é judicial, ignora o discurso e a atividade sentenciadora; a segunda instância ignora as considerações da primeira que não coincidem com seu próprio discurso de maior isolamento; o discurso penitenciário ignora todo o resto¹⁵³.

Da compartimentalização das funções e seus agentes implica inevitavelmente à compartimentalização dos discursos ou dos argumentos dos seus respectivos atores. Como corolário desta segmentação, não raro, isto deságua numa verdadeira Torre de Babel Retórica, pois cada um dos seus agentes e das intenções explícitas ou implícitas que os movem, procura defender o seu ponto de vista, apegam-se aos seus racionalismos, defendem suas ideologias, refutam observações ou contribuições de ordem diversa, muitas vezes, sem o necessário bom senso e a reflexão necessária para com a problemática de todo o sistema penal e sua função em crise paradigmática e descompasso com a realidade.

Portanto, um **approach integrado** no âmbito do sistema penal não significa que as agências formais de controle defendam os mesmos discursos de fundamentação ou se articulem entre si previamente em conluio para eleger quem mereceria receber a carga penal, qual deveria ser marginalizado e quem deveria ser excluído e banido do convívio social através da reclusão.

Em razão da **compartimentalização** do sistema penal e da pluralidade dos discursos de fundamentação, bem como da diversidade ideológica e política, observamos que o fenômeno do **labelling approach** se desenvolve, sobretudo, no âmbito de cada um destes discursos ideológicos oriundos cada qual das respectivas agências de controle (primárias ou secundárias), notadamente na

¹⁵³ ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 72-73, grifos nossos.

posição de bipolaridade que se instala ao definir quem é a “vítima” e quem é o “ofensor”, o que não deixa de ser, ao final, um processo seletivo que receberá as variáveis quantitativas na medida em que o comportamento tido como desviante é aquele determinado pela maioria daqueles que participam desse sistema de controle, ou então, do órgão julgador que possui sempre a última palavra.

Surgiu a suspeita de que os sistemas penais selecionam um grupo de pessoas dos setores mais humildes e marginalizados, os criminaliza e os mostra ao resto dos setores marginalizados, como limites de seu “espaço social”. Ao mesmo tempo, também parece que os setores que na estrutura de poder têm a decisão geral de determinar o sentido da criminalização têm também o poder de subtrair-se à mesma (de fazer-se a si mesmos vulneráveis ou invulneráveis ao próprio sistema de criminalização que criam). Isto o vemos muito claro em uma sociedade de castas, onde a casta superior se declarava invulnerável ao sistema penal em razão de que nela se concentravam as reencarnações dos espíritos mais evoluídos – justificando ideológica – mas o fenômeno não só se daria em tais limites toscamente evidentes, e sim em menor medida e com outros discursos de justificação em todos os sistemas penais, desde que toda sociedade gera marginalização.¹⁵⁴

Portanto, da primeira premissa de que os sistemas penais selecionam pessoas ou grupos de pessoas dos setores mais humildes e os marginalizam, etiquetando-os no fenômeno do **labelling approach**, se extrai também outra variável, a de que tal fenômeno não deixa de receber os influxos da própria sociedade, não se olvidando de que as instâncias e agências formais, encarregadas de definir comportamentos a serem criminalizados, são constituídas também pelos grupos sociais de todas as escalas da sociedade, não só da classe hegemônica.

Nesse sentido destacam FRANCISCO MUNÓZ CONDE e WINFRIED HASSEMER que os representantes da ala menos radical da teoria do **labelling approach** reconhecem que os mecanismos de etiquetamento se encontram não só no âmbito do controle formal, mas operam-se desde cedo no informal, fora das agências formais de controle aonde se dão os processos de

¹⁵⁴ ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 75

interação simbólica¹⁵⁵. O fenômeno ocorre não só no sistema penal, exclusivamente, mas transpassa-lhe, sendo-lhe antecedente e simultâneo.

Assim, quer no âmbito familiar, quando se define quem é o ovelha negra; quer na escola, onde os professores definem quem é o estudante problemático e marginal; assim como na comunidade como um todo que se define quem é a pessoa perigosa ou o “pedófilo”, é inegável que o fenômeno do **labeling approach** opera-se ineludivelmente na sociedade, e não só no interior do sistema penal, pois este se trata do conteúdo daquela contingente.

Destarte, o sistema social, e nele se situa o jurídico-penal, trata-se de uma estrutura complexa que abrange a totalidade dos comportamentos possíveis dentro da sociedade, com possibilidades de variação, contradições e alternativas. Segundo LUIZ FERNANDO COELHO, essa estrutura social pode ser reduzida pelo próprio sistema por meio de um processo de seletividade, implicando a redução do âmbito das possibilidades.

“os critérios dessa seletividade são os valores, os quais estão todavia encerrados nas instâncias de normatividade, que constituem os meios pelos quais ocorre a participação decisória do poder. Quando esta seletividade, levada a efeito pelo poder a partir dos valores e revelada pelas instâncias normativas, recebe a adesão de uma maioria grupal significativa, de modo a ser erigida em pressuposto das próprias decisões individuais, ocorre a concretização jurídica dos valores.”¹⁵⁶

Por isto, substancial a conclusão de que inevitavelmente toda a sociedade gera a marginalização, por meio dos critérios de seletividade, o que não induz à certeza de que o sistema penal seja constituído de agentes de controle que pensam, identificam e interpretam o fenômeno criminoso de igual modo, ou que o discurso hegemônico e totalitário contaminou indelevelmente a todos, mas sim que o fenômeno da seletividade foi tido e havido pela sociedade e que posteriormente, na instância processual-penal, pode refletir-se pela maioria dos agentes das instâncias de controle, ou então pelo seu mais importante, pelo Judiciário, encarregado de dizer o direito ao caso concreto, sempre em última instância.

¹⁵⁵ CONDE; HASSEMER, 2008, p. 111.

Os fenômenos da seletividade, do *labelling approach* e do etiquetamento, não deixam de ser fenômenos de valoração, de atribuição de significados, ocorrente na sociedade como um todo e não só na instância penal exclusivamente.

Esclarece VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE que os processos de etiquetamento e a criminalização seletiva operada pelo sistema penal também se integra à mecânica do controle social global da conduta desviada, dentro de um sistema de maior amplitude, “no seio do controle social informal, como a família e a escola (o filho estigmatizado como "ovelha negra" pela família, o aluno como "difícil" pelo professor etc.) e o mercado de trabalho, entre outros”¹⁵⁷.

De outro vértice, CONDE e HASSEMER detectam problemas de fundamentação na teoria do etiquetamento, porquanto o “interesse da investigação se distancia do desviado e de seu meio social e se aproxima daqueles que o definem como desviado”¹⁵⁸, ou seja, em vez de explicar a criminalidade (o fenômeno), pretende-se explicar a criminalização (a imputação criminal); em vez de se analisar o fato criminoso, se investiga o controlador; e conseqüentemente o “autor” do delito passa a ser a vítima dos processos de definição.

Cediço que os teóricos do etiquetamento provocaram uma mudança paradigmática na Criminologia, porém, há que se ressaltar que “em vez de explicar a criminalidade, o que se faz é explicar a criminalização, e o ‘autor’ do delito passa a ser a ‘vítima’ dos processos de definição”, como alertam CONDE e HASSEMER¹⁵⁹.

Inegavelmente a teoria do *labelling approach* trouxe importantes aportes para a compreensão do fato criminoso, notadamente quanto à superação da pré-concepção dos delinqüentes como categoria apartada do restante dos cidadãos, porém o seu campo de atenção vai além do sistema penal.

Destarte, o fenômeno merece ponderações, pois sua atuação transpõe-se por todo o sistema social, por toda a malha da sociedade, corolário do preconceito, dos prejulgamentos e da cultura, não sendo uma característica

¹⁵⁶ COELHO, 2003, p.290.

¹⁵⁷ ANDRADE, Vera Regina P. ob cit. 1995, p. 24-26.

¹⁵⁸ CONDE; HASSEMER, 2008, p. 115.

¹⁵⁹ CONDE; HASSEMER, 2008, p. 111.

exclusiva e interna só do sistema penal, mas sim é mais uma das mecânicas do controle social, dentro da ideologia é inerente ao político-social¹⁶⁰.

Cuidado este que se deve observar, pois, do contrário, quando se pretende buscar justificativas nos controladores, nas agências formais de controle que integram o sistema penal, ao invés de se analisar o fato praticado; ao transferir o foco do réu à legitimidade da Administração da Justiça, traduzir-se-ia num evidente “Direito Penal do Autor às avessas *pro reo*”, e não num estudo do “Direito Penal do fato”, até com possíveis graves violações aos interesses da vítima - o convidado de pedra de BERISTAIN -, que sofrerá um grau terciário de vitimização¹⁶¹.

Destarte, não há como se considerar que todo o sistema penal e que todas as instâncias formais de controle sejam a fonte única de definição e valoração do criminoso e sua estigmatização, mas a sociedade em geral, como um todo, ou sua maioria, procede assim, estigmatizando aquele ser humano que refoge à normalidade tida e havia pelos vetores culturais, sociais, econômicos, políticos e psicológicos.

A única solução é se evitar concepções estigmatizantes quanto ao autor do fato delituoso, e focar-se na análise da conduta, e não no autor, nem dos seus controladores, mas antes dissecar a gênese e o desenvolvimento do fato criminoso, em todas as suas etapas, bem como nas suas consequências para com a vítima e para com o meio social, orientados pelo princípio da Dignidade Humana.

Com efeito, o paradigma do controle, ancorado na teoria da definição, proposto pela Teoria do **Labelling Approach**, deve ser observado no

¹⁶⁰ COELHO, 2003, p. 65. “Em outras palavras, a partir da epistemologia crítica verificou-se que a ideologia é inerente ao social, mais ainda que o social se confunde com o ideológico, e o conhecimento que dele se tem passa a ser uma participação e também uma reconstrução.”

¹⁶¹ BERISTAIN, Antonio. Nova Criminologia à luz do direito penal e da vitimologia. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 105. Leciona BERISTAIN que por vitimização secundária relaciona-se aos sofrimentos que às vítimas, às testemunhas e majoritariamente os sujeitos passivos de um delito lhes impõem as instituições mais ou menos diretamente encarregadas de fazer “justiça”: policiais, investigadores, delegados, criminólogos, funcionários de instituições penitenciárias etc. A vitimização terciária emerge-se como resultado das vivências e dos processos de atribuição e rotulação, como consequência ou “valor acrescentado” das vitimações primária e secundária precedentes

contexto que revele a sua amplitude social, não simplesmente comprimi-lo para reencaixá-lo nas cercanias do sistema penal, como se este fosse a fonte única que gerasse exclusivamente a estigmatização de oprimidos, sendo que o fenômeno se expande por toda a malha social e integra à mecânica do controle social global da conduta desviada.

4. 4. Panóptico: Fossilização e burocratização do sistema penal

Acerca da função preventiva geral busca-se dissuadir a sociedade em geral a não imitar o exemplo do delinqüente, enquanto que a função preventiva especial opera-se eminentemente sobre este, aplicando-lhe a sanção correspondente ou até mesmo objetivando sua ressocialização.

Tem-se questionado se realmente os sistemas penais efetivam a tão propalada função preventiva, posto que os índices de criminalidade crescem em proporções alarmantes, sem contar os fatos criminosos que permanecem ocultos nas “cifras negras” pelo desinteresse da própria vítima, ou por fatores externos, (coação), por dependência psicológica ou econômica com o ofensor (problemática da violência doméstica) ou até mesmo pela baixa credibilidade no tocante à efetividade na solução dos conflitos nas instâncias penais.

O sistema penal padece de um aparente paradoxo. Está submetido a dois condicionamentos que aparentam ser antagônicos, contudo, nada mais são que as faces da mesma moeda, eis que cunhada para a técnica de controle que, simultaneamente, tem a pretensão de caucionar a liberdade de um que infringe a pena, porém, com a liberdade de todos.

ZAFFARONI e PIERANGELI alertam-nos que os condicionamentos do sistema penal conduzem a processos de **fossilização** e **burocratização**, sendo altamente nocivos à saúde física e psíquica, não só dos marginalizados, mas também dos agentes encarregados em aplicar a lei¹⁶².

¹⁶² ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 77.

Dessarte, a **fossilização** se opera quando o sistema seleciona dentre aqueles que já passaram pela primeira condenação e os petrifica na sua condição. Surgem então como bons candidatos a infamante cargo de “bode expiatório”, numa segunda criminalização “inqualificável violação dos Direitos Humanos”¹⁶³, lançando-os numa espiral de exclusão social e marginalização, onde o sistema retroalimenta-se continuamente.

Segundo LOÏC WACQUANT a instituição carcerária foi concebida aos pobres, como meio criminógeno e desculturalizante, moldado pelo imperativo (e o fantasma) da segurança, e opera como uma máquina varredora da precariedade, que não se satisfaz em tão somente recolher e armazenar os inúteis, os indesejáveis e os perigosos, e assim ocultar a miséria, mas contribui proativamente em “perenizar a insegurança e o desamparo sociais que a alimentam e lhes servem de caução.”¹⁶⁴

Destarte, o sistema penal sem o necessário arcabouço humanístico, e sem fazer uma releitura das finalidades da pena e sua execução, fatalmente contribui para o processo de **fossilização** dos réus condenados, na medida em que estes perdem a sua identificação com o grupo original, são despojados de seus referenciais, submetem-se a um regime de restrição sob ordens de outro grupo artificial (das instâncias de execução da penal) ou mesmo dos presidiários controladores do meio, levando-os a manter atitude de permanente desconfiança ou submissão, sob pena de retaliações ou perseguições, e muitas vezes, dando ensejo à corrupção nos meios repressivos.

E no Brasil, a situação é tão exasperante que os detentos cumprem quase a totalidade do regime semi-aberto como se estivessem no fechado, em razão da falta de empenho do Estado em recambiá-los às colônias agrícolas, locais em que poderiam ao menos desenvolver alguma potencialidade latente ou alguma capacidade laborativa, mas são deixados à ociosidade, transformando as penitenciárias e cadeias públicas como escolas do crime.

Além de lhes suprimirem a oportunidade de ressocialização, o Estado os relega à deriva, pois sem orientação e sem desenvolvimento de suas

¹⁶³ ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 76

¹⁶⁴ WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 143.

potencialidades na maioria das penitenciárias, colônias agrícolas e cadeias públicas, sem acompanhamento psicológicos, quando egressos desse sistema dificilmente encontram colocação profissional. Nem sempre a família do egresso o ampara e, muitas vezes, o repele¹⁶⁵. Uma vez soltos, os egressos do sistema penitenciário encontrarão dificuldades em se integrar à sociedade que o estigmatiza, o que poderá levá-los não raramente à reincidência.

Por **fossilização**, portanto, compreende-se que o objetivo é mesmo de endurecer, é petrificar, é transformar o eleito “bode expiatório” num resto de ser vivo, num farrapo humano, sedimento e depósito de todas as tensões psicológicas dos eleitores que o veem e o preveem como um ser perigoso, indisciplinado e indomável, que merece ser excluído, defenestrado e banido do meio social, para servir de massa de manobra para a retroalimentação do sistema de gestão penal da insegurança social.

Num claro procedimento de marcação binária e imposição de mecanismos dualistas de exclusão, aqueles que elegem o seu “bode expiatório”, que o escolhem, que têm a prerrogativa de imputar quem mereceria receber tal balda, não menos fossilizados se tornam, na medida em que, na tentativa frustrada de aplacar suas próprias sensações de medo, seus temores internos, seus receios e frustrações mais recônditos, mais e mais se aprisionam em seus castelos de ignorância.

Como preceituou ULRICH BECK¹⁶⁶, não existem soluções biográficas para contradições sistêmicas. E conforme explanou ZYGMUNT BAUMAN, qualquer solução parece viável para estas contradições sistêmicas,

¹⁶⁵ WACQUANT, 2001, p. 145. “A metade nunca recebeu a visita de um próximo durante sua temporada atrás das grades e aproximadamente um terço não tem ninguém a esperá-los à sua saída” (...) Mas ainda há coisas piores: os efeitos pauperizantes do penitenciário não se limitam apenas aos detentos, e seu perímetro de influência estende-se bem além dos muros, na medida em que a prisão exporta sua pobreza, desestabilizando continuamente as famílias e os bairros submetidos a seu tropismo. (...) A gestão penal da insegurança social alimenta-se assim de seu próprio fracasso programado.”

¹⁶⁶ BAUMAN, Zygmunt. A sociedade individuada: vidas contadas e histórias vividas. Tradução José Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p.138 e 190.

existindo, portanto, uma demanda bodes expiatórios em que os indivíduos assustados podem exorcizar seus medos:

Existe, portanto, uma demanda por um bode expiatório individual em quem os indivíduos assustados podem colocar seus medos individuais, nem que seja por um breve momento. (...). A nossa é uma era de fechaduras patenteadas, alarmes contra roubo, cercas de arame farpado, vigilantes e justiceiros, assim como jornalista de tablóides “investigativos” procurando por conspirações para encher o vazio ameaçador do espaço público e por novas causas plausíveis para os “pânicos morais” libertarem o medo e a raiva que estão confinados.¹⁶⁷

Se o processo de **fossilização** é considerado altamente nocivo para a saúde física e psíquica, tanto aos marginalizados como aos segmentos que participam desse processo, não menos certo é que se trata de recurso inservível, de baixa utilidade para aqueles que elegem seus bodes expiatórios e os fossilizam, na falsa expectativa de que tal fator sirva na função transversa terapêutica e psicológica para aplacar seus próprios medos e receios mais ocultos.

Por **burocratização** do segmento judicial, ZAFFARONI e PIERANGELI prosseguem explanando que o sistema penal cria expectativas e metas a magistrados, promotores e funcionários públicos, condicionando-os a não criarem problemas no trabalho, a não serem inovadores para não gerar outros problemas, dando-lhes a falsa sensação de poder, que os leva a se identificarem com a função.

Em outro nível o sistema penal procura compartilhar essa mentalização ao seguimento de magistrados, Ministério Público e funcionários judiciais. Seleciona-os dentre as classes médias, não muito elevadas, e lhes cria expectativas e metas sociais da classe média alta que, enquanto as leva a não criar problemas no trabalho e a não inovar para não os ter, cria-lhes uma falsa sensação de poder, que os leva a identificar-se com a função (sua própria identidade resulta comprometida) e os isola até da linguagem dos setores criminalizados e fossilizados (pertencentes às classes mais humildes), de maneira a evitar qualquer comunicação que venha a sensibilizá-los demasiadamente com sua dor. Este processo de

¹⁶⁷ BAUMAN, 2008, p.139.

condicionamento é o que denominamos *burocratização do segmento judicial*¹⁶⁸.

Trata-se de observação arguta e percuciente dos mestres ZAFFARONI e PIERANGELI, uma vez que não raro as instituições encarregadas de promover a justiça, bem como seus órgãos de correção e disciplina, em prol de uma alegada celeridade e eficiência meramente procedimental, e recebendo os influxos de uma sociedade utilitarista e capitalista, ao modelo ideal fordista e taylorista, criticada por Max Weber, muitas vezes limitam seus agentes a funções burocráticas, sujeitando-os a um regime de disciplina hierárquica e regulamentos rígidos, a uma rotina inflexível de estatísticas e desempenhos, ao cumprimento insano de prazos, desestimulando a busca de aprimoramento acadêmico, limitando-os na atividade docente, controlando-os no seu tempo e espaço até mesmo privados, para se garantir a noção de imparcialidade, levando-os ao isolamento social, ao embotamento do espírito e à falta de motivação.

Como forma de controle disciplinar, os fenômenos da **fossilização** e da **burocratização** são sucedâneos da figura emblemática e arquitetural do **Panóptico** de JEREMY BENTHAM, que foi concebido como uma espécie de laboratório do poder, numa estrutura eficaz desenhada para modificar comportamentos, treinar ou retreinar indivíduos e impor sanções, caso demonstrassem rebeldia e insubordinação.

O Panóptico funciona como uma espécie de laboratório do poder. Graças a seus mecanismos de observação, ganha em eficácia e em capacidade de penetração no comportamento dos homens; um aumento de saber vem se implantar em todas as frentes do poder, descobrindo objetos que devem ser conhecidos em todas as superfícies onde este se exerça.¹⁶⁹

O malogrado projeto do **Panóptico** de JEREMY BENTHAM foi desenhado em forma circular, agregando técnicas de vigilância, oriundas das ciências físicas, como a ótica e a mecânica, constituído de uma torre central de onde

¹⁶⁸ ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 77 (itálico do autor).

¹⁶⁹ FOUCAULT, 2004, Michel. *Vigiar e Punir*. nascimento da prisão. 29^a ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 169.

tudo se via, mas não poderia ser visto. Controlava todos os outros, mas nunca o controlador poderia se refreado. Os espelhos eram para os controlados se refletirem, para verem a sua própria miséria, e não para controlador se refletir à sala de espelhos planejada por BENTHAM¹⁷⁰.

Não obstante o insucesso do projeto de BENTHAM¹⁷¹, o Panóptico não é apenas “um edifício onírico”, mas firma-se como “o diagrama de um mecanismo de poder levado à sua forma ideal”, é “uma figura de tecnologia política que se pode e se deve destacar de qualquer uso específico”, é “uma espécie de ‘ovo de Colombo’ na ordem da política” como alerta FOUCAULT¹⁷².

Destarte, ARMAND MATTELART explana que a analogia da “máquina automática de medir o tempo” (de DIDEROT), alterna-se então com o ser vivo (homem-máquina de JULIEN OFFROY), para determinar o conceito de sistema.

Assim, o corpo individual é como um imenso relógio, e o corpo coletivo é o seu sistema, num maquinismo orientado para a organização dos procedimentos, remetendo-se a “uma nova ‘anatomia do poder’ que consagra o panóptico e as tecnologias de vigilância, conjunto de procedimentos disciplinares minúsculos para poder esquadrihar, controlar e medir os indivíduos”¹⁷³, numa redução materialista da alma, para uma teoria geral da domesticação do ser dócil ao

¹⁷⁰ FOUCAULT, 2004, p.148. “A disciplina faz “funcionar” um poder relacional que se auto-sustenta por seus próprios mecanismos e substitui o brilho das manifestações pelo jogo dos olhares calculados. Graças às técnicas de vigilância, a “física” do poder, o domínio sobre o corpo se efetuam segundo as leis da ótica e de mecânica, segundo um jogo de espaços, de linhas, de telas, de feixes, de graus, e sem recurso, pelo menos em princípio, ao excesso, à força, à violência. Poder que é em aparência ainda menos “corporal” por mais sabiamente “físico”.

¹⁷¹MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 261. “Aos quarenta e poucos anos, Bentham fez uma prolongada e frustrante experiência de reforma prática ao patrocinar um “PANOPTICON” – uma prisão circular com celas dispostas em torno de um vão central, na qual os condenados estavam sempre sob vigilância sem seu conhecimento. Ele gastou muito de seu próprio dinheiro para construir e instalar uma complicada série de espelhos, a fim de demonstrar a sua estrutura. Bentham achou que o apoio parlamentar a esse projeto foi sufocado por George III, que olhava com desconfiança para as opiniões políticas de Bentham.”

¹⁷² FOUCAULT, 2004, p. 170-171.

¹⁷³ MATTELART, Armand. *História da sociedade de informação*. 2. ed. rev.e at. Tradução de Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, dezembro de 2006, p. 24-25.

sistema, tornando-o objetivado e submetido ao poder anônimo dos objetivos, consoante define ALAIN SUPIOT¹⁷⁴.

E a profecia de MICHEL FOUCAULT¹⁷⁵ se torna realidade no Brasil, quando as “funções de fiscalização agora são quase todas duplicadas por um papel pedagógico”¹⁷⁶, na medida em que observamos a institucionalização do poder disciplinar a níveis exógenos ao próprio Poder Judiciário, submetendo-se ao controle disciplinar e administrativo até mesmo externo.

Explana LOÏC WACQUANT que o Estado manteve sua face oculta pelo histórico de eufemização jurídica, política e cultural. Porém, esse lado sombrio do Estado, agora sai da penumbra, exurgindo como organização coletiva da violência, “subitamente, maciça, metódica e com um objetivo preciso, justamente sobre aqueles que podem ser descritos como os inúteis ou os insubmissos”¹⁷⁷.

Destarte, não se olvide que a ideia de vigilância e controle panoptical permanente se circunscreve somente aos marginalizados e etiquetados quer do sistema penal e quer do sistema global.

¹⁷⁴ SUPIOT, 2007, p. 212-213. “‘Fomos objetivados!’: é assim que os trabalhadores designam as novas formas de direção do ‘recurso humano’ às quais são submetidos. O trabalhador objetivado é aquele que estando submetido ao poder anônimo de objetivos a serem atingido, perde o último elemento de subjetividade, a relação pessoal com o chefe. [...] O superior hierárquico já não tira o seu poder do fato de que ele saberia fazer melhor do que seu subordinado (em geral tem menos conhecimentos dos que ele sobre a tarefa a ser cumprida), mas do fato de estar habilitado a empregar normas abstratas de avaliação dos desempenhos desse subordinado”.

¹⁷⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. nascimento da prisão. 29ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 143 e 147. “A disciplina “fabrica” indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício. Não é um poder triunfante que, a partir de seu próprio excesso, pode-se fiar em seu poderio modesto, desconfiado, que funciona a modo de uma economia calculada, mas permanente. Humildes modalidades, procedimentos menores, se os compararmos aos rituais majestosos da soberania ou aos grandes aparelhos do Estado. E são eles justamente que vão pouco a pouco invadir essas formas maiores, modificar-lhes os mecanismos e impor-lhes seus processos. **O aparelho judiciário não escapará a essa invasão, mal secreta.** O sucesso do poder disciplinar se deve sem dúvida ao uso de instrumento simples: o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e sua combinação num procedimento que lhe é específico, o exame.” (grifos nossos)

¹⁷⁶ FOUCAULT, 2004, p.147.

¹⁷⁷ WACQUANT, 2001, p.101.

Realizou-se uma generalização disciplinar ao modelo panoptical nas escolas, hospitais, grupos religiosos, associações de beneficência, exército, nas fábricas e na organização da administração públicas ou privadas. Para FOUCAULT, “o poder disciplinar é um poder que em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”: ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor.”¹⁷⁸

O controle panoptical lança suas teias também aos agentes das instituições encarregadas de promover a Justiça, na medida em que são condicionados numa estrutura de disciplina, controle, obediência hierárquica, vigilância e inspeções permanentes, desestimulando qualquer espécie de atividade extraordinária ou inovadora, para a “conservação do útil escravo não insurrecional”¹⁷⁹, a fim de alcançar objetivos meramente utilitaristas, para a retroalimentação do sistema de simbolismo, do que propriamente destiná-los a pensar, a refletir e a produzir soluções práticas sobre a problemática da crise paradigmática atual e das alternativas de solução.

Alimentados pela competição, pela busca de resultados a curto prazo, pela aceleração nos procedimentos para entrega de uma prestação jurisdicional célere e dita eficaz, notadamente quando se envolve conflitos de

¹⁷⁸ FOUCAULT, 2004, p. 143.

¹⁷⁹ BATISTA, Nilo. Fragmentos de discurso sedicioso. www.aidp.brasil.org.br/discurso%20.Nilo%20.Batist.pdf. “Creio que Bentham suspeitava disso, de que sua prisão era a forma efêmera que abrigava circunstancialmente uma grande proposta, capaz, como ele mesmo disse, de “estabelecer uma nova ordem de coisas”. E essa proposta tinha, valham-nos sempre suas palavras, um “princípio único”, chamado “inspeção”, porém “uma inspeção de um gênero novo, que atinge mais a imaginação do que os sentidos, que coloca centenas de homens na dependência de um só, e outorga a este único homem uma espécie de presença universal no circuito de seus domínios.” Duzentos anos depois, verificamos que jamais se construiu uma só rede de prisões panóticas, porém se construíram várias redes de televisão. Após constatar que a conservação “útil” do escravo não insurrecional era o princípio das penas corporais, que a privação da liberdade “sob condições piores do que aquelas condições ordinárias em estado de inocência” (ninguém formulou a *less eligibility* melhor que Bentham) era o expediente mais adequado para o “útil” controle da força de trabalho proletária e seu exército de reserva, e que, nas sociedades pós-industriais de consumo e serviços, penas alternativas ao encarceramento e outras medidas sinalizam a preservação “útil” do consumidor, como não desconfiar de um salto no método da “inspeção”?”

interesses financeiros e pecuniários, a esfera de produção burocratizada e panoptical reduz os seus operários à dimensão de mero mecanismo a rodar o um sistema penal que produz, sobretudo, símbolos.

E como lembra PIETROCOLLA, o homem é um eterno criador de símbolos e necessidades, e essa sua capacidade de criar e operar com símbolos que o diferencia dos animais¹⁸⁰.

E essa capacidade em criar simbologias para dar sentido à existência humana, não o impede de manipular supostas necessidades, hipotéticos interesses públicos e subreptícios signos linguísticos para exercer o controle e o poder panoptical, reduzindo muitas vezes o operário do sistema penal a mero instrumento de trabalho, despersonalizando-o e o transformando-o ou reificando-o em “coisa”. Mecanismos criados para os excluídos do sistema penal tecnoglobal, num horizonte limitado e desagregador, que não muito longe de se prever irá se retroalimentar de si próprio.

Atualmente, trazido pelos “os sapatos silenciosos da modernidade”¹⁸¹, o engenho panoptical ganha outro formato muito mais incisivo, insidioso, invasivo e controlador. Sua forma atual, ou melhor sua invisibilidade também se serve da tecnologia, e mais precisamente dos meios de comunicação, da informática, telemática, por interceptações telefônicas e até mesmo pelo controle por rádio frequência e via satélite. Outra profecia que se cumpre, de ver, vigiar e controlar outros, mas nunca o controlador poderia se refletir nos espelhos panopticais.

Recentemente no Brasil, o CONTRAN (Conselho Nacional de Trânsito), nas Resoluções nº 245/07 e nº 295/08, e o DENATRAN (Departamento Nacional de Trânsito) através das Portarias 047/07 e 102/08, determinaram aos fabricantes e importadores de veículos a instalação obrigatória, como itens de série, de dispositivos antifurto, como chip de GPS (Global Positioning System) ou outros

¹⁸⁰ PIETROCOLLA, Luci Gati. *O que todo cidadão precisa saber sobre Sociedade de Consumo*. São Paulo: Global, 1986, p. 36 e 54: “Um belo exemplo para elucidar esse problema é o filme de Charles Chaplin *Tempos Modernos*. Em uma das cenas a personagem Carlitos é comida pelas engrenagens de uma máquina, numa metáfora evidente da despersonalização, da massificação e da brutificação do homem vivenciada através do trabalho alienado.”

¹⁸¹ SALVADOR NETTO. Alamiro Velludo. Ob cit. p. 88.

dispositivos como etiquetas RFID (Radio Frequency IDentification), que permitiriam o rastreamento de toda frota nacional de veículos fabricados a partir de agosto de 2009.

Sem adentrarmos, ao campo mercadológico e de quem iria lucrar com tal determinação ou a quem isto serviria no futuro, a intenção denota claro controle panoptical, muito mais que suposta boa vontade de se proteger o patrimônio ou a segurança pública, eis que indiciário de mero pretexto, pois, segundo noticiado, o prefalado dispositivo “*sem o código fornecido pelo DENATRAN, os veículos com o chip até poderiam ser ‘vistos’ pelos sistemas das empresas de rastreamento*”¹⁸².

A ilegalidade de tal Resolução foi abordada na Ação Civil Pública com cominação de obrigação de não fazer nº 2009.61.00.007033-0, movida pelo Ministério Público Federal em face da União Federal, por lesão à privacidade do cidadão e seu direito de propriedade e institucionalização de uma venda casada de dois dispositivos antifurto.

O juiz federal Douglas Camarinha Gonzales, da 7ª Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo, concedeu a tutela antecipada pleiteada, determinando a obrigação de não impor a instalação de dispositivos de rastreamento e/ou localização, pois o sistema tecnológico capta as últimas 200 localizações do veículo, mesmo com o aparelho rastreador desligado, até mesmo se tais informações estejam criptografadas ou sujeitas à senha para a futura localização.

Deveras, a conspurcação da privacidade é notória se o consumidor/proprietário não aquiescer na habilitação do veículo e, ainda assim, a sistemática tecnológica tem condições de captar um banco de dados das suas últimas localizações.

¹⁸² Fonte: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u552771.shtml>: “O juiz cita na sentença o livro “1984”, do escritor inglês George Orwell, criador da ideia do Big Brother -“aparato estatal para controlar o indivíduo, através da implacável tecnologia de vigilância”. Empresários ligados ao setor de monitoramento por GPS afirmaram reservadamente à Folha que, sem o código fornecido pelo Denatran, os veículos com o chip até poderiam ser “vistos” pelos sistemas das empresas de rastreamento, mas que não seria possível saber a quem pertencem nem ter acesso a dados como licenciamento e pendências com multas. O Contran ainda discute, entretanto, outro projeto de instalação de chips em todos os veículos do país -o Sistema Nacional de Identificação de Veículos.

Tal atitude deturpa o senso de liberdade e induz um sentimento de *capitis diminutio* à dignidade da pessoa humana, porquanto devastada o sentimento de intimidade. Enfim, firma uma inferioridade do cidadão, perante a máquina estatal que num clique tecnológico passa a supervisionar o cidadão comum, tal como na ficção científica delineada por George Orwell no livro 1984, que sintetiza a idéia de Big Brother do aparato estatal para controlar o indivíduo através da implacável tecnologia da vigilância.”¹⁸³

Como bem asseverou o juiz federal, tal situação conspurca contra o direito fundamental de intimidade e da privacidade, contemplado no art. 5º, X, da Constituição da República: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Segundo ERIC HOBBSBAWN, a proliferação extraordinária de meios tecnológicos objetivando sob constante vigilância os cidadãos, através de câmeras, escutas telefônica, acesso a dados pessoais e a computadores, ao revés de aumentar a efetividade do Estado e da lei, ao contrário, impôs limites à liberdade individual¹⁸⁴.

Consoante LUIZ FERNANDO COELHO, os teóricos do capitalismo transmoderno procuram banalizar uma ética que, se não é nova, renova-se em argumentos de base empírica, transformando até mesmo o conceito de justiça, numa lógica instrumental que estabelece causalidade pura e simples entre meios e fins e uma escala de valores que impregna os demais fatores¹⁸⁵.

Neste contexto, qualquer discurso de suposto “risco à segurança pública”, de “ameaça à ordem pública”, pode ser utilizado como uma faca de dois gumes, como moeda e suas duas faces, consoante à ética ou não-ética de cada qual. De uma mesma substância pode se extrair o remédio que alivia ou o veneno que intoxica!

¹⁸³ Sentença proferida em 16/04/2009. Disp. em: <<http://www.ifsp.gov.br/noticias/2009/abr/090417Rastreador.pdf>, > última consulta, em 20/04/2009.

¹⁸⁴ HOBBSBAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. 2. reimp. Tradução José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.43.

¹⁸⁵ COELHO, 2007, p. 51.

Segundo FERRAJOLI, o sistema disciplinar é o mais alarmente em razão de sua capacidade de conviver, insidiosamente, inclusive nas democracias modernas.

É bem possível eliminar ou reduzir ao máximo os delitos por meio de uma limitação preventiva da liberdade de todos, fazendo uso de carros-tanques nas ruas e com policiais às costas dos cidadãos, mas também – mais modernamente e discretamente –, com o uso de câmeras nos lugares de trabalho e de divertimento, mediante interceptações telefônicas e todo o aparato de técnicas informáticas e telemáticas de controle à distância que tornam possível um panopticon social muito mais minucioso e penetrante do que aquele carcerário concebido por Bentham e idôneo não apenas a desenvolver funções de prevenção dos delitos, mas também de governo político da sociedade. Com relação a um sistema assim invasivo, que bem pode combinar-se com medidas de prevenção especial em relação a quem for considerado perigoso, a defesa do direito penal equivale à defesa da liberdade física de transgredir, vez que vetada “deonticamente” e não materialmente impossibilitada. E o direito penal, com aparente paradoxo, configura-se como uma técnica de controle que garante com a liberdade física de infringir a lei pagando o preço da pena, a liberdade de todos.¹⁸⁶

Portanto, a temática da sociedade de risco e os paradigmas de imputação devem ser cuidadosamente analisados, ponderados e sopesados à luz os critérios de Política Criminal e da Dignidade Humana como vetores e diretrizes indisponíveis, sob pena de determinados setores faltando-lhes com a ética apropriada, legitimarem o arbítrio por meios transversos, reforçando desigualdades sociais.

Nem de longe se pretende aniquilar o Estado, nem de propugnar ideários abolicionistas ao Direito Penal, muito menos de anarquizar o seu sistema. O Estado é imprescindível à sobrevivência da sociedade, sob pena de sobrevir um tipo anômalo, arbitrário, injusto e mais violento de controle panoptical social sobre as massas, conduzindo-as ao retrocesso e à barbárie, com redução das garantias fundamentais do homem e sua involução ao estado de natureza, avançando predatoriamente uns sobre os outros, numa irrefreada vingança privada, como lobos

entre si (*homo homini lupus*), numa luta desigual pela sobrevivência num estado de guerra permanente (*bellum omnium contra omnes*).

O Estado se faz necessário para a promoção da Justiça, a qual não é o equivalente à “repressão”, mas sim à liberdade. E a liberdade só floresce quando há segurança e não no império repressivo do controle panoptical. Não se promove Justiça sem o Estado, mas este deve obedecer aos imperativos da Dignidade da Pessoa Humana e aos postulados e princípios constitucionais e éticos, única saída para o cipoal em que se encontra a sociedade de riscos contemporânea.

O que se busca, frente à crise paradigmática no âmbito do sistema penal, é uma mudança de posturas, de potencializar iniciativas, promover transparência e autorreflexão na gestão do sistema penal de justiça, e isto só se efetivará com a reorganização do poder e da autoridade, a partir das premissas centradas no ideário humanitário de valores individuais e coletivos.

Imperativa se torna a reflexão imparcial e sincera se modelo adotado de produção de seres fossilizados e burocratizados dentro do sistema penal é o que reduzirá a violência e a criminalidade.

Se realmente o sistema penal, retroalimentando-se dos seus petrificados fósseis e seus domesticados burocratas irá realmente cumprir com os postulados da prevenção geral ou especial, o é apenas mais um signo, um mero símbolo de ideias, mas que, concreta e paradoxalmente, produz e dilacera corpos, mentes, espíritos e almas.

Há outras alternativas para o exercício do poder punitivo, as quais deveriam ser melhor exploradas, como os postulados do intervenção mínima e da Justiça Restaurativa, que demandará um esforço incomum do intérprete, do hermeneuta, do político, do aplicador da lei e do cidadão de compreendê-las, e quiçá, transformarem-se.

4. 5. Função simbólica do sistema penal

¹⁸⁶ FERRAJOLI, 2002, p. 273.

“Toda arte é ao mesmo tempo superfície e símbolo. Os que vão abaixo da superfície o fazem por sua própria conta e risco.”

Oscar Wilde ¹⁸⁷

Consoante ZAFFARONI e PIERANGELI, o sistema penal cumpre a sua função social substancialmente simbólica de criminalização seletiva dos marginalizados, e subsidiária ou eventualmente também, mais simbólica do que efetiva, de expiação de pessoas ou grupos contestadores pertencentes às classes média e alta, pertencentes aos grupos hegemônicos para que “*sejam mantidos e reafirmados no rol, e não desenvolvam condutas prejudiciais à hegemonia dos grupos a que pertencem*”¹⁸⁸.

Segundo ALEXANDRE DE MORAES, quando se usa o conceito de “Direito Penal simbólico” em sentido crítico, a intenção é fazer referência ao fato de que determinados agentes políticos somente perseguem o objetivo de dar a “impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido”, isto é, que predomina uma função latente sobre e manifesta. E nesse aspecto, o “Direito Penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal”, surgindo dessa união, o “Direito Penal do Inimigo”.¹⁸⁹

As características da sociedade pós-moderna, as novas demandas sociais, o incremento do risco e da sensação de insegurança que, acentuados pelo papel da mídia e da opinião pública, buscam exclusivamente junto ao Direito Penal a solução desses problemas, olvidando-se do seu caráter fragmentário, o que reforça ainda mais o senso de mero simbolismo.

¹⁸⁷ SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter: conseqüências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. 12. ed. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2007, p.118.

¹⁸⁸ ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. Ob cit, 1997, p. 78.

¹⁸⁹ MORAES, 2008, p. 180.

E como lembra PIETROCOLLA o homem é um eterno criador de símbolos e necessidades, e essa sua capacidade de criar e operar com símbolos que o diferencia dos animais¹⁹⁰.

E essa capacidade em criar simbologias para dar sentido à existência humana, não o impede de manipular supostas necessidades, hipotéticos interesses públicos e subreptícios signos linguísticos para exercer o controle e o poder, reduzindo muitas vezes o operário do sistema penal a mero instrumento de trabalho, despersonalizando-o e o transformando-o ou reificando-o em “coisa”.

4. 6. Direito penal do inimigo

" Um político divide os seres humanos em duas classes: instrumentos e inimigos."

Friedrich Wilhelm Nietzsche

Com base nos estudos sobre as obras dos filósofos Fichte, Hobbes e Kant, GÜNTHER JAKOBS propôs, em 1985, ao divulgar seu trabalho na Revista de Ciência Penal alemã, que o direito penal fosse visto sob duas óticas: a do cidadão e a do inimigo.

Na concepção jakobiana, o Direito Penal pode ver no autor um *cidadão* ou como um *inimigo*. Como cidadão, o Direito Penal só está autorizado a intervir quando o comportamento do autor representa uma perturbação exterior. Enquanto que, no caso do inimigo, em sendo uma “não-pessoa” para JAKOBS, o Direito Penal pode enxergá-lo como fonte de perigo para os bens a serem protegidos, sendo alguém que não dispõe de qualquer esfera privada, mas que pode ser responsabilizado até mesmo por seus mais íntimos pensamentos. Se os inimigos

¹⁹⁰ PIETROCOLLA, Luci Gati. *O que todo cidadão precisa saber sobre Sociedade de Consumo*. São Paulo: Global, 1986, p. 54.

são “a rigor não-pessoa”, lidar com eles não passa de “neutralizar uma fonte de perigo, como um animal selvagem”¹⁹¹.

Na concepção de JAKOBS, enquanto que o Direito Penal do cidadão otimiza esferas de liberdade, o Direito Penal do inimigo otimiza a proteção de bens jurídicos, mas só se legitimaria como direito de emergência, vigendo em caráter extraordinário¹⁹².

No entanto, em 2003, na obra “Direito Penal do Inimigo: noções e críticas”, JAKOBS sustenta que não se trataria de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois pólos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal, bem como ambas poderiam se sobrepor¹⁹³.

A denominação Direito Penal do inimigo, segundo JAKOBS, não pretende ser sempre pejorativa, mas indica uma pacificação insuficiente, entretanto, esta, não necessariamente, deve ser atribuída aos pacificadores, mas pode referir-se aos rebeldes. Implica um comportamento desenvolvido com base em regras, ao invés de uma conduta espontânea e impulsiva¹⁹⁴.

O fato e a coação são meios de interação simbólica. A pena é coação portadora de um significado, é uma resposta ao fato. O fato é a desautorização da norma, um ataque à sua vigência. A aplicação da pena significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma seguirá vigente sem modificações, mantendo-se a configuração da sociedade¹⁹⁵.

O Direito Penal do cidadão é o direito de todos, já o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra¹⁹⁶. E quem se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal, por isto não pode ser tratado como cidadão,

¹⁹¹ Apud GRECO, 2005, p. 82.

¹⁹² Apud GRECO, 2005, p. 82.

¹⁹³ JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 21.

¹⁹⁴ JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 22.

¹⁹⁵ JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 22.

¹⁹⁶ JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 30.

mas deve ser combatido como inimigo e também excluído. Seria uma guerra com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança¹⁹⁷.

Segundo JAKOBS, no Direito Penal do inimigo a perspectiva do ordenamento é prospectiva (fato futuro), no lugar de retrospectiva (fato cometido), as penas seriam previstas desproporcionalmente altas, determinadas garantias processuais seriam relativizadas ou suprimidas¹⁹⁸. Cita como exemplos de Direito Penal do inimigo alguns pressupostos da prisão preventiva, medidas de segurança e as prisões de Guantánamo.¹⁹⁹

Como asseverou LUÍS GRECO, o próprio JAKOBS admitiu modificações em suas ideias originais. Se em 1985, o Direito Penal do inimigo era concebido para casos de excepcional emergência, agora JAKOBS não apenas compreende que “as duas perspectivas têm seu âmbito legítimo, o que também significa que elas podem ser aplicados no âmbito errado”, como também admite que “inexiste, atualmente, qualquer alternativa visível ao Direito Penal do inimigo”²⁰⁰,

Anteriormente, propugnou para que Direito Penal do cidadão e do inimigo fossem visivelmente separados, para reduzir a “contaminação”, pois assim se poderia evitar que o Direito Penal do inimigo penetre no Direito Penal do cidadão. Posteriormente, JAKOBS sublinha que a distinção serve apenas para fins descritivos e não críticos²⁰¹.

Evidentemente, a concepção de GÜNTHER JAKOBS foi flagrantemente rechaçada pela melhor doutrina e relegada como estranha a qualquer noção de Direitos Humanos.

Dentre as inúmeras críticas ao Direito Penal do inimigo, uma das mais evidentes é a que ataca a alegada existência de um suposto ‘direito’ do Estado em recusar a seres humanos o *status* de pessoa²⁰². Isto não pode ser concebido como ‘direito’, mas sim como conduta ‘abusiva’ do Estado, violadora dos Direitos da Pessoa Humana, do mesmo ordenamento que o Estado também deve se submeter

¹⁹⁷ JAKOBS, MELIÁ, 2007, p. 48.

¹⁹⁸ JAKOBS, 2007, p. 67.

¹⁹⁹ GRECO, 2005, p. 86.

²⁰⁰ GRECO, 2005, p. 87.

²⁰¹ GRECO, 2005, p. 84.

e observar, e não somente o cidadão ou o inimigo, porquanto não é lícito, muito menos ético e moral reduzir outrem a um *status* inferior de não-humano, análogo à condição de um animal ou a um monstro.

Outro alerta é que o Direito Penal do inimigo além de ser inconstitucional, mostrar-se-ia inapropriado para um estado de direito, o que poderá ensejar ao retorno das ideias totalitárias nacional-socialistas a respeito da exclusão de determinados grupos étnicos, semelhante às concepções de Mezger, ou ao pensamento com base nas categorias amigo/inimigo de Carl Schmitt²⁰³.

O direito penal do inimigo poderá justificar os sistemas totalitários atuais e futuros, além de representar a pior forma de terrorismo, qual seja, o terrorismo estatal, além de se configurar num inadmissível Direito Penal do autor²⁰⁴.

Outra crítica pertinente, é que qualificar indivíduos como 'inimigos' não é nada funcional, uma vez que isto é inoperante para supostamente reestabilizar a norma violada em sua vigência²⁰⁵.

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, um dos mais contumazes críticos da teoria de JAKOBS, delimitou as incongruências desta, em conferência proferida em São Paulo, no dia 14 de agosto de 2004, expostas no abecedário alegoricamente estruturado por LUIZ FLÁVIO GOMES, colacionado na obra de ALEXANDRE DE MORAES, em suma:

- quando o poder não conta com limites, transforma-se em Estado de polícia;
- o sistema penal sempre está procurando um inimigo (o poder político é o poder de defesa contra os inimigos);
- o Estado, num determinado momento, passou a dizer que a vítima era ele (com isso neutralizou a verdadeira vítima do delito);

²⁰² GRECO, 2005, p. 90.

²⁰³ GRECO, 2005, p. 91.

²⁰⁴ GRECO, 2005, p. 91.

²⁰⁵ GRECO, 2005, p. 91.

- os primeiros inimigos foram os hereges, feiticeiros, curandeiros;
- em nome de Cristo começaram a queimar inimigos;
- para uma “cruzada” penal ou uma “guerra” deve-se antes inventar um inimigo (Bush antes de inventar a guerra contra o Iraque inventou um inimigo: Sadam Hussein);
- quando a burguesia chega ao poder adota o racismo como novo satã; e usa a ciência médica para tanto (Lombroso);
- na Idade Média, o processo era secreto e o suplício do condenado era público; a partir da Revolução francesa público é o processo, o castigo passa a ser secreto;
- no princípio do século XX a fonte do inimigo passa a ser a degeneração da raça;
- o nazismo exerceu seu poder sem leis justas e através de um sistema penal paralelo;
- o inimigo do capitalista é o comunista;
- no final do século XX, o centro do poder se consolida nos EUA, a partir da queda do muro de Berlim;
- hoje. os EUA tem como seus inimigos cerca de 5 milhões e 300 mil presos; mas com 6 milhões trabalhando no sistema penitenciário;
- hoje, o Direito penal é puro discurso, é promocional e emocional: fundamental é projetar a dor da vítima (especialmente nos canais de TV);
- das TVs é preciso “sair sangue”;
- difunde-se o terror, e o terrorista é o novo inimigo.²⁰⁶

²⁰⁶ MORAES, Alexandre Rocha A. *Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 247-249.

ZAFFARONI entende que a população está inequivocamente aterrorizada, sendo a difusão do medo fundamental para o exercício do poder punitivo e o Direito Penal seria a solução para aniquilar o inimigo e é um produto de mercado, um “puro discurso publicitário”, hábil para o político demagogo.²⁰⁷

LUIZ FLÁVIO GOMES considera que o Direito Penal do inimigo é mais um exemplo de Direito Penal do autor, que pune o sujeito pelo que ele é e não pelo que ele fez, servindo para demonizar alguns grupos de delinquentes; e o Direito Penal verdadeiro só pode ser vinculado com a Constituição Democrática de cada Estado. O Direito Penal do cidadão é o pleonismo, enquanto que o Direito Penal do inimigo é uma contradição. Reprova-se a periculosidade e não a culpabilidade; é prospectivo ao invés de retrospectivo; pune desproporcionalmente a periculosidade; não observa o processo democrático do devido processo legal, mas sim um procedimento de guerra; constitui um direito de terceira velocidade com imposição de penas de prisão sem garantias penais e processuais; é fruto do Direito Penal simbólico e punitivista; se torna possível através do consenso que se obtém, na atualidade, da direita e esquerdas punitivas; inconstitucional; tratar o criminoso comum como “criminoso de guerra” é tudo que ele precisa para questionar a legitimidade do sistema.²⁰⁸

Observam CALLEGARI e GIACOMOLLI que o Direito Penal do inimigo abriga dois fenômenos: o simbolismo do Direito Penal e o punitivismo expansionista, capaz de agregar o conservadorismo e o liberalismo penal num mesmo ninho. E os paradigmas preconizados pelo Direito Penal do inimigo mostram aos seus “inimigos” toda a incompetência estatal ao diferenciar um cidadão de outro²⁰⁹.

A ideia de Direito Penal do inimigo seria demasiada imprecisa e de todo inadequada ao sistema, porquanto padece de uma fundamental “falta de clareza conceitual” conforme leciona LUÍS GRECO, tanto no seu sentido semântico quanto no pragmático, sendo inservível em caráter descritivo (ou crítico-

²⁰⁷ MORAES, 2008, p. 249.

²⁰⁸ MORAES, 2008, p. 249-251.

²⁰⁹ JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 18.

denunciador) e muito mais imprestável no seu caráter legitimador-afirmativo, porquanto “afirmar-se que o Estado tem o direito de não respeitar cidadãos é nada menos que um escândalo”²¹⁰.

Não obstante a orientação doutrinária acerta da inviabilidade lógica desse pseudo-direito, na vida cotidiana, no entanto, verificamos a eleição do cognominado “inimigo”, supostamente para o alcance de uma pseudo-paz e para a garantia de uma ordem pública, numa sociedade já em desorganização, através de mecanismos de repressão, utilizando-se do Sistema Penal para a propagação da intolerância social, religiosa, étnica, de gênero e de classes.

O Direito Penal do Inimigo de Jakobs segue na contramão da doutrina dos Direitos Humanos, que o homem é titular pelo simples fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que lhe é inerente, ou seja, são direitos inerentes à pessoa humana, que visam resguardar a sua integridade física e psicológica perante seus semelhantes e perante o Estado, e a negação desse direito é o seu contrassenso, seu abuso e seu ultraje.

Dessa forma, o conceito de Direito Penal do inimigo não pode pretender um lugar na ciência do direito, pois inservível para justificar, muito menos prestável como critério descritivo ou crítico-denunciador, porquanto ele é a inconcebível e ultrajante negação do direito, é o próprio não-direito.

4. 7. Poder midiático e controle dos meios de comunicação e informação

A abordagem dessa temática do ‘inimigo’ na presente dissertação da Sociedade de Risco, é justamente de se alertar entre a disfuncionalidade entre a teoria e a vida cotidiana, entre o “ser” e o “dever-ser”, .

Não raro, a melhor doutrina se esforça para nos apresentar parâmetros conceituais e alertar-nos acerca das conseqüências e implicações da excessiva intervenção política na vida social, contudo, em situações cotidianas, observamos uma postura indiferença às aquelas orientações, atuando a classe

²¹⁰ GRECO, 2005, p. 92-112.

política e também a midiática, muitas vezes, em perceptível abuso interventivo, numa postura de insensibilidade para com os Ideais de Justiça.

Segundo KARL R. POPPER a opinião pública é um *poder sem responsabilidade*, devido ao seu anonimato, apta a derrubar governos, Há duas formas principais de opinião pública: uma que se ancora em instituições e outra que não. As ancoradas nas instituições são essencialmente, a imprensa, partidos políticos, sociedades, comércio de livros, radiodifusão, universidades, teatro, cinema, televisão. Nas demais, a formação da opinião pública se dá sem quaisquer equipamentos especiais nem através de instituições, e ocorre de forma corriqueira no cotidiano, como a conversa de rua. A opinião pública pode, até mesmo na sua forma não ancorada em instituições, ser despótica²¹¹.

Segundo GUARESCHI, “quem detém a comunicação detém o poder”, pois a comunicação que constrói a realidade, e quem detém a construção desta também detém “o poder sobre a existência das coisas, sobre a difusão das ideias, sobre a criação da opinião pública”²¹²

Como assevera FÁBIO GERALDO VELOSO, com vistas ao controle do terror que aflige toda a estrutura social, os políticos visam agradar a opinião pública conduzida e manipulada pela mídia e pelas entidades não-governamentais, ao pretexto de se efetivamente combater o crime ou visando à pacificação social.

Os “manipuladores” (comunicadores) e os “interessados” (políticos) conhecem bem o problema criminal, mas sabem que, no curto período do mandato político, não se conseguirá diminuir, sequer eliminar, um problema tão complexo como o da criminalidade; muito menos gostariam os titulares de deixar de “mão beijada” um projeto viável e eficiente, iniciado para o seu provável sucessor, ter, ao menos, parte do crédito. Em contraposição, se um sucessor desse continuidade à realização de um projeto eficaz iniciado pelo seu antecessor e assim obtivesse resultados positivos, confirmaria, os méritos do

²¹¹ POPPER, Karl R. *Em busca de um mundo melhor*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins, 2006, p. 201/202 (itálico do autor).

²¹² Apud VELOSO, Fábio Geraldo. Políticos, mídia e o fenômeno criminal no Brasil. In *Revista Jurídica*, ano 54, n. 345, julho - 2006, p. 98.

“inimigo” político-partidário. [...] Ressalte-se que os pobres e os mal instruídos também são eleitores e, por serem maioria, eles é que devem ser “agradados” (mantidos), para que possam também manter os que estão na política. Acabar com a miséria e com a ignorância seria acabar com os eleitores dessa atual política, que parece ter como lema: “*Dê o peixe, mas nunca os ensine a pescar*” (*Educação*). *O Brasil tem fome? Dê comida... (Fome Zero)*”²¹³

Inevitavelmente os meios de comunicação exercem seu controle sobre as massas, arrogando-se no papel de educadores diante da lacuna omissiva do Estado, muitas vezes desinteressado em promover políticas públicas, mas intencionalmente inerte para a manutenção de uma estrutura de poder. Quanto mais alienado for o povo, mais fácil se torna o seu controle social, porquanto a ignorância favorece à dominação.

No Brasil, isto se atribui a uma democracia com meios deturpados, em que a maioria dos políticos eleitos assim o foram e continuam se perpetuando no poder, às custas da manipulação da opinião dos seus eleitores (curral eleitoral) para promessas milagrosas e impossíveis de serem cumpridas, quando não muito, com troca de favores, conchavos, bocas de urnas, promessas de cargos em comissão, o que indica que a corrupção eleitoral não é somente um fenômeno unilateral, mas sobretudo indica um componente de bilateralidade, pois a própria população, senão a maioria, adere às propostas demagógicas de seus eleitos, sem maiores dores na consciência, sem maiores inquietações, nem remorsos e sem ética.

4. 8. Controle dos meios de comunicação e informação

No espaço cibernético, as comunicações correm à velocidade da luz, estabelecendo-se relações impessoais e desagregadas, numa comunidade líquida. CLAUS ROXIN expõe que a tecnologia moderna elevou exponencialmente as possibilidades de controle, através de escutas telefônicas, gravações secretas,

²¹³ VELOSO, Fábio Geraldo. Políticos, mídia e o fenômeno criminal no Brasil. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, ano 54, n. 345, p. 96-98, julho de 2006 (itálicos do autor).

vigilância por vídeocâmeras, o armazenamento de dados e seu intercâmbio global, métodos eletrônicos de rastreamento²¹⁴.

A proliferação extraordinária de meios tecnológicos para manter cidadãos sob vigilância o tempo todo (câmeras, escuta telefônica, acesso a dados pessoais e a computadores etc) não aumentou a efetividade do Estado e da lei, mas tornou os cidadãos menos livres.

Entretanto, os meios tecnológicos inevitavelmente foram agregados ao sistema penal, como na recente alteração processual penal, acerca do interrogatório por videoconferência.

O Conselho Pleno da OAB/SP se posicionou frontalmente contra essa metodologia, bem como vozes da doutrina, como ALBERTO SILVA FRANCO e RENÉ ARIEL DOTTI. Este asseverou ser necessária a reflexão como contraponto à massificação:

A tecnologia não poderá substituir o cérebro pelo computador e muito menos o pensamento pela digitação. É necessário usar a reflexão como contraponto da massificação. É preciso ler nos lábios as palavras que estão sendo ditas; ver a alma do acusado através de seus olhos; descobrir a face humana que se escondera por trás da máscara do delinquente. É preciso, enfim, a aproximação física entre *o Senhor da Justiça e o homem do crime*, num gesto de alegoria que imita o toque dos dedos, o afresco pintado pelo gênio de Michelangelo da Capela Sistina e representativo da criação de Adão.²¹⁵

Não obstante os posicionamentos contrários emanados da doutrina e jurisprudência²¹⁶, o interrogatório de réu preso pelo sistema de videoconferência

²¹⁴ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 06.

²¹⁵ Apud MOREIRA, Rômulo de Andrade. A nova lei do interrogatório por videoconferência. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, ano 57, n. 376, p. 106, fevereiro de 2009.

²¹⁶ Pouco tempo antes da promulgação da Lei 11.900/09, no Habeas Corpus nº 88914, por unanimidade, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em 14 de agosto de 2007, havia considerado que o interrogatório realizado por meio de videoconferência violava os princípios constitucionais, do devido processo legal e da ampla defesa, mas, sobretudo porque não havia naquele momento previsão

foi promulgado nas instâncias legislativa, previsto pela Lei nº 11.900/09, modificando o art. 185 §§ 1º e 2ºs, do Código de Processo Penal, por medida excepcional, para responder à gravíssima questão de ordem pública. No direito comparado, outros países a adotaram como a Espanha, Itália, França e na Alemanha²¹⁷.

Se isto é um retrocesso, a experiência jurídica irá demonstrar, mas já indica a tecnologia é a ferramenta que não deixará de ser utilizada na engrenagem do sistema penal, o qual nada mais é que o reflexo da modernidade fluida.

A vigilância mais intensiva somente poderia ser aceitável dentro dos limites do permitido, sendo um meio de controle social, e até de investigação e instrumento processual, mas não é a solução para a criminalidade, nem método para a diminuição do risco, eis que existem delitos que ocorrem mesmo sob todas as medidas de vigilância. A variante totalitária desse modelo de vigilância é que deve ser rechaçada, não somente por causa da restrição à liberdade, mas pelo fato do risco que, em regimes totalitários, ser utilizada como instrumento para o abuso.

4. 9. Expansionismo do Direito Penal

A doutrina expansionista do Direito Penal leciona que deve-se manter a existência de um **cerne** do Direito Penal, relativamente ao qual valham, imodificados, os princípios do Direito Penal clássico, dirigido à proteção subsidiária de bens jurídicos individuais, na individualização da responsabilidade e consequentemente na ação, na imputação objetiva e subjetiva, na culpa e na também na autoria puramente individuais.

Mas também, deve existir uma **periferia** jurídico-penal, para proteger os grandes e novos riscos, onde aqueles princípios se encontram amortecidos ou

legal, e assim anularam, a partir do interrogatório, o processo criminal da 30ª Vara Criminal do Foro Central de São Paulo.

²¹⁷ MOREIRA, Rômulo de Andrade. A nova lei do interrogatório por videoconferência. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, ano 57, n. 376, p. 103-116, fevereiro de 2009.

mesmo transformados, criando-se outros princípios de flexibilização controlada, assentes na proteção antecipada de interesses coletivos²¹⁸.

Para MANUEL CANCIO MELIÁ, a política criminal praticada nos últimos anos caracterizou-se pelo movimento de expansão do Direito Penal num ritmo muito superior ao das épocas anteriores, com a evolução das legislações penais do mundo ocidental diante do surgimento de setores de regulação, bem como reformas dos tipos penais já existentes²¹⁹.

Sintetiza, por sua vez, as características principais dessa política expansionista praticada nos últimos tempos como sendo: 1) hipertrofia legislativa irracional (caos normativo); 2) instrumentalização do Direito Penal; 3) inoperatividade, seletividade e simbolismo; 4) excessiva antecipação da tutela penal (prevencionismo); 5) descodificação; 6) desformalização (flexibilização das garantias penais, processuais e executivas); 7) prisionização (explosão carcerária).²²⁰

Para CANCIO MELIÁ, na evolução atual delineiam-se tendências que, em seu conjunto, representam traços de um “Direito Penal da colocação em risco de características antiliberais”, e que constituem a genealogia do “Direito Penal do Inimigo”²²¹.

O movimento expansionista tem sido impulsionado pela atuação de grupos de pressão e pela mídia, exigindo do legislador o recrudescimento e a expansão da lei penal, numa postura intervencionista, a fim de responder aos anseios de segurança da sociedade pós-moderna, em razão do clima de medo lastreado pelo aumento da criminalidade.

Os expansionistas propugnam por uma eficiência maior do Direito Penal para a repressão da violência, mesmo com a criação de novos tipos penais, a utilização de agentes infiltrados na investigação criminal, ampliação de hipóteses de prisão preventiva e outras medidas de prevenção e repressão da criminalidade.

²¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, Port.: Coimbra editora, 2007, p. 141.

²¹⁹ JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 56.

²²⁰ MORAES, 2008, p. 177.

²²¹ MORAES, 2008, p. 177.

4. 10. Direito penal de duas velocidades

SILVA SÁNCHEZ constata a existência de duas velocidades no Direito Penal. A primeira, representada pelo Direito Penal “da prisão”. Nesta velocidade, devem ser rigidamente mantidos os princípios político-criminais clássicos, os princípios processuais e as regras de imputação. Na segunda velocidade, as regras podem ser mais flexíveis e referem-se aos casos que não implicam em pena de prisão, mas em penas restritivas de direitos ou pecuniárias.²²²

Quanto à “criminalidade moderna”, HASSEMER propõe a criação de um “direito de intervenção”, com um sistema sancionatório menos rigoroso que o tradicional, com um sistema persecutório menos formalista, mesmo com a redução das garantias materiais e processuais do acusado. Entende que a “criminalidade moderna” por ser pautada principalmente pela geração de riscos, não deve ser abarcada pelo direito penal, mantendo-se fora, portanto, desta esfera de controle formal, mas que deveria ser criado um outro ramo regulador e sancionatório, posicionado nos exatos limites do direito civil e do direito administrativo, de modo que o direito penal deveria se restringir a proteger os bens jurídicos tradicionalmente tutelados²²³.

De outro lado, SILVA SÁNCHEZ defende a proposta do “direito penal de duas velocidades” que se diferencia basicamente da proposta do “direito de intervenção” de HASSEMER, porque admite a expansão do direito penal a outros bens jurídicos não somente aqueles do núcleo tradicional, sendo que o tratamento da “criminalidade moderna” deva ser operada internamente no próprio direito penal, com penas mais próximas às sanções administrativas, permitindo a flexibilização das garantias materiais e processuais.

No entanto, para SILVA SÁNCHEZ, as ações características da “criminalidade moderna” deveriam ser mantidas sob o tratamento do âmbito do direito penal, como técnica de controle social. A alusão a “duas velocidades” decorre

²²² BONACCORSO, Norma Sueli. Criminalidade moderna versus criminalidade de massa. P. 193. In: SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Orgs.) *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 193.

do pensamento de que pode coexistir direito penal cominador de pena de prisão, para aplicação em caso de conduta com afetação ou lesividade individual (“criminalidade de massa”), para o qual seriam mantidas todas as garantias processuais e materiais já existentes²²⁴.

4. 11. Direito penal de terceira velocidade

Por influência do suposto “Direito Penal do inimigo”, SILVA SÁNCHEZ admite uma “terceira velocidade” do Direito Penal, na qual a pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais.

SÁNCHEZ ressalta que a legitimidade desse direito deve ser fundada na sua aplicação em de carácter excepcional, exclusivamente em um contexto de emergência, quando for absolutamente necessário, subsidiário, pois no caso contrário, poderá ser considerado como um não-direito²²⁵.

GUILLAMONDEGUI destaca que a legislação penal de emergência se caracteriza por: a) existência de um reclamo da opinião pública para reagir á sensação de insegurança; b) a adoção de sanção com regras diferentes das tradicionalmente contempladas no modelo liberal clássico; c) a adoção de um Direito Penal meramente simbólico.

²²³ SARCEDO, 2008, p. 168.

²²⁴ SARCEDO, 2008, p. 168

CAPÍTULO 5

TIPICIDADE PENAL

5. TIPICIDADE PENAL

A sociedade de risco e os seus fenômenos exigem do sistema penal mudanças na atribuição do tipo penal, bem como na definição de novos bens jurídicos derivados do risco.

EDMUND MEZGER considera importante diferenciar o tipo penal da norma penal incriminadora. O tipo penal não se trata de mero enunciado legal, antes abarca funções de construção dogmática do delito e de garantia individual. A norma é a mensagem prescritiva, é o significado prescritivo que se extrai do enunciado da lei. A norma é extraída da interpretação do enunciado. O que se interpreta é o enunciado. A norma é a mensagem ou pensamento prescritivo que está encapsulado ou encerrado no enunciado.

O tipo penal é um modelo que está no enunciado, trata-se de um modelo de conduta delituosa que deve conter todos os elementos do fato punível, portanto, é fruto de uma projeção do que deve entender como modelo de norma penal incriminadora.

A noção do tipo transcende a mera descrição ou do indício da antijuridicidade. Na teoria geral do delito, o tipo desempenha uma função de ordem dogmática interna (intradogmática), com objetivo de sistematizar cientificamente seus elementos. Portanto, a primeira função do tipo é anterior à Teoria do Delito.

O tipo indica quatro elementos: bem jurídico, objeto material sobre o qual recai a conduta delituosa, desvalor da conduta e desvalor do resultado.

Frise-se que a concepção de resultado é diferente de evento material. Não existe crime sem resultado. Na teoria jurídica, resultado é sempre lesão ou ameaça de lesão sobre o bem jurídico.

²²⁵ BONACCORSO, Norma Sueli. Criminalidade moderna versus criminalidade de massa. P. 193. In: SÁ, Alvíno Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Orgs.)

Evento material trata-se a lesões de conteúdo preceptivo material. Mas mesmo assim, se não houver evento material, ainda restará lesão ao resultado, quer física quer ao bem jurídico. A lesão material ou física ou ameaça de lesão, a um evento naturalístico, produz o evento.

5. 1. Bem jurídico

FRANCISCO MUNÓZ CONDE e WINFRIED HASSEMER destacam que a conversão de um interesse em um bem jurídico protegido, atribuindo-lhe tutela penal frente a determinados ataques, o tipo de consequências jurídicas com a qual se deve sancionar referido ataque e seu grau de intensidade e gravidade, são questões sobre as quais o legislador não decide com total autonomia, mas condicionados por outras instâncias econômicas, sociais, ideológicas ou políticas²²⁶.

Atualmente, o fenômeno da sociedade de risco não só modifica a tipificação penal, como faz repensar a respeito da integração de novos bens jurídicos merecedores de proteção jurídica, sob a perspectiva do Princípio da Dignidade Humana como pressuposto dos valores Sociais Fundamentais, com enfoque à função política do Direito Penal na proteção aos interesses sociais vitais. Von Liszt denominou tais interesses humanos em **bens jurídicos**, os quais diante de suas relevâncias merecem serem contemplados pela tutela penal.

A análise do trabalho, sob a perspectiva do bem jurídico traduz-se relevância das relações sociais, protegidas pela norma penal, dentro de um sistema social global, como expressão de um interesse social, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de determinado estado, objeto ou bem em si mesmo relevante e, em decorrência disto, juridicamente reconhecido como valioso.

Destarte, a concepção do bem jurídico tornou-se importante na medida em que a doutrina se conscientizou de sua fundamental significação para a

Criminologia e os problemas da atualidade. São Paulo: Atlas, 2008, p. 163..

²²⁶ CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Criminologia*. Tradução por Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 116.

interpretação dos tipos penais, como princípio metodológico interpretativo da adequação típica penal.

Assim, não se pode olvidar da importância de analisar o tema e o objeto do presente trabalho, sob a perspectiva do bem jurídico, na sua interpretação axiológica, valorando o seu conteúdo material como essencial e fundamental à Dignidade Humana, e conseqüentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica. Nesse cariz, o bem juridicamente tutelado pela Lei Penal, deve cumprir a função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica. Entendido como valor e não como dever, o bem jurídico é reconduzido à condição de delimitador da norma.

Na mesma esteira argumentativa, LUIZ REGIS PRADO pontua que:

“num Estado Democrático de Direito Democrático e Social, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária. Isto vale dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade e da dignidade humana.”²²⁷

O tipo penal é um modelo que está no enunciado, trata-se de um modelo de conduta delituosa que deve conter todos os elementos do fato punível, portanto, é fruto de uma projeção do que deve entender como modelo de norma penal incriminadora.

A noção do tipo transcende a mera descrição ou do indício da antijuridicidade. Na teoria geral do delito, o tipo desempenha uma função de ordem dogmática interna (intradogmática), com objetivo de sistematizar cientificamente seus elementos. Portanto, a primeira função do tipo é anterior à Teoria do Delito.

O tipo indica quatro elementos: elemento do bem jurídico, objeto material sobre o qual recai a conduta delituosa, desvalor da conduta e desvalor do

²²⁷ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. São Paulo: RT, 1996. p. 51-52.

5. 2. Negação do bem jurídico

STRATENWERTH propõe o afastamento do direito penal clássico, arraigado a bens jurídicos com referentes individuais, por um direito penal protetor das relações de vida, em si, de maneira autônoma, com o fortalecimento do Poder Executivo como responsável pela definição das normas penais em branco e a expansão do direito penal em resposta à ausência de políticas públicas de intervenção e prevenção. Defende uma nova dogmática penal que assuma a posição de enfrentamento antecipado e preventivo das situações de possível perigo na estabilidade social e garantia de expectativas e a segurança do normal funcionamento dos contextos de interação²²⁸.

GÜNTHER JAKOBS não vê no princípio da proteção de bens jurídicos uma ideia liberal, mas o responsabiliza pelas cada vez mais freqüentes antecipações da proibição penal, pois enquanto que o direito penal do cidadão otimiza esferas de liberdade, o direito penal do inimigo otimiza a proteção de bens jurídicos²²⁹.

5. 3. TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Quando a casa do vizinho está pegando fogo, a
minha casa está em perigo.

Horácio

O âmbito de estudo da Teoria da Imputação Objetiva é o paradigma do risco, onde o Direito Penal deveria atuar como escudo protetor antes da ocorrência da lesão, exigindo-se, portanto, modernamente um Direito Penal funcional e eficaz.

²²⁸ Apud BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, ps. 104..

²²⁹ Apud GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 13, n. 56, p. 81-82, set/out. de 2005.

Nessa esteira, verificou-se uma Crise no Dogma Causal, pois ou existe a concepção de uma responsabilidade penal pela criação do risco (HERRSCHAFTS DELIKTE) ou pela violação do Rol (PFLICHDELIKTE).

Haveria criação ou implementação do risco quando se viola o dever de cuidado. Na violação do Rol, transgredir o dever de garante, a obrigação de evitar que se crie o risco sobre a coisa sobre a qual se responsabilizou. Ex. Prefeito municipal como gestor da coisa pública.

Se o agente cria ou incrementa um risco está assumindo uma responsabilização pelo retorno do estado regular. Portanto, exige-se a aferição dos chamados critérios Randômicos de imputação, com a identificação de modelos escolásticos, padronizados de responsabilização criminal, não somente critérios verticais, mas horizontais de estandarização de modelos.

Portanto, a Teoria da Imputação Objetiva abrange a discussão acerca dos limites da intervenção penal, da observância da sociedade de riscos, superando-se os métodos mecanicistas ou fenomenológicos, e sim de métodos neokantistas (principalmente o funcionalismo e o neocontratualismo),

CARLOS ERNANI CONSTANTINO destaca que “segundo LARENZ, a origem mais remota da imputação objetiva (Objektive Zurechnung) está na teoria da imputação de HEGEL (1770-1831), portanto, no final do século XVIII e início do século XIX. Depois, a citada teoria entrou em franca decadência, a partir da segunda metade do século XIX, devido à fascinação que surgiu em torno do pensamento causal, orientado pelas Ciências Naturais, conforme lembra CLAUS ROXIN. Somente no século XX, reiniciaram-se os estudos acerca do tema, com LARENZ (1927) e HONIG (1930); porém, foi da década de 60 em diante, que os penalistas começaram a dedicar especial atenção à teoria da imputação, a partir do escrito de HARDWIG (Die Zurechnung: Ein Zentralproblem des Strafrechts, isto é, A imputação: um problema central do Direito Penal, de 1957); desde então, escreveram sobre ela BOCKELMANN, SCHAFFSTEIN, MAURACH,

SCHMIDHÄUSER, WESSELS, ESCHECK, STRATENWERTH, ROXIN e JAKOBS (a maioria deles, nas décadas de 70 e 80)”²³⁰.

Na Fase Contemporânea do tipo penal, a Teoria da Imputação Objetiva segue por duas vertentes principais, defendidas cada qual por GÜNTHER JAKOBS e CLAUS ROXIN.

5. 4. Teoria da imputação objetiva segundo Günter Jakobs

A teoria da imputação objetiva de JAKOBS remonta ao pensamento de Hegel, na qual a aferição da responsabilidade humana há de se definir por critérios de imputação, mecanismos de atribuição da responsabilidade à determinada pessoa, observando-se um significado no contexto social. A ação é a causação do resultado individualmente evitável, importando o conceito do injusto penal. A capacidade individual para dirigir a ação, expressiva da pessoa, é objeto de análise, mormente quanto à capacidade de evitar o resultado.

Pela teoria de JAKOBS, deve-se ter em mente a missão do direito penal que é garantir a identidade da sociedade, traçando limites entre o que é socialmente normal e possivelmente teria sentido delituoso. Nesse raciocínio, a pena imposta como resposta a uma conduta de defraudação da norma é a forma que a sociedade encontrou para recusar qualquer proposta de modificá-lo do status social.

Ressalta JAKOBS que a sociedade funciona através de nexos de expectativas. Cada indivíduo espera dos demais que se comportem de determinada maneira e age segundo essas expectativas. E normas, por sua vez, nada mais são do que expectativas de comportamentos estabilizados contrafaticamente.

Ao comentário de LUÍS GRECO, ressalte-se que JAKOBS diferentemente de ROXIN, opta por determinar se um risco se realizou ou não sem levar em conta cursos causais hipotéticos: se o fato teria ocorrido da mesma forma

²³⁰ CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Teorias da Causalidade e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Ano II, n. 08. p. 27.

sem o comportamento antijurídico, não haveria exclusão da realização do risco, mas permitir-se-ia somente a redução da penal.

5. 5. Princípio do Risco de Claus Roxin

ROXIN publicou sua obra “Política Criminal e sistema jurídico penal”, em 1970, trazendo concepções da teoria de imputação objetiva de HONIG, formulando o princípio do risco, a dirigibilidade objetiva a fins, defendendo um abandono ao ontologismo, de conceitos pré-jurídicos, em favor de um método teológico, normativo, com abandono do dogma causal, fundada na ideia do risco.

O princípio do risco concerne à possibilidade objetiva de originar um processo causal danoso dependerá da conduta do agente concreto criar ou não, um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico.

Fundada na ideia do risco, ROXIN apresentou 04 (quatro) concretizações do princípio do risco:

1. diminuição do risco: ações que diminuem riscos não podem ser imputadas como ações típicas.

2. riscos juridicamente irrelevantes: ações que não criam uma possibilidade objetiva de lesão, isto é, ações que não são condições adequadas do resultado, não são objetivamente imputáveis (teoria da adequação)

3 aumento do risco: quando o autor for além do risco permitido, causando o resultado, mas não se sabe se pode-lo-ia evitar (comportamentos alternativos conforme o Direito).

4. o fim de proteção da norma, como quarta concretização do princípio do risco, aqueles resultados que não se encontrem no âmbito da proteção da norma de cuidado não são imputáveis a quem lhes causou²³¹.

²³¹ . ROXIN, Claus. Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal. München, tradução de Luis Greco, Renovar, 2002, .p.59.

Estabeleceu ROXIN a distinção entre imputação de comportamento e imputação do resultado. A primeira, refere-se aos casos de exclusão da ação: força física absoluta e atos reflexos, inexistindo qualquer ação ou exteriorização da personalidade. A imputação do resultado abrangeria os critérios de imputação delineados.

Para ROXIN todos os elementos do crime têm uma função político-criminal a cumprir; seu conteúdo há de ser preenchido de maneira a melhor atender a função que lhe assiste. Contudo, essa função política criminal deve atenta observância aos limites e garantias constitucionais, servindo de amparo às decisões valorativas, racionalizando-as levando-se em conta o conhecimento empírico.

Nessa esteira, a escola funcionalista de ROXIN defende que os valores e as finalidades fundamentais deverão ser fornecidas pela Política Criminal do Estado Social e Democrático de Direito, que adscribe ao Direito Penal uma função de tutela subsidiária de bens jurídicos, através da prevenção geral e especial, observadas as garantias constitucionais, sempre em respeito a estes limites positivados constitucionalmente.

Cediço que é impossível ao legislador esgotar todo o tema legiferante, sendo impraticável regular todos os casos possíveis e imagináveis. Dessa forma, além dos princípios e garantias constitucionais e leis ordinárias positivadas, restam as denominadas “zonas de indeterminação”. Nestas zonas que a política criminal encontrará campo de atuação, definindo qual das opiniões meramente defensáveis poderão ser erigidas como suscetíveis de discussão.

Além da referência axiológica oriunda da Política Criminal, torna-se necessário o conhecimento da realidade sobre a qual o poder punitivo irá atuar, abstraindo-se do modelo exclusivamente normativista, com observância aos dados da realidade..

Para ROXIN, “um resultado causado pelo agente só se pode imputar ao tipo objetivo se a conduta do autor criou um perigo, para o bem jurídico, não

aceito por um risco permitido, e desde que esse risco tenha realizado o resultado concreto" ²³².

Ao autor da conduta, para ser responsabilizado, exige-se-lhe que tenha criado a situação de risco, ou incrementado, bem como com capacidade para o comando do domínio do processo causal e do "alcance do tipo".

Trata o doutrinador também de outras pessoas, além do próprio autor, que contribuíram de modo relevante para o resultado típico. Sendo que esta contribuição pode ser dada pela própria vítima ou por terceiros. Exemplo: o traficante que vende heroína para a vítima plenamente consciente e responsável, a qual vem a morrer por overdose. Para ROXIN, nestes casos, o risco criado seria juridicamente desaprovado (tráfico de drogas), e este risco teria se realizado no resultado (a vítima morreu de overdose), contudo, o resultado não estaria compreendido pelo "alcance do tipo", o autor limitou-se a participar numa ação em que a própria vítima se expôs a perigo, autocolocou-se em risco. Participar da autocolocação em perigo de outrem, não poderia ser compreendido pelo alcance do tipo de homicídio. ²³³

Dessa forma, a conduta do agente deve possuir a potencialidade de controlar o liame causal objetivo com o resultado tipicamente previsto, devendo ser isso aferido a partir da previsibilidade e da evitabilidade objetivas.

Nessa esteira, a teoria da imputação objetiva prevê limites à responsabilidade jurídico-penal, em caso de corrente causal anormal e conseqüências danosas atípicas, já no setor do tipo de injusto objetivo, com delimitação da imputabilidade, qual a finalidade protetiva da norma, a previsibilidade objetiva e evitabilidade do resultado típico, bem como o domínio pleno ou não do acontecer causal e da realização do risco criado ou incrementado pelo agente.

Portanto, a teoria da imputação objetiva encontra-se num nível superior aos tradicionais esquemas dogmáticos respeitantes, para a aferição dos critérios do incremento ou criação evitáveis do risco proibido, acrescentando noções e diretrizes da concepção dos riscos intoleráveis, alcance do tipo, autocolocação em

²³² SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Imputação Objetiva e Transmissão de Aids*. Revista Síntese nº I, n. 5.

²³³ Apud GRECO, Luís, *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Renovar. 2002.p.117.

perigo, desde que abstraídas as causalidades aberrantes, em atenção à função política criminal do Direito penal, com observância aos limites e garantias constitucionais.

5. 6. LIMITES DO DIREITO PENAL

Segundo CLAUS ROXIN, pode-se verificar que em sociedades liberais e democráticas a criminalidade é maior que em ditaduras. Todavia, existem países livres, onde se exerce o Estado de Direito, como o Japão, onde a criminalidade é sensivelmente menor a dos países ocidentais. A estrutura social japonesa é bem menos individualista que a ocidental, sendo que o indivíduo está submetido a um controle social mais intenso (família, vizinhos e de uma polícia que aparece como assistente), diminuindo o comportamento desviante. Munique é considerada a cidade mais segura da Alemanha, pelo fato de o policiamento ser mais intenso, obtendo através disso maior eficácia preventiva. O Direito Penal seria somente uma última rede de interceptação daqueles atos que não se conseguissem evitar dessa maneira.²³⁴

Todavia, a diminuição da criminalidade depende mais da cultura e da tradição de cada sociedade do que propriamente se atribui ao controle externo. A problemática se insere com a restrição da liberdade, com o incremento de controle externo e policiamento ostensivo, é o risco da variante totalitária desse modelo de vigilância, o que, em épocas de regimes autoritários seria um instrumento ao abuso e haveria maior severidade na punição dos fatos e, não propriamente, a prevenção.

FÁBIO GERALDO VELOSO Oportuno salientar não se confundir prevenção criminal com segurança pública. Leciona ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA, asseverando que a prevenção criminal é a mais ampla e distinta das medidas que visam a dificultar o cometimento de crimes ou a dissuadir o infrator potencial ameaçado-o de castigo – cada vez maior -, de forma que somente

²³⁴ ROXIN, 2006, p. 06.

intervindo nas raízes e causas do fenômeno criminal é que se produzirão resultados mais satisfatórios.²³⁵

5. 7. Função Política do Direito Penal

A missão primordial do Direito Penal é garantir a identidade da sociedade, traçando limites entre o que é socialmente normal e o que possivelmente teria sentido delituoso, quando se depara com um incremento um risco intolerável à manutenção dessa mesma sociedade.

Ademais, a sociedade está exposta, sobremaneira, às novas formas de criminalidade – o que muitas vezes, nem mesmo é percebida pelo cidadão leigo – como a atuação insidiosa do Crime Organizado, dos criminosos do colarinho branco (white collar criminal), dos crimes econômicos, dos danos ambientais que trazem prejuízos à própria sobrevivência humana, o terrorismo e vice-versa à paranóia contra o terrorismo, crimes cometidos pela internet, manipulações genéticas, crimes praticados por governantes na malversação das verbas públicas e desvios de rendas, cujos efeitos deletérios afetam a sociedade como um todo.

De outro lado, o art. 6º da Constituição Federal, consagra a segurança pública como direito social ao lado da educação, da saúde, do trabalho, da previdência social. A proteção do interesse social está conectada à preservação da ordem pública e, via de consequência, com o Direito à Segurança Coletiva.

Como assevera FÁBIO RAMAZZINI BECHARA discorrendo sobre o Princípio da Proporcionalidade na Segurança Pública em face às atuações do Crime Organizado:

“Considerando a unidade constitucional, em que o sistema é interpretado como um todo, assim como admitindo que os princípios e valores contemplados no ordenamento conformam-se e harmonizam-se entre si, é imperioso verificar no caso concreto e a necessidade de se sacrificar ou restringir um direito, permitindo a aplicação de outro, uma vez que o peso a importância desse último

²³⁵ VELOSO, Fábio Geraldo. Políticos, mídia e o fenômeno criminal no Brasil. In *Revista Jurídica*, ano 54, n. 345, julho - 2006, p. 97.

na hipótese é maior.²³⁶

Com base no pensamento de JÜRGEN HABERMAS acerca da importância da opinião pública, enquanto fenômeno social de ampliação e anonimização das interações comunicativas privadas na criação do direito, JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS defende a legitimação do critério democrático (ou critério da opinião pública ou critério das convicções gerais), como base para a construção legislativa em matéria penal, correspondente a todas aquelas propostas que, no clímax de dado momento crucial, até de comoção social em certo contexto histórico, sob o aspecto político-criminal o legislador venha a se valer das avaliações éticas majoritárias na sociedade para deliberar sobre o tema penal.²³⁷

Destarte, GUNTHER JAKOBS ressalta que a sociedade funciona através de nexos de expectativas. Cada indivíduo espera dos demais que se comportem de determinada maneira e age segundo essas expectativas. E normas, por sua vez, nada mais são do que expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente.

Para ROXIN todos os elementos do crime têm uma função político-criminal a cumprir; seu conteúdo há de ser preenchido de maneira a melhor atender a função que lhe assiste. Contudo, essa função política criminal deve atenta observância aos limites e garantias constitucionais, notadamente ao Princípio da Dignidade Humana, servindo de amparo às decisões valorativas, racionalizando-as levando-se em conta o conhecimento empírico.

JORGE FIGUEIREDO DIAS entende que o Direito Penal não está preparado para a tutela dos riscos, tanto no plano da legitimação substancial como no modelo de racionalidade. A adequação do direito penal à sociedade de risco implica por isso uma nova política criminal, que abandone a função minimalista de tutela de bens jurídicos e aceite uma função promocional e propulsora de valores

²³⁶ BECHARA, Fábio Ramazzini. Crime Organizado e o Sigilo na Investigação. Porto Alegre: Revista Síntese, Ano VI, n.º 32, jun-jul 2005, p. 32/50.

²³⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Práctica y teoría. Madrid: Trotta, 2003, p. 165.

orientadores da ação humana na vida comunitária. A dificuldade maior provém não tanto de se criar novos modelos de legitimação, mas sobretudo de esses novos modelos poderem vir a por em causa princípios básicos de civilização e de humanidade²³⁸.

Destarte, o enfrentamento jurídico das questões emergentes na sociedade pós-moderna, multifacetada, plural e desigual, só poderá ser honestamente abordada, através de uma discussão transdisciplinar acerca do tema, delineando o tratamento jurídico-penal a ser adotado para fazer frente à criminalidade coletiva numa sociedade de risco, observando-se a seriedade e a prudência necessária, afastando-se dos dogmas do Direito Penal do Inimigo, e sempre observando a valorização da Dignidade Humana, dos Princípios Fundamentais para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Nessa esteira, a escola funcionalista de ROXIN defende que os valores e as finalidades fundamentais deverão ser fornecidas pela Política Criminal do Estado Social e Democrático de Direito, que determina ao Direito Penal uma função de tutela subsidiária de bens jurídicos, através da prevenção geral e especial, observadas as garantias constitucionais, sempre em respeito a estes limites positivados constitucionalmente.

Cediço que é impossível ao legislador esgotar todo o tema legiferante, sendo impraticável regular todos os casos possíveis e imagináveis. Dessa forma, além dos princípios e garantias constitucionais e leis ordinárias positivadas, restam as denominadas “zonas de indeterminação”. Nestas zonas que a política criminal encontrará campo de atuação, definindo qual das opiniões meramente defensáveis poderão ser erigidas como suscetíveis de discussão.

Além da referência axiológica oriunda da Política Criminal, torna-se necessário o conhecimento da realidade sobre a qual o poder punitivo irá atuar, abstraindo-se do modelo exclusivamente normativista, com observância aos dados da realidade.

²³⁸ DIAS, 2007, p. 135-136.

Segundo CLAUS ROXIN, “um resultado causado pelo agente só se pode imputar ao tipo objetivo se a conduta do autor criou um perigo, para o bem jurídico, não aceito por um risco permitido, e desde que esse risco tenha realizado o resultado concreto”²³⁹. Ao autor da conduta, para ser responsabilizado, exige-se-lhe que tenha criado a situação de risco, ou incrementado, bem como com capacidade para o comando do domínio do processo causal e do “alcance do tipo”.

Trata o doutrinador também de outras pessoas, além do próprio autor, que contribuíram de modo relevante para o resultado típico. Sendo que esta contribuição pode ser dada pela própria vítima ou por terceiros. Exemplo: o traficante que vende heroína para a vítima plenamente consciente e responsável, a qual vem a morrer por overdose. Para CLAUS ROXIN, nestes casos, o risco criado seria juridicamente desaprovado (tráfico de drogas), e este risco teria se realizado no resultado (a vítima morreu de overdose), contudo, o resultado não estaria compreendido pelo “alcance do tipo”, o autor limitou-se a participar numa ação em que a própria vítima se expôs a perigo, autocolocou-se em risco. Participar da autocolocação em perigo de outrem, não poderia ser compreendido pelo alcance do tipo de homicídio.²⁴⁰

Dessa forma, a conduta do agente deve possuir a potencialidade de controlar o liame causal objetivo com o resultado tipicamente previsto, devendo ser isso aferido a partir da previsibilidade e da evitabilidade objetivas.

Nessa esteira, a teoria da imputação objetiva prevê limites à responsabilidade jurídico-penal, em caso de corrente causal anormal e conseqüências danosas atípicas, já no setor do tipo de injusto objetivo, com delimitação da imputabilidade, qual a finalidade protetiva da norma, a previsibilidade objetiva e evitabilidade do resultado típico, bem como o domínio pleno ou não do acontecer causal e da realização do risco criado ou incrementado pelo agente.

5. 8. Direitos humanos

²³⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Imputação Objetiva e Transmissão de Aids. Revista Síntese nº I, n. 5,

²⁴⁰ ROXIN, Claus. citado por LUIS GRECO, in Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal. Renovar. 2002.p.117.

A necessidade de uma revisão crítica dos princípios, da efetividade da Jurisdição e da aplicabilidade da Justiça, fez surgir uma nova Dogmática Constitucional, observando-se a concretização material dos Direitos Fundamentais e Sociais.

O problema da criminalidade é antes de tudo um problema social, advém dos condicionamentos da sociedade, sendo impossível exercer-se o estudo científico do Direito Penal a margem desta realidade complexa e cambiante.

Para a solução, ou apontamentos de soluções para a crise paradigmática na sociedade de riscos, não há outro marco que não seja o de uma sociedade que seja estruturada democraticamente que respeite os postulados dos Direitos Humanos e os princípios do Estado de Direito.

Atualmente, não existe outro marco teórico mais preciso senão os dos Direitos Humanos, consubstanciado na Declaração dos Direitos Humanos da ONU, uma vez que é o mais universalmente aceito nos países de maior nível de justiça social, de respeito às liberdades e garantias individuais. Este marco vincula os Estados, suas legislações internas, as quais devem se conformar e adequar aos postulados, mas também outros setores jurídicos e sociais que afetem os direitos humanos.

Destarte, o Estado Democrático de Direito é também outro marco teórico a ser observado, tendo por função transformadora, qual seja, de modificar a realidade social com a implementação da igualdade material, fundada em uma nova legitimação no plano constitucional da ciência política.

Destaque-se que nos países periféricos de Modernidade Tardia é imprescindível a observação da nova dogmática constitucional, com revisão crítica aos princípios, notadamente com a releitura do Princípio da Separação dos Poderes em face dos Direitos Fundamentais, bem como do controle da constitucionalidade da supremacia da constituição e dos Direitos Humanos.

Direitos Humanos são direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que lhe é inerente, ou seja, são direitos inerentes à pessoa humana, que visam resguardar a sua integridade física e psicológica perante seus semelhantes e perante o Estado. De forma a limitar os poderes das autoridades, garantindo, assim, o bem estar social

através da igualdade, fraternidade e da proibição de qualquer espécie de discriminação.

A doutrina classifica os direitos fundamentais em **gerações de direitos**:

DIREITOS HUMANOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO: dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor de liberdade. Constituem-se numa limitação do poder estatal, delimitando-se a ação do Estado. Segundo VLADIMIR BREGA FILHO são os “direitos de defesa, marcando uma zona de não intervenção do Estado (negativos). Esses direitos exigem uma abstenção do Estado e não uma conduta positiva”²⁴¹. São direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (PAULO BONAVIDES). Dentre esses direitos estão os direitos individuais de igualdade, intimidade, honra, vida, propriedade, liberdade de expressão, de imprensa, de associação, de manifestação, reunião e pelos direitos de participação política.

DIREITOS HUMANOS DE SEGUNDA GERAÇÃO: tratam-se dos direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade. Caracterizam-se por “outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”²⁴².

DIREITOS HUMANOS DE TERCEIRA GERAÇÃO: marcados pela alteração da sociedade, por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), as relações econômico-sociais se alteram profundamente. São direitos transcendentais, pertencendo a todos e surgiram do direito constitucional mundial. Também chamados de direitos da solidariedade, como: o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente equilibrado, ao preservacionismo ambiental, à proteção dos consumidores, ao patrimônio comum da humanidade, à autodeterminação dos povos.

²⁴¹ BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 22.

²⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 49.

Consoante escólio de BREGA FILHO, “esses direitos distinguem-se dos demais em razão de sua titularidade coletiva, ou seja, esses direitos não pertencem a uma pessoa determinada e sim a toda a coletividade”²⁴³. Traduzem os valores de solidariedade. NORBERTO BOBBIO descreve que o mais importante dos direitos humanos de 3ª geração é o “**direito de viver num ambiente não poluído**”²⁴⁴. Destarte, o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade.

No que tange à positivação, esclarece INGO WOLFGANG SARLET, ressalvadas algumas exceções, a maior parte desses direitos fundamentais de 3ª geração ainda não encontrou seu reconhecimento na seara do direito constitucional, mas estando em fase de consagração no âmbito do direito internacional, dispersos em grande número de tratados e outros documentos transnacionais.

Sob a perspectiva histórica, os direitos humanos de 3ª geração são resultantes de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra.

DIREITOS HUMANOS DE QUARTA GERAÇÃO: decorrem dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, através da manipulação do patrimônio genético.

Segundo NORBERTO BOBBIO, referem-se “aos efeitos mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá a manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo”²⁴⁵.

PAULO BONAVIDES considera também como os de 4ª geração, os direitos decorrentes da globalização política, entre os quais, estariam o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Portanto, o contexto histórico dos direitos humanos de 4ª geração está atrelado do fenômeno da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional do próprio Estado Social.

²⁴³ BREGA FILHO, 2002, p.23.

²⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 26.

²⁴⁵ Op. cit. p. 26/27.

OUTRAS GERAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS: BREGA FILHO

citando LUIS RICARDO LORENZETTI, explana a existência de outros direitos humanos, que se referem ao “direito de ser diferente”, direito à homossexualidade, à troca de sexo, ao aborto, a recusar tratamentos médicos que levam à morte.

Acreditamos, porém, que na realidade esses direitos não passam de uma nova ótica dos direitos tradicionais da liberdade, da igualdade, da vida, analisados em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de uma revitalização desses direitos e da exigência de que todo ser humano, independente de sua opção sexual, por exemplo, tenha uma vida digna.²⁴⁶

Assevera que o progresso tecnológico é cada vez mais rápido e seus limites parecem não existir, sendo possível de imaginar que novos momentos históricos permitam o surgimento de outras categorias de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais designam, bem como os direitos humanos, pretensões jurídicas válidas pré e suprapositivamente. Apenas falta aos “puros direitos humanos” aquela força jurídica positiva que possuem como direitos fundamentais.

Enquanto os direitos humanos e os direitos fundamentais são iguais, sob o ponto de vista de conteúdo, seu modo de existência é diferente. Os direitos humanos são padrões morais, aos quais, uma ordem jurídica se deveria submeter.

Os direitos fundamentais, ao contrário, são os direitos humanos, na medida em que efetivamente são reconhecidos por uma ordem jurídica dada. Lá se trata de postulados ético-políticos, os quais, do ponto de vista do tempo e do espaço, são universais. Aqui se trata de normas jurídicas que, limitadas à respectiva coletividade, têm vigência positiva.

Os direitos humanos só alcançam a plena realidade jurídica quando o monopólio de poder está com a coletividade, e quando ninguém, nenhuma instância, nenhum órgão estatal possui poder ilimitado, mas o poder estatal tem uma múltipla articulação e se une, numa rede de poderes públicos, que se controlam reciprocamente.

O Neoconstitucionalismo prevê que a Constituição Federal deve deixar de ser uma mera carta de intenções políticas e passar a ser, principalmente nos países de modernidade tardia, vetor concreto para a efetividade dos Direitos ligados aos valores da igualdade e da fraternidade.

Portanto, a concretização dos direitos fundamentais é o grande mote do Neoconstitucionalismo, na medida em que tais direitos são reclamados em juízo, no processo, para a implementação de políticas, internalizando a solução de questões política em defesa da liberdade e da solidariedade.

Relembrando LENIO LUIZ STRECK, a Constituição do Brasil não pode ser concebida como um mero “estatuto-jurídico do político”, nem como simples “ferramenta”, ou tão só “instrumento de governo”, mas antes deve conter um plano global normativo da sociedade, do Estado brasileiro e seu governo, indicando-lhe limites, devendo “determinar” o agir político-estatal, enunciar competências e regular processos e diretrizes políticas²⁴⁷.

Não obstante de J. J. Gomes Canotilho ter anunciado a morte à Constituição Dirigente, pondera STRECK que tal afirmativa deve ser contextualizada, pois “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”. A Constituição depende de sua identidade nacional, das especificações de cada Estado nacional e sua inserção no cenário internacional.

Para sua efetividade, a Constituição deve conter além do núcleo básico, também o específico. O núcleo básico ou mínimo universal do estatuto constitucional deve albergar as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático e Social de Direito. O núcleo específico, que pode variar de Estado para Estado, relaciona-se ao núcleo de direitos fundamentais sociais plasmados em cada texto que atenda ao cumprimento das promessas da modernidade.

No entanto, a análise do déficit resultante do histórico de descumprimento das promessas da modernidade, deve ser observado ao nível de

²⁴⁶ BREGA FILHO (2002, p. 24).

²⁴⁷ STRECK. Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2006, p. 115.

uma teoria constitucional adequada a países periféricos, ou mais, especificadamente, de uma *Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia* (TCDAPMT), como conteúdo compromissário mínimo a constar do texto constitucional e os mecanismos de acesso à jurisdição e participação democrática.

CANOTILHO reconheceu que, no caso concreto do Brasil, a dimensão política da “Constituição dirigente” tem força sugestiva relevante quando associada à ideia de estabilidade, a qual está articulada com o projeto de modernidade política que respondeu a três violências (triângulo dialético):

- violência física: respondeu à falta de segurança e de liberdade, impondo a ordem e o direito (o Estado de direito contra a violência física e o arbítrio);
- violência política: deu respostas à desigualdade política, alicerçando liberdades e democracia (Estado democrático);
- violência social: combateu a terceira violência – a pobreza – mediante esquemas de socialidade.²⁴⁸

Destaque-se, aliás, consoante as lições de RAUL CERVINI²⁴⁹ e ANTONIO BERISTAIN²⁵⁰, sobre o efeito sobrevivimizador do processo penal, a vítima sofre graus de vitimização. A vitimização primária ocorre quando sofre lesão ao bem jurídico do qual é titular, em razão direta à ação ou omissão do agente. Mas também recebe ela uma vitimação secundária, ao ter que se submeter ao procedimento policial, relatando os fatos a uma equipe policial, nem sempre pronta para ampará-la, por vezes, com comentários ou olhares de chacota.

Leciona BERISTAIN que por vitimação secundária relaciona-se aos sofrimentos que às vítimas, às testemunhas e majoritariamente os sujeitos passivos de um delito lhes impõem as instituições mais ou menos diretamente encarregadas de fazer “justiça”: policiais, investigadores, delegados, criminólogos, funcionários de

²⁴⁸ STRECK. 2006, p. 118.

²⁴⁹ PIEDADE Jr., Heitor. *Reflexões sobre Vitimologia e Direitos Humanos*. In KOSOVISKI, Ester; e SÉGUIN, Elida (org). *Temas de Vitimologia*. Rio de Janeiro. Lumen Júris, 2000, p.13.

²⁵⁰ BERISTAIN, Antonio. *Nova Criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

instituições penitenciárias etc. A vitimação terciária emerge-se como resultado das vivências e dos processos de atribuição e rotulação, como consequência ou “valor acrescentado” das vitimações primária e secundária precedentes.

Segundo BERNHARD VILLMOW, a história do sistema penal demonstra que a vítima nos últimos séculos se encontra desamparada, e também vitimada durante o processo penal; ela praticamente não é levada em consideração. Nas lições de ANTONIO BERISTAIN, por vezes, se despreocupam com ela; e, como se fosse pouco, muitas vezes a vitimam ainda mais, como se observa neste caderno processual.

Prossegue BERISTAIN que “durante o processo, a vítima é, no mais, um convidado de pedra. Outras vezes, nem convidado. Tão injusta postergação do sujeito passivo do delito que se produz nele uma segunda vitimação, que aparece patente em todos os países de nossa cultura”²⁵¹.

A melhor pretensão é a de que os mecanismos constitucionais sejam utilizados eficazmente pelo cidadão e pelas instituições como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Carta constitucional.

Assim, não se concebe a Carta Magna como simples ferramenta, nem uma terceira coisa que se interponha entre o Estado e a Sociedade. A Constituição antes, de mais nada dirige, constitui e sua força normativa advém da exigência do cumprimento de todos os seus dispositivos, não havendo opção pelo cumprimento de somente alguns destes, em detrimento do descumprimento sistemático dos seus núcleos básicos e específico.

Destarte, mister se faz que o Sistema e do Direito Penal sejam instrumentos de integração e não de marginalização, de atividade incluyente e comunitária, e que respondam aos anseios de segurança pública e confiança nas instituições, e isto somente se fará com a vinculação permanente do Direito Penal com os postulados dos Direitos Humanos, como último marco e melhor teórico a ser efetivado.

²⁵¹ BERISTAIN, Antonio. ob. cit. p. 105..

Como leciona ZAFFARONI e PIERANGELI, o direito penal sempre “aspira”, “tende”, “procura”, mas não realiza magicamente²⁵². Assim, esta realização deve ser alcançada mediante a interpretação adequada com os postulados dos Direitos Humanos.

²⁵² ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 83.

CONCLUSÃO

O Direito Penal de vertente liberal encontra-se despreparado para a tutela penal dos riscos advindos da criminalidade moderna no âmbito da sociedade de risco.

A busca de novos modelos de adequação do direito penal à sociedade de riscos poderia sim implicar numa expansão dos seus contornos, mas há que se ressaltar que não há que se confundir conceitos do Direito Penal do Inimigo como se fosse precursores das questões que afligem a sociedade mundial do risco.

O que se objetiva é que, na busca de novos paradigmas de justificação para o Direito Penal frente à sociedade de riscos, haja extrapolação e expansão da atuação do sistema penal, esgarçando a malha do substrato ético e se extrapole os seus contornos, em abandono aos princípios básicos de intervenção mínima e acentuando o seu carácter simbólico.

A crise paradigmática no sistema penal decorre da ausência de respostas concretas da doutrina jurídica para os problemas sociais complexos da sociedade de risco e outras formas de criminalidade organizada transnacional, a poluição ambiental, crimes cometidos nos espaços bioéticos e cibernéticos, tornando árduo o trabalho hermeneuta epistemológico de tentar conciliar um modelo eficaz de enfrentamento de novos paradigmas em alinhamento com as garantias e princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, sem violar direitos básicos do cidadão e sem expandir a atuação do Direito Penal, esgarçando as malhas do tecido social, e sem provocar a sua ruptura e exclusão social.

A noção de desencaixe nas estruturas básicas do sistema não só se atribui à defasagem dos paradigmas clássicos de imputação, mas advém de uma plêiade de sincretismos doutrinários, ideias e opiniões a respeito da sociedade de risco e seus impactos no Direito Penal, aliadas à volubilidade das condições de vida, bem como a emergência de novas formas de criminalidade, ao lado dos riscos que se espraiam na comunidade.

Velhos problemas ainda atacam o solo erodido do sistema penal, como os processos de etiquetamento (*labelling approach*), a fossilização e burocratização, o controle panoptical, o direito penal do inimigo, os quais ainda não foram estabilizados pelos paradigmas antecessores.

O fenômeno de exclusão social denominado *labelling approach*, decorrente da seletividade, não deixa de ser fenômeno de valoração, de atribuição de significados, ocorrente na sociedade como um todo e não só na instância penal exclusivamente.

Por isto a crise paradigmática prossegue, mas se tornou ainda mais complexa com a emergência da criminalidade moderna na sociedade de riscos, o que torna impossível verter vinho novo em tonéis antigos.

Sobrelevam-se os excessos e temores quanto à segurança pública, decorrentes dos abusos de alguns setores políticos, os quais se olvidaram do caráter fragmentário do instituto do Direito Penal e constantemente elaboram novas leis penais desconexas com a realidade, ora excessivamente gravosas, ora lenientes.

Como consequência desses fenômenos, percebemos, no Brasil, movimentos expansionistas do direito penal, mas também reducionistas, minimalistas e abolicionistas, orientados pela intenção política dominante.

Paradoxalmente, os riscos ambientais parecem não estar na ordem do dia, eis que invisíveis perante a insensibilidade e a incredulidade de alguns setores, não obstante, seus problemas terem se agigantado e afetado ilimitadamente, ricos e pobres, poderosos e despossuídos.

O medo paralisa o setor doutrinário receando que a introdução de aportes da sociedade de risco impregnem o Direito Penal a tal modo, que poderia caracterizar numa expansão dos seus postulados, em direção à sua deslegitimação, à quebra do modelo de racionalidade, com a redução das garantias fundamentais, abrindo as portas ao arbítrio, a instituição do medo para fins transversos.

Destarte, o abuso do poder político se dá quando há a ruptura dos termos do contrato social, tornando-se opressor, na medida em que ultrapassa os seus limites, expandindo os limites do Direito Penal, atuando organicamente no sistema de guerra-repressão, numa relação de dominação e poder, muitas vezes,

com adoção de evidente posturas legislativas repressivas para contra determinados seguimentos.

Há de se ressaltar não só atuação abusiva do poder político, mas também a sua não-ação, sua omissão na implantação de políticas públicas em favor da sociedade, o que por si só já se constitui em flagrante abuso pela inação.

Não raro, a melhor doutrina se esforça em apresentar parâmetros conceituais e alertar acerca das conseqüências e implicações da excessiva intervenção política na vida social, contudo, em situações cotidianas, observamos uma postura indiferença às aquelas orientações, atuando a classe política e também a midiática, muitas vezes, em perceptível abuso interventivo, numa postura de insensibilidade para com os Ideais de Justiça e de cegueira quanto à percepção pública da sociedade mundial de risco.

A abordagem dessa temática do 'inimigo' na presente dissertação da sociedade de risco, é justamente de se alertar entre a disfuncionalidade entre a teoria e a vida cotidiana, entre o "ser" e o "dever-ser".

Alguns setores doutrinários compreendem que a concepção do Direito Penal do Risco seria uma mutação do Direito Penal Expansivo. E até mesmo consideram que o Direito Penal na sociedade de risco seria sucedâneo do Direito Penal do Inimigo, o qual é rechaçado veementemente, pois a própria ideia traz ínsito um contrassenso, eis que não se pode conceber um direito que seja contra alguém *a priori*, adjetivado como "inimigo", sendo, portanto, não um direito mas a sua negação, ou um não-direito.

Apesar da orientação doutrinária acerca da inviabilidade lógica desse pseudo-direito, na vida cotidiana, no entanto, verificamos a eleição do cognominado "inimigo", supostamente para o alcance de uma pseudo-paz e para a garantia de uma ordem pública, numa sociedade já em desorganização, através de mecanismos de repressão, utilizando-se do Sistema Penal para a propagação da intolerância social, religiosa, étnica, de gênero e de classes.

Contudo, apesar das vozes percucientes da doutrina a respeito da negação de um Direito contra o Inimigo, e de tabela, a rejeição da concepção de que estamos imersos numa sociedade de risco, não raro se observa a adoção de posturas legislativas claras ou até subrepticamente direcionadas a uma classe,

contra um grupo, até diante de um fato determinado que gerou comoção social perante a opinião pública, numa postura evidente de confronto e polaridade.

Não se olvide que tal processo de definição não é fenômeno único e interno dos setores encarregados de se aplicar a Justiça, nem é ação frequente e característica das agências formais de controle (Legislativo, Polícia, Ministério Público, Judiciário), em razão da compartimentalização do sistema penal, mas é, sobretudo, um fenômeno oriundo da própria sociedade, que etiqueta, que discrimina e que exclui.

Certo que a doutrina moderna alerta a respeito desse não-direito, contudo, na vida cotidiana, principalmente dos setores políticos e midiáticos, não raro a postura é de evidente bipolaridade, de confronto e de prejulgamento e preeleição dos que são taxados como inimigos da segurança e da normalidade social.

A abordagem dessa temática do 'inimigo' na presente dissertação da sociedade de risco, é justamente de se alertar entre a disfuncionalidade da doutrina quando se confunde ou se mistura conceitos de direito penal do inimigo com direito penal do risco, sendo que o primeiro é a negação total do direito, enquanto que o último sequer foi sedimentado seus contornos na dogmática jurídica, pela inexistência de modelos de racionalidade apto a recepcioná-lo ao sistema penal.

O enfrentamento jurídico das questões emergentes na sociedade de risco só poderá ser honestamente abordada, através de uma discussão transdisciplinar acerca do tema, acerca do tratamento jurídico-penal a ser adotado para fazer frente à criminalidade coletiva numa sociedade de risco, observando-se a seriedade e a prudência necessária, afastando-se dos dogmas do Direito Penal do Inimigo, e sempre observando a valorização da Dignidade Humana, dos Princípios Fundamentais para a manutenção do Estado Democrático de Direito

BIBLIOGRAFIA

ADAM, Barbara; BECK, Ulrich; LOON, Joost Van. *The Risk Society and Beyond: Critical Issues for Social Theory*. 3th. London (UK): Sage Publications, 2005.

ANDRADE, Vera Regina P. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 16, n. 30, junho de 1995. disponível em: <http://www.digiacombo.adv.br/presite/assets/doc/artigo_dos_paradigmas_para_estudo.pdf>. Acesso em 18.abr.2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, p. 73-92, nov/dez 2007.

AZEVEDO E SOUZA, Valdemaria B. Participação e Interdisciplinaridade – Momentos de Ruptura/ Construção (Org.). Porto Alegre: EdipucRS, 1996. apud GOLDIM, José Roberto. Bioética: Origens e Complexidade. In *Revista de Estudos Criminais*. Ano VIII, n. 30. Porto Alegre: Notadez, 2008.

BARRETTO, Vicente de Paulo. (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos e Renovar, 2006.

BARROS, Emerson Vizzotto; SALVI, Rosana Figueiredo. *A visão kuhniana de ciência aplicada a geografia física, sua história e epistemologia*. Disponível em: www.filosofia.ufpr.br/docs/Anais%20III%20Encontro.pdf#page=180. Acesso em 21.abr.2009.

BAUDRILLARD, Jean. *The Consumer Society*. Tradução de Chris Turner. London: Sage, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

_____. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

_____. *Modernidade e ambivalência*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. *Postmodern Ethics*. Malden (USA): Blackwell Publishing, 2007.

_____. *A sociedade Individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Tradução de José Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

_____. *Vidas desperdiçadas*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós, 1998.

- _____. *O que é globalização?* Equívocos do globalismo, respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- _____. *Risk Society: Towards a New Modernity*. 5th. Translated by Mark Ritter. London (UK): Sage Publications, 2004.
- BERISTAIN, Antonio. *Derecho Penal, Criminología y Victimología*. Curitiba: Juruá, 2007.
- _____. *Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia*. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: UnB, 2000.
- _____. *Victimología: nueve palabras clave*. Tirant lo Blanch. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Tutela Penal das Manipulações Genéticas em Seres Humanos*. 267 f. Tese (Doutorado em Direito) – Coordenação de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. Crime Organizado e o Sigilo na Investigação. *Revista Síntese*. Porto Alegre, n. 32, Ano VI, p. 32/50, jun-jul 2005.
- BITTAR, Eduardo C.B.. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BONACCORSO, Norma Sueli. Criminalidade moderna versus criminalidade de massa. P. 193. In: SÁ, Alvinio Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Orgs.) *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 178-196.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico de expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- BRUM VAZ, Paulo Afonso. Crimes de agrotóxicos. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, ano 54, n. 343, p. 89-110, maio de 2006.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Consentimento do ofendido e Violência Esportiva*. Reflexos à luz da Teoria da Imputação Objetiva. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CALLEGARI, André Luís. *Imputação Objetiva*. Lavagem de dinheiro e outros temas do Direito Penal. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Livraria Paulista, 2002.
- CAPANEMA, Walter Aranha. Os vírus de computador e o crime de dano. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, ano 55, n. 354, p. 123-129, abril de 2007.
- CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2006.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Criminologia e Transdisciplinaridade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 56, p. 308-333, setembro-outubro de 2005.

COCHO, Geminal; GUTIÉRREZ, José Luis; MIRAMONTES, Pedro. Ciência e humanismo, capacidade criadora e alienação. In: SOUSA SANTOS, Boaventura [Org.]. *Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2006.

COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do Futuro: Transmodernidade, Direito, Utopia*. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed. rev., at. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Criminologia*. Tradução por Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONDE, Francisco Muñoz; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria Geral do Delito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COSTA, José de Faria. *Direito Penal Econômico*. Coimbra: Quarteto, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DEMAJOROVIC, Jacques. *Sociedade de Risco e Responsabilidade Socioambiental: Perspectivas para a educação corporativa*. São Paulo: Senac, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, Port.: Coimbra editora, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*. Madrid: Trotta, 2003.

DOMINGUES, José Maurício. *Vida cotidiana, história e movimentos sociais*. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582003000300002&script=sci_arttext&lng=pt acesso em 15.abr.2009.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 15. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

_____. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 29ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GIDDENS, Anthony. *As Conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

_____. *Modernidade e Identidade*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

- GOLDIM, José Roberto. Bioética: Origens e Complexidade. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, ano VIII, n. 30, p. 105-111, julho/setembro de 2008.
- GONDIM, Reno Feitosa. *Epistemologia quântica & Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio Gomes. *Direito Penal: parte geral, introdução*, volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 56, p. 80-112, set/out. de 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- HIRECHE, Gamil Föppel el. *A Função da Pena na Visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- HOBSBAWM, Eric. *Globalização, Democracia e Terrorismo*. 2. reimp. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- HOFMEISTER, Maria Alice. *O Dano Pessoal na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- JAKOBS, Günther. *A Imputação Penal da Ação e da Omissão*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.
- _____. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.
- _____; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007
- KARAM, Maria Lúcia. *Política e Legislação de Drogas: aspectos dogmáticos e criminológicos*. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, jul/dez. 2006, p.77/90
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2002.
- LUHMANN, Niklas. *Risk: a Sociological Theory*. 4th. Translated by Rhodes Barrett. New Brunswick (USA)-London (UK): Aldine Transaction, 2008.
- MATTELART, Armand. *História da sociedade de informação*. 2. ed. rev. e atual. Tradução de Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, dezembro de 2006.
- MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MÜLLER, Mary Stela; CORNELSEN, Julce Mary. *Normas e padrões para teses, dissertações e monografias*. 3. ed. atual. e ampl. Londrina: UEL, 2001.

- MORAES, Alexandre Rocha A. *Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2008.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. A nova lei do interrogatório por videoconferência. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, ano 57, n. 376, p. 103-116, fevereiro de 2009.
- MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- PEREIRA, Flávia Goulart. Os crimes econômicos na sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 51. jan./fev. 2005.
- PIETROCOLLA, Luci Gati. *O que todo cidadão precisa saber sobre Sociedade de Consumo*. São Paulo: Global, 1986.
- PIOVESAN, Flávia (coord.). *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional*. Desafios do Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- POPPER, Karl R. *Em busca de um mundo melhor*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins, 2006.
- RAWLS, John. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Tradução de Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1998.
- SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Orgs). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- _____. Criminalidade moderna versus criminalidade de massa. In: SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Orgs.) *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 140-141.
- SÁNCHEZ, Bernardo Feijó. *Teoria da Imputação Objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da Teoria da Imputação Objetiva*. Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Eficiência e Direito Penal*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2004.
- SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARCEDO, Leandro. Criminalidade moderna versus criminalidade de massa. In: SÁ, Alvinho Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Orgs.) *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 162-177.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter: conseqüências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. 12. ed. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2007.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

SILVA, Maurina Passos Goulart Oliveira da. Resenha do livro de SOMMERMAN, Américo.(2006). Inter ou Transdisciplinaridade? Da fragmentação disciplinar ao novo diálogo entre os saberes. São Paulo: Paulus. Coleção Questões Fundamentais da Educação. *Revista E-Curriculum*, v. 1, n. 2, junho de 2006. Disponível em: <http://www.pucsp.br/ecurriculum/artigos_v_1_n_2_jun_2006/SOMMERMAN.pdf> último acesso em 25.04.2009.

SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Aspectos críticos do direito penal na sociedade de risco*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 46, p. 73-93, jan./fev. de 2004.

SOUSA SANTOS, Boaventura (Org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente: Um discurso sobre as ciências*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

TANGERINO, Davi da Paiva Costa. Paradigma da pena versus paradigma da visibilidade: propostas para o enfrentamento da violência doméstica contra a mulher. In: SÁ, Alvinho Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008.

VELOSO, Fábio Geraldo. Políticos, mídia e o fenômeno criminal no Brasil. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, ano 54, n. 345, p. 95-99, julho de 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997.

_____. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VELOSO, Fábio Geraldo. Políticos, mídia e o fenômeno criminal no Brasil. In *Revista Jurídica*, ano 54, n. 345, julho – 2006..

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Os condenados da cidade: estudos sobre a marginalidade avançada*. 2. ed. Tradução de João Roberto Martins Filho...et al. Rio de Janeiro: Revan/Fase, 2005.

_____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. 3. ed. rev. e amp. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revam, 2007.