

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

LIMITES DO DIREITO PENAL NA MODERNA SOCIEDADE DE RISCOS

*Sílvia César Arouck Gemaque**

Sumário: 1 Introdução. 2 A globalização e o enfraquecimento do Estado. 3 O direito penal como instrumento do poder. 4 Direito penal e uma nova dogmática jurídico-penal. 5 Direito penal e eficácia. 6 Conclusões.

1 Introdução

O presente estudo tem por objetivo analisar as principais características da sociedade moderna atual no que diz respeito ao direito penal, bem como o enfoque complexo e multidisciplinar da problemática envolvida, principalmente à luz de questionamentos da teoria geral e da filosofia do direito.

Em um primeiro momento, serão analisadas as principais características da sociedade internacional atual, enfocando principalmente aspectos ligados à globalização e suas conseqüências.

A seguir, pretende-se introduzir o direito, que restará analisado como instrumento do poder, em uma perspectiva já estudada, por exemplo, por Michel Foucault. Aliado a isso, será estudada a eficácia do direito penal diante de uma nova sociedade que se apresenta após globalização.

Por fim, serão alinhavadas algumas perspectivas de uma nova dogmática que se faz necessária para um novo direito, que não podem mais ser retardadas.

2 A globalização e o enfraquecimento do Estado

As últimas décadas têm testemunhado profundas mudanças sociais, econômicas e políticas em todo o planeta, que contribuem para a modificação estrutural das relações sociais e, em conseqüência, jurídicas daí decorrentes.

O advento da revolução ocorrida no plano das comunicações, com a informática e a internet, que têm aproximado pessoas localizadas em diferentes partes do globo, se de um lado permitiu maior intercâmbio de idéias e experiências, por outro afugentou o homem do convívio social, despersonalizando as relações e transformando o homem moderno em um ser impessoal, alheio ao mundo real e alheio à humanidade inerente ao ser.

As mudanças tecnológicas e a facilidade com que podem ocorrer os negócios e as relações sociais diversas produzem a interface da alienação e da supremacia da máquina sobre o homem, em uma verdadeira “coisificação” do ser humano e das relações sociais.

* Sílvio César Arouck Gemaque é Juiz Federal substituto em São Paulo, Mestrando em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo e Professor de Direito Processual Penal da UNIP/Santos.

São notórios esses fenômenos, tanto que atualmente se fala em um retorno à valorização de expressões artísticas de cunho individual, tal como a poesia, que ressaltem aspectos ligados à subjetividade do ser humano.

Tais fenômenos não representariam novidade, até porque a história está repleta de exemplos em que o homem se deixou alienar por “pseudodogmas” e formas de dominação¹, não fosse o fato de que o mencionado desenvolvimento tecnológico se fez acompanhar de profundas alterações econômicas que estão modificando, para pior, as relações sociais em geral, principalmente as relações nitidamente econômicas, como, por exemplo, as trabalhistas.

O advento da revolução tecnológica produziu uma redução efetiva do quadro de empregados das indústrias, exigindo a demissão de milhares de trabalhadores, produzindo um crescente desemprego em escala global, pois a produtividade, inerente aos processos de modernização tecnológica, tornou despiciendos os outrora indispensáveis operários.

As conseqüências desses fenômenos são visíveis: desemprego em massa, fome, marginalização social, vícios, violência etc.

Se nos países desenvolvidos² as mazelas sociais são importantes, nos países do terceiro mundo o problema é crítico. Esses países, que já foram vítimas de séculos de colonização imperialista, sofrem hoje uma neocolonização que não tem mais uma potência que possa ser identificada como metrópole, mas sim uma plêiade de dominadores, espalhados pelo planeta, que, em um simples apertado de botão, podem derrubar governos e desestruturar economias inteiras.

Habermas, em uma arguta análise da realidade moderna, alude ao fato de que três grandes ordens de poderes controlam efetivamente a sociedade: o mercado, a administração pública e a solidariedade³.

Tal pensamento é precioso, pois, de fato, vê-se que o mercado exerce um poder preponderante sobre o Estado, sendo que os agentes econômicos atuam hoje, aliás como sempre atuaram, segundo seus exclusivos interesses financeiros, com a única novidade de que, atualmente, aliaram isso a um apetite inextinguível pelo poder completo ao espriar seus interesses ao completo domínio do aparelho estatal.

Na absoluta maioria dos países, não há lugar no aparelho estatal em que as decisões não sejam ditadas por motivos econômicos, sendo que quem estabelece, em última análise, tais regras, são os agentes do mercado. Isso tanto é verdade que não há governo que se atreva, seja de esquerda ou de direita, a desobedecer ou a contrariar efetivamente os interesses do mercado. Tal conduta acabaria sendo severamente punida por esse agente virtual e poderoso.

Enquanto isso, uma verdadeira massa de seres humanos vive às margens da sociedade, pois, deslocados de seus postos de trabalho e de seus papéis sociais, tornaram-

¹ A inquisição, as monarquias absolutistas e o fanatismo religioso são exemplos disso.

² Na Europa, por exemplo, os índices de desemprego são alarmantes, tendo chegado, na Espanha, a atingir 20% da população economicamente ativa.

³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade.

se seres sem um *status*, sem um papel social, para usar o pensamento de Niklas Luhmann, vagando pelas ruas, sobrevivendo até que a morte os atinja.

Por certo, verifica-se, diferentemente do que ocorria no passado, que a atual dominação econômica prescinde da força de trabalho e, a rigor, do próprio homem.

Precisas as observações de Viviane Forrester:

“Se a ferocidade social sempre existiu, ela tinha limites imperiosos, porque o trabalho oriundo das vidas humanas era indispensável para aqueles que detinham o poder. Ele não o é mais; pelo contrário, tornou-se incômodo. E aqueles limites esboroam-se. Será que se entende o que isso significa? Jamais o conjunto dos seres humanos foi tão ameaçado na sua sobrevivência. Qualquer que tenha sido a história da barbárie ao longo dos séculos, até agora os seres humanos sempre se beneficiaram de uma garantia: ele era tão essencial ao funcionamento do planeta como à produção e à exploração dos instrumentos do lucro, do qual representava uma parcela. Elementos que o preservavam. Pela primeira vez, a massa humana não é mais necessária materialmente, e menos ainda economicamente, para o pequeno número que detém os poderes e para o qual as vidas humanas que evoluem fora de seu círculo íntimo só têm interesse, ou mesmo existência – isso se percebe cada dia mais – de um ponto de vista utilitário”⁴.

Alheios a isso, os inoperantes sistemas estatais são incapazes de oferecer uma resposta para enfrentar ou sequer arrefecer tal estado de coisas. Principalmente nos países do Terceiro Mundo, o Estado não tem sequer capacidade de esboçar uma reação.

A situação de penúria desenhada colabora sobremaneira para o enfraquecimento do Estado como agente que implementa políticas públicas, percebendo-se um aumento nítido da criminalidade nas áreas onde a situação econômica se deteriora. Ainda que existam controvérsias quanto às causas da criminalidade, certo é que o fator econômico joga um papel preponderante no incremento da violência em geral.

Diretamente ligada ao aumento da criminalidade, surge a necessidade de se aumentarem os gastos públicos para fazer frente, repressivamente, ao problema, quando seria muito menos custoso enfrentar as causas do problema, que se encontram na falta de amparo às populações em geral, principalmente os mais jovens, que são recrutados para o crime.

Por outro lado, é cada vez maior a necessidade de novos instrumentos para fazer frente à escalada de fatores que incrementam situações de perigo e riscos para a humanidade. Basta ver, somente para ficarmos com dois exemplos, com que intensidade se destrói o meio ambiente⁵ e se estabelece a criminalidade organizada.

⁴ FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. 4. reimpr. São Paulo: Editora Unesp, 1997. p. 136.

⁵ O jornal *Folha de S. Paulo*, do dia 5 de novembro de 2002, publicou reportagem que dá conta de que o prejuízo decorrente de danos parciais ao meio ambiente já custou US\$ 70 bilhões à humanidade.

3 O direito penal como instrumento do poder

A partir do Renascimento e da Revolução Industrial, a filosofia passou por mudanças efetivas, as quais permitiram o surgimento das ciências, como são hoje conhecidas, abrindo-se, por meio da especialização, campos cada vez mais amplos de conhecimento e domínio da realidade.

A filosofia deixa, portanto, de ocupar o papel onipresente que ocupava, passando as ciências a ocupar um espaço complementar de maior especificidade e orientação, voltado a objetivos certos e determinados.

O nascimento do saber, na realidade, sempre esteve voltado para o estabelecimento do poder, tal como já destacara Michel Foucault⁶, verificando-se que diversas ordens de saber foram concretizadas exatamente para legitimar e melhor operacionalizar o poder, a saber: a pedagogia, a psiquiatria, os hospitais em geral, as prisões, a medicina, as escolas e fábricas etc.⁷.

Essa fragmentação do saber científico pode ser explicada como decorrência de uma característica do poder: sua capilaridade. Isto porque, como Foucault já visualizara, o poder é inerente ao ser humano, encontrando-se presente em todas as relações sociais, pois corresponde a uma característica instintiva do homem. Assim, nas mais singelas relações humanas, até nas relações amorosas, seria possível visualizar traços da chamada rede de poder⁸. Essas características explicam, por exemplo, como o poder despótico, muitas vezes, institucionaliza-se legalmente, independentemente do respaldo democrático, apesar do apoio popular tácito, pois consegue, de alguma maneira, formular uma solução de compromisso com a rede capilar de poder que existe em qualquer sociedade humana.

Dito isso, resta claro que o direito e, por conseguinte, o direito penal, também são instrumentos dessa rede de poder e de saber que se espraiam e estabelecem sistemas intrincados de comunicação, os quais, por sua vez, passam a influenciar a realidade. Há uma verdadeira multidisciplinaridade.

É crescente o pensamento de que existe um caráter de interdisciplinaridade entre as ciências. Edgar Morin alude à contextualidade, devendo ser verificadas as condições culturais e sociais, isto é, “ecologizar” as disciplinas científicas, pois todas vêm, a rigor, do mesmo nascedouro⁹.

4 Direito penal e uma nova dogmática jurídico-penal

O direito penal, como visto, é um instrumento de controle social, repressivo e violento, mas que vem servindo, ao longo dos séculos, como inibidor de condutas ofensivas ao ordenamento. Percebe-se, também, que, a partir do advento do princípio da legalidade,

⁶ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: PUC, 1986. *passim*.

⁷ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2000. *passim*.

⁸ FOUCAULT, ob. cit., *passim*.

⁹ MORIN, Edgar. Inter-poli-transdisciplinariedade. In: *A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Trad. Eloá Jacobina. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. p. 117.

da tipicidade de Belling e do garantismo, o direito penal tornou-se também instrumento de defesa do homem diante do poder estatal, visto que este, diante da tipicidade, sabe que só ocorrerá a punição se houver a prática do fato que se subsuma à norma penal. É, portanto, ao mesmo tempo instrumento de repressão e de garantia individual.

Esse modelo clássico de direito penal serviu durante a fase pré e recém-industrial, perdendo, contudo, eficácia, após a Segunda Guerra Mundial, principalmente depois do advento da revolução tecnológica e da sociedade pós-moderna¹⁰, após o que se exige uma atuação mais efetiva de um novo direito penal mais preparado para enfrentar a criminalidade organizada e difusa que existe atualmente. É necessário que um novo direito penal seja construído, diferentemente daquele oriundo do positivismo jurídico, ou seja, um direito penal moderno e inerente a um sistema aberto para fazer frente à criminalidade da sociedade de risco¹¹.

Niklas Luhmann, em sua *Sociologia do direito*¹², alude ao fato de que a sociedade trabalha com expectativas sociais que são formas de estabilização das relações sociais, aliando tal fato aos papéis sociais que cada pessoa possui. Para Luhmann, o direito é um desses instrumentos, quiçá talvez o mais eficiente, de estabilização de expectativas, pois, ao definir os modelos de condutas socialmente adequados, confirma as expectativas decorrentes do consenso que brota da ação comunicativa, nos termos definidos por Habermas¹³.

O direito, para continuar a ser esse instrumento eficaz de estabilização de expectativas sociais decorrentes do consenso, deve adaptar-se às novas exigências da sociedade de risco, sob pena de ser substituído como instrumento por excelência de solução de conflitos, sendo que todos sabem das conseqüências nefastas à humanidade de escolhas que se desviaram dos lindes do direito para a solução das expectativas sociais¹⁴.

Evidentemente, muitas das respostas necessárias não se encontram no direito penal, mas sim em outras ciências, inclusive na economia e na administração pública, principalmente no que se refere ao combate à criminalidade e ao abandono da juventude. Mas, por certo, o direito penal pode reestruturar-se para fazer frente às novas exigências, tornando-se mais eficaz.

Essa eficácia não pode, contudo, ser esperada como solução, pelo direito penal, da criminalidade ou dos problemas decorrentes da violenta sociedade de risco em que vivemos, principalmente nos grandes centros urbanos.

A sociedade dispõe de outros instrumentos para a estabilização daquelas expectativas das quais falávamos, os quais também precisam ser redimensionados diante da nova realidade. Nesse sentido, a economia, a administração, a psicologia, a sociologia

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Modernidad e posmodernidad*. Trad. José Luis Salabardo Garcia-Muro. Madrid: Alianza Editorial, 1998. p. 87-102.

¹¹ CAMARGO, Antonio Chaves de. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. Cultural Paulista, 2002. p. 191.

¹² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

¹³ Ob. cit., *passim*.

¹⁴ O nazismo, o fundamentalismo e as guerras estão aí para confirmar a idéia.

etc. O direito penal é um desses instrumentos. Não é a solução do problema, mas é certamente o instrumento à disposição do jurista para isso.

Por essas razões, não é mais concebível uma dogmática penal repleta de conclusões apriorísticas, resultantes de um positivismo jurídico ultrapassado, e sem a necessária correspondência com os fenômenos sociais que devem impulsionar os fenômenos jurídicos.

De acordo com Welsel e o finalismo, partia-se de uma estrutura lógico-objetiva como verdade imutável que vinculava o legislador e o intérprete¹⁵. Havia um apriorismo insito à teoria e que ofuscava a análise interdisciplinar do direito penal.

A superação do positivismo e do ontologismo de Welsel permitiu uma nova forma de encarar o direito penal, abrindo horizontes para um direito penal inserido em um sistema aberto.

O conceito de sistema é amplamente utilizado por todas as ciências exatas ou humanas, podendo ser definido como “um conjunto de elementos que se inter-relacionam mediante regras”¹⁶.

Em outras palavras, pode-se dizer que um sistema é um quadro, um modelo de determinada realidade ou situação, como se fosse um mapa no qual se encontram todos os elementos do ente que se quer representar. A noção de sistema é utilizada em todas as ciências, podendo-se falar em sistema nervoso, sistema digestivo, sistema ocular, sistema político, sistema eleitoral etc.

Até no uso vulgar é possível emprestar valor ao conceito de sistema, referindo-se, por exemplo, a um determinado sistema de livros, que formaria uma biblioteca.

O sistema jurídico, como sistema proposicional, nomoempírico e prescritivo¹⁷ que é, tem como característica básica o fato de trabalhar com a linguagem, sendo fruto da racionalidade humana. Porém, interage com o meio social; este, fruto da experiência. Na realidade, poder-se-ia dizer, como Paulo de Barros Carvalho, que não existe conhecimento fora da linguagem, pois mesmo no fenômeno de consciência de elementos do mundo externo, que trabalha essencialmente com os sentidos, já se pressupõe a utilização da linguagem¹⁸.

Os sistemas podem ser abertos ou fechados. Fechados são os que não recebem influência do mundo exterior. Por exemplo, o aludido sistema de livros que compõe uma biblioteca, pois ele independe de influências externas para existir. Faça chuva ou faça sol, continuará a existir como biblioteca. Pegue alguém um livro ou não o pegue, ele continuará formando um sistema. Evidentemente, um sistema fechado só é admissível em termos relativos, já que em termos absolutos não existiria sistema fechado, pois, em alguma medida, sempre poderão ocorrer influências externas. Poder-se-ia imaginar, assim, um terremoto que destruísse o sistema-biblioteca.

¹⁵ VALLEJO, Manuel Jaén. Los puntos de partida de la dogmática penal. *Anuario de Derecho Penal e Ciencias Penales*, Madrid, t. 48, fasc. 1, p. 60, 1995.

¹⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva. p. 31.

¹⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 96.

¹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros, ob. cit., p. 97.

O sistema jurídico é aberto, visto que é suscetível de influências de outras áreas do conhecimento. No entanto, ele cria suas próprias realidades, ou seja, é *autopoietico*.

Quer-se dizer, com isso, que o sistema jurídico, por pretender dar segurança jurídica a todos, erigiu-se com base em sua universalidade, pelo que pretende responder a qualquer conflito, indagação ou lacuna que lhe apareça, ainda que isso seja discutível, pois se reconhece atualmente que, diante de algumas situações, o direito deve reconhecer sua inutilidade em oferecer alguma resposta. Entendemos, contudo, que essa exceção apenas confirma a regra, pois ver-se-á que essa abertura cognitiva e *autopoietica* também se dá diante de outros ramos científicos além do direito. O direito, do ponto de vista normativo, produz suas próprias realidades, fruto de sua abstração racional.

Interessante, nesse sentido, a observação de Benedito Hespanha:

“A produção autopoietica e a regulação sistêmica do Direito positivo não são incompatíveis; ao contrário, a autopoiesis do jurídico pode aperfeiçoar a construção crítica dos princípios, das regras e das instituições da ordem política”¹⁹.

William James cunhou o termo “universo pluralístico” (ou *Pluralist Universe*) para explicar como as coisas funcionam. Segundo o grande pensador e romancista novaiorquino, a experiência não seria um mero dado ou um simples objeto, mas sim o resultado de toda uma relação, seria mesmo resultado de uma série de relações de problemas concretos, transformando-se em um processo eterno e que está sempre por vir a se tornar algo, ou seja, um eterno vir a ser²⁰.

Precisas as palavras de Chaves Camargo:

“O sistema aberto se impõe à ciência penal moderna, no sentido que Schunemann indica de não se tornar obstáculo ao desenvolvimento social e jurídico, mas que o favoreça e se adapte a ele (Introducción..., p. 36). Nos anos 70, Roxin indicou os três pontos fundamentais da metodologia jurídico-penal para um sistema frutífero: clareza, ordenação conceptual, referência à realidade e orientação para a finalidade político-criminal. Estes aspectos levam o jurista a uma atenção maior quanto aos problemas sociais indicados em cada momento histórico, nisto incluindo-se os aspectos políticos que recomendam a solução jurídica destes problemas”²¹.

A dogmática jurídico-penal é instrumento da política criminal. Esta não está ligada apenas ao direito. Diferentemente, representa os mais elevados anseios político-sociais de uma sociedade, definindo diretrizes para a solução dos problemas relacionados à criminalidade. Em razão disso é que não deve o jurista imaginar que partirá do direito penal a solução da criminalidade.

¹⁹ HESPANHA, Benedito. A autopoiesis na construção do jurídico e do político de um sistema constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, p. 77, apud CRUZ, Valéria Álvares. *Direito, complexidade e sistemas*. São Paulo: Fiúza Editores, 2001. p. 82.

²⁰ SEYMOUR-SMITH, Martin. *Os 100 livros que mais influenciaram a humanidade*. Rio de Janeiro: Difel, 2002. p. 552.

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

Daí a importância de um estudo multidisciplinar do direito penal, porquanto inserido na política criminal, que tem como escopos e limites os fundamentos do Estado Democrático de Direito, mormente a defesa da dignidade da pessoa humana, sendo este, no ordenamento brasileiro, princípio fundamental do sistema jurídico, já que previsto no art. 1º da Constituição Federal.

Atento a esses significados, Chaves de Camargo confirma a união entre a política criminal e a dogmática jurídico-penal:

“É importante assinalar que a dogmática jurídico-penal e a política criminal estão unidas e, com apoio nos princípios constitucionais, se destinam a cumprir os objetivos de reafirmação dos valores vigentes, não só para a escolha dos instrumentos capazes de obstaculizar a criminalidade, nos limites das garantias constitucionais, mas também colaborar para a construção da norma futura”²².

A imputação objetiva compõe, nesta medida, uma dessas novas características da moderna dogmática jurídico-penal, sendo que todo o fato criminoso deve ser analisado pela imputação objetiva, podendo ser importante instrumento para o auxílio no combate à criminalidade na moderna sociedade de risco. O direito penal brasileiro precisa afastar-se do positivismo frio, que possui grande prestígio no Brasil, pois não é mais suficiente para enfrentar os problemas penais da sociedade de risco, bastando ver o crime organizado, a necessidade de proteção do chamado patrimônio difuso (meio ambiente, consumidor, cultura etc.) e a mazela de nosso sistema penitenciário, que não cumpre mais a função retributiva inerente a essa fase de materialização da pena²³.

A visão do sistema aberto, aliada à interdisciplinaridade, bem como a visão funcionalista do direito penal, que o vê como reafirmação dos valores vigentes na sociedade, são ferramentas indispensáveis ao jurista, para fazer frente à moderna sociedade de risco.

5 Direito penal e eficácia

Um grande problema do direito penal é o de sua eficácia, pois, na medida em que é instrumento do poder, é importante que seja capaz de atingir seus objetivos. Deve-se indagar, portanto, quais as causas de um direito penal eficaz e quais os métodos que podem mantê-lo eficaz e preparar mudanças futuras.

Um dos questionamentos atuais é o relativo à legitimidade do direito, ou seja, o que torna o direito passível de cumprimento e compreensível pelos destinatários como norma válida e racional.

Certamente não é mais a moral que legitima o direito, como pretendia Kant com a lógica da razão prática e o fundamento metafísico da moral e do direito. Atualmente, na linha do pensamento de Jürgen Habermas, entende-se que a legitimidade do Direito surge

²² Ibidem, p. 168.

²³ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, *passim*.

da produção democrática da norma jurídica, em um ambiente que assegure a liberdade de comunicação entre os agentes da ação comunicativa, tendo como objetivo o consenso, que acaba por cristalizar a norma jurídica, como meio universal de fazer cumprir as expectativas sociais. Habermas entende ainda que é necessário que se divulgue a norma jurídica, para que a sociedade possa ter pleno conhecimento dela, facilitando assim a familiarização normativa:

“[...] Enquanto sujeitos do direito, eles têm que ancorar esta prática da autolegislação no ‘medium’ do próprio direito; eles têm que institucionalizar juridicamente os próprios pressupostos comunicativos e os procedimentos de um processo de formação da opinião e da vontade, no qual é possível aplicar o princípio do discurso. Por conseguinte, o estabelecimento do código do direito, levado a cabo com o auxílio do direito através de direitos de comunicação e de participação, os quais garantem um uso público e equitativo de liberdades comunicativas. Por este caminho, o princípio do discurso assume a figura jurídica de um princípio da democracia”²⁴.

Essa idéia é fundamental para entendermos o papel que deve desempenhar a pena, como prevenção geral positiva, na sociedade de risco.

À pena devem corresponder duas finalidades: a prevenção geral positiva e a prevenção especial positiva. Uma moderna visão do direito penal superou o pensamento que via na pena tão-somente a prevenção geral e especial negativas, de cunho retributivo apenas.

Para que o direito penal resulte eficaz, é mister que as finalidades da pena sejam atingidas.

Mercedes Pérez Manzano, ao tratar da prevenção geral positiva, também alude à necessidade de incorporação pelos cidadãos dos valores da norma:

“La afirmación de que la eficacia preventivo general de la pena depende de que ésta sea considerada justa se basa em la idea correcta de que el actuar humano se rige por consideraciones valorativas, de manera que el efecto de motivación de conductas que tiene la pena no puede explicarse en términos lineales estímulo-respuesta. Ello significa que la valoración ética negativa de una sanción por la sociedad puede convertirla en ineficaz. Pero no significa que la intimidación desprovista de cualquier consideración de justicia sea ineficaz; dependerá del grado de temerosidad y rebeldía frente a las injusticias del ciudadano”²⁵.

Apenas a comunicação do conteúdo das normas penais à sociedade, com a correspondente assimilação dos valores por parte desta, é capaz de garantir a efetiva legitimidade e eficácia ao direito penal.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 1997. v. 2, p. 320. (Biblioteca Tempo Universitário, 102).

²⁵ MANZANO, Mercedes Pérez. Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena. In: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997. p. 80.

Por outro lado, a prevenção especial positiva é também importante instrumento de eficácia do direito penal. Pela prevenção especial positiva, a pena assume um caráter repressivo, tendo por escopo a ressocialização do delinqüente, por intermédio da individualização da pena²⁶.

No Brasil, a individualização da pena é precária, pois não existem instrumentos capazes de transformar aquela previsão genérica da pena, definida na lei, em algo concreto e aplicável a um ser com características próprias e com uma dignidade inerente. De um lado, temos um sistema carcerário absolutamente falido e um Estado sem meios capazes de garantir a pena como salutar instrumento de repressão. Os presídios brasileiros viraram quartéis do crime, sem que o Estado consiga obter o controle da situação. Por outro lado, a prevenção especial positiva também falha, na medida em que não existem condições de, buscando-se auxílio em ciências complementares, atender à ressocialização do preso. Nem ao menos, no aspecto jurídico, existem garantias eficazes de que os juízes fundamentem corretamente as aplicações das penas. Não existem sequer debates dialéticos entre as partes, na maioria dos processos, a respeito da pena justa a ser aplicada na sentença.

Antonio Scarance Fernandes sustenta a necessidade de se instaurar no processo penal uma fase obrigatória, antes da sentença, para se discutir claramente a pena:

“A discricionariedade do juiz na aplicação da pena não pode significar arbítrio, pois ele deve necessariamente extraí-la de dados concretos dos autos, que revelam aquela situação formada por circunstâncias judiciais, agravantes, atenuantes, causas de aumento e de diminuição. Importa que, pela inclusão de uma agravante na denúncia ou pela oportunidade dada pelo juiz de discutir determinada circunstância que poderá exasperar a sanção, o acusado seja posto em condições de influir na pena a ser aplicada e não seja surpreendido com uma punição exagerada e prejudicial ao seu direito de liberdade”²⁷.

A individualização da pena pressupõe que nenhum crime merece uma pena exatamente igual à de outro crime, porque evidentemente os crimes são praticados por pessoas que têm características, motivos, personalidades, conflitos sociais e psíquicos e outros fatores pessoais que deveriam ser analisados para atingir a pena justa e capaz de alcançar otimamente a prevenção especial positiva, mesmo se a conclusão seja pela não-aplicação de pena alguma, nos termos da prevenção especial integrativa, na medida em que não houver dano ao ordenamento jurídico como um todo.

Neste sentido, penso que todos os infratores penais deveriam ser objeto de exame psicológico, pois esta seria a maneira mais eficaz de se verificarem as condições pessoais do delinqüente e permitiria ao juiz aplicar a pena justa para o caso concreto. Nosso sistema, como se sabe, contenta-se com a realização de exame psicológico para os inimputáveis ou semi-imputáveis, mas esquece que todo crime, ou pelo menos a maioria deles, envolve seres que possuem problemas psíquicos de ordem neurótica e perversões, os quais, ainda

²⁶ CAMARGO, Antonio Luis Chaves de. *Sistemas de penas...*, cit., p.176.

²⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Novos perfis da reação defensiva à imputação*. 2000. Tese (Concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000. p. 361.

que insuscetíveis de acarretarem o desconhecimento do caráter ilícito do fato, interferem como causas compulsivas do comportamento criminoso. A psicanálise, ao estudar, desde Sigmund Freud, os problemas psíquicos do homem e ao desvendar a etiologia das neuroses, revelou comportamentos que, muitas vezes, transformam o homem em um ser compulsivo.

Para a psicologia, compulsão é um comportamento de origem inconsciente, pelo qual o sujeito se coloca, de forma ativa, em situações perigosas ou penosas, atualizando situações antigas sem se recordar do protótipo e tendo a impressão real e forte de que faz algo plenamente justificado na atualidade²⁸.

O próprio Freud chegou a afirmar que a psicanálise atingiria uma fase de desenvolvimento do conhecimento da mente humana, em que todos os problemas psíquicos seriam resolvidos com remédios. Interessante que, ainda que tal afirmação não tenha se conectado com os estudos de Freud, que sempre foram no sentido diametralmente oposto, buscando muito mais as causas dos conflitos, por meio de um processo lento, mas seguro e eficaz, de busca da verdade, atualmente tais assuntos vêm sendo objeto de vários estudos e reportagens.

Esse pensamento nada mais é que a velha discussão entre o livre-arbítrio e o determinismo. Ainda que tenhamos optado, nas ciências humanas, pelo racionalismo e pelo livre-arbítrio, não podemos esquecer que há uma zona de inter-relacionamento entre determinismo e liberdade²⁹, o que não pode ser negado pelo direito penal.

O direito penal brasileiro, diante desses fatos, simplesmente trabalha com a abstração de que todos aqueles que têm conhecimento da ilicitude do fato e podem determinar-se por outro modo devem responder pelo crime, e não se exige exame psicológico aos imputáveis.

Tal posição não corresponde aos fins de individualização da pena, principalmente diante do critério da proporcionalidade com a qual se deve trabalhar, desrespeitando ainda o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, haja vista que trata todos como se fossem iguais, quando se está diante de seres diferentes e com vivências singulares.

Daí nosso entendimento no sentido de que deveria ocorrer modificação legislativa e da dogmática jurídico-penal, de modo que atendesse às situações acima indicadas, assegurando uma melhor análise do ser humano delinqüente, para bem atender as finalidades de prevenção especial positiva da pena.

6 Conclusões

Ao final do presente trabalho, podemos cristalizar algumas idéias lançadas no texto e que podem contribuir para o entendimento do difícil papel que possui o direito penal moderno.

²⁸ LAPLANCHE; PONTALIS. *Vocabulário da psicanálise*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 83.

²⁹ Entretanto, esse entendimento não pode transformar as conclusões médicas em verdades absolutas e aceitáveis *a priori*, pois isso evidentemente não atenderia ao objetivo buscado por uma nova dogmática penal.

Percebe-se que o direito penal vive atualmente uma séria crise de identidade, pois os juristas, principalmente em nosso país, encontram-se praticamente indiferentes a uma visão multidisciplinar que se faz necessária, principalmente na moderna sociedade de risco em que vivemos.

Os problemas da globalização, a criminalidade organizada, o poder da mídia e as evoluções tecnológicas, que todos testemunham, estão produzindo mudanças muito rápidas, e o direito penal não pode perder a oportunidade de atualizar-se.

Daí a importância de uma nova dogmática jurídico-penal, que possa fazer frente a essa realidade que se descortina. O jurista precisa renovar seu instrumental de análise para enfrentar de maneira racional, inteligente e construtiva a criminalidade.

Ciente de que a solução da criminalidade não é tarefa apenas sua, o jurista deve abrir-se para novas aprendizagens e formas de abordagens, trazendo a pena para suas finalidades de prevenção geral e especial positivas, de modo que cause uma eficaz modificação da sociedade e do criminoso. Neste ponto, pugnamos pela aplicação efetiva da teoria da “imputação objetiva” sobre a análise do fato criminoso diante de ordenamento jurídico como um todo, como instrumental necessário para o problema. Pugnamos ainda pela necessidade de se operacionalizarem melhores instrumentos para comunicar ao povo as condutas passíveis de punição, de modo que se possa alcançar melhor legitimidade das normas e maior obediência. Por fim, como instrumento de prevenção especial, além da melhoria do sistema de cumprimento das penas, pugnamos por uma análise mais individualizada e universal das condições psíquicas dos apenados como medida necessária para o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Como visto, isto só será possível a partir da verificação de que o direito penal forma um sistema aberto e de que a dogmática jurídico-penal compõe a política criminal, de forma que todos devem agir dialética e complementarmente para a solução da problemática moderna da criminalidade.

Bibliografia

ÁLVARES CRUZ, Valéria. *Direito, complexidade e sistemas*. São Paulo: Fiúza Editores, 2001.

ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 2001.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves de. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

_____. *Sistemas de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Novos perfis da reação defensiva à imputação*. 2000. Tese (Concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.

- FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. São Paulo: Unesp, 1997.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: PUC, 1996.
- _____. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Volumes I e II. (Biblioteca Tempo Universitário).
- _____. Modernidad versus postmodernidad. [Trad. José Luis Salabardo Garcia-Muro.] In: PICÓ, Joseph (Comp.). *Modernidad y postmodernidad*. Madrid: Alianza Editorial, 1998. p. 87-102.
- JAÉN VALLEJO, Manuel. Los puntos de partida de la dogmática penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 48, fasc.1, p. 58-70, 1995.
- LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, Jean-Baptiste. *Vocabulário da psicanálise*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- LAVILLA, Francisco Baldó. Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito. In: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997. p. 357-385.
- LUHMANN, Niklas. El concepto de riesgo. [Trad. Celso Sanchez Capdequi.] In: BERIAIN, Josexto (Comp.). *Las consecuencias perversas de la modernidad; contingencia y riesgo*. Barcelona: Editorial Anthropos, 1996. p. 123-153.
- _____. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MANZANO, Mercedes Pérez. Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena. In: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997. p. 357-385.
- MORIN, Edgar. Inter-poli-transdisciplinariedade. In: *A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Trad. Eloá Jacobina. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. p. 105-117.
- _____. A noção de sujeito. In: *A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Trad. Eloá Jacobina. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. p. 117-127.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M.R.Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.
- SEYMOUR-SMITH, Martin. *Os 100 livros que mais influenciaram a humanidade: a história do pensamento dos tempos antigos à atualidade*. Trad. Fausto Wolff. Rio de Janeiro: Difel, 2002.