

LIGEIRO OLHAR SOBRE NOVAS TENDÊNCIAS DO SISTEMA PENAL A PARTIR DA CORRELAÇÃO VIDA E DIREITO

Gilberto Giacoia

Graduado em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo e pós-doutorados pelas Universidade de Coimbra e Universidade de Barcelona. Atualmente é professor associado da Universidade Estadual do Paraná e procurador de justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos humanos, justiça, direitos fundamentais, dignidade e direito.

Resumo: A eterna questão dos limites de nosso saber acerca da relação entre vida e morte e, em particular para o jurista, como ela se projeta na razão de ser do direito, inspira esta ligeira reflexão que se propõe a superar uma fundamentação meramente social da existência da ordem jurídica, derivada da necessidade de regulação da vida em

sociedade, por outra mais vinculada ao fenômeno da vida, articulada à ideia de justiça, acenando para pressupostos metajurídicos, à luz de um método universal de compreensão do fenômeno jurídico, devido ao caráter transcendental da vida, que se reflete em diferentes áreas estruturais do conhecimento, desde o teológico e filosófico, inspirada no postulado da dignidade humana, postulado indeclinável a que ele (direito) deve permanentemente voltar-se, no sentido de reconhecimento e amparo. Tal reflexão inspira a compreensão dos sistemas de controle social em sua funcionalidade, abrindo horizontes para um viés cada vez mais crítico do sistema penal, dada sua notável inefetividade no sentido de enfrentar os novos desafios trazidos pela modernidade nas sociedades de risco, acenando, quem sabe, para uma via intermédia.

Palavras-Chaves: Vida. Direito. Dignidade humana. Direitos humanos. Comunicação. Controle social. Sistema penal.

1. Introdução

O presente artigo aborda, em sua primeira parte, tema central de todo e qualquer discurso científico. Cuida da tentativa de explicar e encontrar respostas para questões existenciais altamente complexas a partir da vida, daí porque desde logo reclama restrição de seu objeto, inatingível e intangível aos limites de nosso conhecimento racional. Trata

da busca incessante de uma definição bastante da vida, não apenas em sentido abstrato, senão real, isso é, como realidade fática, existência biológica, condição das formações sociais. A vida como caminho que se faz ao andar, no dizer poético. Vivemos porque andamos o caminho da vida.

Esse panorama extraordinariamente plural da vida humana reclama seu vínculo com profundos significados e acepções que objetivam desvelar sua essência, em torno da qual as muitas ciências – particularmente, aqui, a ciência jurídica - perseguem suas raízes, na dimensão de um contexto de especulação e análise que desemboca na justificativa mais forte e consistente para a razão de ser do direito.

E, dentro de uma visão multidisciplinar, não há como fugir nessa odisseia, porquanto como é ela que coroa a criação, de sua associação com nossa finitude, inclusive da própria capacidade de conhecimento, drama permanente que nos ancora em porto jamais seguro, a não ser que ponhamos a vida mais além da vida, em regiões transcendentais a que não chegam nossos parcos conhecimentos científicos.

Daí porque se limita aqui a exploração temática a aspectos inicialmente conceituais para, então, associá-los a um princípio reitor da existência do direito e, assim, da aproximação ao fundamento de sua proteção jurídica, tratamento este que, em especial, foca o marco da doutrina dos direitos humanos.

Com esse propósito, persegue-se, ainda que singelamente, o intento de uma fundamentação jusfilosófica da vida como princípio que, hierarquicamente, justifica o referencial de sua indeclinável proteção derivada da dignidade humana, como começo, meio e fim da aventura do homem na face da terra, ou em outras palavras, como o primeiro e mais fundamental direito seu, qual seja, o de defesa de sua própria vida.

Passa-se, então, a partir dessa inspiração jusfilosófica, a tratar do tema dos sistemas de controle social, visto em sua conexão com a matriz comunicativa, bem como, visitando alguns cortes de novas tendências do sistema penal, diante da crise de efetividade do modelo tradicional, a sugerir, quem sabe, uma via alternativa mais compatível com a modernidade e a impostergável exigência de defesa social, banida das trincheiras de luta dos penalistas, muitas vezes impotentes, com suas armas já gastas nas velhas e familiarizadas caças, de alcançarem os poderosos.

2. Recortes conceituais da vida humana

Inicialmente, chama-se a atenção para a necessidade de serem reavivadas antigas distinções ou aportes conceituais, senão ligeiros recortes ou visões segmentadas da ideia de vida.

A partir dessa premissa, sustenta-se ser o homem um ser transcendente para a teologia, pensante para a filosofia, vivo para a biologia, moral para a ética, belo

para a estética, social para a sociologia, consciente para a psicologia, doente para a medicina, histórico para a história e sujeito de direito para a ciência jurídica, no dizer de FERNANDES DE BUJÁN¹.

Ora, sabemos, com efeito, que, desde tempos imemoriais, as diferentes teorias da justiça sempre foram esboçadas a partir de dois modelos básicos, o do tipo metafísico ou religioso e o racionalista. Pois bem! O primeiro parte do princípio absoluto. O homem tem que acreditar na existência de um Deus, de entes atemporais, inacessível à cognição racional, ainda que não possa compreender ou definir suficientemente esta entidade.

Entretanto, crê e, assim, sendo um problema de fé, absorve e assimila o viés criacionista. Deus é a causa da criação, é a origem da própria vida. Apresenta-se, pois, como sumo e onipotente criador e legislador da vida.

Aqui, no enfoque teológico, o homem, na perspectiva agostiniana, é concebido como uma criatura, em princípio, má e, embora criado por Deus à sua imagem, participando, por efeito reflexo, da inteligência divina, habita o Estado terreno imperfeito e só admitido como uma espécie de transição para a Cidade de Deus, esta sim, simbolizada pela Igreja, povoada por almas libertas do pecado e próximas ao Criador. Lembrando sempre ser considerado Santo Agostinho o primeiro filósofo da vontade, título

1 FERNÁNDES DE BUJÁN, Federico. *La vida – principio rector del derecho*. Dykinson: Madrid, 1999, p. 20.

lhe conferido por Hannah Arendt, em seu livro *A vida do espírito*². Sendo a acepção do termo vida, então, compreendida como a união da alma e do corpo, de modo que esta definição da vida humana reflete a vida de Deus. Para AGOSTINHO, cabe à alma vivificar o corpo, uma vez que cabe à alma fazer com que o corpo mantenha ativas as suas funções vegetativas, daí não ser possível atribuir ao corpo nenhum poder sobre a alma. Em suma, o que é vivo é melhor do que o meramente corporal – um animal é melhor que uma pedra; de modo similar, o que dá vida é melhor do que aquilo que recebe a vida: a alma é melhor do que o corpo. Ora, se o corpo é mau, no sentido metafísico, por isso mesmo não pode dominar a alma; se o mal é pensado numa escala de bens, então um bem inferior não pode dominar um bem superior³.

É certo que, também se aponta, no contexto de outra abordagem religiosa e que parece efetivamente mais acertada, como se pode conferir dos ensinamentos tomasianos, esboçada um milênio após *De Civitate Dei*, que ele, homem, por natureza, é bom, a exemplo do que pregou Aristóteles, já nasce social e essa natural sociabilidade gera o potencial necessário para construir um mundo generoso e justo, ainda aqui na terra. E isso desde o Jardim de Éden⁴.

2 ARENDT, Hannah. *A vida do espírito. O querer (a vontade)*. RJ: Relume-Dumará e Editora UFRJ, 1995, vol. 2, p. 248.

3 AGOSTINHO, Aurélio. *Confesiones*. Trad. Sánchez Ruiz. 4ª ed. Editorial Apostolado de La Prensa: Madrid. 1964, pags. 287 e segs.

4 AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Ed. Loyola. 2010. l q. XVIII, arts. 1.2.

E, rapidamente, para a teologia cristã, só Cristo, que é o Verbo Divino, é a origem da vida. E, assim, com Ele se aprende, porque há vida antes da vida, há também vida depois da vida. Cristo como verbo encarnado que dá a vida humana, dá também a vida eterna.

Em suma, ao se atribuir a vida a Deus, tendo-O como Criador da vida, também se predica a Ele a origem de toda justiça.

Já para a filosofia, desde os filósofos gregos, o conceito da vida é construído a partir de diferentes acepções. Para uma delas, vida se identifica com vida orgânica e esta se entende como princípio vital. Neste sentido, para ARISTÓTELES, a vida é aquilo pelo qual um ser se nutre, cresce e perece por si mesmo e, neste significado, vida orgânica não se reduz exclusivamente à vida biológica ou física, mas se abre inclusive a realidades incorporais (o ímpeto, a alma), situando seu estudo fora do campo exclusivo das ciências experimentais, mas, por igual, o introduzindo no âmbito da filosofia e da psicologia⁵.

Um outro sentido é o de identificar o conceito da vida com o modo de comportar-se o homem, ou seja, com a “vida moral”, entendendo-se por aquela em que o comportamento humano se ajusta a pautas, costumes e normas sociais que se consideram adequadas para alcançar uma harmoniosa convivência.

5 ARISTÓTELES, *De anima II*, 1,412^a, 10-20.

Mais modernamente, estamos a assistir a um progresso científico notável, uma verdadeira erupção da investigação em parcelas do saber especulativo. Tende-se a afirmar que o conceito de vida não pode mais ser objeto de uma análise ontológica, senão estritamente biológica. A ciência biológica conhece hoje cada vez melhor as condições vitais, as circunstâncias que possibilitam e mantém a vida e as causas que a ameaçam. Busca-se contrapor o evolucionismo ao criacionismo. E, no século das neurociências, existe hodiernamente uma tendência que afirma que nada se pode apontar sobre a vida mais além do estritamente verificável.

Entretanto, não obstante esta posição, entende parte do saber filosófico que a vida tem sido, e seguirá sendo um conceito ou uma categoria indefinível empiricamente por inalcançável e inabarcável⁶. E tal porque mesmo o que as ciências do ser oferecem não passam de conjecturas de difícil e controvertida verificação.

Isso não obstante persista, desde a referida origem helênica, muitas tentativas de buscar uma causa metafísica, na filosofia, para a vida física. Como se viu, esta posição espiritualista tem sido sustentada por um conjunto heterogêneo de pensadores de todas as épocas. Desde PLATÃO e ARISTÓTELES, Santo AGOSTINHO e Santo TOMÁS, até a chegada do existencialismo, como pelo pensar do fi-

6 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico. *La vida – principio rector del derecho*. Dykinson: Madrid, 1999, p. 52.

lósofo francês Gabriel MARCEL que analisa as relações humanas na perspectiva do existencialismo impregnado de caráter cristão⁷, ou ao conceito de alma em ZUBIRI⁸, ou ainda, contrapondo-se a ela, a outra linha representada fundamentalmente por NIETZCHE⁹ e conhecida pelo movimento denominado “filosofia da vida”, entendendo que o espírito é o inimigo fundamental da vida.

Seja dentro de uma concepção mecanicista, no seio da qual tiveram especial eco as teorias germinais que atribuem a origem da vida a umas células primárias presentes em todos os seres vivos, bem como as organicistas para as quais a vida surgiria da mútua influência de distintos elementos vitais atuando reciprocamente, todas acabam superadas, embora deixando importantes contributos, por pretenderem demonstrar, sem êxito, por meio de uma suposta base experimental, a origem e o fundamento da vida. Isso porque as causas que apresentam como geradoras da vida, podem se caracterizar como causas mediatas, mas não últimas.

Veja-se, por exemplo, num viés funcionalista, a *auto-poiesis*, buscando, como explicação da vida, o que permanece inalterável durante ela (durante todo ciclo existencial), numa coerência interna representada por uma certa organização de seus elementos constitutivos que se interagem,

7 MARCEL, Gabriel. *Homo viator...*

8 ELLACURÍA, Ignacio. *Presentación al volumen Sobre el hombre*. Madrid, 1986.

9 NIETZCHE, Friedrich. *Ecce Homo...*

interação essa que é referencial e recursiva, baseando-se no conceito de clausura organizacional.

Desse modo, tanto as doutrinas metafísicas como as mecanicistas, que se pretendem empiristas, situam-se no mesmo plano de especulação filosófica, permanecendo sob acesa discussão e acirrado debate, porque não se demonstra e nem se demonstrará, porque resposta definitiva não se alcançará cientificamente, nem que a vida física procede de uma causa metafísica, nem que encontra sua origem em uma causa intrinsecamente física.

De qualquer modo, essas considerações às escâncaras mostram o que se propõem a mostrar, ou seja, que o ser humano não só é um ser biológico, mas também uma pessoa que tem dignidade e direitos inatos, que se podem ver afetados se não se atua rigorosamente no âmbito de uma limitação ética mesmo no campo do progresso crescente da investigação científica, tendo como parâmetro e limite uma relação de respeito e proteção da vida humana. Assim, por mais ricas e variáveis que sejam as circunstâncias socioculturais, há que se pautarem por um princípio básico e imutável, conduzido por um primeiro e sobreposto dever ético, desde o surgir das civilizações e até o seu ocaso, qual seja o da obrigação moral com a vida.

Com efeito, ao discorrer sobre a pessoa humana como valor fonte de todos os valores, a filosofia se debruça em torno do exame de acontecimentos históricos que compõem experiências ora felizes, ora malogradas nas conjun-

turas de tempo e espaço, sempre no propósito de dominar a natureza ou estabelecer formas de convivência. Anota a respeito o jusfilósofo MIGUEL REALE:

“Quando se estuda, por conseguinte, o problema do valor, devemos partir daquilo que significa o próprio homem. Já dissemos que o homem é o único ser capaz de valores. Poderíamos dizer, também, que o *ser do homem é o seu dever ser*. O homem não é uma simples entidade psicofísica ou biológica, redutível a um conjunto de fatos explicáveis pela Psicologia, pela Física, pela Anatomia, pela Biologia. No homem existe algo que representa uma possibilidade de inovação e de superamento. A natureza sempre se repete, de acordo com a fórmula de todos conhecida, segundo a qual tudo se transforma e nada se cria. Mas o homem representa algo que é um acréscimo à natureza, a sua *capacidade de síntese*, tanto no ato instaurador de novos objetos do conhecimento como o ato constitutivo de novas forma de vida.

No centro de nossa concepção axiológica, situa-se a ideia do homem como ente que é e *deve ser*, tendo consciência dessa dignidade. É dessa autoconsciência que nasce a ideia de pessoa, segundo a qual não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência. Quando apreciamos o problema do homem, toda Ontologia se resolve em Axiologia, abrindo-se as perspectivas da Metafísica. (...).

O homem, cujo *ser é seu dever ser*, construiu o mundo da cultura à sua imagem e semelhança, ra-

ção pela qual todo bem cultural sé é enquanto *deve ser*, e a ‘intencionalidade da consciência’ se projeta e se revela como intencionalidade transcendental na história das civilizações”¹⁰.

Assim, ao tratar da personalidade moral do homem, a filosofia fornece relevantes subsídios ao encaminhamento que aqui, modestamente, se pretende dar ao tema objeto desta ligeira análise tópica. Colhe-se, a propósito, dos ensinamentos de OSWALDO GIACOIA JR:

“Somente enquanto personalidade moral uma pessoa é possível receber dois predicados éticos fundamentais: a) a dignidade ou valor absoluto, que só pode ser conferido ao sujeito autolegislador; b) o *status* de fim em si mesmo, a saber, a prerrogativa de nunca poder ser tratada como coisa incapaz de imputação, nem sequer por si mesma, e de jamais ser considerada unicamente como meio, mas sempre também como um fim em si. É sobre essa diferenciação entre coisas e pessoa, valor absoluto e preço, que se fundamentam os conceitos basilares da filosofia moral”¹¹.

Esta reflexão não se encerra aqui, nem se encerrará jamais. Pertinente, no entanto, deixar como fecho desta ligeira e despretensiosa digressão, a constatação de que o motivo do reconhecido insucesso deve ser atribuído a simples e absoluta verdade de que a solução almejada escapa

10 REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. Saraiva: SP. 1994, págs. 159-161.

11 GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. **Nietzsche x Kant – uma disputa permanente a respeito de liberdade, autonomia e dever**. Casa da Palavra:RJ. 2002, págs. 82-83.

ao campo da ciência e, assim, do conhecimento puramente racional, ainda que encontre na razão humana sua permanente sede de inspiração.

3. A tutela jurídica da vida humana e os direitos humanos

No tópico anterior, pretendeu-se extrair de diferentes perspectivas, os diversos tratamentos dispensados à vida humana, a que correspondem distintas parcelas do saber, exemplificativamente, como se ponderou, por ser impossível esgotá-las, mesmo no âmbito de uma mais profunda investigação científica, atuando, pois, mais como prolegômeno a justificar sua relação com o direito que se intentou estabelecer por meio de uma conexão mais ética.

Busca-se, agora, a exata ligação deste ensaio com o tema objeto do estudo, qual seja, sua abordagem jurídica, dando respostas ao problema acerca das plúrimas intervenções do engenho humano sobre as condições naturais que se vinculam à vida, de modo a deslegitimá-las, ainda que esteticamente sinalizem para um certo nível de desenvolvimento científico, desde que desconectadas da proteção, em qualquer escala, da pessoa humana para a qual o direito se dirige, de modo a modificar ou alterar o curso da natureza, reclamando uma postura cada vez mais ética ou moral que as repute aceitáveis ou reprováveis. E isso sempre sem perder de vista, desde ARISTÓTELES, mediante a constatação de ser o homem um ser social, um animal político.

Neste sentido, desde logo se deve assumir um renovado compromisso ético de um atuar, no campo das ciências, em especial da ciência jurídica, cada vez mais crítico ante as grandes contradições que, nos dias de hoje, atingem a crise do sistema legal vigente, voltando-se contra uma certa imagem romântica do direito que se calcificou mais nos bancos acadêmicos, como um fim em si mesmo, bem distante, porém, das profundas agruras por que passa a pessoa humana para a qual ele se dirige. Bem como de professar o advento de um novo tempo em que o direito nasça cada dia mais intensamente como filho dileto dos apetites de um mundo mais justo, tanto mais justo quanto mais honesto com os valores morais, tal qual realidade jurídica referida ao valor da justiça que muito mais ressalte a balança que a espada.

Como referencial desse núcleo duro de importância vital – vida humana -, que o direito esteja a serviço, se não exclusivo, mas ao menos preferencial da instrumentalização de uma trincheira ética contra o rebaixamento da pessoa humana, que avilta sua dignidade moral, contra a onipotência dos números e o esquecimento dos nomes, contra o individualismo e a negação da pluralidade e da diversidade do novo.

Nessa guerra santa, nessa cólera sagrada, nessa batalha quase divina, a arma da lei há de estar apontada para alvo certo, fazendo irromper no meio social um viço ético, uma perturbante indignação pela violação dos direitos humanos e das liberdades públicas e, por isso mesmo, um tão claro mi-

metismo com a voz das ruas, que nos transforme na síntese acabada dos mais lídimos anseios de humanidade e justiça.

O direito, pois, sensível a essa realidade, sobretudo em nossos dias, a partir da perspectiva individual e social, consciente da necessidade de prioritária regulação normativa da tutela da vida humana, haverá de cada vez mais iluminar a ordem jurídica e a cabeça dos juízes a fim de oferecer cobertura efetiva à proteção da vida por considerá-la o bem mais digno de proteção.

Motivados por essa preocupação, legisladores, juristas e operadores do direito têm que compassar seus labores e esforços de modo a estender proteção eficaz à vida, em todas as suas várias formas, desde o marco do direito positivo, até a análise e interpretação à luz teórica de seus estudos, passando pelo prisma prático das soluções judiciais e da jurisprudência de cunho muito mais social que formal.

Assim e nessa toada, volta-se aqui a AGOSTINHO a justificar a razão de ser do direito, fundamentalmente voltado à tutela da vida humana. Qual é o peso peculiar ao homem? O que move o homem? Responder a isso é declarar justamente o que está na base da natureza humana, o que confere ao homem seu papel na ordem dinâmica universal. Para AGOSTINHO¹² em particular, a noção de peso está intimamente vinculada à sabedoria que preside a constitui-

12 AGOSTINHO, Aurélio. Citações extraídas de: ***A Cidade de Deus Volume II***. Trad. de J. Dias Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Goulbekian, 2000; *Confissões*. Tradução de M.L.Amarante. SP: Paulinas, 1984..

ção do mundo: não são raras as vezes em que cita e comenta uma passagem bíblica, do livro da *Sabedoria*: “*Deus tudo dispôs com medida, número e peso*” (Sb. 11, 21).

Se a ordem universal é dotada de dinamismo originário, então os homens, criaturas dotadas de vontade, participam ainda mais acentuadamente desta ordem, correspondem ainda mais ao princípio criador que deu impulso ao universo, à medida que seu dinamismo consiste justamente em poder acompanhar com livre arbítrio aquele impulso de conversão à ordem. Enquanto as criaturas irracionais movem-se inexoravelmente segundo a ordem, as criaturas racionais o fazem por livre escolha. E o direito funda-se, como se sabe, na *reta ratio*.

Disso resulta, na base da proteção que a ordem jurídica deve outorgar à vida, a doutrina dos direitos humanos. Seu desenvolvimento decorre de uma postura que a situa em uma zona de convergência entre o direito vigente e o âmbito metajurídico. Com efeito, o valor da vida humana antecede o direito positivo, condiciona-o e lhe dá a razão de existir.

Com adverte FERNÁNDEZ DE BUJÁN¹³, se pretendemos descobrir o fundamento ou a causa de toda proteção jurídico-positiva à vida humana, devemos partir necessariamente do reconhecimento da dignidade humana como princípio básico da ordem constitucional. O direito deve

13 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico. *La vida – principio rector del derecho*. Dykinson: Madrid, 1999, págs. 113 e 162..

proteger a vida, desde seu início até seu fim, independentemente de seu grau de desenvolvimento, devido a que a proteção da vida humana é a manifestação mais genuína do reconhecimento da dignidade da pessoa. Este reconhecimento não pode depender de cada conjuntura sociopolítica que produz um determinado e versátil conteúdo de direito vigente, mutável de acordo com uma variável moral ou social. Pelo contrário, a dignidade humana que o direito deve reconhecer ou constatar emana da própria e invariável natureza humana. Em suas próprias palavras:

“La vida és un *prius*. Es presupuesto, condicionante y determinante de todo lo demás. Es el sendero por donde discurre lo que acaece. En este sentido, el Derecho existe como consecuencia de la vida social humana. El Derecho es una necesidad, una exigencia derivada de la vida del hombre en sociedad. Aristóteles en su *Tratado De Política* define el hombre como un animal político, haciendo referencia a su vida en la polis¹⁴. Debido a este carácter social, el hombre vive entre y con sus semejantes. La convivencia del hombre provoca conflictos y controversias que es necesario regular. Se hace preciso un conjunto de normas que ordenen la vida social.

(..)

Siendo el hombre origen y fundamento del Derecho, la protección de aquel es también su ob-

14 En este sentido afirma, “La naturaleza arrastra instintivamente a los hombres a la polis”. Vid. Aristóteles, *De Política*, Colección Austral nº 239, Ed. Espasa-Calpe. Décimosexta edición. Madrid. 1983, pág. 24.

jetivo esencial. Este respecto y protección al ser humano debe iniciarse, de acuerdo con un principio jerárquico, dando cobertura a la propia vida del hombre para, desde su amparo, proteger a continuación todos los demás intereses humanos. Desde esta reflexión podemos intentar descubrir, al hilo de nuestra exposición, la vinculación de la protección a la vida con el fin del Derecho.

Resulta generalmente aceptado en la doctrina afirmar que el fin del Derecho es la consecución o realización de la justicia”.

Ainda como muito bem conclui o jusfilósofo RECASENS SICHES, a dignidade da pessoa, que se considera consubstancial a todo ser humano, é um valor metajurídico que o direito deve reconhecer. A dignidade humana não é um direito, senão causa e fundamento de todo direito¹⁵.

Não é por acaso que os que se dedicam ao estudo dos métodos de argumentação jurídica ou da elaboração teórica do discurso ou da justificação jurídica, reportam-se sempre à formulação de conceitos superiores, a que se poderia, aqui, associar ao valor fonte já referido. O próprio ALEXY, ao iniciar sua *Teoria da Argumentação Jurídica*, cita Karl Larenz, ao assentar que *ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores*

15 RECASENS SICHES, Luís. *Filosofia del derecho*. Ed. Porrúa. México, 1961, p. 549.

*abstratamente formulados*¹⁶

Ora, num mundo globalizado que gera sociedades de risco e de insano consumo, dentro de uma síndrome consumista, não raras vezes, essa dignidade humana perde-se na totalidade de um planeta habitado, no dizer de BAUMAN, completo, com seus ocupantes inanimados e animados, animais e humanos – como um imenso contêiner cheio até a borda de apenas e tão somente objetos de consumo. Por conseguinte, isso justifica e promove a percepção, estimativa e avaliação de toda e cada uma das entidades terrenas segundo os padrões instituídos nas práticas do mercado de consumo. Concluindo:

“Contudo, e se acontecer de a ‘coisa’ em questão ser mais uma entidade senciente e consciente, sensível, pensante, capaz de julgar e de escolher, em resumo, outro ser humano? Por mais estranho que possa parecer, essa pergunta nada tem de extravagante”¹⁷.

4. Sistema de controle social e comunicação

Ora, a partir da necessária conexão jusfilosófica entre vida e direito de que se cuidou nos tópicos anteriores, reserva-se agora espaço propriamente para a tentativa de compreensão crítica do nosso sistema de controle social,

16 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica – a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Landy;SP. 2001. pág. 17.

17 BAUMAN, Zygmunt e BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Trad. Renato Aguiar. Zahar:RJ. 2016, pág. 179.

compreensão essa mais voltada para a funcionalidade do sistema de justiça penal.

Quando se vê o filme da pretensa pós-modernidade, repetido cotidianamente, diante de nossos olhos incrédulos, da violência que grassa tornando o homem presente um réu de seu próprio tempo, do terror, dos refugiados nos corredores da morte, da perversa agenda política pautada pela inversão de valores éticos, dos desmandos administrativos, da hipocrisia política, da fraude que se generaliza, da devastação dos nossos recursos naturais a comprometer não só a qualidade de vida mas a própria existência humana na face da terra, da corrupção capilarizada abrindo largos espaços e ficando tentáculos na administração pública, pareceria lógico pensar que o desenvolvimento de um tema com forte conotação histórica, como é o das transformações das práticas formais de administração do sistema de justiça penal, tem muito a dizer sobre o sistema jurídico-penal, em particular, matriz do modelo de controle social penal. Com efeito, como o direito penal é um sistema, que parte da vida humana e de seu instinto gregário, então uma teoria de sociologia do controle penal deveria poder contribuir, de fato, para a questão sobre o que é – melhor dizendo, como se pode melhor compreender – o sistema jurídico penal.

Este segmento do texto tem por objetivo provocar uma aproximação e oferecer os fundamentos de influência de talvez um novo modelo do sistema de controle social no âmbito jurídico-penal, na perspectiva oposta à *vida nua* da

forte expressão *agambeniana*¹⁸, em direção à *vida digna*, sem a pretensão de encerrar a rica discussão em torno desse empolgante assunto.

E parte da necessária conexão, hoje mais do que nunca falha, entre controle e comunicação, para tanto voltando a trazer como básico à reflexão sobre a acumulação histórica da experiência humana, da qual se fundaram os conceitos de ordem e razão no mundo, sempre vinculados ao intento da sociedade moderna por controlar-se e supervisionar-se a si mesma, na linha dos ensinamentos de Baecker, inspirados naquele longo processo de sedimentação do pensamento historicista e dos seus respectivos intercâmbios entre diferentes épocas, para culminaram com o sistema de controle social tal qual o concebemos hoje.

Com efeito, em especial no campo das ciências sociais, senão em todos os ramos do saber humano que levam em conta o fator tempo e a interdependência entre o observador e o fenômeno, não se pode deixar ao relento, ou de se dar maior relevo ou importância à comunicação, matriz filosófica que parece ausente na repercussão dos fatos, cada vez mais dramáticos aos valores ético-sociais, nas respostas que a eles vem oferecendo nosso sistema de controle social.

De fato, como já colocamos em outro espaço acadêmico, todo controle é um ato de comunicação e somente

18 AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. UFMG, Coleção Humanitas. 2010.

pode ter êxito na medida em que a comunicação tem êxito. Isto é o que não alcança a maior parte das críticas ao conceito de controle. Assim, como bem pondera Baecker, por sua vez, ao realizar a crítica, precisamente tende a assegurar esse marco de comunicação que o controle também busca em todo caso. Afirma ele,

Ao perseguir ao rei se assegura seu status. Ao rastrear o poder das instituições, tem-se que pressupor que dito poder existe. Agora, não sustento que o valor do rei ou o poder das instituições irão a desaparecer simplesmente por não se falar neles, mas que ao mencioná-los, seja em sentido positivo ou negativo, se ajuda a estabelecer a rede de comunicação que também se utiliza para assegurá-los.¹⁹

Nesse sentido, controle significa estabelecer uma causalidade para assegurar a comunicação, vale dizer, consiste em reduzir os graus de liberdade na autosseleção dos sucessos. E por isso que a noção de “condicionamento” se dá enquanto se introduz uma distinção que separa um subconjunto de possibilidades, por um lado, e um observador forçado a escolher, por outro. Precisa-se que a comunicação induza os observadores à autosseleção e à redução dos graus de liberdade associados a ela.

19 BAECKER, Dirk. **Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación.** Traducción de Carlos Gómez-Jara Díez. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2005. p.3-19. Título original: *Why systems?*, publicación en: *Theory Culture & Society*, v. 18, p. 59-74, 2001.

Assim, ensina Parsons²⁰, “*se deriva a necessidade de uma certa ganância na redução dos graus de liberdade, a qual pode, por exemplo, criar maior certeza com respeito a expectativa que certas coisas ocorram ou não ocorrerão.*”

Afirma mais Baecker ao observar que o controle baseado na comunicação implica uma negociação e uma espécie de contrato que supõe consentimento, senão um pacto secreto, por ambas partes de relação de controle, que

Um sistema é uma forma de comunicar controle no caso de que não exista outra forma de controlar que não seja comunicando. É uma forma de explicar como poder surgir o controle se este, precisamente, obriga, tanto o controlador como o controlado, a renunciar a certos graus de liberdade que de outra maneira desfrutariam e a recorrer à comunicação. O sistema é a “caixa branca” que emerge de duas “caixas negras” interagindo-se entre si. Tem um poder de reflexão maior que o todo que engloba sistema e entorno. Com efeito, o sistema, por si mesmo, compreende os graus de liberdade que elimina e as razões para sua eliminação (tanto a respeito do entorno como do próprio sistema).²¹

A comunicação, pois, é componente estrutural dos sistemas e, em especial, do sistema de controle social em qualquer momento histórico.

20 PARSONS, Talcott. ***El sistema social***. Traducción de J. Jiménez Blanco y J. Cazorla Pérez. Madrid: Biblioteca de la Revista de Occidente, 1976.

21 BAECKER, *op.cit.*, p. 47.

E a sociedade moderna não tende a aceitar como evidente qualquer tipo de formato de estruturas sociais. Assim, deve haver numerosas posições na sociedade moderna que insistam em referida evidência. Não é por acaso que certos tipos de organizações tenham, hoje em dia, que tratar com a competência de duas posições que reclamam sua evidência. As organizações são instrumentos heurísticos de autodestruição da sociedade moderna. Nas organizações nada é evidente e, sem embargo, em nenhum outro lugar a evidência é tão indispensável.

É preciso, ademais, quando se trata de sistema, num estágio seminal de reflexão, recorrer a uma visão holística, fazendo preponderar sempre a superioridade do todo social sobre as partes que o integram.

Importa a partir daqui um rápido escorço evolutivo do conceito social de controle. Ora, nos primórdios da humanidade, na configuração primitiva dos direitos dos povos, os atos contrários à pretensa ordem social não tinham qualificação específica – civil ou penal -, e eram corrigidos identicamente. Foi o passar dos séculos com as relações sociais se tornando cada vez mais complexas, que determinou a separação de entidades jurídicas e a cristalização de, só bem mais tarde ordenados em ramos e organizados em estruturas dogmáticas próprias.

Para a busca do processo integrador e explicativo dos grandes sistemas sociais, contudo, pode-se recorrer a tradição sociológica, paralelamente a qual, no campo do ins-

trumento penal, é possível recorrer à dinâmica da evolução doutrinária, desde o repto sempre vivo de Cesare Bonesana, o célebre Marques de Beccaria, antes revisitando Nicoló Macchiavelli, pela vertente jusnaturalista de Hobbes a Locke, até Hegel e Marx. Este esforço da construção do saber doutrinário revela a imprescindibilidade da intervenção estatal, vale dizer, da instância de controle na vida humana, mesmo no estado de natureza, atuando o controle punitivo como instrumento de controle social do qual não se pode abrir mão mesmo na presente fase ou grau civilizatório. Isso resulta, obviamente, de nosso instinto gregário, que vem da constatação aristotélica do homem como animal político.

Um exemplo recorrente deste atuar, para nossa reflexão sobre a quase falência atual do sistema de justiça penal, pode-se buscar na conhecida *Escola de Chicago*. Por ela se revela como a aproximação ecológica ao fenômeno criminal consiste em estudar como as agregações humanas influem nas taxas de delinquência que se produzem.

Tomando como laboratório de análise a Cidade de *Chicago* do século XIX, que havia deixado de ser um pequeno assentamento, para transformar-se, como consequência do processo de industrialização, em uma cidade de mais de três milhões de habitantes já nas primeiras três décadas do século XX.

Os pensadores desta Escola partiram do fato de que o primeiro fator para entender o grande incremento da

criminalidade que se produz em forma paralela ao crescimento da cidade é a passagem de uma vida rural para uma vida *urbana*.

Park²² desenvolve este ponto de vista assinalando que enquanto nas comunidades pequenas existe um controle pessoal da comunidade sobre o indivíduo (o indivíduo realiza toda sua atividade no marco do contexto de pessoas conhecidas com capacidade de desaprovar um comportamento desviado), nas comunidades urbanas é frequente que a pessoa desenvolva sua atividade fora do escrutínio de pessoas que têm capacidade de controle. Indica o autor que se passa de um controle baseado nos costumes, permanentemente reforçados por membros da comunidade, a um controle mais abstrato e impessoal baseado nas leis. O marco da cidade dá muito mais possibilidade para que se produza uma desintegração da vida moral, como demonstram as maiores taxas de fenômenos tão díspares como o divórcio, a evasão escolar e o delito.

Mas esta desintegração da vida moral a que alude Park parece não se distribuir de maneira homogênea na cidade, porém se concentra em algumas partes dela.

Burgess é o autor da *Escola de Chicago* que analisa a forma de crescimento da cidade, assinalando como ponto de partida, que o fato das indústrias se estabelecerem na

22 PARK, Robert E. **The city: suggestions for the investigation of human behaviours in the city environment.** *American Journal of Sociology*, v. 20, p. 577-612, 1915 (*apud* CID MOLINÉ, Jose; PIJOAN, Elena Larrauri. *Teorías criminológicas*. Barcelona: Bosch, 2009. p. 594).

área central produz, do ponto de vista residencial, o afastamento deles, pois tais lugares deixam de ser atrativos (ao se transformarem em focos de contaminação, sujeira e ruídos). Este gera um duplo processo: por um lado as residências das áreas centrais diminuem de preço, porque tais áreas tendem a ser habitadas pelos imigrantes mais recentes, de menos recursos; por outro lado, as pessoas de mais recursos se mudam para as áreas periféricas. Então, à medida que os habitantes das áreas centrais melhoram sua posição econômica tendem a abandonar tais áreas e a se estabelecerem em áreas periféricas. De tal maneira, produz-se um constante processo de mobilidade nas áreas centrais, que se convertem em zonas de transição.

É, pois, um importante e muito expressivo e ilustrativo exemplo, em uma visão histórica, em que se pode verificar a forma de atuação dos sistemas de controle social, em especial do sistema penal, possibilitando aprofundar as razões que dificultam o exercício do controle social em dados lugares. Reflexo do que até aqui tratado, oportuno haver uma relação com as funções do direito e, em especial, do sistema penal, para uma mais exata compreensão do tema objeto deste trabalho.

Na linha do que aqui se reflete, em termos introdutórios e necessários a um novo olhar sobre o sistema de controle penal, cabe um recorte dos outros tantos que têm mobilizado os estudiosos, do ponto de vista de inspiração na base da teoria dos sistemas. Neste sentido, por funcionalismo em Direito Penal se pode entender a concepção da

dogmática jurídico-penal que intenta construir as categorias do sistema a partir dos fins do Direito Penal.²³

As concepções “funcionalistas” assim entendidas não constituíram pois um fenômeno de moda, senão que se remontariam ao menos até a irrupção das sistemáticas teleológicas inspiradas no neokantismo. Funcionalismo equivaleria assim a orientação a fins (sociais) e se opõe basicamente as dogmáticas ontologicistas e, em particular, a concepção de Welzel e sua *Escola*. Sob esta perspectiva, é desde logo funcionalista Jakobs, mas também o são destacadamente, entre outros, Roxin e seus numerosos seguidores.²⁴

Segundo Silva Sánchez as diferenças entre Roxin e Jakobs não residem tanto no método, em todo caso teleológico ou funcional, como nas concretas premissas político-criminais que cada um deles toma como referência: assim a concepção funcionalista “moderada” do primeiro se caracterizaria por uma consideração mais global dessas finalidades político-criminais, que não se reduzem aos fins da pena; a orientação “radical” do segundo se distinguiria na troca por uma (excessivamente) categórica vinculação à função de prevenção geral positiva atribuída à pena.²⁵

23 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Barcelona: BdeF, 1992. p. 67.

24 PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito*: teoría de sistemas y derecho penal fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Comares, 2005. p. 223.

25 SILVA SÁNCHEZ, *op.cit.*, p. 19.

Günther Jakobs elabora sua construção dogmática influenciado pelos “*sistemas sociais*” propostos por Niklas Luhmann, tratando de dar explicação aos fins do Direito Penal, daí o chamado modelo radical do *funcionalismo*. De acordo com seu pensamento, o Direito Penal está destinado a uma função útil à sociedade, pois o Direito como subsistema social, e portanto como uma ferramenta para responder às expectativas criadas e mantidas pelas pessoas, sustenta-se na manutenção da norma, impondo a todos sua obediência incondicional como uma condição de funcionalidade do sistema em seu conjunto. A violação da norma representa uma disfunção da pessoa que vive no entorno social, uma defraudação de expectativas, legitimando a intervenção penal.

As normas penais não têm a função de eleger o que é bom ou adequado para uma dada sociedade (esse conteúdo se deve buscar dentro do próprio contexto social, donde o sentido do bem e do mal que se estabelece), e a elas cabe estandarizar os conceitos que a sociedade tem a respeito do que é bom ou mal. Daí falar-se na função social do Direito Penal ou em “*funcionalismo normativista*”. Assim,

em lugar da Dogmática ontologicista de WELZEL, JAKOBS propugna decididamente uma completa renormatização dos conceitos jurídico-penais com o propósito de orientá-los precisamente a função que, a seu juízo, corresponde ao Direito Penal. Como consequência dele não só sucede que os conceitos de culpabilidade e de ação... se conver-

tam em conceitos dos que não se pode dizer absolutamente nada sem referência à missão que se imputa e se mostra como um conceito funcional.²⁶

*“O universo dos conceitos jurídico-penais tem que se ajustar a função social do Direito Penal e não a fenômenos naturais ou de outro modo alheios ao social.”*²⁷ Afirma Jakobs:

É impossível desgarrar o direito pela da sociedade; o direito penal constitui uma tarjeta de apresentação da sociedade altamente expressiva, por igual que sobre a base de outras partes da sociedade cabe derivar conclusões bastante fiáveis sobre o direito penal. Por exemplo, que a pena máxima se imponha por bruxaria, por contar chistes sobre o *Führer* ou por assassinato, caracteriza a ambos, ao direito penal e a sociedade. Por conseguinte, existe uma dependência recíproca entre a sociedade e o direito penal: cabe pedir ao direito penal que realize esforços para assumir novos problemas sociais, até que o sistema jurídico alcance uma complexidade adequada com referência ao sistema social do mesmo modo que ao inverso o direito penal possa recordar à sociedade que se deve ter em conta certas máximas que se consideram indisponíveis.²⁸

26 PEÑARANDA RAMOS, *op.cit.*, p. 228.

27 JAKOBS, Günther. ***Derecho penal: parte general - fundamentos y teoría de la imputación***. Traducción de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Pons, 1997.

28 *Ibidem*, p. 44-61.

O desenvolvimento da temática do funcionalismo para melhor entendimento da evolução histórica dos conceitos que determinam as funções do direito penal, no contexto de um sistema de orientação social, é importante, sob a influência do funcionalismo e da teoria de sistemas nas atuais concepções do delito e da pena, como já referido, podendo-se afirmar que é possível identificar certa integração da análise funcional na teoria crítica do delito e da pena.

Esse cotejo importa por dar a perceber como se processa a transformação do conceito de autocontrole no de controle social, sob a concepção interacionista, depois suplantada pela estrutural-funcionalista. Sublinhar este *último* corte teórico parece relevante à compreensão da demanda atual por mais proteção e, em consequência, por mais punição. Daí, a grande influência do funcionalismo ao entendimento do modelo de atuação do direito penal na maior parte do mundo. Interpretar esta situação de modo correto implica aceitar que a representação social do direito penal subjaz a sua atual tendência expansiva.

Com efeito, percebe-se hoje claramente uma maior influência nas legislações de quase todos os países – e aí se remeteria ao estudo no âmbito do controle normativo-coercitivo – do modelo estrutural-funcionalista em lugar do interacionista, donde resulta outra língua comum que propõe a aceitação da relativização dos princípios político-criminais, diante do reconhecimento da ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, com a flexibilização das regras de imputação, de modo a alterar-se

significativamente o modelo de controle social desde sua evolução do *self control*, segundo compreensão no contexto de nascimento da sociologia do controle penal.

Assim, esse estudo tópico do desenvolvimento e aplicações dos conceitos, em especial quando se busca sua evolução histórica, permite perceber melhor, por meio da investigação científica, os fundamentos do sistema jurídico-penal, hoje dominado por uma onda de caos e de insegurança criada por um normativismo exacerbado. Esta sintética exposição, pelo corte teórico compreendido, do contraste entre o modelo interacionista e o estrutural-funcionalista, põe em relevo esta reflexão prévia, revelando desta maneira a forma como incidem nos bastidores da política, a influência ideológica na condução do processo de seleção valorada do mecanismo ação-reação.

Volvendo, neste ponto e novamente, a uma abordagem clássica, a justificativa da intervenção penal sempre esteve vinculada à seletividade, no sentido de reservar sua atuação para coibir os comportamentos humanos mais graves e nocivos à sociedade, porque capazes de colocar em perigo valores fundamentais à convivência coletiva, já que gregários somos por natureza.

5. Uma possível via intermédia? Transposição ou convivência do modelo punitivista ao garantista?

Com esse sentido conceitual e nesse outro recorte de abordagem, o direito penal, ao longo do tempo, foi dei-

xando a arena privilegiadora do espetáculo do medo e da coerção, do terror e da difusão do temor, um direito penal preponderantemente preocupado com o resultado, para assumir claramente o papel ou a função de formação de juízos ético-sociais, a que correspondem os valores civilizatórios essenciais que marcam o convívio humano em sociedade, nos dias de hoje.

O que se observa, contudo, desses lineamentos tradicionais contidos nos manuais, é que se inspiram muito mais em objetivos meramente aparentes, que reais, distantes de nosso tempo e de nosso espaço onde grassa a impunidade e se torna inalcançável, no mais das vezes, a chamada criminalidade dourada, ditada pelas teias do clientelismo político e manipulada por nossas elites acostumadas a se alimentar nas tetas da viúva de César, assassinado pela traição da cobiça e do poder.

O que produz o direito penal, assim concebido, ao trabalhar com a imposição de penas a indivíduos autores de umas tantas ações criminalizadas, gera a superficial sensação de solução do problema social porque encobre os perigos e males que se ocultam sob o telhado do poder e da dominação, conduz aos efeitos e não às causas ao tornar invisíveis e intocáveis as verdadeiras fontes geradoras da violência, que, essas sim, são produtoras da exclusão e das desigualdades.

E isso vem, para nós, de forma muito mais forte, porquanto carrega o legado da história de uma formação social

tipificada pela privação de bens e direitos a um segmento expressivo da população brasileira, em seu detrimento, pois, em benefício dos favorecidos porque ligados à concentração do poder e da riqueza.

Claro, essa colocação, por singela e sumária, não intenta equacionar todas as questões e graves problemas, muitos emergentes, gerados por uma legislação criminal elitista e em dissonância com os reclamos sociais e, assim, o grito das ruas, cada vez mais indignados com o amargo dueto da dor e do sofrimento ainda a abater a população mais vulnerável que, inocente, povoa as palafitas, os morros, os alagados a reclamar instituições de justiça que não sejam iguais para todos, mas, com coração e coragem, que façam a diferença.

O direito penal, por isso mesmo, não pode estar conformado, e até comportado, à sombra das estruturas dominantes, dócil e compassivo com os fortes e poderosos, e intransigente e forte apenas com os fracos e débeis. Sua vocação há de ser buscada para além das fronteiras tradicionais de sua condição conceitual tricotômica.

Em razão disso, temos experimentado, a partir do desdobramento de seu caráter fragmentário, que funda o princípio da intervenção mínima ou da *ultima ratio*, e seduz ideias minimalistas e mesmo abolicionistas, um movimento de deslegitimação desse modelo punitivo clássico, não obstante se insista no viés expansionista, de outro lado, tendo em conta as demandas hodiernamente determinadas

por uma sociedade progressivamente de riscos, na expressão empregada por Ulrich Beck²⁹.

Daí a crescente edição de novos corpos normativos que, mesmo carecendo de uma melhor sistematização, acabam por abarcar medidas de ordem penal, algumas inclusive distantes, a rigor, das garantias que o trato criminal requer, mas justificadas em construções teóricas que atendem às novas necessidades de que vem se ocupando os modernos postulados de um novo direito penal.

Desse modo, o fenômeno expansionista procura fazer frente aos perigos produzidos a uma coletividade afetada por atividades cada vez mais nocivas à vida em sociedade, sendo o direito penal chamado a assumir uma estratégia da gestão de riscos, de modo a contribuir para sua contenção e, em consequência, para a segurança jurídica.

Daí pensarem os novos penalistas numa nova formulação ética não propriamente na concepção do que é mal em si mesmo, mas no prognóstico do que poderá vir a gerar um mal³⁰, influenciando, no campo do direito penal, uma certa ideia de antecipação de proteção e tutela de novos bens, compatível e proporcional ao aparecimento de novas demandas sociais.

29 BECK, Ulrich. **La Sociedad Del Riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998.

30 JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica**. RJ: Contraponto, PUC, 2006.

Aqui, a ênfase ao paradigma preponderantemente preventivo, que não escapa à crítica, especialmente quanto à sua atuação como *prima ratio*.

Caberia, desde logo, já neste momento, lembrar que, diferentemente do que até então se pensava, o público nem sempre se confunde com o estatal. Público, com efeito, é o que interessa a toda a coletividade e não apenas ao Estado, enquanto personalidade jurídica própria. E, apesar de ainda subsistirem dois regimes jurídicos diferentes (público e privado), tais esferas não se excluem, mas se complementam de forma interdependente e não excludente. Ora, da mesma forma que, na esfera privada, não se cuida de direito absoluto ao egoísmo, já que mesmo a ela a ordem jurídica impõe limites de natureza pública, de igual forma o sistema jurídico necessita desenvolver elementos que assegurem o resguardo do interesse público, de modo a fortalecer a relação direito-ética-política.

Neste ponto de aproximação das esferas público/privado, comporta-se bem a doutrina da ponderação de princípios, regras e valores, orientada pelo ensinamento de Alexy, quando afirma que o que deve regular essa relação entre público-estatal, e também a relação público-privado é o balanceamento de valores onde se aplique o chamado princípio da proporcionalidade. Aqui, a compreensão de hierarquia ou juízos de valores conduzida pela pauta da razoabilidade, tal qual árbitro de um jogo não improvável na ordem do cotidiano da relação humana no meio social. Para ele, a aplicação da norma jurídica deve contemplar,

simultaneamente, todos os possíveis princípios jurídicos aplicáveis ao caso concreto, graduando-os, proporcionalmente, conforme uma escala de importância³¹.

Sua proposta não foge à crítica de ser impossível a ponderação de vários princípios a uma mesma situação fática, mas mostra-se bastante útil à compreensão da contemporaneidade e necessidade da especial tutela da administração pública. É necessário que se resguarde a probidade na administração pública, como uma necessidade que foge aos limites e interesses apenas estatais, mas entrando na esfera de direitos e necessidades de toda a sociedade e, inclusive, das instituições estatais.

Tal aproximação, decorrente de uma maior comunicação entre as entidades jurídicas, tem se mostrado de fundamental importância para a maior eficiência da tutela estatal, notadamente em relação a bens que reclamam uma intervenção preferencialmente preventiva. Ressabida a dificuldade em se alcançar tutela eficiente do patrimônio público, com as correspondentes responsabilizações, sem intercâmbio de instâncias. Fecha-se aqui este parêntese, para reabri-lo após.

Em continuidade ao que foi dito anteriormente, a atuação do direito penal preventista não exclui o contraponto de um discurso, usualmente inflamado por uma mídia sensacionalista da ideia de insegurança social, do

31 ALEXEY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. SP: Malheiros, 2001.

recrudescimento de um sistema acentuadamente punitivo e repressivo que admita até mesmo a restrição ou atenuação de garantais.

Esses extremos não deixam de convergir num ponto comum da crítica, qual seja o de ampliar o campo de atuação do direito penal, quer num processo de endurecimento das leis de conteúdo incriminador com redução de garantias, quer num de expansão a outras áreas que reclamam, crescentemente, esse tratamento, portanto, a ideia de sistemas penais paralelos.

Este último viés interventivo aproxima-se mais da ideia de um direito penal intermédio, que assimile a dinâmica de uma espécie de direito administrativo sancionador, como se pode notar nos regramentos contidos nessa seara e que insistem em abarcar conteúdos penais travestidos em regulamentos administrativos, de modo a gerar uma certa tensão entre os dois ramos do direito, ambos reclamando dessa mesma tendência expansiva.

Para esse assunto, não há como deixar de consultar os ensinamentos da Escola de Frankfurt, em especial no que toca ao direito de intervenção, tal como preconizado por Hassemer, sob uma nova roupagem. É cada vez mais frequente, com efeito, a apuração de graves prejuízos e lesões à administração pública por atividades de empresas, como podemos consultar na recente história das investigações brasileiras envolvendo graves ilícitos na dinâmica de negociações entre empresários e gover-

nos nas instâncias do poder político e que chegam a abalar nossas estruturas republicanas.

Ora, a Escola de Frankfurt critica o direito penal moderno e sua expansão no contexto de uma sociedade de riscos, tal qual cogitado no modelo de um direito penal de emergência, entendendo apresentar-se insustentável o direito penal atual. Segundo sua concepção, o direito penal dos novos tempos deveria ser marcado pela criação de tipos penais cujo escopo seria proteger bens supraindividuais, de imprecisa definição, surgindo, assim, com abundância, normas penais que criminalizariam condutas de perigo abstrato. Nessa perspectiva, observa-se uma crise do direito penal, de base liberal, que passa a ser um instrumento de controle de macroproblemas sociais ou estatais, veiculando punições à criação de perigos e não lesões a bens jurídicos, tendo por finalidade prevenir situações problemáticas e não mais a proteção desses bens³².

Por isso mesmo que Hassemer prega a ruptura do direito penal clássico do direito penal moderno. Para ele, o direito penal clássico, seria “dotado de um núcleo essencial, dentro do qual estariam inseridas as tradições democráticas da determinação da proibição, da subsidiariedade do direito penal e da lesividade como inerente ao comportamento, de modo que, de regra, as normas penais veiculavam proibições sobre condutas ocasionadoras de

32 TOMILLO, Manuel Gómez. **Derecho administrativo sancionador**. Parte general. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo. Espanha, Aranzadi, 2008, p.39.

um dano real e efetivo a um bem jurídico, havendo, no entanto, uma ruptura entre este direito penal clássico e o direito penal moderno, a ocasionar problemas específicos. Nessa linha, é identificada uma tentativa de transmudar o direito penal, a fim de que ele atinja finalidades precipua-mente preventivas e de orientação pelas consequências, segundo a qual é veiculado como um meio para obtenção de sensibilização das pessoas, sem que, contudo, seja indagado acaso se afigura enquanto instrumento jurídico adequado para intervenção”³³.

Não é por outra razão que Silva Sánchèz, expressão maiúscula do trato teórico do expansionismo do direito penal, ainda que não adepto desta escola, concorda com os pressupostos problemáticos que justificam a proposta de criação do direito de intervenção por Hassemer, embora sob a nomenclatura de direito penal de segunda velocidade³⁴.

Em Portugal, nossa experiência de estudo de direito comparado faz lembrar o direito de contraordenação social que, na prática, busca atuar nas duas frentes, mas em sequência progressiva, se necessário. Jorge de Figueiredo Dias identifica a existência desse direito de mera ordenação social como incongruente com o movimento de minimização do direito penal. Entende ele que o direito penal

33 HASSEMER, Winfried. **Características e crises do moderno direito penal**. In: Revista de Estudos Criminais, Ano 2, 2003, n. 8, 54-66, PUC-RS, ps. 55-58.

34 SÁNCHEZ, Jesus María Silva. **A expansão do direito penal**. 2 ed. SP: Revista dos Tribunais, 2011, p. 165.

passou a cuidar de questões que eram antes objeto exclusivo do poder de polícia da administração pública. Esse direito de mera ordenação social seria, lá, análogo ao direito das contravenções penais e é considerado um direito penal secundário. Este fenômeno adquire maior amplitude hodiernamente, com a expansão do direito penal, a fundamentar propostas como a do direito de intervenção, porquanto, cada vez mais, se expande o direito penal³⁵.

Na linha de desenvolvimento dessas ideias e, principalmente, a partir dos ensinamentos de Hassemer, no sentido de que se deve conter uma desenfreada expansão do direito penal, ganha força a já anotada tendência para um direito penal intermédio, vale dizer, a defesa de transferência para o direito administrativo ou administrativo sancionador de parcela da tutela penal, sustentando aquele autor alemão a criação do chamado “direito de intervenção”, segundo ele, para afastar do âmbito do direito penal, problemas que, a rigor, não lhe pertencem, mas sim ao direito administrativo, civil, e também ao mercado e às próprias precauções das vítimas, por meio dos quais seriam até melhor tutelados. Em suas palavras:

Recomenda-se regular aqueles problemas das sociedades modernas, que levaram à modernização do direito penal, particularmente, por um direito de intervenção que esteja localizado entre o direito penal e o direito dos ilícitos administrativos, entre

35 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões do direito penal revisitadas**. SP: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 171.

o direito civil e o direito público, que na verdade disponha de garantias e regulações processuais menos exigentes que o direito penal, mas que, para isso, inclusive, seja equipado com sanções menos intensas aos indivíduos³⁶.

É o reconhecimento, por ele, da necessidade de se desenvolver uma teoria de criação de uma via alternativa sancionadora (daí denominá-la direito de intervenção), em razão da incapacidade inerente ao direito penal de tratar com determinados assuntos. Ou seja, a admissão da inaptidão dele agasalhar direitos supraindividuais, nestes incluído o conceito de administração pública, passando para o direito de intervenção tal tutela, quando possível funcionalizar estes bens com relação aos bens individuais.

Assim, segundo o seu pensar, ao direito penal seria reservada a proteção dos bens jurídicos relacionados à civilização, ocupando-se de condutas individuais que efetivamente causem lesão ou perigo concreto para o bem jurídico (crimes de dano).

Portanto, seu conceito de direito de intervenção está diretamente ligado à ideia de criação de novos bens jurídicos coletivos vagos, viabilizando, por ele, a incriminação de meros perigos abstratos. Um direito mais faticamente adequado para acolher os problemas da sociedade moderna.

36 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões do direito penal revisitadas**. SP: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 64.

O direito penal, na esteira de seu pensamento, não desaparecerá, não se tratando, pois, de uma doutrina abolicionista, mas será reduzido em seu campo de atuação, contendo o expansionismo acima referido.

Claro, para os fins deste texto, lança-se aqui apenas em termos exemplificativos, uma das muitas ideias de um sistema penal alternativo, na sugestiva proposta de Hassemer que, mesmo assim, não escapa a severas críticas, como se extrai do pensamento de Schünemann ao considerar a tese do direito de intervenção excessivamente individualista, porquanto conforma a teoria do bem jurídico-penal orientada à proteção de bens individuais. Assim, defende que o direito penal deve ser modernizado, para atender as novas necessidades sociais, considerando que a criminalização de condutas de perigo abstrato é uma necessidade da sociedade atual, que decorre da própria dinâmica das relações sociais, em que as relações se tornaram massificadas e pouco se dão entre dois indivíduos definidos³⁷. Outros autores, como Tiedemann, também defendem a modernização, preconizando a possibilidade de que os bens supraindividuais tenham supremacia sobre os bens individuais³⁸.

Neste ponto, bem pertinentes as observações do Professor José Eduardo Faria, em recente artigo veiculado pelo

37 SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 18.

38 TIEDEMANN, Klaus. **Derecho penal y nuevas formas de criminalidad**. Lima, Grijley, 2007.

periódico “O Estado de São Paulo”, colhidas descontextualizadamente nestes recortes:

(...) A concentração do poder empresarial e a integração mundial dos mercados financeiros exigiram mudanças radicais num direito positivo elaborado com base em quatro pilares: soberania, poder, território e representação. Obrigados a se ajustar a cenários complexos, operadores jurídicos passaram a ter dificuldades para enfrentar conflitos inéditos por meio de normas concebidas para realidades mais simples. No campo do Direito Penal, considerado a manifestação jurídica por excelência da soberania dos Estados, essas dificuldades foram criadas pela expansão do narcotráfico, fraudes financeiras e terrorismo. Por envolverem sofisticadas redes de transgressão, esses delitos têm caráter transnacional, o que levou a articulação entre os recursos ilícitos captados por essas redes e os circuitos bancários a pôr em xeque o Direito Penal com jurisdição territorial. Como enfrentar o crime transnacional organizado com tipificações e procedimentos penais forjados para crimes interindividuais e de alcance nacional? Desde então, cresceu a opção por novos critérios para determinar uma jurisdição penal transterritorial, sob influência do pragmatismo inerente à cultura jurídica anglo-saxã, em detrimento do formalismo da cultura germânico-romana. (...) Neste cenário, são inevitáveis as tensões entre os planos locais e supraestatais de enfrentamento do crime transnacional. No plano nacional, é natural que investigações de corrupção sofram pressões políticas. Como as inovações introduzidas pela legislação anticorrup-

ção são recentes no País, elas contêm falhas – a Lei 12.846/13, por exemplo, não define com clareza os limites dos órgãos com competência punitiva para firmar acordos de leniência. Isso permite que algumas decisões dos juízes da Lava Jato não só possam ser criticadas juridicamente, como também seivam de pretexto para serem agredidos moralmente por políticos. Este clima estimula o Congresso a patrocinar projetos que cerceiam procuradores e magistrados. Nos países onde as mudanças no Direito Penal foram promovidas há mais tempo, como nos E3UA, o cenário é outro. Nele, prevalece o rigor do FCPA, que blinda investigações de denúncias de corrupção contra pressões políticas, garantindo que executivos e acionistas – da matriz ou de coligadas – condenados por corrupção não fiquem impunes. Quando o Brasil estará numa situação como essa³⁹.

6. Considerações conclusivas

O encaminhamento aqui reivindicado no início, de todo exposto sobre a vida humana, dentro de um panorama pluridisciplinar, encontra o mesmo fio condutor e ideia matriz a desembocar, por distintas manifestações, a um mesmo e convergente fim, o de sua prioritária proteção, de sua conservação, uma vez que para essa permanente aventura humana na face da terra é que se inspira e se dirige a própria ideia do direito.

39 FARIA, José Eduardo. **Corrupção sistêmica e Direito Penal**. In O Estado de São Paulo, edição de 9 de setembro de 2017.

Seja pela visão teológica da vida, que atribui sua origem a Deus e sua consequente preservação à Sua providência amorosa, projetando uma íntima relação entre vida e justiça e, reflexamente, um vínculo próximo entre injustiça e morte; seja pela filosófica, que elucubra como a vida pode ser essencialmente identificada com aquilo que resiste, persiste e subsiste frente à morte, portanto, um eterno presente. Seja pelo viés biológico que apresenta a vida como uma tendência natural à sua conservação projetada, inclusive, a outros seres. Ou seja, por qualquer outro ângulo que se a compreenda, depara-se com questões mesmo transcendentais que suscitam um ponto em comum conclusivo, qual seja, o do porto seguro de onde parte o primeiro dever ético ou a obrigação moral por excelência que é a própria razão de ser da ciência jurídica e que propicia a vigência ahistórica e ageográfica das leis, portanto, no tempo e no espaço indefinidos, do preceito nuclear do direito de sempre preceder, em qualquer escala hierárquica, o respeito à vida, do qual derivam todos os demais direitos, por pertencer ele a uma ordem natural que, de per si, é inderrogável por mais que possam variar as circunstâncias sociopolíticas, culturais ou científicas.

E nessa linha, avulta de importância a dimensão dos direitos humanos que pode, assim, ser considerada uma esfera intangível de tutela jurídica, levando este singelo ensaio à clara constatação de que, contrapondo-se a isso, o direito, como ciência, não subsiste nem se legitima, por-

quanto não se pode subtrair a essa tendência natural que é a proteção, conservação e defesa da vida humana.

Todo o ato atentatório a essa dimensão de dignidade, que retira da vida humana seu substrato, relegando à exclusão, marginalidade e, assim, à perda da humanidade, seja provocada pela irresponsabilidade nos negócios públicos, seja pela perda de sentido entre o ético e o amoral, deve encontrar resposta eficaz do direito.

Da tutela da vida digna, pois, projetou-se lúcida crítica sobre a funcionalidade do sistema penal tradicional, viabilizando a aproximação entre comunicação e controle social uma visão mais aberta e a identificação de algumas das causas da inefetividade do instrumento penal ao enfrentamento dos crescentes desafios, notadamente voltados à defesa dos exponenciais valores sociais, a partir do afastamento da confusão entre a esfera pública e privada.

Ao fim e ao cabo, pois, o presente e singelo estudo orienta, modestamente, revisitar o direito penal com as lentes da modernidade, no contexto da sociedade de riscos em que vivemos, de modo a liberar ao intérprete de novos corpos normativos a criatividade para lidar com o novo, rompendo as amarras clássicas do direito penal e seus vínculos excessivamente garantistas rumo ao caminho por uma via intermédia apta a contemplá-la como possível direito de intervenção.

Esse instrumental para o jurista, obviamente, não deve abdicar da preservação das prerrogativas do núcleo

duro dos direitos fundamentais, garante do Estado Democrático de Direito, porém, compatibilizá-lo. Aqui a necessidade de permanente reciclagem ideológica dos operadores do direito penal e das instituições que integram o sistema de justiça, em especial, da advocacia pública e privada, para saber bem lidar com essas novas ferramentas na linha interdisciplinar (*compliance; colaboração premiada; responsabilidade objetiva do ente coletivo....*), para que deixem de ser vistas como meros modismos, e passem a dar efetividade a uma nova forma de agir e de pensar o direito penal estruturalmente.

Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. UFMG, Coleção Humanitas. 2010.

AGOSTINHO, Aurélio. *A Cidade de Deus Volume II*. Trad. de J. Dias Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2000.

_____ *Confissões*. Tradução de M.L.Amarante. SP: Paulinas, 1984. *Confesiones*. Trad. Sánchez Ruiz. 4ª ed. Editorial Apostolado de La Prensa: Madrid. 1964.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. SP: Malheiros, 2001.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Trad. plural. Ed. Loyola. 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica – a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Landy;SP. 2001.

ARENDT, Hannah. *A vida do espírito. O querer (a vontade)*. RJ: Relume-Dumará e Editora UFRJ, 1995.

ARISTÓTELES, *De Anima*. Apresentação, tradução e notas de Maria Cecília Gomes Reis. São Paulo. Ed. 34, 2006.

BAECKER, Dirk. *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Traducción de Carlos Gómez-Jara Díez. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2005. p.3-19. Título original: *Why systems?*, publicación en: *Theory Culture & Society*, v. 18, 2001.

BAUMAN, Zygmunt e BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Trad. Renato Aguiar. Zahar:RJ. 2016.

BECK, Ulrich. **La Sociedad Del Riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998.

CID MOLINÉ, Jose; PIJOAN, Elena Larrauri. *Teorías criminológicas*. Barcelona: Bosch, 2009

ELLACURÍA, Ignacio. *Presentación al volumen Sobre el hombre*. Madrid, 1986.

FARIA, José Eduardo. **Corrupção sistêmica e Direito Penal**. In O Estado de São Paulo, edição de 9 de setembro de 2017.

FERNÁNDES DE BUJÁN, Federico. *La vida – principio rector del derecho*. Dykinson: Madrid, 1999.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões do direito penal revisitadas**. SP: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Nietzsche x Kant – uma disputa permanente a respeito de liberdade, autonomia e dever*. Casa da Palavra:RJ. 2012.

HASSEMER, Winfried, **Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal**. In: **Revista de estudos criminais**, 2008.

_____. **Características e crises do moderno direito penal**. In: **Revista de Estudos Criminais**, Ano 2, n. 8, 54-66, PUC-RS, 2003.

_____. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____. **Perspectivas de uma moderna política criminal**. In: **Revista brasileira de ciências criminais**. SP: RT, outubro/1994.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general - fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Pons, 1997.

JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica**. RJ: Contraponto, PUC, 2006.

MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. SP: Revista dos Tribunais, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich. ***Humano Demasiado Humano*** (tradução de Paulo Cezar de Souza). São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____ ***A Gaia Ciência*** (tradução de Paulo César de Souza). São Paulo: Companhia das Letras, 1ª ed. 2001.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. 256 fls. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). USP, 2012.

PARK, Robert E. **The city: suggestions for the investigation of human behaviours in the city environment**. *American Journal of Sociology*, v. 20, p. 577-612, 1915 (apud CID MOLINÉ, Jose; PIJOAN, Elena Larrauri. *Teorías criminológicas*. Barcelona: Bosch, 2009).

PARSONS, Talcott. ***El sistema social***. Traducción de J. Jiménez Blanco y J. Cazorla Pérez. Madrid: Biblioteca de la Revista de Occidente, 1976.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. ***Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito: teoría de sistemas y derecho penal fundamentos y posibilidades de aplicación***. Granada: Comares, 2005.

PIJOAN, Elena Larrauri; CID MOLINÉ, Jose. *Teorías criminológicas*. Barcelona: Bosch, 2009

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal** – RJ: Forense, 2012.

_____ *Introdução à filosofia*. Saraiva:SP. 1994.

SÁNCHEZ, Jesus María Silva. **A expansão do direito penal**. 2 ed. SP: **Revista dos Tribunais**, 2011.

_____ *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Barcelona: BdeF, 1992. p. 67.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. SP: Palas Athena, 2008.