ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Nº 49 – Janeiro/Fevereiro/Março de 2017 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

O MAL ESTAR DO DIREITO PENAL NA PÓS-MODERNIDADE

Durval Carneiro Neto

Mestre em Direito Público Pela Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Administrativo da Ufba. Juiz Federal na 1ª Região.

Introdução

A dogmática tradicional e os instrumentos típicos da modernidade parecem haver se tornado obsoletos ou, no mínimo, não propiciam a desejada eficiência, situação que tem gerado certo "mal estar" ao se colocar em xeque garantias fundamentais da ciência jurídica penal, bem como certas premissas consagradas desde o iluminismo e cultuados na sua fase clássica.

Traçando um retrato da vida contemporânea, o sociológico Zygmunt Bauman, em seu livro "*O mal-estar da pós-modernidade*", começa por confrontar as angústias que acompanharam o projeto de modernidade no mundo ocidental, ancorado no excesso de ordem e consequente escassez de liberdade (tal como descrito por Freud em "*O mal-estar na civilização*", obra publicada em 1930), destacando, em seguida, as novas angústias que por fim vieram à tona no entardecer do século XX e com alcance global, abrindo espaço à fase atual por ele e por outros denominada *pós-moderna* (e que Ulrich Beck chama de *modernidade reflexiva*)[1], quando a liberdade individual passou a reinar soberana, implicando inevitável renúncia à confortável sensação de ordem e segurança.

Se a cultura da modernidade gerou o *mal-estar do excesso de ordem*, a abertura cultural contemporânea abriu ensanchas ao *mal-estar da liberdade sem limites* (e consequente sentimento de insegurança). Enquanto no projeto da modernidade "*mais ordem* significa *mais mal-estar*", na pós-modernidade ocorre justamente o contrário: *"os homens e as mulheres pós-modernos trocaram um quinhão de suas possibilidades de segurança por um quinhão de felicidade".*[2] Vale dizer, não obstante a satisfação gerada pelos novos ganhos de liberdade, que eram

[1] Há autores que preferem não utilizar a expressão *pós-modernidade*, considerando que não se trataria propriamente de uma fase posterior ao projeto de modernidade, mas, sim, apenas de um novo momento ainda dentro deste mesmo projeto, a demandar uma mudança de instrumentos políticos para se alcançar o desejado equilíbrio no desenvolvimento da sociedade. Por isso, Ulrich Beck prefere falar numa segunda etapa da modernidade, por denominada "modernidade reflexiva". Na mesma linhas, outros falam ainda em "modernidade tardia" (Anthony Giddens) ou "supermodernidade" (Georges Balandier).

[2] BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 10.

tão escassos na modernidade, o mal-estar pós-moderno surge em decorrência do alto preço dos riscos que agora se deve pagar em troca desses ganhos.

Se na modernidade o homem sofria por não considerar suficiente a segurança sem liberdade, um ambiente de liberdade sem segurança também parece não lhe garantir a felicidade plena[3].

Em suma, enquanto na civilização retratada por Freud, o homem moderno, renunciando ao instinto, perdeu a liberdade de agir segundo seus impulsos, em troca da segurança, no mundo de hoje, decorridos mais de duzentos anos -- desde as primeiras revoluções liberais no final do século XVIII, passando pelos movimentos políticos que, ao longo do século XIX e até meados do século XX, refutaram o modo de produção do capitalismo moderno (socialismo utópico, socialismo científico etc.) ou, mesmo na vertente democrática, lançaram severas críticas a este modelo (em defesa do *estado do bem-estar social*) --, chegou-se ao século XXI com o projeto de modernidade deparando-se com novos anseios de igualdade e liberdade, em detrimento da ordem e da segurança, porque não se poderia mesmo ampliar aqueles dois valores sem impactar no modo com se concebe estes.

Na alvorada deste novo século, os anseios de igualdade e liberdade vem sendo fomentados em seu grau máximo por uma gama de avanços tecnológicos que, se de um lado ampliaram a comunicação entre os habitantes de um *mundo globalizado* como nunca antes se viu na história da humanidade, de outro lado aumentaram consideravelmente os riscos a que se submete a sociedade contemporânea, daí porque Ulrich Beck concebe a nova modernidade como o cenário da "sociedade de risco"[4].

Nesse cenário, "sofre" também o direito penal com o mal-estar característico da *pós-modernidade* (Bauman) ou da *modernidade reflexiva* (Beck). E não poderia ser diferente, porquanto o choque potencial dos anseios de ordem e segurança, na medida em que confrontados com os anseios de igualdade e liberdade, encontram o seu mais preciso termômetro na esfera institucional do combate à criminalidade resultante deste inevitável confronto, variando historicamente a legitimidade e a funcionalidade da dogmática penal conforme se idealize o equilíbrio entre tais anseios em cada sociedade.

Para além da política criminal, enquanto *conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal*[5], é inegável a historicidade do próprio direito penal (aparato dogmático da ciência jurídica criminal),

---

[3] Como bem pontua Bauman, os mal-estares da pós-modernidade provêm de uma espécie de liberdade de procura do prazer que tolera uma segurança individual pequena demais. Qualquer valor só é um valor (como Georg Simmel, há muito, observou) graças a perda de outros valores, que se tem de sofrer a fim de obtê-lo. Entretanto, você precisa mais do que mais falta. Os esplendores da liberdade estão em seu ponto mais brilhante quando a liberdade é sacrificada no altar da segurança. Quando é a vez de a segurança ser sacrificada no templo da liberdade individual, ela furta muito do brilho da antiga vítima. Se obscuros e monótonos dias assombraram os que procuravam a segurança, noites insones são as desgraças dos livres. E, ambos os casos, a felicidade soçobra. BAUMAN, *op. cit.*, p. 10.

[4] "1) Com o advento do processo de modernização, a produção de riquezas gera riscos; 2) A distribuição dos riscos não obedece proporcionalmente à distribuição de riquezas e se irradia para todos os grupos sociais; 3) O desmoronamento dos esquemas tradicionais da sociedade industrial foi impulsionado por uma forte onda de individualismo nascida no pós-guerra; 4) O individualismo mina de inseguranças o processo de modernização, através de diversos fatores decorrentes; 5) A modernização é um processo complexo, sujeito a constantes (re)avaliações e transformações, em que o desenvolvimento democrático destrona o saber científico e a ação política de seus respectivos monopólios; 6) A relativização do saber científico e da ação política formam um círculo vicioso na produção de riscos". AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco.* São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 76

[5] DELMAS-MARTY, Meirelle. *Os grandes sistemas de política criminal.* Barueri: Manole, 2004, p. 3.

tendo sido em vão a pretensão de compreendê-lo como um sistema fechado, supostamente atemporal e universal. Na verdade, a essência do direito penal positivado em cada sociedade varia "de acordo com a estrutura ideológico-política-geral, na qual foi elaborado e em função da qual deve operar".[6]

Por conseguinte, devendo operar num contexto de pós-modernidade, tem-se insistido não se poder mais pensar a dogmática do direito penal como um sistema fechado e restrito às fórmulas concebidas a partir dos anseios de ordem e segurança típicos da modernidade. E tal necessidade de mudança paradigmática já vem sendo destacada por inúmeros especialistas da área jurídico-criminal, sob as mais variadas matizes[7], buscando adequar a leitura do ordenamento jurídico penal ao novo cenário da sociedade contemporânea. Há quem, inclusive, afirme a existência de uma verdadeira *crise paradigmática do direito penal*.[8]

Por outro lado, ainda que se aponte a berlinda do direito penal moderno, a necessária abertura do sistema e, por conseguinte, a sua desejada adequação aos anseios e problemas da sociedade contemporânea, há de se ter certa cautela ao se buscar inadvertidamente adaptar a dogmática penal a todos apelos dos novos tempos, desmerecendo parâmetros racionais construídos ao longo de sua conturbada evolução por mais de dois séculos desde a fase clássica.

É precisamente aí, na pretensa quebra de paradigmas, na luta entre o novo e o velho, que reside o cerne do "mal-estar" do direito penal na contemporaneidade.

Ainda que se deva dar voz aos que, atentos aos novos anseios e problemas sociais, propõem mudanças na dogmática penal - inclusive no que concerne às próprias bases ontológicas da teoria do delito (com releitura de suas categorias) -, não se deve ignorar os importantes alertas daqueles que dignamente seguem defendendo os valores e as garantias fundamentais que foram conquistadas no longo processo de tradição e melhoramento da ciência penal.

Cumpre estar atento que o ambiente de grande liberdade construído desde meados do século passado, se por um lado rompeu com muitos dos padrões de ordem típicos da modernidade, de outro lado vem abrindo espaço a movimentos reacionários e correntes teóricas que apontam medidas radicais para o "controle da desordem". Como bem assinala David Garland, "após um processo duradouro de expansão da liberdade individual e de relaxamento das restrições sociais e culturais, o controle, agora, está sendo reenfatizado em todas as áreas da vida social"[9], de

---

[6] Antônio Luís Chaves Camargo. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal.* São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 27.

[7] Marta Rodriguez de Assis Machado salienta "a grande dificuldade em reduzir a complexidade dos mecanismos de surgimento dos riscos e danos às categorias penais clássicas de causalidade e culpabilidade individual e os recentes movimentos de política criminal tendentes a fazer uso de mecanismos de imputação que eliminem os bloqueios do sistema tradicional". *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais.* São Paulo: IBCCRIM, 2005, p.74.

[8] "Tendo em vista que o modelo liberal-individualista-normativista, associado a um esquema sujeito-objeto de interpretar o tipo, não mais faz frente à mudança social, sobretudo no que diz respeito à ascensão de um Estado Democrático de Direito que tem a necessidade de cumprir as promessas da modernidade (ou pós-modernidade, como se queira chamar), tendo em vista que o pensamento liberal que ainda norteia a aplicação do Direito não mais consegue dar conta dos conflitos transindividuais que diariamente ocorrem. Sob esse ponto de vista, não se pode falar na existência pragmática de um Estado pós-moderno se o pensamento dominante ainda é pré-moderno, mais especificamente liberal, o que acaba por influenciar enormemente o agir do intérprete, sobretudo em âmbito Penal no qual, apesar das constantes reformas e edição de novas leis, o esqueleto do sistema foi construído pelo legislador de 1940 - lembre-se, em época de pós-revolução liberal". CARNEIRO, Wálber Araujo; ALBAN, Thiago Anton. *Crise epistemológica do direito penal na pós-modernidade*. Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa/ article/download/301/249. Acesso em 15/07/2014.

[9] GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.* Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 415.

modo que um demasiado apego a valores tradicionais costuma fomentar regimes autoritários, ávidos por segurança, ordem, controle, administração de riscos e contingenciamento.

Trata-se de um fenômeno cíclico de reações que sempre ocorre em momentos de ruptura de padrões e mudanças de paradigmas sociais[10].

Não é conveniente, a pretexto de evoluir, retroceder a modelos que, ainda que pudessem se revelar funcionais e eficientes no curto prazo, a história já se encarregou de mostrar serem inadequados no médio e longo prazo.

1 O mal-estar na era das certezas

Conhece-te a ti mesmo: eis a inscrição contida na entrada do templo de Delfos e que teria inspirado a filosofia de Sócrates. Mas se na antiguidade a sabedoria era direcionada ao presente e atingia sua plenitude por meio do autoconhecimento pregado pela dialética socrática, na modernidade o racionalismo cognitivo propiciado pelos dogmas matemáticos da ciência experimental tornou-se um poder além do seu tempo, prometendo ao homem o conhecimento do futuro e alimentando nele o sonho de previsibilidade (ordem) e controle da natureza (segurança).

Historicamente, o termo "modernidade" é utilizado para designar a fase da humanidade que se seguiu à propagação dos ideais iluministas dos séculos XVII e XVIII, com o desenvolvimento da sociedade industrial nos séculos XIX e XX. Noutro giro, sob um prisma epistemológico, grosso modo pode-se dizer que o paradigma científico da modernidade ancorou-se no método cartesiano e na física newtoniana.[11]

Na ciência moderna, centrada nos ideais do positivismo e do racionalismo cartesiano, a humanidade passou a levar a sério somente o conhecimento extraído de métodos lógico-dedutivos e mecanicistas, demonstrado por meio de fórmulas matemáticas e parâmetros que conduzira a resultados considerados cada vez mais exatos. Nesta *era das certezas*, quanto mais precisão melhor.

Pode-se dizer que tal ainda é a ideologia predominante nos discursos que pretendem se afirmar científicos. Consciente ou inconscientemente, essa luta por *objetividade* já dura cerca de quatro séculos, sob influência de importantes

[10] Garland explica que "as décadas de 1950, 1960 e 1970 foram um período de rápida transformação social e econômica, durante o qual as famílias e comunidades foram deslocadas, indivíduos e grupos sociais passaram a desfrutar de novas liberdades, de estilos de vida mais variados e de maior oferta de bens de consumo. Subsequentemente, aquela fase deu lugar a uma onda de angústias com relação ao colapso da família, de normas informais de conduta e ao relaxamento das disciplinas institucionais. Nas décadas derradeiras do século XX, a busca pela liberdade veio a ser obscurecida por uma nova impressão de desordem e de controles perigosamente inadequados. Como vimos, políticas reacionárias se aproveitaram desta inquietação subjacente para criar um poderoso discurso acerca do declínio moral no qual o *crime* floresceu -- junto com a gravidez na adolescência, mães solteiras, a dependência de programas previdenciários e o uso de drogas ilícitas -- como sintoma principal da suposta doença. Esta exortação pelo retorno à ordem levou à imposição de novas disciplinas e amplos controles, sem embargo do fato de estas disciplinas e controles terem sido desenvolvidos para atingir grupos sociais específicos e não a totalidade dos membros. Os anos 1980 e 1990 testemunharam o retorno à restrição, a adequação dos controles e uma tentativa de conter um novo mundo desordenado". GARLDN, *op. cit.*, p. 416.

[11] Lançaremos aqui mão de algumas ideias já expostas em texto no qual discorremos sobre as deficiências do paradigma científico da modernidade e a complexidade da vida contemporânea. Neste capítulo, faremos a transcrição de alguns trechos *ipsis litteris*, por se tratar de texto da nossa própria autoria. Cf. CARNEIRO NETO, Durval. *Um novo direito para uma sociedade complexa.* Revista da Seção Judiciária da Bahia, n. 3.

pensadores da modernidade tais como Galileu Galilei, Nicolau Copérnico, Francis Bacon, René Descartes, John Locke, Thomas Hobbes, Isaac Newton, entre outros. A ciência moderna nasceu com a astronomia de Galileu (1564-1642), encontrou um importante reforço no método matemático de Descartes (1596-1650) e adquiriu a maioridade com a mecânica de Newton (1642-1727). A partir daí, o homem sentiu-se atraído por fórmulas que pudessem decifrar o enigma funcional do mundo e a natureza de todas as coisas, desencadeando-se então uma verdadeira obsessão por medições e quantificações.

No método preconizado por Descartes, "havendo somente uma verdade em cada coisa"[12], todas as coisas que podem estar sob a consciência dos homens seguem as mesmas razões usadas pelos geômetras e "desde que se consiga conservar sempre a ordem necessária para fazer a dedução uma das outras, não existirão tão distantes que não sejam alcançadas, nem tão escondidas que não sejam descobertas".[13] Por isso, ainda hoje para tudo se procura "fórmulas", seja nos tratamentos médicos, nas receitas culinárias, nas análises econômicas, nas dicas de moda e de relacionamento pessoal, nas dietas de peso e, sobretudo, nos cada vez mais avançados programas dos computadores. Aliás, até mesmo no terreno das artes – pasme-se! – já foram desenvolvidos softwares que facilitam a criação desde projetos arquitetônicos até arranjos musicais.

O homem moderno, inspirado pelo desejo de controle da natureza e sentindo a necessidade de saber exatamente o que deveria ser feito para alcançar suas metas, logrou afastar a sensação de incerteza e subjetividade que sempre lhe causou profundo desconforto. E a principal característica deste racionalismo mecanicista foi a *análise fragmentária*, dividindo-se o todo em partes cada vez menores, as quais, por sua vez, tornaram-se objeto de minucioso exame.

O mundo passou a ser visto como um grande relógio, cujas peças teriam uma função precisa e deveriam ser estudadas isoladamente. Nas palavras de Descartes, o método científico consiste em "dividir cada dificuldade a ser examinada em tantas partes quanto possível e necessário para resolvê-las", "começando pelos assuntos mais simples e mais fáceis de serem conhecidos, para atingir, paulatinamente, gradativamente, o conhecimento dos mais complexos".[14] Calcados no método de raciocínio cartesiano, os padrões de pesquisa da física newtoniana foram empregados em diversos outros campos científicos, tendo se tornado a "ciência-padrão" em relação a todas as demais formas de conhecimento, a tal ponto de a sociologia clássica ter sido inicialmente chamada de "física social" (Auguste Comte[15]). Em seguida, abriu-se espaço para o "organicismo" ou "darwinismo social"

[12] "Havendo somente uma verdade em cada coisa, qualquer um que a encontrar saberá tanto quanto pode saber. Assim, exemplificando, uma criança que saiba aritmética, tendo executado uma soma de acordo com os preceitos, pode certificar-se de ter encontrado, no tocante à questão que tinha sob exame, tudo quanto a mente humana poderia encontrar. É que o método que ensina a seguir a ordem real e a numerar com exatidão todas as circunstâncias daquilo que se busca contém tudo quanto dá certeza às regras de aritmética". DESCARTES, René. *Discurso sobre o método.* São Paulo: Hemus, 1968, p. 30.

[13] *Ibid.*, p. 28.

[14] *Ibid.*, p.27.

[15] "Essa tentativa de derivar as ciências sociais das ciências físicas é patente nas obras dos primeiros estudiosos da realidade social. O próprio Comte deu inicialmente o nome de 'física social' às suas análises da sociedade, antes de criar o termo *sociologia.* Essa filosofia social positivista se inspirava no método de investigação das ciências da natureza, assim como procurava identificar na vida social as mesmas relações e princípios com os quais os cientistas explicavam a vida natural". COSTA, Cristina. *Sociologia*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004, p. 47.

(Herbert Spencer[16]), o pensamento estatístico de Émile Durkheim[17] e historicismo de tipos ideais pregado por Max Weber.[18]

A lógica cartesiana também marcou presença na economia clássica (Adam Smith[19]) e, posteriormente, na macroeconomia (J. M. Keynes[20]). Na psicologia foram desenvolvidas diversas correntes reducionistas[21] tais como o estruturalismo (Wilhelm Wundt), o funcionalismo (William James), o behaviorismo (J. Watson e B.

[16] "A própria sociedade foi concebida como um organismo constituído de partes integradas e coesas que funcionavam harmonicamente, segundo um método físico ou mecânico. Por isso o positivismo foi chamado também de *organicismo*. (...) Tais idéias, transpostas para a análise da sociedade, resultaram no *darwinismo social*, isto é, o princípio de que as sociedades se modificam e se desenvolvem num mesmo sentido e que tais transformações representariam sempre a passagem de um estágio inferior para outro superior, em que o organismo social se mostraria mais evoluído, mais adaptado e mais complexo. Esse tipo de mudança garantiria a sobrevivência dos organismos – sociedades e indivíduos – mais fortes e evoluídos. (...) Albert Schäffle, que se dedicou ao estudo dos 'tecidos sociais', conceito com o qual identificava as diferentes sociedades existentes, numa nítida alusão à biologia. Ninguém, entretanto, se destacou como Hebert Spencer, filósofo inglês que procurou estudar a evolução da espécie humana de acordo com as leis que explicariam o desenvolvimento de todos os seres vivos, entre os quais o homem". COSTA, *op. cit.*, p. 47-51.

[17] "Procurando garantir à sociologia um método tão eficiente quanto o desenvolvido pelas ciências naturais, Durkhein aconselhava o sociólogo a encarar os fatos sociais como *coisas*, isto é, objetos que, lhe sendo exteriores, deveriam ser medidos, observados e comparados independentemente do que os indivíduos envolvidos pensassem ou declarassem a seu respeito. (...) Imbuído dos princípios positivistas, Durkhein queria com esse rigor, à maneira do método que garantia o sucesso das ciências exatas, definir a sociologia como ciência, rompendo com as ideias e o senso comum – 'achismos' – que interpretavam de maneira vulgar a realidade social". COSTA, *op. cit.*, p. 61.

[18] "O tipo ideal de Max Weber corresponde ao que Florestan Fernandes definiu como *conceitos sociológicos construídos interpretativamente como instrumentos de ordenação da realidade.* O conceito, ou tipo ideal, é previamente construído e testado, depois aplicado a diferentes situações em que dado fenômeno possa ter ocorrido. À medida que o fenômeno se aproxima ou se afasta de sua manifestação típica, o sociólogo pode identificar e selecionar aspectos que tenham interesse à explicação, como, por exemplo, os fenômenos típicos 'capitalismo' e 'feudalismo'. O tipo ideal não é um modelo perfeito a ser buscado pelas formações sociais históricas nem mesmo qualquer realidade observável. É um instrumento de análise científica, numa construção do pensamento que permite conceituar fenômenos e formações sociais e identificar na realidade observada suas manifestações. Permite ainda comparar tais manifestações". COSTA, *op. cit.*, p. 75.

[19] O seu livro *A Riqueza das Nações* é considerado o marco inaugural da economia moderna como teoria sistematizada. Segundo escreve Michael Hart, "Adam Smith organizou e apresentou tão bem o seu sistema de raciocínio econômico, que, em poucas décadas, as escolas de pensamento econômico anteriores foram abandonadas, ainda que virtualmente todas as suas características positivas tivessem sido incorporadas ao sistema de Smith, que, entretanto, também lhe expunha as falhas. Seus sucessores, que incluem economistas importantes, como Thomas Malthus e David Ricardo, aperfeiçoaram e refinaram seu sistema (sem alterar os conceitos básicos), transformando-o na estrutura que hoje se considera a economia clássica". HART, Michael. *As 100 maiores personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história.* 9. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2003, p. 199.

[20] "No século XX, o modelo keynesiano foi totalmente assimilado pela principal corrente do pensamento econômico. A maioria dos economistas manteve-se desinteressada do problema político do desemprego, e, em vez disso, prosseguiu em suas tentativas de 'afinar' a economia aplicando os remédios keynesianos de impressão de moeda, elevação ou redução das taxas de juros, corte ou aumento de impostos etc. Entretanto, esses métodos ignoram a estrutura detalhada da economia e a natureza qualitativa de seus problemas, e, por conseguinte, são geralmente mal sucedidos. Na década de 70, as falhas da economia keynesiana tinham-se tornado evidentes. O modelo keynesiano é hoje inadequado porque ignora muitos fatores que são fundamentais para a compreensão da situação econômica. (...) No máximo, a abordagem keynesiana pode fornecer um conjunto de possíveis roteiros, mas não pode formular previsões específicas. Tal como ocorre com a maior parte do pensamento econômico cartesiano, ela durou mais do que a sua utilidade justifica". CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação.* 14. ed. São Paulo: Cultrix, 1995, p. 203.

[21] Chamamos de "reducionistas" porque, à guisa de buscarem maior aprofundamento em certos campos de conhecimento, tais correntes buscaram uma análise fragmentária que concentra todas as atenções em determinado aspecto dos fenômenos, ignorando ou desprezando outras variáveis que também influenciam nos resultados.

Skinner)[22] e, por fim, a psicanálise (Freud)[23]. E na medicina moderna foram surgindo cada vez mais especializações, afastadas das chamadas medicinas tradicionais, de visão holística (indígena, chinesa, hindu etc.).

Contudo, tal redução dos objetos de estudo, na pretensão de entendê-los melhor, deu-se em detrimento da visão sistêmica e sincrônica da realidade. O que se ganhou em objetividade e previsibilidade, ordem e segurança, perdeu-se em liberdade e sensibilidade, e esta parece ter sido a sina do avanço científico da modernidade e responsável pelo seu consequente "mal-estar".

A influência da matemática cartesiana e da física newtoniana revelaram-se, enfim, decisivas na elaboração dos únicos padrões científicos reputados legítimos pelo homem moderno, levando a que outros métodos de conhecimento, tradicionalmente localizados à margem deste paradigma, fossem aviltados, ridicularizados, tratados como mitos, lendas, superstições, curandeirismos ou pequenezas do gênero. Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, a ciência moderna "nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas"[24].

2 A concepção moderna de segurança jurídica

Dada a preeminência do mecanicismo em todas as searas do conhecimento humano, na ciência do direito não teria sido diferente, haja vista inclusive as exigências políticas e econômicas das sociedades modernas.

---

[22] "Os psicólogos, na esteira de Descartes, adotaram a divisão estrita entre a *res cogitans* e a *res extensa*, o que lhes dificultou extremamente entender como a mente e o corpo interagem mutuamente. (...) Os estruturalistas estudaram a mente através da introspecção e tentaram analisar a consciência em seus elementos básicos, ao passo que os behavioristas concentraram-se exclusivamente no estudo do comportamento, e assim foram levados a ignorar ou negar a existência pura e simples da mente. Ambas essas escolas surgiram numa época em que o pensamento científico era dominado pelo modelo newtoniano de realidade. Assim, ambas adotaram por modelo a física clássica, incorporando os conceitos básicos da mecânica newtoniana em sua estrutura teórica". CAPRA, *op. cit.*, p. 156.

[23] "Assim como na física newtoniana, também na psicanálise a concepção mecanicista de realidade subentende um rigoroso determinismo. Todo evento psicológico tem uma causa definida e dá origem a um efeito definido, e o estado psicológico total de um indivíduo é determinado, de modo único, pelas 'condições iniciais' do começo da infância. A abordagem 'genética' da psicanálise consiste em situar a causa original dos sintomas e do comportamento de um paciente nas fases prévias de seu desenvolvimento, ao longo de uma cadeia linear de relações de causa e efeito. (...) A teoria clássica da psicanálise foi o brilhante resultado das tentativas por parte de Freud de integração de suas muitas e revolucionárias descobertas e idéias numa estrutura conceitual coerente e sistemática que satisfizesse aos critérios da ciência do seu tempo. Dadas a amplitude e a profundidade de sua obra, não pode nos surpreender o fato de podermos agora reconhecer deficiências em sua abordagem, que são devidas, em parte, às limitações inerentes à estrutura cartesiana-newtoniana, e, em parte, ao condicionamento cultural do próprio Freud. Reconhecer essas limitações da abordagem psicanalítica não diminui, em absoluto, o gênio do seu fundador; é, antes, fundamental para o futuro da psicoterapia". CAPRA, *op. cit.*, p. 175.

[24] Acerca deste paradigma dominante: "O modelo de racionalidade que preside a ciência moderna constituiu-se a partir da revolução científica do século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes basicamente no domínio das ciências naturais. Ainda que com alguns prenúncios no século XVIII, é só no século XIX que este modelo de racionalidade se estende às ciências sociais emergentes. A partir de então pode falar-se de um modelo global (isto é, ocidental) de racionalidade científica que admite variedade interna, mas que se defende ostensivamente de duas formas de conhecimento não científico (e, portanto, potencialmente perturbadoras): o senso comum e as chamadas humanidades ou estudos humanísticos (em que se incluiriam, entre outros, os estudos históricos, filológicos, jurídicos, literários, filosóficos e teológicos). (...) Esta preocupação em testemunhar uma ruptura fundante que possibilita uma e só uma forma de conhecimento verdadeiro está bem patente na atitude mental dos protagonistas, no seu espaço perante as próprias descobertas e na extrema e ao mesmo tempo serena arrogância com que se medem com seus contemporâneos". SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.* 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 60-61.

Houve no campo do direito um fértil terreno para o desenvolvimento de correntes positivistas tais como a "escola da exegese" (Blondeau, Bugnet)[25], a "jurisprudência dos conceitos" (Putcha)[26], o "pandectismo" (Wildscheid)[27], o "método histórico-natural" (Jhering)[28], dentre outros que passaram a pregar a aplicação silogística da norma jurídica ao fato, refutando qualquer valoração por parte do aplicador.

Tal se coadunava perfeitamente com os ideais políticos de segurança social da época, compatíveis com as perspectivas econômicas alimentadas pela classe burguesa ascendente.[29] A própria concepção de separação dos poderes pregava, de tamanha forma, o culto objetivo da lei, que os juízes haveriam de se comportar meramente como "a boca que pronuncia as palavras da lei", na célebre frase de

---

[25] "Publicado em 1804 o *Código de Napoleão*, unificou-se o direito civil francês. Os juristas de então, presenteados com a monumental codificação – privilégio de que não gozaram os seus antepassados, se remontarmos até à época das codificações bárbaras e romanas – entenderam que a tarefa do cientista do direito seria apenas a mera exegese do texto legal. Este positivismo legal e estatista vai ser, mesmo, a nota distintiva dominante da escola. (...) Tal idéia simplista acerca da aplicação é ainda hoje muito aceita entre os teóricos e práticos do direito, mesmo por parte daqueles que já se desprenderam praticamente dela e de suas implicações legalistas, mas continuam presos ao seu império teórico". MACHADO NETO, *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.21.

[26] Segundo Karl Larenz, "foi Putcha quem, com inequívoca determinação, conclamou a ciência jurídica do seu tempo a tomar o caminho de um sistema lógico no estilo de uma 'pirâmide de conceitos', decidindo assim a sua evolução no sentido de uma 'jurisprudência dos conceitos formal'. (...) A idéia de Putcha é a seguinte: cada conceito superior autoriza certas afirmações (p. ex.:, o conceito de direito subjetivo é de que se trata de 'um poder sobre um objeto'); por conseguinte, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valerão para ele 'forçosamente' todas as afirmações que se fizerem sobre o conceito superior.(...) A 'genealogia dos conceitos' ensina, portanto, que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, codetermina os restantes através do seu conteúdo. Porém, de onde procede o conteúdo desse conceito supremo? Um conteúdo terá ele de possuir, se é que dele se podem extrair determinados enunciados, e esse conteúdo não deve proceder dos conceitos dele inferidos, sob pena de ser tudo isso um círculo vicioso. Segundo Putcha, este conteúdo procede da filosofia do Direito: assim consegue um ponto de partida seguro com que construir dedutivamente todo o sistema e inferir novas proposições jurídicas". LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 23-25.

[27] Aludindo ao *Lehrbuch der Pandekten* (Tratado dos Pandectas) de Windscheid, Karl Larenz considera que se trata de "um positivismo legal racionalista, moderado pela crença na razão do legislador, o que se exprime em Windscheid e na geração dos juristas por ele influenciados: se o Direito é, sem dúvida, essencialmente equiparado à lei, esta compreende-se como expressão, não já do puro arbítrio, mas da vontade racional – nas ponderações racionais que a orientam e nas perspectivas racionais em que se apoia – de um legislador histórico e, ao mesmo tempo, idealizado. (...) embora longe dos extremos de Jhering (no seu primeiro período), Windscheid não deixou de manejar com soberba maestria o método de análise dos conceitos, da abstração, da sistematização lógica e da construção jurídica". LARENZ, *op. cit.*, p. 35. Consoante Boaventura de Sousa Santos, "as Pandectas foram apenas uma manifestação extrema de um processo muito mais vasto de cientificização do direito moderno tendente a transformar o direito num instrumento eficaz da engenharia social oficial. À medida que o direito foi politizado, enquanto direito estatal, foi também cientificizado, contribuindo assim, pela sua reconstrução científica do Estado, para despolitizar o próprio Estado: a dominação política passou a legitimar-se enquanto dominação técnico-jurídica". SANTOS, *op. cit.*, p. 143.

[28] A referência aqui se faz especificamente ao primeiro período do pensamento jurídico de Jhering, segundo o qual "a ciência sistemática do Direito seria a 'química jurídica', que procura os corpos (!) simples'. Enquanto 'sublima os conceitos' a 'matéria-prima dada' (que são as regras jurídicas), a construção jurídica permite 'o trânsito do Direito do estado inferior da agregação para o superior". LARENZ, *op. cit.*, p.32.

[29] "A crítica dos pensadores iluministas e a necessidade de segurança da sociedade burguesa passou, então, a exigir a valorização dos preceitos legais no julgamento dos fatos. Daí se originou um respeito quase mítico pela lei, base, então, para o desenvolvimento da poderosa Escola da Exegese, de grande influência nos países em que dominou o espírito napoleônico. A redução do jurídico ao legal foi crescendo durante o século XIX, até culminar no chamado legalismo. Não foi apenas uma exigência política, mas também econômica. Afinal, com a Revolução Industrial, a velocidade das transformações tecnológicas aumenta, reclamando respostas mais prontas do direito, que o direito costumeiro não podia fornecer". FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.74-75.

Montesquieu. Posteriormente, teve destaque a famosa *teoria pura do direito*, formulada pelo gênio de Hans Kelsen ao pregar uma teoria "purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural", visando "aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão".[30]

Vê-se que, não obstante uma ou outra variante do positivismo jurídico moderno, o estudo do direito durante os dois últimos séculos esteve sob nítida influência do mecanicismo da física newtoniana, calcando-se em metodologias contaminadas por conceitos categóricos, fórmulas apriorísticas, verificabilidade de pressupostos e redução de complexidades. Os juristas modernos passaram a abominar todo tipo de percepção jurídica baseada na retórica.[31]

Todavia, a objetividade idealizada pelo direito moderno nunca pode coincidir com aquela perseguida pela física moderna. Em outras palavras, a "segurança" buscada pela ciência jurídica moderna, como modelo de prescrição do direito posto ("dever-ser" objetivo), difere daquela almejada pelos estudiosos das chamadas ciências naturais de viés essencialmente descritivo ("ser" objetivo).

Na física, a *segurança* na elaboração de fórmulas situava-se na precisa correção dos resultados verificados por experimentações. Quanto mais exata fosse a descrição do fenômeno físico, mais segurança haveria na previsão de futuros episódios da mesma natureza. É assim que, com base na fórmula termodinâmica da dilatação, toda barra de metal submetida a determinada quantidade de calor se dilatará em determinado comprimento a depender do tipo de metal empregado (coeficiente de dilatação). Há aí, como pano de fundo ideológico, a figura da *verdade* em termos fenomenológicos, aquela "única verdade" referida por Descartes na elaboração do seu famoso método.[32]

No direito, porém, a *segurança*, ainda que para alguns pudesse ter como substrato ideológico a tão almejada "justiça", veio sendo objetivamente identificada sob o manto da moderna concepção positivista de *ordem*.

Ao tratar da ordem social e da estabilidade, Pontes de Miranda já reconhecia que "muitas vezes, tal estabilidade é injustiça e traz maiores danos do que tudo".[33] Daí entender que o direito deveria se ocupar simultaneamente de dois valores por ele denominados de *segurança intrínseca* (segurança como *justiça*) e *segurança*

---

[30] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, prefácio à primeira edição de 1934.

[31] Boaventura Santos ressalta que "a marginalização da retórica pode ser precisamente localizada no *Discurso do Método*, quando Descartes afirma, como uma das regras fundamentais do novo método, que tudo aquilo que apenas for provável deve ser considerado falso. Desde as 'idéias claras e distintas' de Descartes e do 'raciocínio pela experimentação' de Bacon até os diferentes tipos de positivismo do início do século XX, a retórica foi sendo firmemente expulsa do novo território da racionalidade científica. (...) as amplas tendências culturais desencadeadas pela racionalidade cartesiana foram-se gradualmente impondo na cultura e práticas jurídicas. O movimento codificador do século XIX e o positivismo jurídico que o acompanhou conduziram ao abandono total da retórica jurídica e à sua substituição pela ciência jurídica – a chamada 'dogmática jurídica'". SANTOS, *op. cit.*, p.97.

[32] "E eu sempre alimentei o grande desejo de diferenciar o verdadeiro do falso, para ver com clareza em minhas ações e caminhar com segurança nesta vida". DESCARTES, *op. cit.*, p.17.

[33] "Parece-nos que há séria confusão a respeito de segurança do direito: até aqui se tem prometido a estabilidade de dispositivos, de leis, de códigos, quando, em verdade, fora de mister a promessa de critérios justos. O conteúdo da segurança do direito e bem assim o da justiça devem adaptar-se um ao outro: não podem ferir-se mutuamente, desmentir-se, anular-se. Lei que é dura, é feroz, é bárbara, é autoritária; só o absolutismo poderia conhecer e aplaudir o *dura lex, sede lex*. Certamente seria anarquia não garantir a permanência do direito, mas a permanência do direito não é, necessariamente, a permanência da lei". PONTES DE MIRANDA. *Sistema de ciência positiva do direito: investigação científica e intervenção na matéria social.* 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 193.

extrínseca (segurança como *ordem*), considerando que o grau de perfeição do sistema jurídico residiria no equilíbrio entre eles.[34] Porém, como destacou o ilustre jurista alagoano, não raro o sistema privilegia a segurança extrínseca, através de "regras jurídicas técnicas"[35] que buscam, precipuamente, por *ordem* nas questões sociais. Nestes casos, "o despotismo legal é melhor do que a ausência de lei, porque se tem por fito a segurança jurídica. Não se cogita principalmente de *resolver bem*, mas antes de tudo, de *resolver,* o que é diferente".

Em síntese, enquanto as ciências físicas preocupavam-se em descrever a *ordem* presente em todas as coisas da natureza, a ciência jurídica buscava imprimir uma *ordem* no comportamento social. Em ambos os casos, portanto, lutou-se contra a *desordem*, contra o *caos.* Mas este paradigma científico mecanicista encontra-se em severa crise. Aliás, pode-se mesmo dizer que já se encontrava em crise quando passou a ser empregado entre os juristas.

É curioso observar que quando Kelsen, inspirado pelos ideais positivistas da lógica cartesiana, desenvolveu a teoria pura do direito na primeira década do século XX[36], os estudos científicos da física já estavam caminhando em outro sentido, flexibilizando muitos de seus conceitos e axiomas clássicos. Enquanto os físicos já atentavam para a falibilidade do método objetivo na descrição de certos fenômenos naturais, os juristas se apegavam a ele como a solução para o problema científico do direito.

3 O Direito Penal na sociedade industrial

Numa sociedade culturalmente construída sob o modelo de ordem e segurança, segundo a imagem simbólica do contrato social (Rousseau) e cientificamente descrita por meio de fórmulas redutoras das complexidades do mundo real, os estudos objeto da ciência do direito, e em especial do direito penal, limitaram consideravelmente o número de fenômenos dignos de proteção jurídica, selecionando-os de acordo com os valores hegemônicos do capitalismo industrial.

Resultado disso foi a afirmação do direito penal como um sistema fechado, completo e atemporal[37].

Outrossim, era de se esperar também a instituição de fortes mecanismos de controle social direcionados a inibir qualquer fuga dos padrões de comportamento idealizados para o desenvolvimento harmonioso da humanidade.

Se de um lado a modernidade inaugurada no século XIX rompeu com os padrões tradicionais de ordem até então fincados nas crenças, costumes e hábitos herdados da família, da comunidade e da religião, de outro lado a visão racional e uniforme de ordem, abraçada pelo estado moderno, levou a que o homem tivesse de construir a sua identidade de acordo com o modelo idealizado e condizente com o

[34] PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 195.

[35] "Existe espécie de leis, precisamente caracterizadas e a que devemos chamar puramente técnicas. Representam menos escolha que adoção de critério, valem mais como *rumos* do que como *acertos*. O prestígio delas deve ser maior do que o das outras, porquanto o valor delas está mais em serem respeitadas do que no próprio conteúdo delas". PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p.196.

[36] Kelsen apresentou o primeiro esboço da teoria em seu livro *Hauptproblemen der Staatsrechtslehre,* lançado em 1911.

[37] "No período clássico do direito penal, assim designado aquele que vai do positivismo jusnaturalista até o fim do neokantismo, o direito penal era concebido como um sistema fechado, porque fundado em axiomas e por isso se expressava como um sistema axiomático, no qual todo o conhecimento do direito penal se expressava por um número reduzido de fórmulas fundamentais, das quais seria possível extrair todos os demais enunciados penais, por intermédio da lógica-dedutiva". AMARAL, *op. cit.*, p.37.

progresso social. Desancorados do porto das tradições religiosas, os indivíduos, pretensamente livres em suas buscas pessoais, continuaram, todavia, presos aos padrões culturais hegemônicos.

O estado moderno, consagrando liberdades individuais, mas sem descuidar de manter a ordem, "tratou de desacreditar, de repudiar e erradicar *les pouvoirs intermédiaires* das comunidades e tradições",[38] deixando os indivíduos "livre para escolher a espécie de vida que desejassem viver, bem como controlar e administrar a sua existência na estrutura das normas legais reconhecidas pelos únicos poderes de legislação legítima - os do estado".[39] Vale dizer, a liberdade individual assegurada pela modernidade estava limitada ao projeto social de ordem e segurança; ou seja, liberdade para construir uma identidade, mas não qualquer identidade, porquanto presa a esquemas pré-estabelecidos e úteis à ordem social da sociedade capitalista industrial e de consumo.

Em poucas palavras, o projeto individual do homem moderno estava vinculado ao projeto de ordem social[40].

Neste *cenário de confiança, duradouro, estável, previsível para os atos e escolhas individuais*, fácil ficava identificar os indivíduos que fugiam aos padrões mínimos de civilidade reputados necessários ao projeto de modernidade e, por conseguinte, fácil se tornou descrever o perfil da "criminalidade moderna"[41].

Cada sociedade, consoante o tipo de ordem social que almeja, estereotipa aqueles que colocam em risco o seu projeto de desenvolvimento e ameaçam a sua identidade. Bauman alude aos considerados *estranhos*, quais sejam "as pessoas que não se encaixam no mapa cognitivo, moral ou estético do mundo", sendo que "cada espécie de sociedade produz sua própria espécie de estranhos e os produz de sua própria maneira, inimitável".[42]

---

[38] BAUMAN, *op. cit.*, p. 30.

[39] *Ibid., loc. cit.*

[40] No dizer de Bauman, "o projeto moderno prometia libertar o indivíduo da identidade herdada. Não tomou, porém, uma firme posição contra a identidade como tal, contra se ter *uma* identidade, mesmo uma sólida, exuberante e imutável identidade. Só transformou a identidade, que era questão de *atribuição*, em *realização* - fazendo dela, assim, uma tarefa individual e da responsabilidade do indivíduo. Em grande parte como essa ordem global que coletivamente subscreveu os esforços individuais pela vida (abrangente, coesa, coerente e contínua), a identidade do indivíduo foi lançada como um *projeto*, o *projeto de vida* (como o enunciou Jean-Paul Sartre, com sabedoria que logo se tornou retrospectiva). A identidade devia ser erigida sistematicamente, de degrau em degrau e de tijolo em tijolo, seguindo um esquema concluído antes de iniciado o trabalho. A construção requeria uma clara percepção da forma final, o cálculo cuidadoso dos passos que levariam a ela, o planejamento a longo prazo e a visão através das consequências de cada movimento. Havia, assim, um vínculo firme e irrevogável entre a ordem social como projeto e a vida individual como projeto, sendo a última impensável sem a primeira. Se não fossem os esforços coletivos com o fim de assegurar um cenário de confiança, duradouro, estável, previsível para os atos e escolhas individuais, construir uma identidade clara e duradoura, bem como viver a vida para essa identidade, seria quase impossível". *Ibid., loc. cit.*

[41] Cumpre esclarecer que a expressão "criminalidade moderna", relacionada à sociedade industrial típica do século XIX e até meados do século XX, está aqui sendo empregada em contraposição à "criminalidade pós-moderna" característica da sociedade contemporânea de risco que se desenvolve a passos largos desde as últimas décadas do século XX. Não se deve confundir com outras conotações empregadas por diversos autores ao aludirem a "criminalidade moderna" para se referir ao que aqui se coloca como "pós-moderno", em contraposição à chamada "criminalidade de massa" (que aqui tratamos como "moderna"). A discrepância terminológica não interfere no entendimento, desde que esclarecido o sentido. Aliás, como já dito, a discrepância tem sido comum ao se aludir à pós-modernidade, que para alguns nada mais é do que um outro estágio da própria modernidade. Ulrich Beck, por exemplo, sem se valer do termo "pós-modernidade", prefere dividir a modernidade em dois momentos: a) a fase da "modernização simples", referente ao período da sociedade industrial; b) a fase da "modernização reflexiva", contemporânea da sociedade de risco.

[42] BAUMAN, *op. cit.*, p. 27.

Assim, a delinquência moderna da sociedade industrial, pensada segundo os padrões de racionalidade típicos do paradigma científico positivista, é aquela que envolve afronta a bens jurídicos individuais; abarcando predominante a chamada "criminalidade de massa, que é a criminalidade do dia a dia, como assaltos de rua, furtos, arrombamentos de residências, sequestros, comércio de drogas, delinquência juvenil etc."[43];

Para fazer frente à criminalidade moderna concebida segundo seus próprios modelos de "estranhos", a sociedade industrial adotou políticas criminais condizentes com o objetivo precípuo de manter a ordem e a segurança, estabelecendo as bases da ciência jurídico-criminal, que por sua vez foi influenciada tanto no tocante à tipologia das ações humanas cuja gravidade o legislador positivo reputou suficiente a atrair a incidência do direito penal (princípio da subsidiariedade), quanto no que concerne à própria construção de uma teoria do delito adaptada àquele modelo tradicional de persecução criminal.

Em linhas gerais, pode-se enumerar as seguintes características do direito penal moderno da sociedade industrial desenvolvida a partir do século XIX: 1) sistema punitivo baseado nos princípios da taxatividade, da subsidiariedade, da proteção a bens jurídicos individuais, da lesividade, da imputação individual, da presunção de inocência etc.[44]; 2) predominância na proteção bens jurídicos de natureza patrimonial ou indiretamente relacionados com o modo de produção industrial e a lógica da propriedade e regras do mercado; 3) utilização de conceitos relacionados ao Estado nacional (soberania, territorialidade etc.), aplicados mediante o emprego de um aparelho formal de administração da justiça criminal (segundo o modelo weberiano de burocracia); 4) emprego de técnicas de tutela orientadas precipuamente por uma tendência repressiva e com maior atenção aos crimes de resultado.

Entrementes, era questão de tempo para que as promessas da modernidade conduzissem ao declínio das suas bases teóricas de sustentação.

As utopias modernas visualizavam o "mundo perfeito" como sendo aquele que "permanecesse para sempre idêntico a si mesmo, um mundo em que a sabedoria hoje aprendida permaneceria sábia amanhã e depois de amanhã, em que as habilidades adquiridas pela vida conservariam sua utilidade para sempre".[45] Contudo, a própria modernidade radicalizou-se, confiando demasiadamente nas suas pretensas certezas e extrapolando os cânones da sociedade industrial, de maneira que o desenvolvimento da ciência não significou necessariamente o maior controle sobre o mundo natural e social. Como escreve Marta Rodriguez de Assis Machado, o mal-estar da pós-modernidade nada mais é do que *o próprio resultado da vitória da modernidade*[46].

---

[43] MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais.* São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 97.

[44] *Ibid.*, p. 96-97.

[45] BAUMAN, *op. cit.*, p. 21.

[46] "Ao contrário da modernização do século XIX, que teve lugar a partir da negação do seu oposto, que era o mundo tradicional, o processo de modernização reflexiva não ocorre mediante o distanciamento do modelo ao qual se contrapõe. Significa um processo de radicalização da modernidade, que levou às últimas consequências as suas premissas e acabou abalando os próprios pressupostos da sociedade industrial. Os padrões coletivos de vida, progresso, controlabilidade e exploração da natureza típicos da primeira modernidade são revolucionados pela ocorrência interligada de processos como a globalização, a individualização, a revolução de gênero, o desemprego e, principalmente, pelo surgimento de riscos globais, que têm em comum a característica de serem consequências imprevisíveis da vitória da modernidade. (...) Nessa perspectiva, o cenário de riscos e incertezas que ora intranquiliza o mundo não está, propriamente, em contradição com a modernidade, mas é expressão de seu desenvolvimento coerente para além do projeto de sociedade industrial. O que ocorreu é que, a certa altura, o

De certa forma "quase todas as fantasias modernas de um "mundo bom" foram em tudo profundamente antimodernas, visto que visualizaram o fim da história compreendida como um processo de mudança".[47] E ilusória acabou se revelando a sociedade construída a partir dos ideais iluministas e descrita pelos pensadores positivistas, porquanto os avanços tecnológicos decorrentes da revolução industrial tornaram o mundo cada vez mais complexo e menos controlável.[48]

Sem que se apercebesse, foram os próprios cânones de *ordem* e *segurança* típicos da moderna sociedade industrial (simples, atemporal, permanente, linear e unicultural) que propiciaram o fluxo contínuo e crescente de informações e trocas comerciais entre os mais diversos setores da comunidade global, abrindo espaço ao desenvolvimento de uma *sociedade de risco* (complexa, histórica, efêmera, pluridirecional e pluricultural). E o direito penal forçosamente haveria de também se adaptar aos novos tempos.

4 O mal-estar com o retorno das incertezas

A sensação de previsibilidade (ordem) e controlabilidade (segurança) propiciada pelo racionalismo científico atingiu o seu ápice nos albores do século XX. Na década de 1920, o símbolo da modernidade estava retratado no modelo fordista de produção industrial. E com o desenvolvimento tecnológico fomentado pela indústria bélica durante as duas grandes guerras e com a criação do computador, o homem nunca se sentiu tão perto de dominar o mundo.

Porém, a decepção ainda estava por vir.

Desde o final do século XIX estudos teóricos já apontavam para a *física das complexidades*, relativizando o modelo newtoniano, bem como a *matemática do caos* que colocou em xeque o método cartesiano.

No campo da física, durante muito tempo as teorias de Newton reinaram absolutas, até que em 1865 os cientistas Michael Faraday e Clerk Maxwell desenvolveram estudos sobre forças elétricas e magnéticas que não podiam mais ser simplesmente explicadas a partir das fórmulas newtonianas.[49] Em 1905 Albert Einstein lançou a *teoria especial da relatividade* e, dez anos depois, a *teoria geral da relatividade*, indo também de encontro a dogmas mecanicistas da Física clássica[50].

---

processo de modernização nos moldes do planejado na sociedade industrial acabou sendo surpreendido pela modernidade das suas próprias premissas". MACHADO, *op. cit.*, p. 20.

[47] BAUMAN, *op. cit.*, p. 21.

[48] "Essa condição contrapõe-se à mentalidade iluminista de que a crescente informação sobre os mundos social e natural traria um controle cada vez maior sobre eles. Acreditava-se que quanto mais avançado fosse o conhecimento humano, maior seria a certeza sobre as condições do futuro e as possibilidades de orientá-lo. Entretanto, as conexões entre o desenvolvimento do conhecimento técnico e o conhecimento acerca do futuro da humanidade mostraram-se bem distintas das sugeridas pelos primeiros modernos: as ideias de controlabilidade, certeza e segurança, fundamentais para a modernidade, entram em declínio e isso aconteceu por causa - e não apesar - do conhecimento que acumulamos sobre nós mesmos e sobre o mundo". MACHADO, *op. cit.*, p. 20.

[49] "Maxwell demonstrou matematicamente que estas forças elétricas e magnéticas não se originam das partículas agindo diretamente uma sobre a outra; pelo contrário, cada carga e corrente elétrica cria um campo no espaço circundante que exerce uma força sobre toda outra carga e corrente localizada nesse espaço. Ele constatou que um mesmo campo transporta as forças elétricas e magnéticas; portanto, eletricidade e magnetismo são aspectos inseparáveis da mesma força. (...) A teoria de Maxwell implicava que as ondas de rádio ou de luz viajariam a uma determinada velocidade fixa. Isto era difícil de conciliar com a teoria de Newton de que não existe um padrão absoluto de repouso". HAWKING, S. W.; MLODINOW, Leonard. *Uma nova história do tempo.* Tradução de Vera de Paula Assis. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005, p. 37-38.

[50] "Com o desenvolvimento da teoria da relatividade restrita (1905) e da teoria da relatividade geral (1914-1916), Einstein inaugurou uma nova concepção física do mundo com a qual rebateu os alicerces da física clássica,

Segundo Einstein, as concepções newtonianas desprezavam uma série de variáveis que, em determinadas circunstâncias, poderiam implicar grandes diferenças nos resultados experimentados. Demonstrou-se, assim, que as leis mecânicas de Newton somente serviam bem em sistemas simples, nos quais os resultados poderiam ser aproximados sem aparentemente comprometer a realidade dos fenômenos. Mas em sistemas mais complexos, como é o caso dos fenômenos gravitacionais, as fórmulas newtonianas revelavam imprecisões significativas.[51]

Outro grande marco de rompimento com os modelos da física clássica deu-se em 1925, quando Werner Heisenberg publicou importante trabalho sobre mecânica quântica, na linha de seu predecessor Max Planck, tendo ainda, em 1927, formulado o famoso "princípio da incerteza", por meio do qual apontou limites teóricos das medições da mecânica newtoniana. Enquanto Einstein havia demonstrado a inexatidão das fórmulas de Newton no âmbito da macrofísica, Heisenberg, juntamente com Niels Bohr, ocuparam-se em demonstrar a sua inaplicabilidade na microfísica, também chamada de *física quântica*.

Heisenberg e Bohr concluíram que no universo das micropartículas, que se movimentam em altíssimas velocidades, não se pode descrever com exatidão o seu comportamento, senão apenas em termos de *probabilidades*[52] e a partir da noção de *complementaridade.*[53] Foram, portanto, ainda mais "relativistas" do que o próprio

---

aceitos desde Isaac Newton (1643-1727): os conceitos de espaço e tempo absolutos. A teoria da relatividade relaciona o espaço e o tempo com a gravitação (força da gravidade); estas dimensões surgiram com a matéria e o cosmos e não devem ser entendidas como dimensões absolutas, mas como uma continuidade quadridimensional do espaço-tempo. Todo o movimento deve ser observado em relação a um determinado sistema de referência; disso resulta que o tempo depende da velocidade do movimento relativo". Disponível em: *http://biografias.netsaber.com.br/ver_biografia.php?c=318*. Acesso em 11.04.2007.

[51] Por isso "os efeitos previstos por Einstein só são perceptíveis a grandes velocidades. A aritmética simples das leis de Newton aplica-se às velocidades ordinárias unicamente porque os efeitos de Einstein são muito pequenos para serem percebidos; e como vivemos num ambiente onde reinam essas leis, elas acabam por nos soar naturais, enquanto os efeitos de Einstein nos parecem estranhos". ASIMOV, Isaac. *Para compreender a relatividade.* In: Avalon, Manville (org.). *Einstein por ele mesmo*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 116-117.

[52] "O princípio da incerteza, desenvolvido pelo físico alemão Werner Heisenberg, estabelece que é impossível conhecer simultaneamente a posição e a energia de uma partícula tal como o elétron. Isso porque, para se estudar uma partícula, é preciso interagir de alguma maneira com esta partícula. Nenhum instrumento pode "sentir" ou "ver" um elétron sem influenciar intensamente o seu movimento. Se, por exemplo, construíssemos um microscópio tão poderoso, capaz de localizar um elétron, teríamos de usar uma radiação com um comprimento de onda muito menor que o da luz. (Para que um objeto diminuto possa ser visto num microscópio, o comprimento da luz utilizado deve ser menor que o diâmetro do objeto.) Esse supermicroscópio imaginário deveria, para isso, usar raios x ou raios g. Mas a energia destas radiações é tão grande que modificaria a velocidade e, conseqüentemente, o momento do elétron, numa quantidade grande e incerta. O princípio da incerteza pode ser assim interpretado: quanto mais de perto tentarmos olhar uma partícula diminuta, tanto mais difusa se torna a visão da mesma". Disponível em: *http://www.mundodoquimico.hpg.ig.com.br/incerteza%20de%20heisenberg.htm.* Acesso em 11.04.2007. "Na física clássica está implícita a idéia de que qualquer grandeza de movimento de uma partícula pode ser medida e descrita de modo exato. Por exemplo, pode-se medir simultaneamente a posição e a velocidade de uma partícula sem perturbar o seu movimento. De acordo com a física quântica, o ato de medir interfere na partícula e modifica o seu movimento". Disponível em: *http://www.ufsm.br/gef/Fmod16.htm*. Acesso em 11.04.2007. "O princípio da incerteza tem implicações profundas na forma como vemos o mundo. É impossível prever acontecimentos futuros com precisão, dado não ser possível medir com precisão o estado do Universo. A Mecânica Quântica prevê vários resultados possíveis para uma observação, cada um com a sua probabilidade e, portanto, informa-nos acerca das probabilidades de cada um dos futuros estados possíveis do mundo". Disponível em: *http://www.dsc.ufcg.edu.br/~gmcc/mq/incerteza.html*. Acesso em 11.04.2007.

[53] "Niels Bohr introduziu a noção de *complementaridade*. Segundo ele, a imagem da partícula e a imagem da onda são duas descrições complementares da mesma realidade, cada uma delas só parcialmente correta e com uma gama limitada de aplicação. Ambas as imagens são necessárias para uma descrição total da realidade atômica e ambas são aplicadas dentro das limitações fixadas pelo princípio da incerteza. A noção de

Einstein, pois este, apesar de reconhecer a complexidade dos fenômenos naturais, concebia a possibilidade teórica de uma descrição objetiva causal, ao passo que a teoria quântica colocava uma pá de cal na questão, refutando qualquer possibilidade de se obter conhecimento preciso e absoluto dos fatos.

Em que pese a crítica antológica que Einstein fez ao princípio da incerteza – quando ironizou que "Deus não joga dados com o universo"[54] – é inegável a contribuição que a teoria quântica produziu no pensamento científico do século XX, abrindo espaço para muitas outras teorias relativistas como a "teoria do caos" ou do "efeito borboleta" (Benoit Mandelbrot, Edward Lorenz), a "teoria das estruturas dissipativas" (Ilya Prigogine) etc.

Interessante observar que os cientistas do direito se valeram (e muitos ainda se valem!) do raciocínio mecanicista da física clássica, quando os físicos já há algum tempo o descartam ao analisarem fenômenos complexos. Mas se a *complexidade* já foi reconhecida pelos cientistas da natureza, não haveria de ser levada a sério também pelos cientistas das relações sociais, aí incluídos os juristas?

Em um mundo globalizado e multicultural, será que devemos continuar utilizando apenas as velhas concepções positivistas do direito, ao estilo reducionista da física newtoniana? Certamente que não. E deixará de haver ciência do direito com isso, como poderiam acusar os mais ortodoxos positivistas? Não, não se deve admitir isso, nem se aceitar a pecha de "alternativista" ou coisas do gênero!

Convém lembrar que no início dos seus estudos, Einstein foi ridicularizado pelos adeptos da física clássica. Mas alguém duvidaria, hoje, que o trabalho de Einstein foi científico? E o que dizer da teoria do caos e o princípio da incerteza de Heisenberg? Não se trata aí de ciência?

No Direito, assinala Arnaldo Vasconcelos, "absolutizou-se o conceito de cientificidade, tornando-o dogmático e, consequentemente, anticientífico. É o destino irrecorrível das teorias fechadas, formalistas e auto-sustentáveis".[55] Daí porque, acentua, "a ciência adulta do século XX teve de renunciar a duas pretensões, que a qualificaram como conhecimento superior a todos os demais, quais sejam, de apresentar exatidão de resultados e de resolver definitivamente os grandes problemas do homem".[56]

---

complementaridade tornou-se parte essencial do modo como os físicos pensam a natureza, e Bohr sugeriu várias vezes que também pode ser um conceito útil fora do campo da física". CAPRA, *op. cit.*, p. 74.

[54] Conforme escreve Fritjof Capra, "Einstein teve de admitir que a teoria quântica, tal como Bohr e Heinsenberg a interpretaram, formava um sistema coerente de pensamento; mas continuou convencido de que uma interpretação determinista em termos de variáveis ocultas locais seria encontrada mais cedo ou mais tarde no futuro. (...) Isso mostra que a filosofia de Einstein era essencialmente cartesiana. Embora ele tivesse iniciado a revolução da ciência do século XX e tivesse ido muito além de Newton com sua teoria da relatividade, parece que Einstein, de algum modo, não era capaz, ele próprio, de ultrapassar Descartes". CAPRA, *op. cit.*, p.77.

[55] VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, humanismo e democracia.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.

[56] *Ibid.*, p. 43. Destacando o ingênuo equívoco daqueles que, considerando impraticável a plena objetividade e a completa isenção do observador dos fenômenos sociais, negavam caráter *científico* às ciências sociais, o autor assevera que "as razões das incertezas e inseguranças são outras, e bem diversas. Elas não estão fora de nós, nas coisas ou nos deuses. Estão em nós mesmos. Residem no lugar mais recôndito de nosso ser e decorrer da quebra da nossa unidade essencial, da cisão entre finito e infinito, do desdobramento, em nosso íntimo, das parcelas do ser que é (relativa) e do ser que deve ser (absoluta). (...) A decantada invunerabilidade das chamadas ciências exatas cedeu justamente no terreno onde pareciam inteiramente inatingíveis, o espaço epistemológico das físicas e das matemáticas. Foi aí que surgiram os denominados princípios da incerteza (Heisenberg), ou da tolerância (Bronowski), ou ainda da indeterminação (Eddington). Através deles, esclarece Jacob Bronowsky, pretendeu-se chamar a atenção para o fato de 'que toda descrição da natureza contém determinada incerteza essencial e irremovível'. A abolição do dualismo cartesiano matéria/espírito pela teoria quântica, evidenciada na série das experiências de Ernest Rutheford e Werner Heisenberg, desestabilizou a concepção tradicional de realidade fundada na visão mecanicista do universo, vigente desde Isaac Newton". *Ibid.*, *loc.cit.*

Ora, um mundo complexo não pode ser regulado por um direito que ignore tal complexidade e realidade caótica. Um "ser" complexo implica igualmente um "dever-ser" complexo, e isso leva necessariamente a que os aplicadores do direito estejam preparados para enfrentar o "*caos jurídico"* em determinadas situações. Precisam, para isso, rever muitos de seus conceitos simplistas, ampliá-los sem que com isso estejam ignorando a proclamada razão científica. Uma nova ciência do direito, que adote uma postura diferente perante o mundo, com menos arrogância e mais sensibilidade e humildade.

Sem dúvida, a transição de paradigmas científicos vem impondo grandes desafios ao direito.[57] Viu-se que o paradigma científico dominante na modernidade calcou-se no modelo cartesiano-newtoniano de pensamento. Contudo, desde o início do século passado tem-se vivido o que se pode chamar de uma *fase de transição paradigmática* ou *pós-moderna* (Boaventura Santos), na qual novas ideias científicas passaram a conviver com concepções clássicas, flexibilizando-as aqui e ali, e, com isso, muitos conceitos reducionistas vêm sendo considerados insuficientes para resolver os complexos problemas do mundo contemporâneo.

Em 1982, o físico Fritjof Capra, Ph. D. na Universidade de Viena, ao publicar a primeira edição do seu *Ponto de Mutação*, chamou a atenção para a falência do modelo cartesiano que tanto inspirou o pensamento científico da era moderna. Esta crise deu-se em momentos diferentes a depender da área de conhecimento humano, mas, como dito, começou pela própria Física, que havia sido o berço da ciência de precisão matemática consubstanciada nas fórmulas newtonianas. Defende Capra uma nova visão científica do mundo, considerando que "a física moderna pode mostrar às outras ciências que o pensamento científico não tem que ser necessariamente reducionista e mecanicista, que as concepções holísticas e ecológicas também são cientificamente válidas".[58]

Não se nega com isso a utilidade das concepções clássicas. As descobertas de Newton muito produziram em termos de desenvolvimento científico e tecnológico, e ainda continuam servindo bem para muitos experimentos. Apenas se reconhece, hoje, que elas *nem sempre* valem. Newton ignorou variáveis que podem ser desprezadas em muitos experimentos simples, mas que fazem muita diferença quando se cresce em termos de complexidade dos fenômenos.

Hoje os físicos já têm esta consciência. As leis de Newton continuam a ser ensinadas nas universidades, mas deixa-se claro quais as variáveis que podem ser ou não desprezadas a depender da situação. No dizer de Capra, "cada teoria é válida em relação a uma certa gama de fenômenos. Para além dessa gama, ela deixa de fornecer uma descrição satisfatória da natureza".[59] Assim, "o modelo

---

[57] Adota-se aqui a idéia de *paradigma* concebida por Thomas Kuhn, basicamente como um padrão geral de concepção de mundo. KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas.* São Paulo: Perspectiva, 1988.

[58] Capra refere-se a diversos campos científicos, tais como a biologia, a medicina, a psicologia, a psicoterapia, a sociologia, a economia e a ciência política, salientando que "para transcender os modelos clássicos, os cientistas terão de ir muito além da abordagem mecanicista e reducionista, tal como se fez na física, e adotar enfoques holísticos e ecológicos. Embora suas teorias precisem ser compatíveis com as da física moderna, os conceitos da física não servirão sempre como modelos apropriados para as outras ciências. Entretanto, poderão ser muito úteis. Os cientistas não terão por que relutar em adotar uma estrutura holística, como freqüentemente o fazem hoje em dia, por temor de serem anticientíficos. A física moderna pode mostrar-lhes que tal estrutura e não só científica, mas está de acordo com as mais avançadas teorias científicas sobre a realidade física". CAPRA, *op. cit.*, p.46.

[59] E coloca a seguinte pergunta: "Até que ponto o modelo newtoniano é uma boa abordagem, que sirva de base para as várias ciências, e onde estão os limites da visão de mundo cartesiano nesses campos? Na física o paradigma mecanicista teve que ser abandonado a nível do muito pequeno (na física atômica e subatômica) e no nível do muito grande (na astrofísica e na cosmologia). Em outros campos, as limitações podem ser de diferentes

newtoniano é extremamente útil para a descrição de uma certa faixa de fenômenos, mas tem de ser ampliado e, com frequência, radicalmente mudado quando a ultrapassamos".[60]

Nesse cenário, fica claro que o próprio aprofundamento da ciência moderna levou a que se pudesse enxergar a fragilidade de suas premissas[61].

Mas, e quanto aos juristas, os cientistas do direito? Estes parecem não ter se dado conta disso e insistem em continuar se apegando a conceitos e argumentações reducionistas, em nome da tal "segurança jurídica" que, muitas vezes, conduz a flagrantes injustiças.

Bem verdade que desde o normativismo kelseniano muito já se evoluiu na ciência jurídica em termos de aplicação do direito na resolução de conflitos individuais e coletivos. Passada a fase de radical apego à dogmática da norma jurídica, os juristas caminharam em busca de soluções que melhor conformassem o direito à realidade da vida, mas sem fugir totalmente dos ideais positivistas. A partir de pensamentos tais como o de Recásens Siches, discorrendo sobre a famosa "lógica do razoável", hoje já se pode tranquilamente falar sobre a "textura aberta" do sistema jurídico e o chamado "normativismo principialista" que caracteriza o direito contemporâneo. Mas nada disso terá sido suficiente se não houver uma radical mudança de paradigmas na ciência jurídica.

Mesmo com o advento das diversas teorias sobre os princípios jurídicos e notadamente da chamada tópica jurídica, o raciocínio mecanicista parece ainda predominar entre os seus aplicadores. Vale dizer: o positivismo continua sendo a nota característica do direito; apenas mudou de forma, cedeu um pouco em seus conceitos, mas deles não se desprendeu.

5 O Direito Penal na sociedade de risco

O uso do termo "sociedade de risco" é originariamente atribuído a Ulrich Beck, destacado sociólogo que desde a década de 1990 publicou diversas obras procurando descrever como se deu a transição da sociedade industrial, típica da

---

espécies; elas não precisam estar ligadas às dimensões dos fenômenos a serem descritos. Preocupamo-nos menos com a aplicação da física newtoniana a outros fenômenos que com a aplicação da visão de mundo mecanicista em que se baseia a física newtoniana. Cada ciência terá que descobrir necessariamente as limitações dessa visão de mundo no respectivo contexto". *O ponto de mutação*, cit., p. 95.

[60] Capra, *O ponto de mutação*, cit., p. 176.

[61] Discorrendo sobre o *retorno da incerteza* na contemporânea sociedade de riscos, Marta Rodriguez de Assis Machado ressalta que "ao contrário do que se enunciava e se esperava, tomamos, hoje em dia, decisões sobre questões cruciais da nossa existência, sem qualquer fundamento em conhecimento. É o caso, por exemplo, do consumo de produtos geneticamente modificados, cujas consequências são incertas e impossíveis de ser avaliadas. As ciências foram nomeadas autoridade de consenso da modernidade. Desse modo, a partir de seus próprios parâmetros é que se definiam, política e legalmente, os padrões de segurança. Os instrumentos de direção social, em realidade, abdicaram de suas próprias competências para, em seu lugar, elevar a critério de segurança a opinião da *expertise* técnica e científica. Assim, por exemplo, o nível de exposição à radioatividade que pode ser tolerado pela população, ou seja, o limite que separa a normalidade do risco vinha ditado pelo conhecimento científico e era apenas ratificado pelas normas jurídicas e pelas diretrizes políticas. Contudo, a partir de Chernobyl, ficou evidente que segurança e segurança provável são coisas distintas e que as ciências apenas são capazes de afiançar segurança provável. Assim, a lógica experimental a que submetem toda a humanidade, a falta de clareza quanto às consequências dos avanços técnicos e a exposição da incerteza e da falibilidade científica acabaram minando a credibilidade das promessas tecnológicas. (...) Tal fenômeno foi caracterizado como o retorno da incerteza e significa um amplo questionamento do processo de racionalização, bem como do pressuposto de que o desenvolvimento da indústria moderna e de suas instituições fundamentais disporia de potenciais de adaptação e inovação bastante eficazes para solucionar as ameaças tanto procedentes da natureza como do próprio processo de modernização técnico-econômica. MACHADO, *op. cit.*, p. 79.

primeira fase da modernidade, para o modelo contemporâneo da *sociedade mundial do risco*.[62]

Desde os primórdios da modernidade, as escolhas políticas e correspondentes normas legais, editadas à guisa de delimitar precisamente o campo de licitude e significação jurídica das condutas humanas, encontravam nas pretensas verdades e certezas descritas pela ciência a sua fonte primordial de legitimação. Logo, a partir do momento em que o desenvolvimento tecnológico e o aprofundamento dos estudos revelaram falhas nos próprios pilares da ciência moderna, abrindo espaço a incertezas antes não imaginadas, a consequência somente poderia ter sido o descrédito do direito concebido sobre tais pilares[63].

Especificamente no campo do direito penal, a crise pela qual passa a ciência jurídica como um todo já mostra efeitos pontuais e significantes, a começar pelo fato de que o crescente avanço dos riscos conduz inexoravelmente a uma também progressiva demanda por mais segurança e controle. O homem moderno, tão acostumado ao discurso de ordem e previsibilidade típico da sociedade industrial, não esconde o seu desconforto diante do caos instaurado pela pós-modernidade, cobrando do Estado medidas de restabelecimento do controle perdido.

E sendo a instância criminal a mais contundente via de manutenção da ordem e da segurança, natural que o mal- estar da pós-modernidade acabe gerando fortes reflexos expansivos sobre o próprio direito penal e sua dogmática. Com efeito, "os novos fenômenos da sociedade de risco suscitam ao direito penal moderno problemas novos e difíceis de contornar, cuja solução reivindica mudanças significativas na racionalidade penal liberal".[64]

Dentre os principais efeitos já detectados no direito penal contemporâneo, fruto dos anseios pós-modernos, pode-se citar as seguintes tendências expansionistas: a) aproximação da dogmática penal com as demais ciências sociais; b) ampliação da proteção de bens jurídicos supra-individuais; c) ampliação da tipificação de delitos de mera conduta e de perigo abstrato; d) ampliação da tipificação de delitos omissivos, culposos e cumulativos; e) nova metódica de apuração da causalidade e da culpabilidade.

Vejamos detalhadamente cada uma dessas tendências já abraçadas, inclusive, pelo direito positivo brasileiro.

6 Reaproximação da dogmática penal com outras ciências sociais

O principal impacto sofrido pelo direito penal contemporâneo diz respeito a sua teoria geral, com gradativas mudanças de orientação dogmática acerca das estruturas do crime.

---

[62] São diversas as obras de Ulrich Beck acerca do tema, citando-se: "De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo. Cuestiones de superviniencia, estructura social e ilustración ecológica". *Revista de Occidente*, Madrid, n. 150, p. 28 ss., 1993; *Ecological enlightnment: essays on the politics of the risk society.* New York: Humanity Books, 1995; *Ecological politics in an age of risk.* Cambridge: Polity Press, 1995*; La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad.* Barcelona: Paidós, 1998; *O que é globalização?: equívocos do globalismo, respostas à globalização.* São Paulo: Paz e Terra, 1999; *The reinvention of politics: rethinking modernity in the global social order*. Cambridge: Polity Press, 1999; *World risk society.* Cambridge: Polity Press, 1999.

[63] "Traçando um paralelo entre a crise da ciência moderna e a crise do direito, Marta Rodriguez de Assis Machado assinala que "se durante a primeira modernidade a ciência e o direito foram alçados à estatura de instituições hegemônicas - a ciência como instância moral suprema e o direito como guardião da gestão científica da sociedade contra eventuais oposições - por meio das quais se acreditava que se resolveriam todos os problemas e se organizaria uma maior e melhor utilização dos recursos materiais, intelectuais e institucionais da sociedade, hoje essas instituições experimentam um grave momento de crise". MACHADO, *op. cit.*, p. 79.

[64] MACHADO, *ibid.*, p. 96.

Selma Pereira de Santana considera haver uma autêntica unidade funcional entre a dogmática e a política criminal, de modo que as valorações político-criminais hão de inevitavelmente penetrar em toda dogmática jurídico-penal[65].

Também na visão de Marta Rodriguez de Assis Machado, a sociedade de risco vem clamando por um Estado de viés preventivo, com "uma tendência cada vez mais progressiva de orientar o discurso dogmático-penal à realidade dos problemas sociais"[66].

Tal fenômeno, registre-se, não é absolutamente inédito na história do direito penal, que ao longo de dois séculos veio de certo modo oscilando entre teorias puristas e mistas, mesclando-se elementos neutros e valorativos no exame da conduta e da culpabilidade.

Um pequeno esboço histórico ajuda a compreender o desenvolvimento de tal fenômeno na transição da modernidade para a pós-modernidade.

No início do século XIX, na primeira fase do modernismo e por influência de ideais iluministas ecoados por Beccaria desde o século XIX, foram montadas as bases do *direito penal clássico* de viés jusnaturalista, racional e antropocêntrico (Carrara), com uma teoria do crime isenta de valorações sociológicas, a visão de conduta centrada no causalismo puro e de culpabilidade fundada no livre-arbítrio kantiano (imperativo categórico). Surgiu aí a concepção *ontológica* do crime (purista), com tipo exclusivamente neutro e desprovido de qualquer exame valorativo da conduta, ou seja, limitado à mera descrição empírica do fato.

Anos mais tarde, em meados do século XIX, tal concepção ontológica sofreu um pequeno revés com o advento do *positivismo italiano* (Lombroso, Garófalo, Ferri), que apesar de ainda manter os dogmas do causal-naturalismo , implicou a gradativa derrocada do livre arbítrio kantiano, por influência do positivismo científico e o florescimento de estudos sociológicos centrados nas ciências naturais e no empirismo. Buscou-se, então, um novo eixo *ontológico* para a teoria do delito, centrando o exame da culpabilidade em critérios físicos, sociológicos e psicológicos estudados pelas ciências humanas (Von Listz, Beling, Radbruch). Nesse contexto, portanto, a ideia valorativa do livre-arbítrio tornou-se incompatível com o

---

[65] "O direito penal, considerado até então como instrumento de liberdade, vê-se hoje confrontado com uma crescente demanda de segurança. (...) O direito penal passa a ser marcado pelo esquecimento ou afastamento de princípios que, tradicionalmente, o norteavam, como o da subsidiariedade da intervenção punitiva e o da defesa da eminente dignidade da pessoa. Esse retrocesso dessa sociedade do "bem-estar" reforça a tendência de o poder público fazer uso cada vez mais, e com maior intensidade, de instrumentos punitivos, utilizados como resposta "simbólica" aos conflitos sociais. Por sua vez, exigências de austeridade e apelo à ordem social e a uma maior estabilidade revelam uma expectativa da disciplina social que uma política criminal mais agressiva pode parecer viabilizar. Nesse cenário, o apelo à intervenção socializadora do Estado sobre o delinquente ou a invocação dos direitos fundamentais afiguram-se como algo anacrônico e pueril. A política criminal rende a reduzir-se a uma "política de segurança". SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. xii.

[66] MACHADO, *op. cit.*, p. 92. Destaca a autora que "a relação entre penalistas e sociólogos vem sofrendo mudanças consideráveis, desde que se reconheceu a inconveniência do modelo purista, especialmente representado, no direito penal, pela escola finalista; o desenvolvimento atual da dogmática jurídico-penal aponta cada vez mais para a integração das valorações materiais da política criminal com a teoria do delito, configurando-se um sistema penal mais aberto aos influxos sociais, às teorias sociológicas e, especialmente, aos estudos criminológicos. Assentada em dados empíricos e capaz de operá-los em termos jurídicos, a política criminal adquire fundamental importância no processo de introdução de valores políticos e dados da realidade no sistema de direito penal. É provavelmente esse estágio do relacionamento entre as ciências penais e as ciências sociais que tem propiciado que a comoção social por controle e prevenção em face dos novos riscos e desastres ecológicos entre no sistema penal. É no âmbito da política criminal que se encontra a abertura para que os fenômenos sociais ligados aos riscos sejam absorvidos e seja concebido um conjunto de respostas preventivas e de reação aos mesmos que, *de lege ferenda,* influenciarão o sistema jurídico-penal". *Ibid., loc. cit.*

pensamento científico; não obstante, diante do aumento da criminalidade, o paradigma liberal clássico estava em crise, ganhando espaço a ideia de um direito penal mais vocacionado à defesa social e prevenção de delitos.

No início do século XX, o causalismo tornou-se alvo de severas críticas na chamada fase do *neokantismo penal* ou sistema neoclássico (Frank, Goldschmitd, Freudenthal, Schmidt, Mezger) quando se defendeu a introdução de considerações valorativas na teoria do crime. O neokantismo preservou boa parte do sistema causal, porém implicou significativa mudança no que se refere à culpabilidade, com a inclusão de elementos normativo-valorativos.

Por fim, ainda na primeira fase do modernismo no século XX, o causalismo veio depois a ser superado pelo finalismo (Welsel), que, todavia, continuou se valendo de uma visão ontológica do tipo penal. Apesar de não ignorar a presença de valores sociais, o finalismo os manteve subordinados ao ordenamento. Tratou-se, portanto, de uma espécie de *neo-ontologismo*, eis que centrado no sentido ontológico prévio e delimitador dos valores (subordinação do axiológico ao ontológico)[67]. Apesar do mérito em superar a visão mecanicista da conduta, o finalismo não fez mais do que enriquecer a concepção naturalista do causalismo, sem, contudo, construir uma dogmática social-normativista que considerasse o sujeito como integrante de um sistema social. Com isso, a sua concepção analítica do delito tornou-se por demais abstrata, desconsiderando a pessoa do infrator e as consequências prejudiciais da sua ação para a sociedade.

Percebendo que o finalismo, na sua concepção tradicional, esgotou sua capacidade de geração de propostas para a evolução da teoria do delito, alguns autores ainda assim buscam salvá-lo, corrigindo alguns de seus postulados em face da realidade jurídico-constitucional própria de um Estado Democrático de Direito.[68] Sendo, por isso, chamados de *neo-finalistas* (Cerezo Mir, Hirsch, Luiz Régis Prado), uns continuam ainda apegados à pretensão de neutralidade típica da base ontológica e rigidez de um modelo de imputação, enquanto outros, procurando mostrar alguma evolução e avanço em relação ao sistema, tentam se orientar sob uma perspectiva axiológica.

Pois bem, no final do século XX, já se sentido os efeitos da crise da modernidade simples e a chegada dos novos ventos do *pós-modernismo* (ou *modernidade reflexiva*, no dizer de Ulrich Beck), vieram à tona novas e bem estruturadas doutrinas mistas, aproximando em grande magnitude, como nunca antes, a dogmática penal e as demais ciências sociais que estudam o fenômeno criminal. No âmbito específico da dogmática geral, tais teorias tem sido chamadas de *pós-finalistas*.

Destaca-se de início a t*eoria social* (Schmidt, Jescheck, Wessels), centrada na chamada *conduta socialmente relevante*. Com algumas variantes teóricas, os seus adeptos defendiam a *relevância social da ação*, dominada ou dominável pela vontade do autor e verificada à medida que a conduta produza efeitos danosos na relação do indivíduo com o seu ambiente social, o que pressupõe a incidência de juízo de valor sobre ela. Decorreu daí, por exemplo, a concepção do princípio da insignificância, segundo o qual se eliminam do injusto as ações que impliquem danos de pequena monta ao bem jurídico protegido. Apesar desse avanço social na

[67] Explicando como se compreende a teoria da ação sob a ótica finalista, partindo Welsen "da ideia de que determinadas estruturas retiradas da realidade vinculavam o direito e estabelecem as bases sobre as quais seria construído o modelo de imputação", Paulo César Busato faz alusão à filosofia de Nicolai Hartmann que resgatou o ontologicismo (*neo-ontologicismo*). BUSATO, Paulo César. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 229.
[68] BUSATO, *ibid.*, p. 232.

teoria do crime, seus teóricos acabaram por adotar posicionamento semelhante ao da teoria da adequação social, anunciada pelo próprio Welsel, de modo que o caráter social a demonstrar o desvalor da conduta já estaria albergado na estrutura do próprio tipo penal ação, que deveria ser interpretado com base na ideia do bem jurídico protegido. Adveio daí a noção de *tipicidade material*, ao lado da tipicidade formal.

Mais recentemente, adquiriram destaque as teorias denominadas de *funcionalistas*, a partir do movimento iniciado por Claus Roxin nos idos de 1962 e que remete a um sistema criminal teleológico no qual os fins da pena (fins do direito penal) adquirem valor fundamental e os conceitos jurídicos da teoria do delito são construídos *em função* do papel que desempenham para assegurar o cumprimento de tais fins. O funcionalismo surgiu a partir da crítica feita aos sistemas positivistas construídos sob bases ontológicas de estruturas lógico-reais. Ao contrário do causalismo (ontológico) e do finalismo (neo-ontológico), o funcionalismo se propunha a seguir um eixo precipuamente valorativo, daí porque se diz que de certa forma houve um retomada do neokantismo. Só que, ao contrário dos neokantistas do sistema neoclássico pré-finalista (cujos juízos de valor se calcavam em conceitos das ciências culturais), os funcionalistas adotaram uma visão neokantista cujos juízos de valor foram orientados aos fins do direito penal.

Para os funcionalistas, como o direito penal persegue realizar alguns fins, a missão da dogmática deve refletir esta finalidade em suas estruturas conceituais. Ou seja, o funcionalismo busca uma teoria do delito instrumental para se realizar uma política criminal. Aliás, o termo "funcionalismo" advém dessa ideia, ou seja, de uma dogmática toda construída com vistas à função a ser desenvolvida pelo direito penal.[69]

Daí ser um sistema que, além de estruturalmente axiológico, é teleológico no que tange à interpretação.

Consoante aponta Luis Greco, para o finalismo a realidade é unívoca, de modo que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos, por meio de considerações ontológicas. Já para o funcionalismo, são várias as interpretações possíveis da realidade, de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas, isto é, que digam respeito à eficácia e à legitimidade da atuação do direito penal.[70]

Paulo Busato salienta que se há uma base comum identificada para todas as tendências funcionalistas é a negação da ancoragem ontológica (ação, causalidade e outras estruturas lógico-objetivas) do sistema de imputação, substituindo-a pela base associada exclusivamente a objetivos jurídico-penais. A verdade absoluta, a ideia de uma realidade unívoca, própria das teorias ancoradas em pressupostos ontológicos, é substituída pelo reconhecimento da plurivocidade da realidade, da coexistência de distintas formas de interpretação. Isso conduz ao envio dos problemas jurídico-penais para uma solução no campo axiológico dos valores que subjazem ao próprio sistema penal.[71]

---

[69] Apesar do que, como adverte Paulo Busato, "não existe uma completa harmonia doutrinária no que se refere à identificação das funções que cumpre ou deve cumprir o direito penal. E justamente por não existir essa hamornização, o funcionalismo culminou por não ser representado também por uma perspectiva uniforme". BUSATO, *op. cit.*, p. 239.

[70] GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito* - em comemoração aos trinta anos de "política criminal e sistema jurídico criminal" de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: São Paulo, v. 8, n. 32, out-dez., 2000, p. 135.

[71] BUSATO, *op. cit.*, p. 236-261.

Em suma, enquanto para o moderno finalismo, o fim diz respeito à orientação psíquica do autor do fato descrito no tipo (dolo ou culpa), no pós-moderno funcionalismo o fim diz respeito à função que o direito penal como instrumento de política criminal.

Como leciona Fernando Galvão, no sistema funcionalista os conceitos jurídicos desempenham o papel determinado pelo sistema, tendo em vista a produção de certas consequências reputadas justas e adequadas, de maneira que "a finalidade retributiva da pena é abandonada em favor dos fins preventivos que passam a ser reorientados com base na distinção entre seus aspectos de integração e exclusão"[72].

O funcionalismo apresenta duas principais variantes: 1) *funcionalismo teleológico ou racional*, também chamado de *funcionalismo moderado* (Clauss Roxin), o qual busca reconstruir a teoria do delito com base em critérios politico-criminais, sustentando que o direito penal existe para cumprir certos *fins*, levando em conta os *deveres de cuidado* impostos a todos, e que, quando inobservados, podem vir a atingir o fim de proteção da norma penal. Trata-se de um normativismo dualista, pois Roxin enxerga nas necessidades preventivas (elementos externos ao sistema penal) uma garantia adicional à culpabilidade, ou seja, para que se possa aplicar uma pena, é preciso que, além da culpabilidade, haja necessidade de prevenção; 2) *funcionalismo sistêmico ou radical* (Günther Jakobs), apontando a prevenção geral positiva como fundamento exclusivo da culpabilidade (normativismo monista fundado apenas em elementos internos ao sistema penal), haja vista a necessidade de fidelidade ao direito para satisfação das expectativas normativas e estabilização de conflitos sociais, com resgate da confiança normativa[73].

7 Ampliação da proteção de bens jurídicos supraindividuais

O conceito de *bem jurídico* tem marcado o direito penal moderno desde o final do século XIX, a partir da obra de Birnmaum (1843). Em apertada síntese, o bem

[72] GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 210. Aduz o autor que "se tradicionalmente os fins de prevenção geral objetivavam intimidar potenciais criminosos (prevenção geral negativa), a perspectiva funcional voltou suas atenções para os efeitos da pena sobre as pessoas que observam o direito e que confiam na vigência efetiva de suas normas para a proteção dos bens jurídicos (prevenção geral positiva ou de integração). O funcionalismo ainda legitimou a aplicação da pena na prevenção especial, que é dirigida à pessoa do criminoso, visando integrá-lo à sociedade (prevenção especial positiva) ou, ao menos, impedir que pratique novos crimes enquanto estiver privado de sua liberdade (prevenção especial negativa). *Ibid., loc. cit.*

[73] Cezar Roberto Bitencourt assim compara as duas variantes: "O *normativismo-dualista* (teleológico-funcional) defendido por Roxin admite que a sua lógica-objetiva seja acrescida de uma razão prática, onde os valores protegidos pelo sistema penal estejam limitados por um substrato material fático externo ao próprio sistema (ou seja, o direito penal ao elaborar conceitos jurídico-penais está sujeito a alguns limites materiais de fora do sistema penal); ao passo que o *normativismo-monista* (funcionalista-sistêmico) sustentado por Jakobs encontra somente no interior do próprio sistema penal os parâmetros necessários para o seu desenvolvimento estrutural, não se sujeitando a limites externos. Em outros termos, o *normativismo* de Jakobs é muito mais radical que o de Roxin: este admite que o *normativismo* encontre limites na realidade empírica, a qual teria suas próprias exigências e condicionaria as construções jurídicas e as soluções a que deve conduzir; postula, ademais, uma dogmática do direito penal aberta a princípios *político-criminais* a partir dos quais interpreta as normas jurídico-positivas. Jakobs, por sua vez, seguindo a Luhmann, concebe o direito penal como um *sistema normativo fechado*, auto-referente (autopoiético) e limita a dogmática jurídico-penal à análise *normativo-funcional* do direito positivo, com a exclusão de considerações empíricas não normativas de valorações externas ao sistema jurídico-positivo". BITENCOURT, César Roberto. *Teoria geral do delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 45-46

jurídico pode ser definido "como todo valor da vida humana protegido pelo Direito"[74], variando historicamente conforme a experiência cultural de cada sociedade.

Até o final do século XVIII a noção de crime ainda estava associada a elementos teleológicos ou privados. Ora se concebia o crime como um atentado aos deuses, cuja pena servia para aplacar a cólera divina; ora como uma agressão violenta de uma tribo contra a outra, época em que a pena funcionava como uma vingança de sangue.[75] Somente com o Iluminismo, inaugurando o direito penal moderno, o crime passou a ser visto como uma violação a normas impostas pelo Estado com o intuito de proteger certos valores reputados essenciais para a comunidade, residindo aí, portanto, a noção de objeto jurídico do delito.

Na primeira fase moderna, adotava-se ainda uma concepção formalista, na linha de pensamento de Feuerbach, que via o crime como lesão a direito subjetivo individual[76].

Mas não demoraria muito a se ultrapassar essa visão essencialmente formal, passando-se a visualizar o crime também sob um prisma ético-social, de maneira que o Estado somente poderia vir a punir criminalmente em caso de efetiva violação a determinados bens jurídicos reputados essenciais à ordem social, ou seja, atribuiu-se aos *bens jurídico-penais* um dimensão material que deveria ir além do direito e do Estado[77].

A concepção de Feuerbach (crime como violação a direito subjetivo) foi então substituída pela teoria de Birnbaum (crime como violação de um bem jurídico protegido), com variações metodológicas introduzidas por diversos juristas da modernidade que se debruçaram sobre o tema do bem jurídico na esfera do direito penal[78].

A corrente finalista fundada por Welsel, ao mesclar critérios formais e materiais e concebendo ontologicamente o crime por meio de uma construção artificial a que denominou *adequação social*, intentou atribuir ao direito penal a

---

[74] BITENCOURT, *ibid.*, p.157.

[75] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição.* 6. ed. São Paulo:RT, 2013, p. 27-28

[76] Anselmo Von Feuerbach (1775-1833) "foi um dos fundadores da ciência penal alemã e concebeu o conceito anteriormente vigente de que o delito é uma vulneração de direitos de liberdade, garantidos pelo contrato social e assegurado por meio das leis penais. Ou seja, o objeto do delito seria sempre direitos subjetivos dos cidadãos. Segundo essa concepção, os direitos subjetivos de liberdade gozam de um *status* pré-positivo e o Estado assegura esses direitos previamente dados e contra determinados tipos de ameaças, por intermédio das leis penais". MACHADO, *op. cit.*, p. 103. Luiz Regis Prado explica que "a concepção material de delito como lesão de um direito subjetivo decorre da teoria contratualista aplicada no âmbito penal. Esse posicionamento - resultado da ideologia liberal-individualista dominante, apresenta-se como um conteúdo sistemático funcional - conduta punível é aquela lesiva a um direito subjetivo e liberal concreto-imanente - proteção também do direito individual na esfera objetiva da liberdade pessoal. O direito subjetivo emerge, desse modo, como o instrumento mais eficaz para garantir tal liberdade. O delito é, assim, entendido como a conduta que transgride um direito alheio, proibida pela lei penal, a qual tem por finalidade a proteção dos direitos dos indivíduos e do Estado". PRADO, *op. cit.*, p. 29-30.

[77] "Foi Birnbaum quem rechaçou a tese de que o delito é a lesão de um direito, pois o direito não pode ser diminuído nem subtraído, isso pode suceder somente com o que é objeto de um direito, isto é, *um bem que juridicamente nos pertence e* que nasce da própria natureza ou pelo resultado do desenvolvimento social. Se a pretensão é considerar o delito uma lesão, esse não deve estar referido a direitos, mas sim a bens que pertencem aos cidadãos e que o Estado é chamado a proteger, pois somente estes podem sofrer lesão, e não os direitos. Com essa posição, Birnbaum situava os bens jurídicos para além do direito e do Estado. O Estado não os pode criar e somente os pode garantir a todos por igual. BUSATO, *op. cit.* p. 355.

[78] Luiz Regis Prado cita as direções metodológicas que ainda no século XIX vieram com Binding, Rocco, Von Liszt, seguidas, já nos primórdios do século XX, por concepções neokantistas e, mais adiante, pelas diversas teorias sociológicas que culminaram no momento atual. PRADO, *op. cit.* p. 32-49.

missão de proteger funcionalmente os *valores elementares da vida em comunidade*, colocando num plano secundário a figura do bem jurídico penalmente tutelado.[79]

Corrente majoritária, todavia, segue defendendo que o direito penal tem por missão a proteção de bens jurídicos.

Luiz Regis Prado destaca que "na atualidade, o postulado de que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico não encontra praticamente oposição, sendo quase um verdadeiro axioma - *princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos*"[80].

Pois bem, pode-se dizer que a afirmação categórica do *bem jurídico protegido* ainda predomina no direito penal da contemporaneidade, não obstante venha sofrendo significativas mutações em seus contornos por conta dos novos ventos da pós-modernidade que sopram sobre a atual sociedade de risco.

A mutação que se pretendeu mais contundente, defendida por alguns, decorre da perspectiva funcionalista que amplia em demasiado a noção de bem jurídico, igualando-o a todo e qualquer dever normativo no campo criminal. Vale dizer, concebe-se a proteção da eficácia da norma, em si mesma, como um bem jurídico-penal, tal como o faz Günther Jakobs, célebre defensor da ideia de um direito penal *do inimigo*[81] e destinado a proteger "a solidez das expectativas normativas essenciais ante a decepção - solidez esta que se encontra coberta pela eficácia normativa posta em prática"[82] Para Jakobs, "bem jurídico penal é a validez fática das normas, que garantem que se possa esperar o respeito aos bens, às funções e à paz jurídica"[83].

Tal perspectiva normativo-funcionalista tem como antecedente histórico a Escola de Kiel, desenvolvida por adeptos do nacional-socialismo alemão, os quais, refutando num primeiro momento o dogma do bem jurídico, vieram depois a utilizá-lo com fins políticos que lhe desvirtuaram totalmente a identidade enquanto categoria jurídica, abrindo margem a doutrinas totalitárias (*direito penal da vontade*, *direito penal do autor* etc.).

Contudo, esse posicionamento funcionalista radical, ao adotar uma finalidade genérica de proteção a cargo do direito penal, equivale a se descartar praticamente a categoria do bem jurídico, tornando-o imprestável para a teoria do delito, razão pela qual tem sido alvo de acirradas críticas. Deveras, a importância do bem jurídico reside não apenas em servir de elemento material estruturante do próprio tipo penal (função sistemática[84]), mas, sobretudo, por limitar o direito de punir do Estado

---

[79] BUSATO, *op. cit.*, p. 359

[80] PRADO, *op. cit.*, p. 31-32. Aduz o jurista que "a doutrina do bem jurídico, erigida no século XIX, dentro de um prisma liberal e com o nítido objetivo de limitar o legislador penal, vai, passo a passo, se impondo como um dos pilares da teoria do delito. (...) O seu surgimento produz-se por razões de natureza política e dogmática. No primeiro aspecto, vem a ser quase uma consequência necessária das transformações econômicas e políticas da época (uma nova concepção de Estado). Do ponto de vista doutrinário, justifica-se a introdução do conceito de bem jurídico por sua utilidade para servir como termo de referência de fatos ofensivos e porque, devida à sua maior amplitude, pode ser aplicado ao campo dos delitos religiosos e contra os costumes. Em momento ulterior, Birnbaum (1843) - que introduz o conceito de bem no contexto jurídico-penal, em substituição ao de direito subjetivo - observa ser decisivo para tutela penal a existência de um bem radicado diretamente no mundo do ser ou da realidade (objeto material), importante para a pessoa ou a coletividade e que pudesse ser lesionado pela ação delitiva". *Ibid., loc. cit.*

[81] JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

[82] JAKOBS, Günther. *Os dilemas do direito penal.* In: *Direito penal contemporâneo.* Gilmar Ferreira Mendes, Pierpaolo Cruz Bottinni, Eugênio Pacelli (coordenadores), São Paulo: Saraiva, 2011, p. 09-55

[83] AMARAL, *op. cit.*, p. 163.

[84] "Na medida em que o bem jurídico se situa no ponto central dos diferentes tipos penais da parte especial do Código e sendo uma exigência para o legislador orientar sua atividade na proteção de bens jurídicos, vem a ser

(função de garantia[85]), operando como lastro substancial ao *princípio da ofensividade* que vincula o direito penal ao objetivo de proteger bens jurídicos efetivamente relacionados com as possibilidades de realização dos indivíduos que integram a sociedade[86].

Por outro lado, não obstante essa acertada e majoritária crítica aos que inadvertidamente pretendem tratar o bem jurídico-penal como sinônimo de norma jurídico-penal, fato é que a sociedade de risco pós-moderna tem ampliado os bens jurídicos protegidos pelo direito penal, indo muito além dos tradicionais bens jurídicos referentes aos indivíduos.

Reside aí um dos aspectos específicos do aqui proclamado "mal-estar" no direito penal contemporâneo, porquanto a necessária referência ao indivíduo (visão antropocêntrica) sempre foi a premissa defendida pelos teóricos modernos, quando criticavam que a ampliação desmedida do conceito de bem jurídico protegido poderia abrir espaço a regimes totalitários que, em nome de valores recaídos sobre categorias vagas e abstratas (*v.g.* "pátria", "ordem pública", "segurança nacional" etc.), estariam livres para tipificar toda e qualquer conduta como crime.[87] Mas hoje essa ampliação do conceito parece haver encontrado uma razão digna e razoável, em nome da proteção de importantes bens e valores supraindividuais tais como o meio ambiente, a ordem econômica etc.

A discussão atual, portanto, repousa sobre a legitimidade da intervenção penal referida a bens jurídicos difusos ou coletivos.[88] Como assina Paulo Busato, "é forçoso admitir que nas sociedades complexas atuais, há vários contextos dignos de intervenção penal - porque essenciais ao desenvolvimento humano - que já não podem ser identificados meramente a partir de bens jurídicos individuais corporificados".[89]

---

um dos pontos de vista para conceber o núcleo material dos injustos, comum a todo comportamento ilícito". PRADO, *op. cit.*, p. 61.

[85] "O bem jurídico é erigido como conceito limite na dimensão material da norma penal. O adágio *nullum crimen sine injuria* resume o compromisso do legislador, mormente em um Estado democrático e social de Direito, em não tipificar senão aquelas condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo autênticos bens jurídicos. Essa função, de caráter político-criminal, limita o legislador em sua atividade no momento de produzir normas penais. Não se pode descurar do sentido informador do bem jurídico na construção dos tipos penais". PRADO, *op. cit.*, p. 60.

[86] "Sem lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico não pode haver intervenção punitiva. Nesse sentido, o princípio confronta-se com a postura funcionalista de que o direito penal visa, essencialmente, a proteger as normas jurídicas que garantem a estabilidade das expectativas sociais, o que transforma a norma em bem jurídico. Com propriedade, Juan Fernandes Carrasquila adverte que se o direito penal protege só a si mesmo, então, em verdade, não protege nada. Se o direito limita-se a tutelar o sistema, quem nos protege do sistema ou contra ele? O objetivo da proteção integral de todos os bens jurídicos é inatingível. A norma jurídico-penal, sem dúvidas, presta-se a afirmar os valores socialmente relevantes e a estabilizar as expectativas sociais. Mas, no Estado Democrático, a proteção à liberdade individual do réu é objetivo de que não se pode abrir mão. O ordenamento jurídico repressivo tem por objetivo indeclinável o estabelecimento das garantias à liberdade individual dos acusados. Assim, constitui pressuposto inafastável da responsabilização criminal que a conduta do acusado tenha ofendido ou, ao menos, tenha colocado em perigo o bem jurídico". GALVÃO, *op. cit.*, p. 139-140.

[87] "Para afastar o perigo inerente à ideia de funcionalidade social, que poderia levar à proteção penal de valores morais - a exemplo do que veio a acontecer na escola nacional-socialista de Kiel, que direcionou o aparato punitivo à proteção do denominado *são sentimento do povo alemão* - conferiu-se ao conceito de bem jurídico uma referência central ao indivíduo". Citando Sánchez, a autora destaca que, a partir da referência individual do conceito de bem jurídico, fatos disfuncionais que não afetem as possibilidades de autorrealização do indivíduo não serão puníveis". MACHADO, *op. cit.*, p. 104.

[88] BUSATO, *op. cit.*, p. 371.

[89] *Direito penal*, cit., p. 373.

Dito inelutável "mal-estar" relaciona-se com o que Marta Rodriguez de Assis Machado, amparada na doutrina estrangeira, identifica como sendo um *processo de desmaterialização do bem jurídico* (*espiritualização* ou *dinamização do bem jurídico*), uma crise profunda pela qual vem passando a acepção moderna de bem jurídico e que "acaba por questionar sua função mais significativa, qual seja, a de legitimar e delimitar a intervenção penal"[90].

E uma das consequências dessa mudança de paradigmas acerca do bens jurídicos tutelados pelo direito penal encontra-se notadamente na ampliação da tipificação de delitos de mera conduta e de perigo abstrato.

8 Ampliação da tipificação de delitos de mera conduta e de perigo abstrato, tipos abertos e normas penais em branco

A partir do momento em que se atribui ao direito penal a função de tutelar valores de caráter difuso, a dogmática tradicional voltada aos critérios elementares de tipificação dos delitos entra em crise.

Há até mesmo quem alegue que o conceito de bem jurídico teria perdido a utilidade no atual contexto, tornando-se insuficiente, pois as necessidades inerentes à sociedade risco fazem com que se dê importância ao desvalor da ação e não mais apenas ao desvalor do resultado, sendo grande a preocupação em se prevenir condutas tidas como potencialmente perigosas[91].

Com efeito, no direito penal moderno, uma das premissas mais contundentes no estudo da estrutura do crime sempre esteve na sua referência a valores importantes para a vida dos indivíduos na sociedade, o que, por conseguinte, impõe limites materiais ao legislador na tipificação dos delitos, inclusive no que concerne à delimitação do nexo causal e do dano. Mas à medida em que entram em cena, no campo de proteção penal, valores de natureza supraindividual, os critérios delimitadores já não funcionam mais com tanta clareza[92].

---

[90] MACHADO, *op. cit.*, p. 106-107. "Isso em razão, fundamentalmente, da incorporação de bens jurídicos supra-individuais, imateriais e imprecisos ao espectro de proteção jurídico-penal. A adaptação do direito penal ao paradigma da sociedade do risco revela o predomínio, na mais recente tendência político-criminal, de iniciativas voltadas à prevenção em grande escala de situações problemáticas e ao estabelecimento de garantias públicas a favor de bens de conteúdo amplo e abstrato, em detrimento de um paradigma direcionado à repressão pontual de lesões concretas a bens jurídicos individuais. (...) na perspectiva da teoria do bem jurídico, as consequências disso referem-se a uma significativa mudança na compreensão do conceito de bem jurídico, consistente no seu distanciamento da objetividade natural, bem como do eixo individual, para focar a intervenção penal na proteção de bens jurídicos universais ou coletivos, de perfis cada vez mais vagos e abstratos - o que visivelmente destoa das premissas clássicas que dão o caráter concreto e antropocêntrico do bem a ser protegido". *Ibid.,loc. cit.*

[91] "O grande número de tipos penais de perigo é prova dessa 'redescoberta' do desvalor da conduta. Na sociedade de risco importa - muito mais que no passado próximo - exigir crescentemente dos indivíduos posturas ativas voltadas para a evitação de danos. O uso da liberdade individual na sociedade atual tem limites muito maiores. O conceito de bem jurídico com o fim de legitimar e limitar o uso do direito penal foi necessário e útil, numa época em que isso se fazia importante por razões metodológicas e ideológicas. Todavia, a notável expansão de deveres positivos exigidos de todos e de cada um - portanto, todos e cada um com menos liberdades - tornou insuficiente usar apenas o conceito de bem jurídico como o exclusivo alvo de proteção jurídico-penal. Isso também se deve a outra característica marcante da sociedade de risco, qual seja, o considerável aumento das interconexões causais e dos contextos de ação de caráter coletivo. AMARAL, *op. cit.*, p. 163-164.

[92] "Os bens de conteúdo amplo e titularidade difusa demandam, para sua proteção, a operacionalização da tutela de maneira distinta do paradigma tradicional, justamente porque a sua plasticidade torna extremamente difícil a delimitação da causalidade e do dano. Exige-se, portanto, um distanciamento da realização efetiva da agressão, em favor da criminalização formal de condutas supostamente lesivas ou perigosas. Com isso, nas áreas influenciadas pelo aparecimento dos novos riscos, renuncia-se ao modelo estruturado em torno da punição de ações que se orientam imediatamente ao ataque de um bem, para voltar o aparato penal à incriminação de feitos

O direito penal, no paradigma da moderna sociedade industrial, sempre esteve direcionado à proteção de bens jurídicos individuais, ou seja, aqueles passíveis de lesão ou perigo concreto e individualizado, constituindo frações divisíveis do interesse público diretamente relacionadas a determinada pessoa. Assim, por exemplo, nos crimes contra o patrimônio, tem-se de um lado a dimensão pública consubstanciada na proteção ao direito de propriedade em geral, mas, de outro lado -- e muito bem caracterizada --, a defesa contra lesões pontuais recaídas sobre o patrimônio de cada indivíduo.

O desafio que se lança, na sociedade de risco da pós-modernidade, é valer-se do direito penal para proteger bens de conteúdo abstrato desprovidos dessa característica divisível, que não pertencem a ninguém individualmente, mas, sim, pertencem a todos de uma maneira coletiva ou difusa, isto é, bens *supraindividuais*, o que acaba conduzindo à adoção de mecanismos de *antecipação da tutela penal*.[93]

Resultado disso tem sido a discussão travada na doutrina contemporânea, entre uns que defendem o total abandono do foco centrado no bem jurídico, e outros que apenas concebem ser necessário traçar um novo paradigma para o bem jurídico, que deixaria de lado o caráter concreto e antropocêntrico para assumir uma feição mais ampla e abstrata, abarcando condutas desprovidas de resultado concreto e individualizado. Mas a crítica, nesse último caso, decorre justamente da ampliação que se faz ao conceito e que termina por aproximar o bem jurídico da simples transgressão normativa sem resultado concreto.

Dito fenômeno tem gerado notável desconforto no âmbito de uma comunidade jurídica formada e habituada a lidar com um direito penal moderno que, "tradicionalmente, reagia perante a lesão ou a palpável perigo, causados a concretas condições de vida de uma vítima bem determinada"[94].

Sobressai, nesse contexto, a ampliação da tipificação de delitos de mera conduta e de perigo abstrato, trazendo para o direito penal um alcance de proteção que tradicionalmente ficava reservado ao direito administrativo. Tratados agora como "crimes de transgressão", as condutas perigosas foram tipificadas com vistas a pautas de segurança e controle de riscos, elaboradas por especialistas nas mais diversas áreas científicas e setores tecnológicos.

Abriu-se ainda mais espaço aos tipos penais abertos e normas penais em branco, com elementos de tipificação dependendo substancialmente de critérios fixados em normas secundárias editadas por órgãos de polícia administrativa, notadamente nas áreas de proteção ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico, de vigilância sanitária, defesa civil, telecomunicações etc. Com isso, a prática do crime

---

que frequentemente não passam de mera transgressão a uma norma organizativa sem qualquer resultado concreto". MACHADO, *op. cit.*, p. 162.

[93] Sobre este aspecto, é curial que "a própria característica dos bens jurídicos supraindividuais impõe a utilização de técnicas de tipificação que delineiam uma tendência ao adiantamento da intervenção punitiva. É o caso dos tipos de perigo abstrato, dos delitos cumulativos, dos delitos de mera transgressão e de boa parte dos tipos omissivos. Entretanto, a crescente utilização dessas formulações típicas - instrumentos outrora excepcionais que, no campo dos novos riscos, tornam-se frequentes - postula problemas de legitimidade e de justa distribuição do *ius puniendi*, diante dos critérios de imputação sob os quais se assenta o aparato penal clássico". MACHADO, *ibid., loc. cit.*

[94] MACHADO, *op. cit.*, p. 110-111. "Ademais, a tutela penal de novos bens coletivos destaca-se não só pela contradição com a noção clássica individualista de bem jurídico, mas por trazer, de modo implícito, uma propensão a substituir a proteção de bens concretos pela proteção de funções, instituições e modelos de organização. Dito de outra maneira, ensaia-se a utilização do direito penal como alternativa de controle de condutas danosas a interesses funcionais para o bem-estar da coletividade, notadamente a coesão e a credibilidade do ordenamento jurídico, e de reforço das normas e funções administrativas". *Ibid., loc. cit.*

passou a estar não mais condicionada necessariamente a um resultado ou lesão concreta e individualizada, bastando haver um desvio de conduta ou transgressão de normas administrativas.

Mantendo uma relação de acessoriedade com normas editadas pela administração pública, os tipos penais passaram a ser construídos não sobre a descrição de um fato bruto, não institucionalizado, mas sobre a violação de regras técnicas e burocráticas de administração do bem"[95].

Este novo paradigma de criminalização, visando proteger bens jurídicos supraindividuais característicos da sociedade de risco -- seja prevendo delitos de perigo abstrato desconectados com lesões concretas, seja estabelecendo tipos demasiadamente abertos ou normas penais em branco -- já se espraia na legislação brasileira em diversos diplomas normativos, podendo-se citar os delitos contra o patrimônio cultural e contra o meio ambiente, praticados inclusive por pessoas jurídicas (Lei 9.605/98), as alterações promovidas no código penal, visando a proteção da saúde pública, pela lei de crimes hediondos (Leis 8.072/90), bem como a que tipificou a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (Lei 9.695/98), os crimes de conduta no trânsito (Lei 9.503/97), com destaque para as alterações promovidas pela "lei seca" (Lei 12.760/2012), os crimes formais contra a ordem econômica e financeira (Lei 8.176/91), contra a ordem tributária (Lei 8.137/91), contra as relações de consumo (Lei 8.078/90), os crimes de telecomunicações (Lei 4.117/62 e Lei 9.472/97), dentre outros.

9 Maior tipificação de delitos omissivos e culposos

Além da ampliação no universo de crimes fundados na mera conduta ou no perigo abstrato, os novos ventos que sopram sobre a sociedade de risco contemporânea ensejaram a multiplicação de crimes fundados em omissões ou apenas na culpa em sentido estrito, refletindo mais uma vez um modelo que até então ficava reservado ao campo do direito administrativo sancionador.

Num contexto em que prolifera o sentimento generalizado de insegurança, busca-se utilizar mecanismos formais de responsabilização criminal, calcados em categorias ideais que possam tornar mais fácil a imputação. Com efeito, dada a complexidade dos fenômenos pós-modernos e sua interconexão com uma gama de fatores presentes na rotina contemporânea, tornou-se sobremaneira difícil, em muitos casos, identificar a cadeia causal que antecede a lesão ao bem jurídico supraindividual, assim como ficou difícil identificar de modo preciso a autoria delitiva nesses casos.

Os crimes omissivos, como se sabe, configuram-se a partir de um *não agir* por parte daquele que poderia e deveria ter agido para proteger o bem jurídico. Mas, a rigor, uma omissão é um nada causal, ou seja, nenhum efeito produz no mundo natural, de modo que somente por uma construção mental se pode afirmar que uma omissão tenha causado algum resultado.

Na verdade, o máximo que se pode dizer é que o ato omitido poderia ter evitado ou afastado as causas reais que levaram à produção do resultado. Mas a

[95] MACHADO, *ibid.*, p.113. "(...) ou seja, incorporaram comportamentos que se supõem nocivos e desviantes menos pelo impacto que causam no mundo real e mais por significarem uma violação ao padrão de segurança estabelecido. Em outras palavras, o tipo penal não descreve a ação tida como delituosa, como no caso do homicídio ou da fraude, mas descreve apenas a sua moldura, que será preenchida pela administração pública". *Ibid., loc. cit.*

omissão, em si, nada causou. Não obstante, o ordenamento jurídico termina por atribuir a determinadas pessoas a posição de "garantes" na proteção de bens jurídicos, sob pena de responsabilização criminal. Vale dizer, imputa-se a estas pessoas uma responsabilidade pela omissão, seja por conta de uma situação jurídica específica que lhes impõe um dever de agir independente do resultado (crimes omissivos próprios), seja por conta de uma efetiva expectativa de que o resultado seria evitado caso o agente tivesse atuado (crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão)[96].

Outrossim, em muitas situações é extremamente difícil identificar o elemento doloso por parte do agente, sobretudo nas situações em que se cogitaria de dolo eventual, quando o resultado produzido deveu-se não apenas ao seu agir, mas a uma série de outros fatores e com graus de previsibilidade nem sempre claros. Resultado disso tem sido uma restrição do conteúdo subjetivo do dolo ou, nos casos em que não seja suficiente tal mecanismo, a tipificação do delito a título culposo[97].

Inevitavelmente tal fenômeno acabou por produzir mais uma dose de "mal-estar" num direito penal modernamente construído sob o paradigma da verdade real, da busca da correta individualização dos atos criminosos e na análise pormenorizada do nexo causal.

Considerações finais

De tudo quanto foi dito, percebe-se que as bases do direito penal clássico construído sob os auspícios da moderna sociedade industrial, tendo de se adaptar aos novos desafios da sociedade contemporânea de risco, há muito já vem enfrentando uma crise de paradigmas em diversos aspectos da sua dogmática.

Ainda apegado à tradicional concepção moderna de segurança jurídica, o direito penal depara-se agora com um ambiente culturalmente complexo e de extenso desenvolvimento tecnológico, padecendo de um "mal-estar" já constatado no plano sociológico da chamada *pós-modernidade* (Bauman) ou, como queiram alguns, da *modernidade reflexiva* (Beck).

Antigos modelos de ordem e segurança deparam-se em confronto direto com pretensões de igualdade e liberdade nunca antes propiciadas na história da

---

[96] "O aumento da utilização de crimes omissivos próprios e impróprios está em sintonia com a expansão da normatização de deveres e com a intensa regulamentação de setores e atividades que passaram a ser encarados como perigosos com o advento dos novos riscos tecnológicos. Pode-se dizer que, em razão da imprevisibilidade dos processos causais que determinam o surgimento dos novos riscos, instaura-se uma mentalidade de vigilância generalizada, em que qualquer ação pode se revelar perigosa, e, portanto, todos devem estar preparados a atuar para evitar um dano ou um perigo derivado de suas ações. Nesse contexto, insere-se a instrumentalidade dos delitos omissivos, que responsabilizam, criminalmente, aquele que, podendo e devendo agir para evitar um risco ou um dano, mantém-se inerte". MACHADO, *op. cit.*, p. 139.

[97] "Na mesma lógica da consagração dos deveres de cuidado, temos também o incremento dos delitos culposos. O mecanismo da culpa *strictu sensu* se adapta ao clima sobressaltado de prevenir comportamentos que possam desencadear resultados lesivos, além de representar mais uma saída às dificuldades sempre crescentes de se identificar o elemento subjetivo dolo nas ações lesivas aos bens jurídicos coletivos. Com efeito, diante da falta de claridade com relação aos processos causais e da fragmentação de funções e responsabilidades entre sujeito múltiplos, faz-se altamente improvável, em grande parte das novas situações reguladas, a determinação e a prova do dolo. Daí porque as atuais tendências dogmáticas orientam-se, de um lado, a restringir o conteúdo subjetivo do dolo, reduzindo-se o que o sujeito deve conhecer para ser sancionado a título de dolo e, de outro, a aumentar a incidência dos tipos culposos, que tem ser fundamento na inobservância dos deveres positivos de cuidado exasperadamente previstos na legislação extrapenal. É de se destacar que a incriminação da omissão que implica violação de um dever jurídico é extremamente sensível à aproximação dos crimes culposos. Nota-se, pois, que a omissão culposa vem se tornando umas das formas de tipificação frequentes na política criminal das sociedades contemporâneas. MACHADO, *op. cit*, p. 140.

humanidade. E um direito penal tradicionalmente pensado como um sistema fechado, completo e atemporal, veio, então, cedendo a um direito penal mais aberto, suscetível de rever a sua essência e os seus valores de acordo com o contexto social e os anseios da coletividade em cada momento histórico.

Consequência disso foi a reaproximação da dogmática penal com outras ciências sociais, a ampliação da proteção de bens jurídicos supraindividuais, ampliação da tipificação de delitos de mera conduta e de perigo abstrato, bem como de tipos abertos e normas penais em branco, além da maior tipificação de delitos omissivos e culposos.

Saliente-se, contudo, que ao lado dessas tendências detectadas no direito penal contemporâneo e já albergadas em ordenamentos jurídicos de diversos países, inclusive do Brasil, surgem novas propostas de alteração paradigmática da ciência criminal, de modo a adaptá-la às ainda crescentes exigências da pós-modernidade.

Tais propostas, que tem sido alvo de grande debate na doutrina nacional e estrangeira, com base em estudos desenvolvidos na Alemanha desde a década de 1970 e que lançaram grande influência junto à comunidade jurídica em outras partes da Europa e da América Latina, vem intensificando ainda mais o aludido "mal-estar" do direito penal, ao entrar em choque com parâmetros tradicionais há muito já consagrados.

Assim, fala-se, por exemplo, num *direito penal de velocidades* (Silva Sánchez) ou num *direito de intervenção* ao lado do direito penal (Hassemer). No que concerne à missão do direito penal e a resposta que deve ser dada ao fenômeno criminoso, vem se destacando, dentre outros movimentos contemporâneos, o da *Justiça Restaurativa*, que vem sendo estudada como uma nova maneira de lidar com o crime no contexto pós-moderno. São ideias inovadoras, na tentativa de se conter a expansão já detectada na maioria dos ordenamentos jurídicos, transitando entre a flexibilização de garantias fundamentais e a setorização das instâncias de controle a depender do tipo de delito, bem como a adoção de novos mecanismos facilitadores da comunicação entre todos os agentes envolvidos nas situações protegidas pelo direito penal.

Referências

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco.* São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ASIMOV, Isaac. *Para compreender a relatividade.* In: Avalon, Manville (org.). *Einstein por ele mesmo*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira.* Coimbra: Almedina, 2007.

BUSATO, Paulo César Busato. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal.* São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CAPRA, Fritjof Capra. *O ponto de mutação.* 14. ed. São Paulo: Cultrix, 1995.

CARNEIRO, Wálber Araújo; ALBAN, Thiago Anton. *Crise epistemológica do direito penal na pós-modernidade*. Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/download/301/249. Acesso em 15/07/2014.

CARNEIRO NETO, Durval. *Um novo direito para uma sociedade complexa.* Revista da Seção Judiciária da Bahia, n. 3.

COSTA, Cristina. *Sociologia*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004, p. 47.

DELMAS-MARTY, Meirelle. *Os grandes sistemas de política criminal.* Barueri: Manole, 2004.

DESCARTES, *Discurso sobre o método.* São Paulo: Hemus, 1968.

FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral.*5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.* Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GRECO, Luis. *Introdução à dogmática funcionalista do delito* - em comemoração aos trinta anos de "política criminal e sistema jurídico criminal" de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: São Paulo, v. 8, n. 32, out-dez., 2000.

HART, Michael. *As 100 maiores personalidades da história: uma classificação das pessoas que mais influenciaram a história.* 9. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2003.

HAWKING, S. W.; MLODINOW, Leonard. *Uma nova história do tempo.* Tradução de Vera de Paula Assis. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.

JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Os dilemas do direito penal.* In: *Direito penal contemporâneo.* Gilmar Ferreira Mendes, Pierpaolo Cruz Bottinni, Eugênio Pacelli (coordenadores), São Paulo: Saraiva, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas.* São Paulo: Perspectiva, 1988.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais.* São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MACHADO NETO, *Compêndio de introdução à ciência do direito.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

PONTES DE MIRANDA. *Sistema de ciência positiva do direito: investigação científica e intervenção na matéria social.* 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição.* 6. ed. São Paulo:RT, 2013.

SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.* 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, humanismo e democracia.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

NETO, Durval Carneiro. O MAL ESTAR DO DIREITO PENAL NA PÓS-MODERNIDADE. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 49, janeiro/fevereiro/março de 2017. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-49-MARCO-2017-DURVAL-NETO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.