

CRISE DO PACTO SOCIAL: CONTRIBUIÇÕES DO FUNCIONALISMO PENAL SISTÊMICO ÀS FUNÇÕES ESTATAIS

ANDRÉ PEDROLI SERRETTI

Acadêmico da Faculdade de Direito Milton Campos

Estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

RESUMO: O presente trabalho destina-se a analisar os fundamentos sociológicos da teoria do direito penal do inimigo e suas funções para o sistema social. A partir do marco teórico: função do direito como estabilizador de expectativas normativas, da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, e da teoria dos fins da pena e do direito penal do inimigo, elaboradas pelo professor da Universidade de Bonn, Günther Jakobs, desenvolvi o seguinte trabalho, com o intuito de refletir sobre algumas alternativas que talvez possam contribuir com as funções do sistema social na sociedade pós-moderna, marcada pela complexidade, contingência e pela relação entre confiança e risco. Tais alternativas são referentes à implementação de uma política criminal mais adequada à sociedade contemporânea e são condizentes com os estudos atuais da sociologia.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato Social; Funcionalismo Penal; Teoria dos Sistemas Sociais; Direito Penal do Inimigo.

ABSTRACT: This article is a brief analysis of some aspects of the State activity related to its main function – the promotion of security – and makes some suggestions of some legal institutes that could contribute to improve this activity. In the light of the main concept - law as a stabilizer of social expectations, from the Social Systems Theory, created by Niklas Luhmann, and the theories of the objectives of the penalty and the enemy criminal law, created by the Professor of the Bonn University, Günther Jakobs - this paper attempts to formulate some alternative practices that aim to enable one to improve the State function in our postmodern society, marked by complexity, contingency and by the relation between risk and confidence.

KEYWORDS: Social contract; criminal functionalism; Social Systems Theory; Enemy Criminal Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Alguns apontamentos para a compreensão do Estado moderno e do contrato social. 3. O dilema da sociedade pós-moderna: da renúncia ao instinto ao retorno ao instinto. 4. A sociedade pós-moderna a partir da ótica sistêmica: complexidade e contingência. 5. Introdução ao funcionalismo jurídico-penal sistêmico. 6. A importância da proteção da vigência de normas. 7. Socialidade *versus* subjetividade. 8. O risco. 9. O direito penal do inimigo. 10. A pertinência social contemporânea do tratamento penal diferenciado. 11. Conclusão.

1. Introdução

A teoria contemporânea do Estado deve rever os fundamentos teóricos do Estado e os princípios que orientam sua atuação, conforme será demonstrado. Na sociedade atual, em que os valores presentes se mostram bastantes diversos daqueles vigentes há um século, a noção de pacto social, origem da sociedade organizada, do Estado e do mundo civilizado reclama releitura. Deve-se passar do prisma da mera formalidade para o prisma da efetividade das prestações, de ambos os contraentes. Não basta que o Estado exista, possua diversas funções voltadas à manutenção da vida em sociedade e as busque, ele deve essencialmente conseguir efetivar suas metas. Quando a atividade estatal é ineficiente, os integrantes da sociedade tendem a repensar se realmente vale a pena ceder parcela de seus direitos à formação de um ente superior, assim se inclinando ao estado de natureza. Por outro lado, a existência do indivíduo não basta em si mesma. Não se concebe uma vida em sociedade sem a abstenção de determinadas condutas socialmente danosas. É justamente quando ambas as prestações – do Estado e do indivíduo - se efetivam, que observamos o equilibrado funcionamento do sistema social. Mas, se os mecanismos institucionais não são eficazes no combate à violação às legítimas expectativas existentes no sistema social, eles não servem. Determinadas condutas dão ensejo a situações gravosas, que clamam por respostas à sua altura, e é papel do Estado implementar tais respostas para a proteção da estabilidade das relações sociais, assim inevitavelmente protegendo o elemento humano que o constitui.

2. Alguns apontamentos para a compreensão do estado moderno e do contrato social

A seguir estão expostos pensamentos de alguns autores contratualistas, que aqui rapidamente transcrevo para vislumbrar algumas idéias norteadoras da formação dos Estados modernos¹, a origem dos Estados ocidentais contemporâneos.

Jean Bodin (1530-1596), ilustre *politique* francês, com a máxima *majestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potesta* (soberania é poder supremo, juridicamente ilimitado, sobre os cidadãos e os súditos) aduzira que o Estado Nacional deveria ser detentor do *Summa Potestas* (poder supremo) sobre os cidadãos, que se traduzia como um poder perpétuo, inalienável e imprescritível, limitado apenas pelo direito

¹ Segundo Soares (2001, p. 83 e ss).

natural, e somente assim se poderia conter uma possível barbárie manifesta através de guerras civis. O nobre contratualista a essa conclusão chega ao analisar a França de seu tempo: dividida e desmembrada por sucessivas guerras civis.

Thomas Hobbes (1588-1679), preconizava a idéia de unidade de poder contra a anarquia, através do temível *Leviathan*, monstro de origem bíblica e nome a ele dado ao Estado, este, impróprio e horrendo, mas necessário. Assim cada súdito (cidadão) renunciaria a parcela de sua vontade para a construção deste monstro, ignóbil, porém necessário. Não é prudente que se renuncie à sua vontade em benefício de alguém, mas não há alternativa: ou assim se procede, ou teremos a inviabilidade do convívio social pela competição, naturalmente violenta, entre os homens, com o intuito de se tornarem senhores de coisas alheias e até mesmo de seus semelhantes, gerando grande desconfiança que faria com que o homem lute por mecanismos de autotutela (autodefesa). A fórmula do poder comum entre os homens pode ser expressada através da seguinte passagem: “Autorizo e cedo meu direito de governar a mim mesmo a este homem (*Leviathan*), com a seguinte condição: que tu cedas também teu direito e tuas ações do mesmo modo” (HOBBS, 1982, cap. XVII), que transmite a noção de pacto social, através da concessão por todos os cidadãos de parte do seu direito de auto-governo, a um ente voltado à manutenção da paz e da defesa comuns, e a recíproca submissão do Estado à vontade de seus cidadãos.

Por fim, Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) vê o Estado como o fruto do pacto social, como forma de superar as impossibilidades de convívio social oriundas da essência humana, quando em estado de natureza, em caos e desordem. Diante disso, os homens teriam pactuado, ou se associado, mútua e livremente, cedendo parte de seus direitos à criação de um ente que, por ser superior, acabaria com tais problemas. Nesse ínterim, a vontade geral é consequentemente a vontade do Estado e simultaneamente o que o legitima. Para ele, a ordem social é direito de todos os homens, mas esse direito não provém da natureza, e sim, das convenções entre os cidadãos e entre estes e o Estado.

3. O dilema da sociedade pós-moderna: da renúncia ao instinto ao retorno ao instinto

Zygmunt Bauman (2000), citando Sigmund Freud, observa que a ordem é como uma compulsão à repetição, que estabelece como e onde cada coisa deve ser feita, para que em qualquer situação não haja hesitação nem indecisão. Em Freud, encontramos:

A ordem é uma espécie de compulsão a ser repetida, compulsão que, ao se estabelecer um regulamento de uma vez por todas, decide quando, onde e como uma coisa será efetuada, e isso de tal maneira que, em todas as circunstâncias semelhantes, a hesitação e a indecisão nos são poupadas. Os benefícios da ordem são incontestáveis. Ela capacita os homens a utilizarem o espaço e o tempo para seu melhor proveito, conservando ao mesmo tempo as forças psíquicas deles. (FREUD, 1930, p. 100)

Segue Baumann a observar que a liberdade de agir do homem, sobre seus próprios impulsos, deve ser contida, e tal coerção é dolorosa: “a defesa contra o sofrimento gera seus próprios sofrimentos. A civilização se constrói sobre uma renúncia ao instinto” (BAUMANN, 2000, p. 7). Nessa ordem de idéias, o sociólogo estadunidense Joel Charon, também informa que:

Ordem social significa que as ações entre os indivíduos são previsíveis, ordenadas, padronizadas, baseadas em regras. Cada ator é, em certa medida, governado pela sociedade. Existindo a ordem, os atores não agem de modo como desejam. A ação é governada por expectativas mútuas e um contrato governa o relacionamento. (CHARON, 1999, p. 148)

Hoje vemos que, dessa ordem, que era o orgulho da modernidade, se tende ao inverso. O Estado, que servia à manutenção da ordem e do bem-estar social, por não cumprir o seu papel satisfatoriamente, em especial no que tange à segurança de seus cidadãos (BAUMANN, 2000, p. 7), ou seja, por não oferecer a contraprestação devida ao quinhão de liberdade a ele cedido por todos e cada um de seus “súditos”, hoje é defrontado com o respectivo reflexo social, constituído de uma constante e crescente tendência geral de fácil e freqüentemente, se trocar uma porção de segurança, que em tese é oferecida pelo Estado, por uma porção de felicidade oriunda da liberdade, anteriormente entregue ao Estado. Assim, observamos em nossa sociedade atual uma tendência ao individualismo, de certo modo expressa no consumismo², caracterizada da seguinte forma:

Até aqui podemos dizer que houve uma supervalorização das transcendências individuais caracterizadas por uma cultura massiva ligada ao consumo, desencadeando relações imaginárias e socialmente concretas sem mediações do político e do coletivo. Esse processo faz surgir novas modalidades de violência que vão desde o consumo, o excesso, o espetacular, o efêmero, o banal, o vazio, até manifestações políticas, econômicas, sociais, nacionais e transnacionais que colocam em xeque o processo civilizatório e a ordem social vigente. (COSTA; PIMENTA, 2006, p. 9)

O filósofo Sérgio Rouanet (2001, p. 11) observa a referida situação da seguinte forma: “como a civilização que tínhamos perdeu sua vigência e como nenhum outro projeto de civilização aponta no horizonte, estamos vivendo, literalmente, num vácuo civilizatório. Há um nome para isso: barbárie”. Em outras palavras, estamos presenciando cada vez mais, em decorrência de mudanças das necessidades sociais, certa insatisfação em relação à atuação estatal, certa tendência de retorno a um paradigma em que cada indivíduo detenha mais liberdade e menos segurança. Para Baumann (2000, p. 9), “dentro da estrutura de uma civilização concentrada na segurança, mais liberdade significa menos mal-estar”. Émile Durkheim já percebia tal mal-estar e a dificuldade de regulá-lo, para ele:

² Ver: LIPOVETSKY (2005).

O problema central das sociedades modernas, como de todas as sociedades, é portanto a relação entre os indivíduos e o grupo. Este relacionamento é transformado pelo fato de que o homem se tornou por demais consciente de si mesmo para aceitar cegamente quaisquer imperativos sociais. De outro lado, porém, tal individualismo, em si mesmo desejável, comporta perigos, pois o indivíduo pode exigir da coletividade mais do que esta pode lhe dar. É preciso, portanto uma disciplina que só a sociedade pode impor. (apud ARON, 2006, p. 475)

A despeito de tal mal-estar, gerado pela convivência em sociedade, esta convivência se faz indispensável ao livre desenvolvimento das aptidões humanas, conforme será explicitado, motivo pelo qual devem ser reconhecidos os benefícios da existência de uma ordem social. Somente o sistema social é capaz de regular a relação entre a satisfação dos desejos individuais e aquilo que é permitido à pessoa fazer sem atrapalhar o seu funcionamento, através de mecanismos por ele próprio criados. Tais mecanismos serão tratados no item seguinte.

4. A sociedade pós-moderna a partir da ótica sistêmica: complexidade e contingência

Niklas Luhmann informa que a relação sensorial do homem com o mundo apresenta ao indivíduo uma gama de possíveis experiências e ações. Sempre haverá mais possibilidades do que se pode realizar (complexidade), mas a ação humana deve se pautar por uma delas e, as possibilidades apontadas para as diversas experiências poderiam ser diferentes das esperadas (contingência), gerando possibilidades de desapontamentos.

Nesse universo complexo e contingente, a estabilização das ações humanas se dá na forma de criação de estruturas de assimilação da realidade exterior, denominadas de expectativas. O homem pauta a sua conduta através da expectativa que tem do resultado a ser atingido por esta. Com o convívio social tem a oportunidade de captar expectativas alheias e determinar sua conduta, para a obtenção dos resultados desejados, a partir das expectativas de conduta alheias, criando expectativas sobre expectativas. Agindo assim, o homem potencializa o risco de ver sua expectativa frustrada, e a contingência simples, agora se transforma em dupla contingência, com a possibilidade de frustração de expectativas tanto próprias, quanto expectativas sobre expectativas de conduta alheias (inconfiabilidade). Tais expectativas muitas vezes geram a falsa sensação de segurança e, quando frustradas, criam uma sensação de insegurança e de ausência de parâmetros pré-estabelecidos de condutas sociais. Em um simples exemplo, ao dirigir um veículo automotor através de um cruzamento com semáforo que esteja acionado em luz verde, nós somente por ele passamos porque acreditamos que os carros que estão na outra pista do cruzamento pararão ao detectar que não estão autorizados a passar por ali. A confiança é a base de qualquer comportamento ou relação social. Sem ela, no dizer de Luhmann (2005, p. 5), sequer levantamos pela manhã.

Nesse contexto, o papel do sistema social parcial jurídico é estabelecer a diferenciação entre expectativas que se frustradas não geram resposta do sistema do direito (expectativas cognitivas), e expectativas que devem obrigatoriamente ser observadas (expectativas normativas), para que seja possível o funcionamento do sistema social. Também é sua função estabelecer as respostas à frustração de tais expectativas normativas. O sistema social deve estabelecer meios de contenção de frustração de expectativas normativas, ou seja, deve ele criar mecanismos de redução de inconfiabilidade e assim, de controle do risco de desapontamentos. Deve o sistema social definir quais riscos são tolerados para cada tipo de ação, e estabelecer mecanismos de redução desses riscos de desapontamentos, que podem ser chamados de mecanismos redutores de complexidade.

5. Introdução ao funcionalismo jurídico-penal sistêmico

O Direito Penal, a partir da ótica funcionalista, tem por função precípua garantir a identidade normativa da sociedade, ou seja, a constituição da sociedade na qual esteja inserido. A pena não é, e não o pode ser, apenas um mal infligido ao indivíduo que descumpra a norma, numa seqüência irracional de dois males (delito-pena). O conteúdo cognitivo da sanção, como resposta a quem contraria a norma, é justamente a afirmação da norma. O Direito Penal se presta a contradizer a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade. Nas palavras de Jakobs (2003b, p. 4): “O Direito Penal confirma, portanto, a identidade social”. Em sociedades nas quais os mecanismos de legitimação do poder de legislar, no plano do dever-ser, estão baseados na racionalidade e na democracia, e como corolário desta, a participação popular, direta ou indireta, no processo de elaboração de suas normas, estas representam uma projeção, um reflexo da sociedade, pois são, como se pode depreender, a identidade da sociedade expressa por meio de normas jurídicas. A infração a tais normas, não significa apenas a satisfação de um desejo egoístico pelo agente, como o desejo de possuir bens alheios mas, para a sociedade, significa um ataque aos seus valores supremos insculpidos em normas de conduta positivadas. Nesse ínterim, a pena não é apenas um mecanismo de manter a identidade social, mas sim, um mecanismo inerente à identidade social.

Apesar de se esperar que a pena engendre certas conseqüências de natureza psicológica ao infrator, ela significa algo independente disso: a comprovação, através da resposta do sistema social, de que a identidade da sociedade está mantida. A pena, como resposta do sistema social à frustração de expectativas normativas é responsável por atribuir o caráter de contrafaticidade a tais expectativas. Algo é contrafático se, mesmo que inobservado no campo dos fatos, continua a ser de observância obrigatória por todos aqueles que se manifestem factualmente. Ela é uma comunicação à sociedade, com o seguinte conteúdo: apesar de alguns fatos não corresponderem à sua configuração normativa, esta configuração continua a ter vigência. A pena é responsável por manter a confiança da sociedade na vigência das expectativas normativas que constituem a sua identidade. Assim, a sociedade saberá que, apesar de inobservada a norma, ela continua a vigor e tal sociedade poderá continuar a proceder de acordo com a expectativa violada. Destarte, a sociedade saberá que poderá continuar a pautar

sua conduta e seus anseios a partir das expectativas normativas que constituem sua identidade. Do contrário, à primeira frustração de expectativa, por qualquer indivíduo, já se estabeleceria o caos, usando um termo contratualista clássico. Em outras palavras, à primeira frustração, a sociedade se desmantelaria, cada indivíduo perderia o vínculo de confiança que indica que a conduta dos outros será (ou ao menos deverá ser) pautada por tais expectativas, e sem a confiança como base das relações sociais, estas provavelmente desapareceriam, e a tendência individual seria o isolamento e a vigilância máxima aos bens que interessam a cada um, individualmente. “O Direito Penal restabelece no plano da comunicação a vigência perturbada da norma cada vez que se leva a cabo seriamente um procedimento como consequência de uma infração da norma” (JAKOBS, 2003b, p. 4). A preservação da configuração normativa da sociedade não é uma consequência do processo de aplicação da pena, mas sim, seu significado. Encontramos o fundamento, ainda que rudimentar, de tal função da pena em Émile Durkheim, como observa o sociólogo francês Raymond Aron:

De qualquer forma, depois de ter esboçado uma teoria do crime, Durkheim deduz dela sem dificuldade uma teoria das sanções. Afasta com um certo desprezo as interpretações clássicas, segundo as quais as sanções teriam por finalidade prevenir a repetição do ato culpado. Para ele, a sanção não tem a função de amedrontar ou de dissuadir; seu sentido não é este. A função do castigo é satisfazer a consciência comum, ferida pelo ato cometido por um dos membros da coletividade. (ARON, 2008, p. 467-468)

Em termos funcionalistas, podemos entender por consciência comum, em uma sociedade complexa, organizada a partir da contingência de expectativas normativas pelo sistema social parcial jurídico, as normas jurídicas que compõe tal sistema, e, por conseguinte, a configuração normativa da sociedade. Esta seria o objeto de proteção imediato do direito penal, e a função da pena seria a manutenção de tal configuração.

É impossível separar o Direito Penal da sociedade, pois que, como visto, este é um recurso indispensável do qual a sociedade lança mão para resolver alguns de seus problemas. Em termos funcionalistas, o sistema jurídico (no caso, jurídico-penal), enquanto sistema social parcial, é utilizado pela sociedade (sistema social) para repelir o fenômeno da defraudação da confiança que garante a dupla contingência. Reitere-se: a proteção da confiança é um mecanismo de redução da complexidade na medida em que permite que cada indivíduo tenha certa segurança ao selecionar quais expectativas deve observar, e captar quais devem ser observadas por outros indivíduos, o que permite que cada indivíduo planeje quais ações tomará no futuro e quais reações deve esperar, reações estas que fundamentam a própria escolha de suas ações.

6. A importância da proteção da vigência de normas

Algumas normas constitutivas da sociedade possuem força de auto-estabilização, tal como ocorre, por exemplo, com certas expectativas cognitivas, ou mesmo normativas, que por serem de observância tão óbvia, estabelecem-se sem a necessidade de

operação de qualquer sanção, por parte do sistema jurídico. Sua inobservância gera apenas pequenas reprovações, como é o caso da expectativa de que todos cuidem de sua higiene pessoal e que não emitam sons sem sentido algum, que ensejam, no máximo, a qualidade de estranho ou sujo para os que assim agem, por parte dos outros indivíduos com os quais convivem, o que já basta para que tais expectativas sejam observadas, na maioria dos casos.

Outras normas, por sua vez, carecem por completo de tal força de auto-estabilização, como acontece em geral com aquelas normas que hoje não podem ser representadas como previamente concebidas, oriundas do direito natural ou divino, mas simplesmente feitas, ainda que feitas por boas razões. A inobservância de normas desse tipo não gera de imediato uma sanção, como ocorre com a inobservância de normas do outro tipo anteriormente descrito (normas auto-estabilizáveis). Exemplo: ninguém que goze de mínima higidez mental dirigiria pela via, em condições normalmente presentes, um carro sem freios, mas com certeza, muitas pessoas o dirigiriam – e dirigem – sem licença para tanto. Enquanto na conduta de dirigir sem freios poderá haver literalmente uma pena natural, que pode chegar até à perda da vida, da conduta de dirigir sem licença não se depreende uma pena oriunda tão somente do atuar do agente, inerente a este. Nesse caso, se faz necessário, para a garantia da vigência dessa expectativa normativa, de inobservância desprovida de uma inerente sanção, o uso de uma sanção em caso de sua violação, oriunda de um ente externo. No caso do Direito Penal, essa sanção se aplica por meio de um procedimento formalmente estabelecido.

Desde o fim do Direito Natural, a pena já não se impõe a sujeitos irracionais, mas a sujeitos refratários. A sanção contradiz o projeto do mundo do infrator da norma: este afirma a não vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante. (JAKOBS, 2003b, p. 13)

7. Socialidade versus subjetividade

Poderíamos argumentar que o funcionalismo sistêmico tira o indivíduo livre do centro de proteção do sistema social mas, como se pode vislumbrar, é justamente o indivíduo que se pretende preservar com a preservação da configuração normativa social, através da estabilização de expectativas, para que se possibilite a dupla contingência e não se viole a confiança. O indivíduo é o centro, ainda que secundariamente remetido, pois se remete primeiramente à proteção da vigência da norma, e secundariamente, aos indivíduos que se beneficiam dessa vigência, como é o caso, de todos nós, sem exceção, que nos beneficiamos da proteção da vigência da norma penal que incrimina a conduta homicida injusta. Poderia alguém dizer: sim, mas se algum suicida, para facilitar o seu ato de auto-extermínio, solicitar que outra pessoa o mate, caracterizada estará a ausência de interesse legítimo, por parte do suicida, na norma que incrimina o homicídio. É verdade, a vontade do suicida, naquele momento, não poderá ser efetivada sem que seja praticado um delito por quem executa tal vontade. Mas, se sua vida for suprimida, ele não mais será alguém dotado da faculdade de participar da formação

da configuração normativa da sociedade, ou seja, participar do processo de seleção de expectativas normativas que refletem os anseios sociais e estaria automaticamente excluído do centro de proteção do sistema social, simplesmente pelo fato de deixar de existir. Com isso, não terá validade o seu argumento que visa à autodestruição, aduzindo que se sua vontade não for efetivada, estaria ele fora do centro de proteção do sistema social. A sua vontade, esta sim, está tendente a lhe retirar do centro de interesses dos sistemas sociais, algo que presumivelmente é prejudicial, e que alguém em estado de equilíbrio e satisfação jamais o faria.

Quanto à crítica que indica ser o funcionalismo a negação da liberdade individual, responde Jakobs:

Contrariamente a isso cabe objetar por sua vez que um sujeito livre quase por graça da sociedade é demasiado pouco, que este não deve ser fundamentado de modo derivado, mas que deve constituir o princípio e o objeto, vale dizer, que deve ser necessariamente o conteúdo principal da empresa *Direito Penal*. (JAKOBS, 2003b, p. 14)

A subjetividade somente pode se desenvolver numa socialidade. Tanto é que a noção de parte, se forma a partir de, e em contraposição à noção do todo. O *ego* se forma a partir do *alter*. Freud aduzira que a nossa constituição psíquica (exceto o *id*, instância pré-existente) se forma a partir da constituição psíquica de nossos pais, o nosso *ego* e o nosso superego (instância crítica) se formam a partir de identificações com o *ego* e o superego deles (LAPLANCHE; PONTALIS, 2002, p. 499). E é óbvio que a relação que temos com nossos pais é um vínculo social. Para Jakobs (2003b, p. 15) “A subjetividade se gera através de um processo mediado pelo social”. Ainda ressalta o renomado autor que não é correto contrapor as condições de constituição da subjetividade às condições da constituição da socialidade, no sentido de “aqui liberdade” *versus* “aqui coletivismo”. Sem uma sociedade em funcionamento, faltam condições empíricas da subjetividade. Para Günther Jakobs:

Não se trata de que a sociedade, entendida como algo feito e determinado, anteponha-se ao sujeito, mas também fica excluído o contrário. Dizendo de outro modo, a subjetividade não só é um pressuposto, mas também uma consequência. Sem um mundo objetivo vinculante não há subjetividade e vice-versa. (2003b, p. 18)

O sistema social parcial jurídico-penal é um meio utilizado pelo sistema social para gerir conflitos sociais, especialmente delitos, objetivando o restabelecimento da confiança nas relações sociais. Uma crise no *jus puniendi* do Estado é uma crise do próprio Estado, e conseqüentemente uma crise social.

8. O risco

O sistema social capta os riscos aos quais seu funcionamento está exposto, o que faz com que a imposição de penas seja preventiva de um modo perceptível, ou seja, que não se espere que a vigência da norma seja violada e por consequência, a configuração normativa da sociedade seja lesada, para que se possa levar a cabo tal imposição, em relação a condutas que em quase cem por cento dos casos são perigosas. Sabemos que o contato social implica em riscos, e sem estes o sistema social não evolui, mas, na sociedade contemporânea, marcada pela complexidade, contingência e por tal risco, a distância que há entre conduta perigosa e violação à respectiva expectativa normativa (ou a lesão ao respectivo bem jurídico) é muito menor do que a que havia há um século. O risco deixa de ser apenas mais um dado periférico em qualquer análise socialmente relevante e passa a ser o centro das atenções³. Tal risco, que antes provinha principalmente da falta de controle das intempéries da natureza, se transporta para o âmbito da ação humana.

Pequenas ações podem gerar danos de proporções elevadas, consideradas socialmente, como poderia ocorrer, caso o fabricante de um remédio essencial à saúde, cometesse algum erro na dosagem da fórmula de tal medicamento em alguns lotes. Isso poderia causar a morte de centenas de pessoas. Sim, um simples erro em uma linha de produção, alguns miligramas a menos de certo elemento, poderiam ser letais a um número enorme de pessoas. Há cem anos, se um farmacêutico – ou boticário – cometesse um erro de tal natureza, causaria um dano bem menor. Para se ter idéia, a primeira lei de trânsito do mundo surgiu na Inglaterra, no ano de 1836, e previa a velocidade máxima de 10 km/h. Hoje, como é sabido por todos, as auto-estradas alemãs não possuem limites de velocidade. Nos dias atuais há maior risco de lesão a bens e interesses juridicamente protegidos. Quanto maior o grau de complexidade da sociedade, maior a possibilidade de defraudação de expectativas normativas, e mais difícil é a resposta eficiente do sistema social a tais frustrações. Um mecanismo de gerência do risco é o aumento da severidade das penas para o descumprimento das determinações legais, quanto maior for o risco. A pena, em tese, funciona como algo que inibe a prática de condutas perigosas, assim, reduzindo a ocorrência de resultados danosos. Outra funesta característica dos riscos atuais, que contribui com a legitimação da intervenção penal sobre a conduta perigosa, ainda que abstratamente, é a grande dificuldade, em um número de casos cada vez maior, de se estabelecer um nexo causal entre a conduta perigosa e seu resultado material, o que muito dificulta a imposição de sanção ao infrator.

Um dos grandes problemas do direito penal contemporâneo é justamente lidar com situações como esta: uma sociedade que apresenta exageradamente riscos e uma dogmática – no caso, a brasileira – que foi criada com base em um sistema ontológico – o finalismo penal – de grande influência neokantista⁴, que à época, em contraposição ao sistema causalista, preocupava-se com a imputação da figura típica pelo dolo

³ Ver: Bottini (2007, p. 35).

⁴ Ver: Schmidt (2007, p. 72).

(consciência e vontade), o elemento subjetivo do autor. O tema central do direito penal era o elemento anímico do agente. A potencialidade de causar danos das mesmas e de novas condutas foi crescendo, se expandindo, e a dogmática jurídico-penal não a acompanhou satisfatoriamente. O grande problema das condutas socialmente perigosas de hoje não é a aferição da consciência e vontade do agente em relação a determinado ato, visto que tal análise sempre foi requisito da existência do crime, mas sim, o resultado, intensamente danoso desta. O sistema finalista criado pelo Professor Hans Welzel no ano de 1930, quando da publicação de um artigo de sua autoria sobre a relação de causalidade⁵, somente foi adotado pela legislação penal brasileira em 1984, com a última grande reforma do Código Penal⁶. Isso demonstra como a dogmática penal brasileira se encontra atrasada em relação à produção científica mundial. E pior: deparar-se com princípios penais insculpidos nos postulados liberais da revolução francesa, com aplicação absoluta, inflexível, conforme proposto por alguns. É absurdo virar-se as costas às grandes mudanças sociais e pregar inflexivelmente postulados anacrônicos, que foram muito importantes para a época, mas hoje tem sido barreiras, em certos casos, à modernização e à efetividade do direito penal, e ignorar os avanços da hermenêutica contemporânea, relativos à ponderação entre regras, princípios e valores de determinado ordenamento jurídico, o que não condiz com o modelo de Estado no qual estamos inseridos.

Alguns cientistas do Direito Penal⁷ posicionam-se contrariamente à criação de tipos penais que prevêem condutas de perigo abstrato, ao argumento de que tais condutas ferem o princípio da lesividade, na sua vertente que prega que deve haver efetiva lesão a um bem-jurídico, para atuação do Direito Penal. Mal vêem eles que, se se esperar a lesão ocorrer ou o perigo de lesão ser provado, para sancionar uma conduta em si potencialmente perigosa, o sistema social disporá de um excelente mecanismo de redução de riscos e consequente redução de complexidade, esta tão abundante em nossa sociedade, nos tempos atuais. Não se espera que o homicida puxe o gatilho da arma para depois tentar impedi-lo de cometer o atentado contra a vida. Nos tipos penais que prevêem condutas consideradas de perigo abstrato, o legislador deduz logicamente que certa conduta possui uma imensa probabilidade de ser perigosa na grande maioria dos casos, e a transcreve em forma de tipo penal, cominando uma determinada sanção, assim, não deixando a cargo da prova do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado perigoso, para se impor a pena.

Suponhamos que alguém livremente implemente uma conduta ilícita que sabe poder ser perigosa a outrem, assim assumindo o risco de eventualmente lesionar algum interesse juridicamente protegido. Mesmo que essa pessoa não venha a diretamente lesionar tais tipos de interesses ou produzir tal risco, ofende à legítima expectativa dos demais membros da sociedade, de não correrem esse risco, mesmo que potencial, de terem seus interesses legitimamente protegidos lesionados, por condutas alheias. Portanto, o agente que assim atua lesa legítimos interesses de toda a coletividade e de cada

⁵ Ver: Gomes; Molina (2007, p. 140).

⁶ BRASIL. *Lei N° 7.209, de 11 de julho de 1984*, art. 20.

⁷ Por todos: Gomes (2002, p 28).

um de seus membros, através da violação de tal expectativa que ocasiona a ruptura da confiança nesta e, conseqüentemente, a frustração da dupla contingência. Não devemos ficar à mercê da prova do nexo causal para inibir condutas que potencialmente ferem a bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal. Suponhamos que em uma casa de muros altos, três jovens maiores, decidem pegar a arma com mecanismo silenciador do pai de um deles, para atirar, cada um, uma vez, para o alto e aleatoriamente em região habitada, na qual residem, que se situa nos limites de um região desabitada. Caso um dos projéteis acerte um morador de um prédio situado a algumas centenas de metros dali e o mate, e os outros projéteis se percam, como descobrir qual dos jovens foi quem praticou a conduta homicida, e isso provar? Se se ficar à mercê da prova do perigo concreto causado pela conduta de cada um dos jovens, necessário será encontrar os outros dois projéteis e saber quem atirou cada qual, se não fossem encontrados todos eles e identificados os lugares onde o foram, seria caso de autoria incerta, pois não se saberia qual projétil acertou a vítima, ao menos que se tivesse alguém em permanente vigília ao agente e à vítima em distância ideal de ambos, o que faticamente é muito improvável, de difícilíssima ocorrência. O problema foi resolvido por nosso legislador, ao incriminar a conduta de disparo de arma de fogo em local habitado ou em direção a este⁸, sem necessidade de se provar potencial ocorrência de resultado lesivo, e a experiência tem demonstrado que, na imensa maioria dos casos de mortes por “balas perdidas”, sequer se sabe onde poderia estar o autor do disparo.

A conduta abstratamente perigosa, sem justificação, é em si antijurídica, mesmo que não venha a causar perigo efetivo a alguém, desde que seja apta a tal risco e seja socialmente reprovável, reprovção esta constatável através de cominação legal de sanção, desde que razoável tal tipificação, para a real, e não apenas formal, efetivação da proteção da confiança em expectativas normativas (ou proteção de bens jurídicos). Sabemos que sem risco a sociedade não evolui. O incremento do risco socialmente reprovável é um ataque às legítimas expectativas dos membros de tal sociedade e à configuração normativa desta, e cabe aos sistemas sociais estabelecer quais riscos são permitidos e quais são proibidos, e estabelecer a sanção correspondente ao incremento destes últimos.

9. O direito penal do inimigo

A pena deve ser vista como a marginalização do ato em seu significado lesivo à norma e, conseqüentemente, a constatação de que a estabilidade normativa da sociedade, que os sistemas sociais pretendem manter, permanece inalterada. “[...] *la pena misma no es sino una comunicación que resulta cualificada en atención a un servicio funcional determinado*” (NAVARRO, 2007, p. 272). Segundo Günther Jakobs (2003a, p. 51) “A pena é a confirmação da identidade da sociedade”. O efeito confirmatório é destinado a pessoas, a seres participantes da comunicação. Para ele, o dano infligido através da pena não objetiva causar medo ou compaixão ao autor da infração, uma vez que possui apenas um significado: não se deve anuir ao ato infrator. Continua o mestre alemão:

⁸ BRASIL. Lei Nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, art. 15.

Além da certeza de que ninguém tem direito de matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento, mas também a pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário. (JAKOBS, 2003a, p. 55)

Esse indivíduo, o adversário, que não apresenta garantia cognitiva alguma à sociedade, ou seja, que não oferece a menor condição de atender às mínimas expectativas normativas necessárias e essenciais ao convívio em sociedade, deve ser tratado pelo sistema social de forma diferente à forma dispensada ao cidadão, àquele que regularmente cumpre com seus deveres de diligência e respeito aos direitos alheios consubstanciados em expectativas normativas que compõe o sistema jurídico-penal. O opositor, ou inimigo, é aquele que age cabal e constantemente de maneira anti-normativa, que tem sua vida pautada pela ilicitude. Comportamentos mais lesivos clamam por respostas mais gravosas – é o que se depreende de até mesmo de uma interpretação elementar do princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal. Mas isso não autoriza que tudo se faça a este indivíduo que age como se o ordenamento jurídico, as legítimas expectativas alheias e a configuração normativa da sociedade, nenhum valor tivessem para direcionar a sua conduta. Não podem ser contra este implementadas ações desmedidas, além do necessário à garantia de estabilidade das estruturas sociais.

Certamente, isso permite não só uma reação perante uma agressão atual, mas também contra agressões futuras. A reação ideal contra a conduta do inimigo, voltada à proteção da configuração normativa da sociedade, não pode ser pura e simplesmente efetivada através de sanção posterior ao ato lesivo, entendida esta como a comunicação aos membros de tal sociedade que, apesar da inobservância de determinada expectativa normativa por alguém, podem eles continuar pautando sua conduta segundo tal expectativa. Se a sanção, para Durkheim, se presta à satisfação da consciência comum, ferida pelo ato de um de seus membros, a sanção imposta ao inimigo, indivíduo que se excluiu do status de membro da sociedade, não pode estar voltada à satisfação de tal consciência, visto que a referida infração não foi perpetrada por um de tais membros. Pelo contrário, a sanção imposta ao inimigo deve estar orientada preventivamente, ou seja, deve ser utilizada antes mesmo que ele chegue a frustrar a dupla contingência através da defraudação de expectativas selecionadas pelo sistema social, assim preservando-se a configuração normativa da sociedade. Ressalte-se que a preservação da configuração normativa da sociedade já é uma expectativa normativa, e a sanção imposta ao inimigo se destina à preservação de tal expectativa, na medida em que se busca neutralizar seus iminentes e futuros ilícitos, pois que já demonstrou concretamente sua tendência à constante violação das expectativas em questão.

Nisso se constitui a efetividade da função protetora do Estado, e a função do próprio Estado. Como dito anteriormente, não se espera que um terrorista detone a bomba para que o impeça de tal e o puna por sua conduta.

Para Jakobs (2003a, p. 57), no que tange às particularidades típicas do Direito Penal do Inimigo, podemos observar, dentre outras: ampla progressão dos limites da punibilidade, ou seja, abandona-se a perspectiva básica do ato praticado, e volta-se para a perspectiva do ato que será praticado, como já acontece nos tipos penais de formação de quadrilha ou bando⁹ e associação para fins de tráfico ilícito de entorpecentes¹⁰. Vislumbramos também a criação de tipos penais contendo crimes de perigo abstrato, e a estes, a cominação penas em patamares parecidos com penas de tipos penais que a doutrina clássica denomina de crimes de lesão. E ainda, observamos a criação de legislação de combate à criminalidade organizada ou renitente, paralelamente à legislação penal regular, como mais adiante veremos, ocorreu na Itália, no final do Séc.XX, na “Operação Mãos Limpas”, que reduziu drasticamente o poder da máfia naquele país. E, por fim, a supressão de algumas garantias processuais, tais como o estabelecimento da incomunicabilidade do acusado. Sabemos que tal restrição se constitui em requisito básico, em alguns casos, que viabiliza a persecução penal quanto ao réu e outros indivíduos envolvidos no comportamento delituoso, pois sabemos que provas podem ser destruídas e pessoas, informadas pelo réu, podem fugir da resposta do sistema jurídico-penal.

A forma pela qual o Estado pode se comunicar, descrita nas linhas anteriores, que compreende a progressão dos limites da punibilidade, implementação de penas mais elevadas e restrição de algumas garantias processuais, não é a forma como este deve se comunicar com seus cidadãos, mas sim, com seus inimigos. O inimigo é um indivíduo que, não apenas de maneira incidental, mas constantemente, em seu comportamento, em sua ocupação profissional ou exercendo função em organização criminosa, de forma presumivelmente permanente, abandonou o direito, “rasgou” o ordenamento jurídico, virou as costas ao sistema social, e conseqüentemente não garante o mínimo de segurança cognitiva de seu comportamento pessoal. Na sociedade pós-moderna, possivelmente, será grande o número de inimigos, visto que esta concede ao indivíduo um grande número de possibilidades de construir sua identidade à margem do direito, ou ao menos, mais do que se poderia esperar em sociedades em que há um maior vínculo entre as pessoas, e entre estas e o Estado.

Desse modo, a sociedade continuará tendo não-alinhados (inimigos) - visíveis ou em pele de cordeiro - percorrendo seus itinerários. À falta de uma segurança cognitiva, uma sociedade consciente do risco não pode deixar de lado essa problemática, mas tampouco pode solucioná-la apenas com medidas policiais. Por isso, atualmente não existe nenhuma outra alternativa visível. A segurança cognitiva, que no Direito Penal dos cidadãos pode sobreviver ao mesmo tempo de um modo incidental, por assim dizer, converte-se no Direito Penal de oposição (do inimigo) no seu objetivo principal. Em outras palavras, já não se trata de manutenção da ordem de pessoas contra perturbações socialmente internas, mas de restabelecimento de algumas condições de limites aceitáveis, por meio de - *sit venia verbo* -

⁹ BRASIL. *Decreto-lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*, art. 288.

¹⁰ BRASIL. *Lei N° 11.343, de 23 de agosto de 2006*, art. 35.

neutralização daqueles que não oferecem uma mínima garantia cognitiva, necessária para que efetivamente possam ser tratados como pessoas (cidadãos). É verdade que o procedimento para tratamento de indivíduos hostis está regulado juridicamente, mas se trata de regulação jurídica de uma exclusão: os indivíduos são atualmente não-pessoas. Em seu verdadeiro conceito, o Direito Penal de oposição (do inimigo) é, portanto, uma guerra cujo caráter limitado ou total depende (também) de quanto se tema o não alinhado (inimigo). Tudo isso parece chocante, e certamente o é, pois se trata da impossibilidade de uma juridicidade completa, vale dizer, que contradiz a equivalência entre racionalidade e personalidade. Mas somente com a *ultima ratio* de Kant, segundo a qual todos podem ser obrigados a tomar parte em uma relação jurídica com garantias, vale dizer, do Estado, não se resolve o problema de como proceder ante aqueles que nem desejam obrigar nem se mantêm afastados e que, portanto, persistem como vizinhança perturbadora, como inimigos. É tarefa ainda recém iniciada na ciência a de identificar as regras do Direito Penal de contrários (do inimigo) e separá-las das de Direito Penal dos cidadãos para, dentro deste último, poder instituir ainda com maior firmeza no tratamento do criminoso como pessoa inserida no direito. (JAKOBS, 2003a, p. 58)

10. A pertinência social contemporânea do tratamento penal diferenciado

Ante a situação exposta, podemos caracterizar a sociedade contemporânea como uma sociedade marcada pelo risco da constante possibilidade de violação da confiança, bem central de nossa convivência. Os modelos clássicos de legitimação do ente estatal já não se mostram mais tão aptos a por si só legitimá-lo, se este não se mostra eficiente em seu mister. A idéia de um Estado, criada inicialmente como um ser superior aos homens, destinado a proteger estes, uns dos outros, hodiernamente não se efetiva de maneira desejável. Não há suficiente segurança e confiança. Já sabemos que o sistema social, em especial, o sistema parcial jurídico, é o responsável pela seleção de expectativas normativas, mas não basta tão somente esta seleção. Além de selecionar, ele deve criar mecanismos mais eficazes de atendimento a tais expectativas, e este é o seu papel. Não basta que seja proibido o homicídio, tem que ser também muito provável que as pessoas não sejam mortas.

O Direito Penal do Inimigo ressalta algo que é evidente em nossa sociedade: existem dois tipos de indivíduos, os que se adaptaram ao modelo normativo, e por isso, vivem regularmente e cumprem seus deveres de não defraudação de expectativas normativas do sistema social, que cumprem o seu papel como cidadãos, e que esporadicamente violam expectativas normativas do sistema jurídico-penal, e o inimigo, indivíduo que não se adaptou ao modelo social, que pauta diuturnamente sua conduta na satisfação dos próprios interesses de forma ilícita, indivíduo este através do qual o crime é uma constante.

O que Jakobs propõe, não é a eliminação por completo do inimigo, de forma alguma é isso o proposto. Ele não propõe que seja morto ou exilado, apesar de seu constante comportamento anti-social. Ao contrário, propõe a este um direito penal diferenciado, de velocidade diferenciada, no qual, algumas de suas garantias são restringidas para que melhor se neutralize a sua constante conduta destrutiva da confiança e reestruture o mais rápido a configuração normativa social.

A Itália, na década de noventa do século passado, vivia crise semelhante à crise pela qual passa o Brasil nos dias atuais. Grande parte da economia do país e dos órgãos de poder – Legislativo, Executivo e Judiciário – estava corrompida pelo crime organizado, pela máfia. Até que um grupo de juízes liderados pelo juiz Giovanni Falcone resolveu acabar com a corrupção do sistema estatal, através da operação chamada de “Operação Mãos Limpas”. Conseguiram alterar a legislação do país – o autor do projeto foi executado – para uma legislação de emergência, que previa, por exemplo, prisão preventiva de até dez anos. Durante a Operação Mãos Limpas, 2.993 mandados de prisão foram expedidos, 6.059 pessoas estavam sob investigação, incluindo 872 empresários, 1.978 administradores locais e 438 parlamentares, dos quais quatro haviam sido primeiros-ministros. O poder da máfia italiana foi reduzido drasticamente. Hoje, ela concentra grande parte de sua atividade na sonegação de impostos e na vinicultura em condições que violam direitos trabalhistas. O juiz Falcone foi morto em 1992, entre outros juízes também mortos naquele ano.

Depois das matanças de 1992, os italianos perceberam que a criminalidade organizada ao modelo mafioso, como lembrado pelos especialistas Fabio Anibaldi e Francesco Silvestri, não era um fato distante, folclórico, ou uma invenção de algum filme americano. Constituiu-se num mal concreto, que destruiu os alicerces das regras da convivência civilizada. (MAIEROVITCH, 2008)

Experiências como esta mostram que um direito penal de emergência contribui para a proteção de direitos e interesses sociais, em situações que demandem a sua utilização, como é o caso da atual situação do país, com altos índices de criminalidade organizada e geral sentimento de insegurança da população¹¹.

Não basta que sejam criadas normas para a proteção dos indivíduos, é necessário que elas se efetivem. O inimigo é um indivíduo que se recusa a ingressar no estado de cidadania, e por isso não pode participar de todos os benefícios inerentes à qualificação de cidadão. Acreditamos que essa forma de expressão dogmática é capaz de colaborar com o aumento da confiança e assim, melhorar a atividade estatal, na tutela de direitos. A crise do pacto social provém daqueles que se recusam a cumpri-lo. Aquele que viola o contrato social não pode se beneficiar plenamente dele.

¹¹ Ver: Kahn; Besen; Custódio (2002).

11. Conclusão

Ante o exposto, a despeito da apontada necessidade de criação de um Direito Penal voltado ao inimigo, acreditamos que um Direito Penal orientado a este fim não é a solução dos problemas sociais contemporâneos. Tal forma de tratamento penal é apenas uma contribuição à intervenção estatal no âmbito do subsistema jurídico, que visa tornar a tutela penal mais eficiente, proporcional e coerente com as legítimas expectativas da sociedade e com o funcionamento do sistema social. As reflexões aqui trazidas serão válidas tanto para os juristas adeptos da teoria do bem jurídico, que vêem o Direito Penal como forma de proteção a bens juridicamente tutelados, quanto para os funcionalistas, que identificam na tutela penal uma forma de proteção à vigência da norma, às legítimas expectativas normativas de um povo e, portanto, à configuração normativa da sociedade.

12. Referências bibliográficas

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BAUMANN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007.

CHARON, Joel. *Sociologia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Marcia Regina da; PIMENTA, Carlos Alberto Máximo. *A Violência: natural ou sociocultural?*. São Paulo: Paulus, 2006.

FREUD, Sigmund. (1930). O mal-estar na civilização. In: *Edição Standard Brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Volume XXI. Tradução Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. Série as ciências criminais no século XXI. vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Direito Penal – Parte Geral – Vol. 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1982.

JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003a.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003b.

KAHN, Túlio; BESEN, Jacques; CUSTÓDIO, Rosier Batista. (2002), *Relatório da Pesquisa de Vitimização 2002 e Avaliação do Plano de Prevenção da Violência Urbana – PIAPS*. Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente. São Paulo: Disponível em: <http://www.ilanud.org.br/pdf/vitimizacao_final.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2008.

LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, J. B. *Vocabulário da psicanálise*. 4. ed. Santos: M. Fontes, 2002.

LIPOVETSKY, Gilles. *A era do Vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Barueri: Manole, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *História da Máfia - Das Origens aos Nossos Dias*. Disponível em <http://www.ibgf.org.br/index.php?data%5Bid_secao%5D=13&data%5Bid_materia%5D=145>. Acesso em 10 abr. 2008.

NAVARRO, Evaristo Prieto; *et alii*. *Estudios de filosofía del derecho penal*, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colômbia, 2007.

ROUANET, Sérgio Paulo. *O mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O método do direito penal: sob uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. O substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Artigo recebido em: 10/03/2009

Artigo aprovado em: 15/03/2010