

O princípio de culpabilidade na sociedade de risco

Por Warley Belo

De nada vale a pena aplicada a um louco, inconsciente do que faz. A culpabilidade é pressuposto da pena nesse sentido porque a sua existência, apesar de ser uma *retribuição*, também induz à racionalidade *preventiva* da punição (Roxin). A ameaça da pena a um louco, por exemplo, não é capaz de satisfazer nenhum objetivo, por isso, inútil e desnecessária. O louco não possui culpabilidade, senão a periculosidade, inimputável que é. Entretanto, pressupõe-se que a *ameaça* da pena seja um importante mecanismo para contingência de comportamentos criminosos (prevenção geral negativa) para aqueles que possuem capacidade de discernimento.

A pena, desse modo, serve também para viabilizar a *convivência social*. O que nos conduz a concluir que a culpabilidade valora *ética e moralmente* o atuar em sintonia com o tempo e espaço determinado. Em sendo assim, é variável, relativa e volátil. A culpabilidade é um fator que possibilita medir os valores sociais em dado tempo e espaço. Reprova-se o indivíduo, mas com olhos nos *valores contemporâneos* de uma determinada sociedade. Isso, por si só, já seria bastante problemático no que tange a um simples equacionamento de valores preponderantes, mas tudo se torna muito mais complexo quando se observa que a sociedade não tem um *comportamento padrão*, antes pelo contrário, é composta por grupos sociais *heterogêneos* com expectativas distintas e valores amplamente diversos mesmo compartilhando determinado tempo e espaço.

Notabiliza-se a dificuldade quando se observa a ruptura de uma *sociedade industrial* em prol de uma *sociedade tecnológica* cujo cenário de velozes transformações acabam por gerar uma *sociedade da insegurança* (Beck). Essa sociedade é ávida por algo que é uma *ilusão*: a *segurança absoluta*, ou seja, a inevitabilidade do mal, a *antecipação* das forças do bem contra as forças do mal, como se fosse possível uma bivalência preventiva.

O sistema penal coloca em crise a culpabilidade muito em conta dessa *esquizofrenia* porque ontem se fomentava, com base na ciência, o desenvolvimento industrial, hoje, entretanto, se quer *punir* o que já fora considerado tecnologicamente adequado e desejado (exploração do meio ambiente).

Günther Anders chamava essa *esquizofrenia* de *confusão dos séculos*ⁱ. A principal consequência dessa confusão é a certeza de que a ciência e a lei *erram*, são mecanismos simbólicos e, muitas vezes, criam – elas próprias – os riscos que hoje querem debelar. Os *danos ambientais* são exemplos primários. Há bem pouco tempo, a ciência e a lei atuavam no sentido de acelerar a produção não se preocupando com os malefícios do desenvolvimentalismo potencialmente perigoso. Isso é prova irrefutável de serem poucas as certezas que nos cercamⁱⁱ, dentre essas, a de que sempre vivemos em uma *sociedade de riscos* e que esses riscos são *incontroláveis* por mecanismos puramente simbólicos como, por exemplo, o instituto da periculosidade.

A periculosidade, esse paladino do Estado preventivo, da hermenêutica perigosista, se contrapõe à culpabilidade, base do Estado *repressivo*, e se propõe a *antecipar* aos riscos para extirpá-los ou, quando pouco, minimizá-losⁱⁱⁱ. Se, por um lado, o sistema penal preventivo é mais aberto à realidade social, mais prático, mais adequado aos grandes riscos decorrentes da macrocriminalidade, da *criminalidade moderna* (Hassemer), por outro, esse sistema pressupõe a *flexibilização* das garantias individuais iluministas e a superação do *Welfare State* ou do *sozialen Rechtsstaates*^{iv}. Essa nova *expertise* criminal arrasaria, por completo, a culpabilidade, como princípio, pois ela é, essencialmente, *repressiva*. Em seu lugar estaria o *princípio da precaução*^v que se baseia na *suspeita*, na *prognose* de futuros riscos, na *incerteza* do dano, na indefinição, na *presunção*. Aqui, perigosamente, se sobrepõe a *política* ao Direito penal.

Os funcionalistas radicais sistêmicos acreditam que o direito possa ordenar a *sociedade* como um todo, como num truque político, prevenindo, antecipando-se ao crime e ao criminoso. O embate é sobre o *Direito penal do presente* e o *Direito penal visionário*, do *risco*. Essa *funcionalização* visionária coloca, o Direito penal, como *prima ratio* ao combate à criminalidade comum e da macrocriminalidade desvirtuando-o conceitualmente.

Silva Sánchez^{vi} com o seu *Direito penal de duas velocidades* procura um Direito penal para os crimes comuns (o Direito penal clássico) e outro, para a criminalidade moderna onde se possibilita a *flexibilização* dos princípios, mas, neste, sem a aplicação da pena privativa de liberdade. Teríamos a convivência entre o garantismo e o não-garantismo, em última análise, em um mesmo sistema.

Próximo ao sentido, Hassemer^{vii} defende a criação de um *novo ramo do direito*, o denominado *de intervenção*, onde, também, não haveria o *rigor* dos princípios porque se localizaria entre o Direito penal e o Direito administrativo e também não haveria a pena privativa de liberdade.

De qualquer forma, esse movimento de se pretender enfraquecer os princípios reitores do Direito penal – subdividindo-os, compartimentalizando-os, denominando-os diferentemente ou abrindo casos excepcionais – contraria a sua própria História e razão de existir que é, justamente, o de limitar o poder estatal, precipuamente em favor do *indivíduo*. O Direito penal, neste caminho, acaba por pretender proibir aquilo tudo que muitas vezes nem controlável é, invertendo a *presunção* de inocência e criando um modelo teórico-penal que sobrevive sem a culpabilidade e, por isso, reproduz um discurso meramente retórico, simbólico, não obstante de forte viés prático.

De tudo, nos parece que qualquer forma de flexibilização de princípios na seara penal seria um retrocesso humanístico.

ⁱ Citado por BECK, Ulrich. *World risk society*. Malden: Blackwell Publishers Inc., 2003, p. 56 (*Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986).

ⁱⁱ Ver SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*. Contra o desperdício da experiência, 2 ed. São Paulo: Cortez, 2000.

ⁱⁱⁱ Ver BARATTA, Alessandro. *Principios del Derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)*. Doctrina penal. Buenos Aires, ano 10, p. 623-650, 1987 e, do mesmo autor, *Funciones instrumentales e simbólicas Del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica*. Pena y Estado, Barcelona, ano 1, n. 1, p. 37-55, sep./dic. 1991.

^{iv} Na sociologia, David Garland resumiu assim a ambiguidade da *modernidade tardia*: "As Criminologias da era do *Welfare State* tendiam a assumir a perfectibilidade do homem, a ver o crime como um signo de um processo incompleto de socialização e a perceber no Estado o papel de assistir aqueles que foram privados das condições econômicas, sociais e psicológicas necessárias para o adequado ajustamento social e para uma conduta respeitadora da lei. As teorias do controle começaram a formar uma visão muito mais obscura a respeito da condição humana. Elas assumem que os indivíduos são fortemente atraídos para condutas auto-referidas, anti-sociais e criminais a menos que sejam impedidos por controles robustos e efetivos, bem como veem na autoridade da família, da comunidade e do Estado estratégias de imposição de restrições e de limites. Onde a velha Criminologia encaminhava-se mais na direção do bem-estar e da assistência, a nova insiste no reforço dos controles e na aplicação da disciplina" (GARLAND, David. *Culture of crime control*. Chicago, The University of Chicago, p. 15, tradução livre).

^v Ver CAMPIONE, Roger. *El que algo quiere algo le cuesta: notas sobre la kollateralschädengesellschaft*. In *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Cândido da Agra, et all (eds.). Bogotá: Atelier, Colección Política de Seguridad, p. 22 e ss.

^{vi} SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito penal*. São Paulo: RT, 2002.

^{vii} HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del Derecho penal futuro*. Revista Penal. Barcelona, no. 1, 1998, p. 37-41.