

UM ETERNO RETORNO: A (I)LEGITIMIDADE SISTÊMICA DA TIPIFICAÇÃO DOS DELITOS DE TRÂNSITO NO BRASIL

AN ETERNAL RECURRENCE: THE SYSTEMIC LEGITIMACY OF TYPIFICATION OF TRANSIT CRIMES IN BRAZIL

*Leonel Severo Rocha¹
Suelen Webber²*

Resumo: O presente artigo tem como objetivo central analisar quais são as comunicações que ressoam na sociedade no momento da criação de uma lei penal. Tal foco impõe-se no momento em que se percebe que cada dia aumenta o clamor social por mais punição, através do Direito Penal, para questões que não são verdadeiramente problemas a serem administrados pelo Direito, mas por outros Subsistemas Sociais. Prova disto são as tipificações de delitos de trânsito incorporadas pelo atual Anteprojeto do novo Código Penal brasileiro. Partindo da premissa sistêmica, de que cada Sistema possui uma diferenciação e função própria, é preciso verificar como o Sistema da Política, responsável pela criação das leis, absorve as informações que lhe são dirigidas, inclusive pelos Meios de Comunicação, e como isto será refletido no Sistema do Direito, responsável por operacionalizar essas leis, e manter expectativas. Após essas considerações será possível analisar que muitas vezes, diante dos influxos aceitos pelo Sistema da Política, as leis promulgadas carecem de legitimidade sistêmica, e acabam gerando um paradoxo. Por fim, será possível perceber que, como as leis são feitas sem qualquer estrutura de pesquisa sociológica, está-se em um eterno retorno em busca de algo que permita que se puna cada vez mais, como se isso fosse a solução.

Palavras-chave: sistema do direito, sistema da política, meios de comunicação, delitos de trânsito.

Abstract: The main goal of the present paper is to analyze the communications that resonate at the moment that a criminal law is created. This focus shows its importance as long as it is noticed that the social clamor for more punishment increases every day, within Criminal Law, to questions that are not really problems to be managed by Law, but by other Social Subsystems. Typifications of transit crimes incorporated by current Preproject of the new brazilian Criminal Code are proof of that. Starting from the systemic premise, in Luhmann's steps, in which every System has its own differentiation and function, it is needed to verify how the System of Politics, responsible for the creation of laws, deal with information towards it managed, even by mass media, and how this will be reflected in System of Law, responsible, subsequently, for operationalizing these laws, and keep social expectation. After these considerations, it will be possible to analyze that, before influxes accepted by the System of Politics, which moves through necessity of acceptance by the huge mass, often the laws promulgated lack of systemic legitimacy, so they produce a paradox. Finally, it will be possible to notice that, as laws are created without any sociological research, occurs an eternal recurrence in search of something able to make possible punishing even more, as it could be a solution.

Keywords: system of Law, system of politics, mass media, transit crimes.

Considerações Iniciais

O objetivo deste trabalho é observar quais as comunicações que são recepcionadas pelo Sistema da Política quando da elaboração de uma lei penal e, a partir disto, verificar qual a legitimidade sistêmica de uma legislação que sofreu grande interferência dos Meios de

¹ Pós-doutor em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Doutor pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris. Atualmente é Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Coordenador Executivo do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) e Professor do curso de Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI), estabelecendo Convênio PROCAD. Membro pesquisador do CNPq. Email: leonel.rocha@uol.com.br.

² Doutoranda em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos na Linha Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização. Bolsista CNPq. Email: suelenwebber@terra.com.br.

Comunicação. Assim, desde já é preciso deixar claro que o referencial teórico que sustentará o desenvolvimento desta pesquisa é a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, aliada aos trabalhos de diversos penalistas que também observam os problemas do Direito Penal de uma perspectiva luhmanniana, entre eles Carlos Jara-Gómez Díez e Juan Ignacio Piña Rochefort.

A partir do momento em que as leis criadas no Brasil têm assumido uma tendência expansionista, ou seja, tipificando um maior número de condutas e aumentando penas de delitos já previstos, é preciso analisar quais são as comunicações que têm fomentado este tipo de decisão do Sistema da Política. Mais do que isso, quando se percebe que o Sistema do Direito também vem sendo sugado por essas expectativas sociais por mais punição, é preciso questionar quais os instrumentos de que se dispõe para enfrentar essa situação, já que ela é colocada por outro sistema, com códigos e funções totalmente distintas.

Para trilhar o objetivo aqui proposto e poder tecer algumas considerações sobre os problemas elencados, o artigo encontra-se dividido em duas partes. Na primeira delas, são apresentadas algumas noções básicas de Teoria dos Sistemas, a fim de que se possa facilitar a comunicação do que se pretende dizer com este texto, mostrando que a situação da expansão do Direito Penal é ainda mais complexa do que a dogmática tem tratado. Nesta linha, serão observados os códigos e funções de Sistemas como a Política, o Direito e os Meios de Comunicação, e quais as possibilidades de uma comunicação bem sucedida entre Subsistemas com linguagens tão distintas. Afinal, há como conciliar os interesses da Política com os interesses do Direito?

Já no segundo ponto, a proposta foi analisar como esta comunicação entre os Sistemas tem realmente se apresentado na prática. Para isso, analisou-se pontualmente o capítulo que trata dos delitos de trânsito (embriaguez ao volante) no Anteprojeto do Código Penal encaminhado ao Senado, comparando o mesmo com as legislações anteriormente postas e a lei em vigor. Assim, a pretensão foi a de mostrar que nem tudo que é comunicado na sociedade passa pelo filtro da Política, e nem tudo que a mídia informa efetivamente representa os interesses de uma sociedade, embora ela tenha um grande poder de dominação, tanto sobre o Direito e a Política, como em relação à realidade. Por fim, é o Sistema do Direito que tem que gerenciar todas estas expectativas, e inclusive manter as expectativas do próprio sistema. É assim que o presente artigo se desenvolve.

1 Teoria dos Sistemas e Direito Penal: algumas considerações necessárias em tempos de expectativas de grandes mudanças de expectativas normativas

Há diversas formas de abordagem do Direito Penal na atualidade e diversos enfoques que se modificam de acordo com esta escolha de observação: o fim do Direito Penal, que poderá ser a proteção de bens jurídicos ou a garantia da norma; a culpabilidade; o dolo e a função da punição. Contudo, uma discussão que antecede esses pontos (e por fim acaba entrelaçando-se com eles) é a criação da lei que irá tipificar as condutas e moldar algumas expectativas dos indivíduos. Assim, em uma sociedade de alta complexidade, prefere-se estabelecer os pontos desta discussão com base na Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos de Niklas Luhmann, que se torna interessante em tempos de discussões sobre as diversas expectativas de punição – que podem vir a ser recepcionadas ou não – porque permite observar como as comunicações advindas de diversos Sistemas têm interagido e irritado-se neste caso específico.

Mais do que isso, neste momento de reelaboração do Código Penal, a Teoria dos Sistemas demonstra-se a forma de observação mais elaborada, porque trabalha com a percepção de diversos aspectos sociais, possibilitando a discussão dos mesmos. Considerando-se que o Direito Penal tem base totalmente sociológica, mais propriamente, em

sua parte geral, e considerando que é este o ponto a ser discutido, pode-se dizer que se tem um referencial que permite este debate necessário, mais do que em outras bases dogmáticas.

Mas talvez seja necessário falar um pouco mais sobre a relação do Direito Penal e da Sociologia. Diz-se que a base do Direito Penal é sociológica justamente porque o que se encontra nesta codificação é a descrição, através de conceitos, de fenômenos sociais. E este ponto não pode ser negado: as tipificações penais são a descrição e limitação de comportamentos relevantes (este último, agora, questionável) socialmente, assim como a estipulação do que é um crime ou o que torna uma conduta escusável. Isso é sem dúvida uma base sociológica que leva a indagar sobre como devem ser os processos de tipificação de condutas. Assim, a partir deste panorama e do tema proposto, parece relevante a apropriação do questionamento feito por Frank Bleckmann: “¿cuándo há de describirse socialmente un comportamiento como quebrantamiento de una norma jurídica?”³ Em outras palavras, o que é necessário ou relevante para que determinada conduta seja tipificada – e então analisada a partir do Direito Penal – e considerada um delito na atualidade?

Neste ponto, parece que uma das irritações mais interessantes que podem ser percebidas é a realizada pelo Sistema dos Meios de Comunicação no Sistema da Política, e em seu acoplamento com o Sistema do Direito. No momento da elaboração de uma lei, em uma sociedade de alta complexidade,⁴ o que se tem é um processo de redução de

3 BLECKMANN, Frank. Derecho Penal y Teoría de Sistemas. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidad de aplicación**. Lima: ARA Editores, 2007. p. 440. Tradução livre: “Quando se tem que se descrever socialmente um comportamento como transgressão de uma norma jurídica?”

4 Parece importante destacar que a sociedade passou por vários momentos de evolução (e aqui se frisa um ponto: na perspectiva aqui adotada, entende-se que a sociedade passa por processos de evolução e não simples modificação ou adaptação), sendo que, na atualidade, encontra-se em uma fase de alta complexidade e que muitos elementos dialogam, entre eles o risco, que, ao contrário do que defende Beck, não é o elemento central da sociedade, mas apenas mais um elemento, dentro de uma sociedade constituída por comunicações e não constituída por riscos. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nova modernidad**. Trad. de Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998. Tais considerações tornam-se necessárias, na medida em que foi este processo evolutivo que permite que se estabeleça a discussão aqui travada, o que não seria possível em uma sociedade segmentária ou estratificada. Isso porque, em breves linhas, pode-se dizer que as sociedades segmentárias se dividiam em clãs, tribos, famílias ou unidades afins, que possuíam subdivisões interiores, como as de patriarca ou chefe da tribo. Nesse tipo de sociedade, o que se podia observar é que os seres humanos eram seu centro, sendo que os considerados não humanos (como os escravos ou os bárbaros) não pertenciam à sociedade. Logo, verifica-se que não há grande complexidade nesse tipo de sociedade, podendo-se perceber mais facilmente situações de urgência não gerenciadas. Não há também uma grande diferenciação, sendo que a maior diferenciação é vista na questão dos papéis sociais, mas não uma diferenciação de funções da sociedade, o que leva as mesmas a permanecerem como são, sem grandes evoluções ou modificações, sendo que estas, quando muito, ocorrem na queda de um chefe ou sacerdote por outro, mantendo a mesma forma de diferenciação. Assim, o valor de diferenciação que toma conta dessa sociedade é a igualdade. Contudo, o que pode começar a surgir nestas sociedades é uma diferenciação centro/periferia, a qual surge porque o Império, por exemplo, passa a privilegiar algumas famílias de comerciantes e não outras. Já nas sociedades estratificadas, por sua vez, segue-se dando importância ao indivíduo e aos laços de sangue, mas passam a se diferenciar por classes, não sendo permitido que as classes se misturem ou venham a romper com os laços de sangue da classe superior para autorizar a entrada de um indivíduo naquele setor que advenha de setor inferior, o que poderia se dar, por exemplo, pelo casamento. Essa divisão em setores ocorre, evidentemente, com base em fatores econômicos e políticos, vez que há sempre uma centralização política e de uma necessidade de o setor predominante manter-se no poder, até porque o mesmo sempre foi consideravelmente menor que o resto da sociedade. A diferença predominante aqui é nobreza/povo e não mais simplesmente igualdade/desigualdade ou centro/periferia, pois, para que estes fossem os critérios de diferenciação, seria necessário que houvesse uma comparação entre os membros de um setor e outro com critérios comparativos de igualdade, o que não é sequer cogitado. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 42-4 e 44-6.

possibilidades. Uma lei é a representação disto: a redução forçada de complexidade.⁵ Mais do que isso, este é o momento em que será realizada a comunicação de diversas expectativas cognitivas, advindas de diversos Sistemas, os quais possuem linguagem própria, gerando um paradoxo: o momento em que se elabora uma lei é um dos momentos de maior comunicação voltada ao Sistema da Política e acoplada ao Sistema do Direito. Sendo assim, é o instante em que surge o maior número de possibilidades sobre determinada ação, mas a lei deverá representar uma redução drástica destas possibilidades fáticas. Isto é, muitas possibilidades para definir a redução de possibilidades.

Aqui, parece necessário destacar um ponto extremamente relevante nesta discussão, e que parece passar despercebido de algumas pessoas, mesmo nesta perspectiva teórica: não é o Sistema do Direito o responsável pela elaboração das leis, e isso é um dos elementos que dá legitimação para que ele possa operacionalizar, em uma ocasião posterior, estas leis elaboradas pelo Sistema Político. É o Sistema da Política que tem a função da elaboração das leis. De fato, em um dado lapso temporal, haverá uma interpenetração entre Sistema do Direito e Sistema Político – interpenetração esta legítima. Contudo, não é o Direito que cria as leis com as quais fundamenta seus julgamentos. Por isso, todas as irresignações nesse sentido têm que ser comunicadas à Política, preferencialmente, antes da aprovação dessas legislações, e não ao Direito (ou não somente ao Direito). Assim,

Es necesario aquí, hacer una prevención. Naturalmente en la legitimación democrática puede apreciarse una interpenetración del sistema político en el sistema jurídico. Sin embargo es imprescindible tener presente que, desde una perspectiva sistémica, la ley no forma parte del sistema jurídico. Éste sólo está integrado por 'comunicaciones con contenido jurídico', de modo que sólo una vez que el sistema jurídico penal tematiza una ley (como estructura) y opera conforme a ella, se produce la incorporación comunicativa de la prescripción o prohibición como programa condicional. Soló en 'ese' momento la ley se hace relevante para el Derecho.⁶

Ainda que seja a Política a responsável pela elaboração da legislação e ela seja um Sistema Autopoiético (ou seja, operacionalmente fechado e cognitivamente aberto), o fato é que evidentemente as leis não são elaboradas com base apenas em suas informações internas. Além das comunicações legítimas com o Direito, ocorrem outras interpenetrações – como com a mídia – não tão legítimas assim, que muitas vezes acabam por comprometer o conteúdo desta normatização, deslegitimando esse processo, pois não fazem parte de uma comunicação oriunda de fontes democráticas, e sim de fontes de poder,⁷ voltadas para os seus próprios

5 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Más allá de la oposición Constructivismo vs. Ontologismo**: Recensión a la monografía de Juan Ignacio Piña Rochefort, Rol social y sistema de imputacion. Una aproximación sociológica a la función del Derecho Penal. Barcelona: J.M. Bosch, 2005. Disponível em: Política Criminal, n. 5, 2008, R2, p. 1-7. Htt://www.politicacriminal.cl/n_05/r_2_5.pdf. Acesso em 12 de set. 2012.

6 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho Penal: ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Teoría de Sistemas y Derecho Penal**: fundamentos y posibilidad de aplicación. Lima: ARA Editores, 2007, p. 331. Tradução Livre: “É necessário aqui, fazer um alerta. Naturalmente na legitimação democrática pode verificar-se uma interpenetração do sistema político no sistema jurídico. No entanto, é imprescindível saber que, em uma perspectiva sistémica, a lei não faz parte do sistema jurídico. Este está integrado apenas por 'comunicações com conteúdo jurídico', de modo que apenas quando o sistema jurídico penal tematiza uma lei (como estrutura) e opera conforme ela, se produz a incorporação comunicativa da prescrição ou proibição como programa condicional. Apenas neste momento a lei se torna relevante para o Direito.”

7 E neste sentido, podem ser visto os diversos escritos de Bourdieu, entre eles BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor ou ainda, o livro de MIRANDA, Luciano. **Pierre Bourdieu e o campo da comunicação**: por uma teoria da comunicação praxiológica. Porto

interesses.

Com efeito, em que pese esta separação entre Sistema do Direito (autopoietico) e Sistema da Política (autopoietico), há laços estreitos e evidentes entre Direito e Política; mas, mesmo assim, são distintos, justamente em razão da autopoiese. Embora, por muitos séculos, tenham sido um só (e por algum tempo dentro desse período há de se considerar ainda um casamento com o Sistema Religioso, importantíssimo em termos de “tipificação” de crimes), e hoje, em alguns momentos, possam parecer confundir-se, como por exemplo no caso do *Julgamento do Mensalão*, em que alguns votos e colocações parecem muito mais revestir-se de argumentos de Política do que de Direito, eles são distintos. Assim, em que pesem estes momentos conturbados, a partir do instante em que as comunicações sociais levaram à evolução da sociedade e emergiu a diferenciação funcional, houve a separação entre Direito (Direito/Não Direito) e Política (Governo/Oposição). Assim,

La promulgación de una ley en el parlamento puede ser registrada como éxito político. En ese acto terminan largos esfuerzos por lograr un consenso sólido, y esa nueva ley cambia, simultáneamente, la situación de vigencia del derecho: sirve de instrucción para los tribunales y más allá sirve para todo aquel que quiera saber, en el ámbito de sentido correspondiente, qué es lo conforme a derecho (y lo que no)”.⁸

Na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, ou seja, formado pelo acoplamento estrutural entre Política e Direito (que tem uma relação parasitária), haverá sempre uma ligação entre legislação e jurisdição.⁹ O problema é que a Política, diante de sua função e da forma como se dá a sua abertura cognitiva, acaba muitas vezes cedendo a caprichos passageiros (advindos, por exemplo, dos meios de comunicação de massa) e criando legislações inócuas, sem perspectiva social e muitas vezes expansionistas. Então, caberá ao Direito frear isso. É um jogo de pesos e contrapesos contínuo, pois as influências recepcionadas pela Política serão permanentemente questionáveis (a seleção obedece a critérios operacionais do Subsistema, e não éticos, morais ou jurídicos) do ponto de vista do Direito e de outros sistemas, mas em alguns casos sua desproporção e indução será mais evidente do que em outros.¹⁰

O problema que irá refletir no Direito é que a Política tem legitimação, dada pelo próprio Direito – o procedimento já foi pré-estabelecido, e o conteúdo não pode ser definido pelo Direito – para a elaboração destas leis, mesmo que “viciadas”. Então, como conciliar este lapso temporal (legitimação antes de aprovação) em que o Direito terá que decidir com base nestas leis, muitas vezes apenas com legitimação procedimental, mas sem legitimidade (democrática)? Segundo Luhmann,

la activación de la política para modificar el derecho se reproduce continuamente en la comunicación social, y dado que el derecho legitima esa activación legalizando la actividad legislativa parlamentaria, en la práctica resulta, para el derecho, la necesidad de distinguir entre el origen de las modificaciones jurídicas

Alegre: EDIPUCRS, 2005.

8 LUHMANN. *Op. cit.*, p. 501. Tradução Livre: “A promulgação de uma lei no parlamento pode ser registrada como êxito político. Neste ato existem muitos esforços para se conseguir um consenso sólido, e essa nova lei modifica, simultaneamente, a situação de vigência do direito: serve de instrução para os tribunais e também serve para todos aqueles que queiram saber, no mesmo sentido, o que é conforme o direito (e o que não é)”.

9 *Idem*, p. 482.

10 Por exemplo, no caso do aumento de pena para delitos de embriaguez ao volante, em que não há nenhum dado que indique que existam possibilidades de se solucionar o problema desta forma, embora a mídia e o senso comum (responsável pela eleição dos candidatos) acreditem que sim.

a través de la interpretación “activa” del derecho, y la espera de una nueva formación de opinión política.¹¹

O mais curioso é que, nesta sociedade complexa, a legitimidade de uma lei estará justamente no fato de que ela é criada por um Sistema diverso do qual a aplica. Entretanto, existe a expectativa de que, sendo ela criada pelo Sistema da Política, espelhe o que aquela sociedade merece que seja espelhado. Assim, quando se discute sobre a qualidade de determinada lei, pode-se dizer que:

na dogmática jurídico-penal, tal análise não corresponde, entretanto, ao “intérprete” do Direito Penal. (...). Não se trata do Direito Penal de uma Sociedade desejável, mas do Direito Penal daquela sociedade que o sistema jurídico gerou por diferenciação. A decisão sobre o alcance dos processos de criminalização seria uma tarefa puramente política, não jurídico-penal, na qual à ciência do Direito Penal só corresponderia determinar quais são os efeitos da regulação legal e sua correspondência ou não com as valorações estabelecidas.¹²

Como a comunicação é o elemento mais importante da sociedade, pois ela é o ponto comum entre todos os Sistemas, sendo a comunicação “la única operación genuinamente social”.¹³ É preciso ver o que cada Sistema comunica quando se comunica, pois nem tudo pode ser comunicado, absorvido e compreendido pelo receptor. Carlos Jara Díez nos traz um exemplo muito didático sobre isso. Vejamos,

Ejemplos claros pueden verse con la conciencia: si cada onda sonora registrada por el oído generara información en el cerebro, éste no tardaría mucho en saturarse en cualquier ciudad. Si el sistema jurídico se tuviera que ocupar de todos los incontables conflictos sociales que surgen diariamente, pronto se vería absolutamente bloqueado”.¹⁴

Por isso que o momento de elaboração de uma lei é uma etapa difícil, pois várias comunicações se fazem presentes. Mas, considerando que todos comunicassem algo (indivíduos ou Sistemas) quando dessa criação legislativa, como seria esta seleção? Pode-se dizer que essa seleção vai se dar de acordo com o código do Sistema que a receber e isso vai acontecer de acordo com a função – exclusiva e específica – daquele Sistema. Para a Política, por exemplo, o que vai importar de todas as comunicações advindas da sociedade é a possibilidade de eleição, de votos, necessidade de se desacreditar o adversário (mesmo que seja construindo uma realidade com base nos meios de comunicação).¹⁵

Com efeito, a Política na sociedade atual recebe muitos influxos informacionais e anseios de todos os Sistemas, mas tem capacidades limitadas de ação. Mesmo assim, acaba sendo a destinatária de todas as injustiças experimentadas ou percebidas pelos indivíduos “sea

11 LUHMANN. *Op. Cit.*, p. 482. Tradução livre: “a ativação da política para modificar o direito se reproduz continuamente na comunicação social, e considerando que o direito legitima essa ativação legalizando a atividade legislativa parlamentar, na prática resulta, para o direito, a necessidade de distinguir entre a origem das modificações jurídicas através da interpretação “ativa” do direito, e a espera da formação de uma nova opinião política”.

12 PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZALÉS, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um novo sistema do direito penal**: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003, p. 22.

13 GÓMEZ-JARA DÍEZ. *Op. Cit.*, p. 474. Tradução livre: “a única operação genuinamente social”.

14 *Idem*, p. 480.

15 LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Trad. Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005, p. 37-42.

porque los perros ladren por la noche o los multimillionarios quieran poner a recaudo sus millones”:¹⁶ acaba-se sempre recorrendo à Política: “queremos uma lei para parar as mortes no trânsito” é o pedido do senso comum. Isto é, toda e qualquer frustração ou dissabor enfrentado na cotidianidade é reportado ao Sistema Político (as pessoas não estão acostumadas a conviver com aborrecimentos ou aceitá-los, embora gostem de ver notícias sobre eles¹⁷), que é limitado pela própria ideia de Estado Democrático de Direito (que então tem que respeitar liberdades previstas na Constituição Federal antes de prescrever punições). Assim, quando essas pretensões esbarram nas limitações que o Sistema Político sofre, elas buscam socorro no Poder Judiciário (organização central do Sistema do Direito), geralmente através de Juizados Especiais (e mais certo ainda, tendo como porta de entrada as Delegacias de Polícia). Entretanto, ocorre que as limitações constantes no sistema do Direito são semelhantes às limitações da Política e então estas frustrações acabam sendo reportadas aos meios de comunicação, que “compram” facilmente a ideia, pois nela há a certeza de que haverá retorno midiático.¹⁸ Aqui é que vai se evidenciar um problema. As comunicações mais dirigidas e recepcionadas pela Política são aquelas advindas dos meios de comunicação, pois eles detêm o poder de disseminar informação, de formar opinião, inclusive sobre as organizações políticas. Este é o fator primordial que fará toda a diferença, seja para o Sistema do Direito (Direito/Não Direito), seja para a Política (Governo/Oposição).

O Sistema funcional dos Meios de Comunicação de Massa, por outro lado, não funciona sobre o código Direito/Não Direito (ou sobre o código da licitude, de maneira mais prática), muito menos sobre o código Governo/Oposição. Também não há nenhuma obrigatoriedade com um código de Ético/Não Ético ou Verdadeiro/Falso, embora se possa pensar isso. Os meios de comunicação giram em torno do código Informação/Não Informação ou, para fazer mais sentido, Informativo/Não Informativo.¹⁹ É esse código que fará com que o Sistema não se entregue a todo e qualquer acontecimento (ou, parafraseando Jara-Díez, que faça com que o cérebro se sobrecarregue e pare de funcionar). Nem tudo poderá ser informado, e o determinante para se dizer o que vai ser uma informação é “qualquer diferença que num acontecimento posterior faz a diferença”.²⁰ Por conseguinte, este Sistema em que estão compreendidos os meios de comunicação de massa ou simbolicamente generalizados, tem grande capacidade de construir contextos de sentido que vão vinculando as notícias umas às outras, criando a sensação, a título exemplificativo, de que no trânsito existe um estado de

16 LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2007, p. 148.

Tradução livre: “seja porque os cachorros latem durante a noite ou os multimilionários querem colocar em segurança seus milhões”.

17 ADAMS, John. **Risco**. Trad. Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: Senac, 2009, p. 35. Dentre estas catástrofes preferidas pelos indivíduos, Luhmann vai dizer que as reportagens e notícias que lidam com conflitos têm seu espaço na atenção das pessoas porque lidam com a própria incerteza do que está sendo noticiado, bem como pela quantidade de pessoas que são atingidas por ele. Além disso, outro ponto que vai despertar interesse será a transgressão à norma, aliada a escândalos e à atualidade dos mesmos. LUHMANN. **A realidade dos meios de comunicação**. *Op. cit.*, p. 57-67.

18 Esse ponto já foi explorado no texto: WEBBER, Suelen. **O mito do punir mais é melhor: reflexos da expansão do Direito Penal fomentada pela mídia**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/novo/artigos/2012/01>, publicado em 02/01/2012.

19 Conforme nota do tradutor, “Luhmann irá dizer que o código das notícias e das reportagens em jornalismo será o código informação/não informação. Manteremos essa denominação original por uma questão de fidelidade linguística à tradução, se bem que, para o público leitor brasileiro, assim como para os jornalistas, professores e estudantes de jornalismo, o código de fato deveria ser informativo/não informativo. É por esse critério que se selecionam os fatos que deverão ser notícia na imprensa”. LUHMANN. **A realidade dos meios de comunicação**. *Op. Cit.*, p. 39.

20 *Idem*, p. 41.

guerra abastecido pelo consumo de bebidas alcoólicas que justifica (e exige) medidas drásticas do governo e sentenças judiciais rigorosas advindas do Direito: “os juízes precisam acabar com a violência no trânsito!”.

A mídia faz sua seleção entre as diversas informações existentes utilizando vários critérios, entre eles o que permanecerá mais facilmente na memória das pessoas. É através das memórias que ficará mais fácil construir a atribuição de sentido entre as manchetes, levando a um interesse maior do telespectador e criando uma duração temporal duradoura, fundamental para estabilizar seus objetivos. Por isso:

El puro hecho de que los medios de masas estén diferenciados produce un excedente de posibilidades de comunicación. Esto lleva de por sí a una selección muy aguda de lo que puede ser-dado-a-conocer y, por consiguiente, a una selección de aquello que periodísticamente (o televisivamente) se divulga 'bien'.²¹

Por outro lado, é essa capacidade de seleção aguçada focada em suas funções que faz com que tenha um poder de dominação incrivelmente grande sobre o que se quer comunicar na sociedade. Para comunicar algo, é preciso entrar no jogo. Isto é, é preciso moldar o que se quer comunicar às portas de entrada do Sistema, e isso muitas vezes faz com que até mesmo comunicações que pretendiam contraditar informações já postas tenham que se adequar de tal forma que acabam se modificando (às vezes, por completo). Dito de outro forma: “se percibe del todo la 'hegemonía cultural' de los medios de masa – a la cual *deben ajustarse hasta los movimientos de protesta* si no quieren de antemano renunciar a tener éxitos”,²² ou seja, sequer conseguir comunicar coisa alguma. E não se pode esquecer que este Sistema detém os mecanismos que permitem uma grande propagação de comunicação. Nessa dimensão de duração temporal, formação de memória e seleção aguda, um dos elementos que mais vai despertar interesse são os números expressivos²³ que envolvem o fato, bem como o medo que ele gera no imaginário social. Este é um dos motivos que desperta tanto o interesse da mídia pelo trânsito, nosso objeto principal de análise neste trabalho. Nessa ordem de ideias, em que o envolvimento se dá através de desastres e medo, cria-se uma esquizofrenia, em que se tem o desejo de participar dessas situações (acompanhando quase que de forma imediata, através de narrativas como as do caso Isabela Nardoni), mas, ao mesmo tempo, não se quer participar diretamente delas; a participação quase que impositiva pelo senso comum é apenas enquanto telespectador, que ao mesmo tempo vivencia todos os sentimentos do que assiste. Assim, alimenta-se e se movimenta esta forma de comunicação dos meios simbolicamente generalizados. Passa-se a ser um participante não participante.

21 LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Nafarrate. México: Herder, 2001, p. 869.

Tradução livre: “o simples fato de os meios de massa estarem diferenciados produz um excedente de possibilidades de comunicação. Isto o leva a fazer uma seleção muito aguçada do que pode ir a conhecimento e, por conseguinte, a uma seleção daquilo que periodisticamente (ou televisivamente) terá boa divulgação.”

22 *Idem*, p. 869-70 Tradução livre: “percebe-se assim a '*hegemonia cultural*' dos meios de massa – aos quais *deven ajustar-se até os movimientos de protesta* se não querem de antemão renunciar a ter éxitos”.

23 Confirmando esta afirmação: “En la dimensión objectual, los datos *cuantitativos* adquieren un significado excepcional **sin que exista la posibilidad de reflexionar cómo se calculan**. Las catástrofes se reportan preferentemente cuando entran en juego cantidades extraordinarias -**carambolas masivas en los accidentes**, miles de focas muertas, pérdidas millonarias, etc. Se celebran los datos que indican aumento del producto social bruto y se lamenta su caída; la política y la bolsa reaccionan cuando se dan a conocer las cifras, sin pensar que el producto social bruto también crece al pagar trabajo anteriormente no pagado o porque los accidentes y catástrofes aumentan y se compensan los daños mediante pagos.” (sem negrito no original). Ou seja, os números marcaram situações reais e levam a não se pensar efetivamente no que dizem ou se questionar sua credibilidade. *Idem*, p. 871.

É exatamente isso que ocorre nos casos de trânsito. Sua facilidade de inclusão nas pautas jornalísticas se deve ao fato de haver diversos movimentos de protesto vinculados ao tema, que tem fácil acesso aos meios de massa, inclusive em razão das tragédias contidas na informação. Logo, estão congregados muitos critérios que fortalecem a seleção destas informações e não de outras, como: a quantidade de acidentes de trânsito (mesmo que não causados pela ingestão de álcool²⁴), conflitos ideológicos, política relacionada a como enfrentar o problema da violência no trânsito e um excesso de contingências. Ainda, há o fator global, pois esse tipo de situação pode ocorrer em qualquer lugar do mundo, seja com você ou com um parente (mas preferencialmente com um desconhecido). O trânsito tornando-se uma ameaça de alta periculosidade.

Assim, quando posteriormente ocorre, seguindo o nosso exemplo, a criação de uma lei de trânsito, exatamente nos moldes desse “medo social” pregado pela mídia, o Sistema em questão atinge seu objetivo de informação, nos exatos termos do conceito apresentado, porque esta lei representa uma diferença de acontecimento posterior à vinculação de um sentido vinculado anteriormente. Aqui então surgirá uma questão que parece ser decisiva: como enfrentar os resultados desta comunicação, quando de fato isso acontece, até porque, sendo assim, “se excluye la posibilidad de que antemano se consulten las opiniones existentes en el público”.²⁵

O problema é que os delitos deveriam ser a expressão de frustrações de expectativas que não puderam e não podem mais ser reestabilizadas por outros Sistemas ou setores que não o Direito Penal, e quando são tipificados por interesses outros que não estes, eles acabam perdendo esta particularidade, e o próprio Direito perde suas características. Então, se a sociedade é um complexo sistema de comunicações, sendo que as comunicações são a base da interação social e por consequência serão a base da definição das ações, pode-se dizer que, quando se fala em Direito, fala-se de um conceito que se refere, “aquellas estructuras de expectativas que se han institucionalizado (en procedimientos formalizados – *legislação pode incluir-se*) con vigencia para el conjunto de la sociedad. (...). Dicho en una nueva expresión, el Derecho define la configuración de la sociedad”.²⁶

Dessarte, o Direito Penal, como um Sistema parcial do Direito (que já é um Subsistema ou Sistema parcial da sociedade), faz referência, dentro desta noção de Direito como generalização de expectativas congruentes,²⁷ acompanhando o entendimento de Bernd Müssing, “al acontecer social, y ello, de doble forma. Por un lado, en sí mismo constituye un suceso social, y por otro, se refiere al acontecer social, su objeto es la acción social”.²⁸ Neste caso, vê-se realmente um acontecer social do Direito Penal através da elaboração política de leis, que transforma toda e qualquer conduta que está em desacordo com algumas concepções em crime, e, para isso, utiliza-se de formas duvidosas juridicamente, embora legitimadas por

24 Importante referir: não é que o fato base não seja verdadeiro (sim, existem acidentes de trânsito causados pela ingestão de bebidas alcoólicas), mas o que ocorre é que esta verdade acaba sendo manipulada.

25 LUHMANN. **La Sociedad de la sociedad**. *Op. cit.*, p. 872. Tradução livre: “se exclui a possibilidade de se consultar de antemão a opinião do público”.

26 MÜSSIG, Bernd. Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho Penal. Puntos de partida para una sistematización. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidad de aplicación**. Lima: ARA Editores, 2007, p. 255. Tradução livre: “aquelas estruturas de expectativas que se tem institucionalizado (em um procedimento formal) com vigência para o conjunto da sociedade. (...). Dito de outra forma, o Direito define a configuração da sociedade.”

27 LUHMANN. **El derecho de la sociedad**. *Op. cit.*, p. 52.

28 MÜSSIG. *Op. cit.*, p. 251 Tradução livre: “O acontecer social, e isso, de duas formas. Por um lado, ele, em sim mesmo constitui um acontecimento social, e por outro, se refere ao acontecer social, seu objeto de ação social.”

seu procedimento.

Havendo um excesso de expectativas variadas e um inegável poder de comunicação muito mais elevado e avantajado dos Meios de Comunicação do que de qualquer organização que possa fomentar comunicação social, como será internalizada esta discussão pelo poder legislativo? Ou, quais serão as expectativas que integraram o acoplamento privilegiado entre Direito e Política? Assim,

(...) es qué expectativas son las que protege el sistema jurídico penal. (...). El eje de la discusión acerca de la legitimidad no gira sólo en torno a las 'clases' de expectativas garantizadas, sino que, muy especialmente, a 'quiénes' son los destinatarios de esas expectativas. Este problema generalmente se elude – o se da erradamente por supuesto –, pues lo primero que parece suponerse es que dichos destinatarios son los *partícipes de la vida en sociedad*, es decir, las personas. Sin embargo, hay razones para suponer que el problema es largamente más complejo.²⁹

Importante. O problema é muito mais complexo porque o direito não deve estabilizar apenas expectativas das comunicações sociais, dos indivíduos ou de outros sistemas, mas “*el sistema del Derecho incluso debe estabilizar expectativas que se le dirigen a él mismo*”,³⁰ para que possa viabilizar a sua própria operação. E quais seriam estas expectativas? Em uma lógica de estabilização social e interna, de que a punição seja algo excepcional, pois há estabilização também quando não se aplica uma punição – algumas vezes até mais do que com a própria punição. De tal maneira que ele precisa necessariamente fazer um equilíbrio entre as necessidades de prevenção e as necessidades de garantia, as expectativas de punição e as expectativas de liberdade. É sempre um jogo que, em muitas situações, vai depender de estudos sociológicos, de pesquisas, como é o caso da tipificação dos delitos de trânsito, que será visto a seguir.

Cumpra salientar, ainda, que a culpabilidade não pode ser entendida como um conceito de efeitos sociais para atender a anseios sociais, e muito menos pode-se aceitar que o Direito Penal atenda apenas a um tipo de anseio social (por exemplo, mais punição), porque ele não estaria cumprindo a sua diferenciação e funcionalidade. “Un sistema jurídico incapaz de otorgar las certezas mínimas para la vida en sociedad es un sistema inútil y un sistema que aplica sanciones sin ninguna utilidad social es un sistema ilegítimo”.³¹ Logo, há uma ilegitimidade das leis de trânsito no Brasil no tocante ao(s) delito(s)³² de embriaguez ao volante, porque ela é inútil para o objetivo que se visa, qual seja, reduzir o problema da violência no trânsito. Para isso, será preciso um outro aparato, advindo de outro Sistema.

29 PIÑA ROCHEFORT. *Op. cit.*, p. 323. Tradução Livre: “quais são as expectativas que o sistema jurídico penal protege. (...). O eixo da discussão em relação à legitimidade não gira apenas em torno das “classes” de expectativas asseguradas, mas, especialmente, em torno de “quem” são os destinatários destas expectativas. Este problema geralmente se elude – ou enganosamente se supõe – pois o primeiro que parece se supor é que ditos destinatários são os participantes da vida em sociedade, ou seja, as pessoas. No entanto, há razões para supor que o problema é muito mais complexo”.

30 *Idem*, p. 325. Tradução Livre: “o sistema do Direito inclusive deve estabilizar as expectativas que são dirigidas para ele mesmo”.

31 *Idem*, p. 360. Tradução livre: “Um sistema jurídico incapaz de outorgar as certezas mínimas à vida em sociedade é um sistema inútil e um sistema que aplica sanções sem nenhuma utilidade social é um sistema ilegítimo”.

32 Utiliza-se o plural de forma não explícita porque, se aprovado o Anteprojeto do Código Penal, a fim de que nenhuma circunstância fique à margem de discussão sobre a possibilidade de punição (como tem sido com a lei atual), foram criadas duas formas de punição para a embriaguez no trânsito, embora com denominações de entrada diferentes.

Mas vale a pena voltar a isso: quais são estas expectativas sociais que se tenta estabilizar?³³ E frente à mídia, que se diferencia conforme exposto acima, como fazer esta seleção de informações? De forma mais objetiva: em alguns pontos específicos de tipificações do Anteprojeto de reforma do Código Penal – tipificações expansionistas – quais foram as expectativas internalizadas? É isso que será analisado no próximo tópico, com enfoque no delito de condução de veículo sob influência de álcool.

2 A mudança de amo: a mídia determinando o Direito Penal

Antes da Constituição Federal de 1988, o Brasil passou por diversos momentos críticos que envolviam a censura, tanto de atos entre pessoas como de atos dos meios de comunicação. Basicamente, nos períodos mais críticos – como o do Ato Institucional número 05 – a Política e o Direito ditavam o que os meios de comunicação poderiam ou não informar, limitando drasticamente sua atuação. Pois bem, pode-se dizer com certeza que os tempos mudaram. Hoje há uma inversão desses papéis, e a mídia, através de seu poder, é que passa a ditar quais são os fatos que o Direito – mormente o penal – deve dar atenção, deve limitar e disciplinar na Sociedade.

Nessa esteira, começaram a surgir os movimentos de expansão do Direito Penal, uma vez que o Sistema Político passou a recepcionar estas comunicações e criar leis que atendessem aos anseios midiáticos. Por isso, pode-se dizer, com Díez Ripollés, que uma expansão “implica reconsiderar o flexibilizar el sistema de imputación de responsabilidad y de garantías individuales vigentes, lo que se ha de hacer en función de la necesidad políticocriminal de mejorar la efectividad en la persecución y encausamiento penales”.³⁴

Ocorre, porém, que o sistema penal brasileiro não tem condições estruturais de se adaptar às necessidades de política criminal, pois não conta com um suporte sociológico para isso, com pesquisas e estudos sobre os possíveis efeitos das legislações. Pelo contrário, as leis vêm sendo feitas no âmago de contentar a mídia para uma boa imagem, que é pautada apenas em uma anedota preventiva, que passa a tolerar, inclusive, a flexibilização de direitos fundamentais.³⁵

O fato é que, independentemente da expansão do Direito Penal que vem ocorrendo (e que se tem defendido que é descabida e, em termos sistêmicos, deslegitimada), o certo é que o Direito sozinho não tem condições de solucionar todos os problemas sociais. Para BLECKMANN,

El Derecho se apoya para la realización de su función en las prestaciones de otros sistemas de comunicación, del mismo modo que ésto se han adaptado a las prestaciones del Derecho. Sin un sistema político (monopolio de la violencia, servicio en función, etc.), económico (aseguramiento básico, sólo diferencias de ingresos limitados) o de educación (alfabetización) potentes, un Derecho *diferenciado* difícilmente podrá tener éxito.³⁶

33 PIÑA ROCHEFORT. *Op. Cit.*, p. 322.

34 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. In: CALLEGARI, André Luís (org.). **Política Criminal, Estado e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 85. Tradução livre: “Implica reconsiderar ou flexibilizar o sistema de imputação de responsabilidade e garantias individuais vigentes, o que se deve fazer em função da necessidade político criminal de melhorar a efetividade na persecução e classificação penal”.

35 Como ocorre no Direito Penal de Velocidades cunhado por Silva Sánchez. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 148.

36 BLECKMANN. *Op. cit.*, p. 424. Tradução livre: “O Direito se apoia para a realização de sua função nas prestações de outros sistemas de comunicação, do mesmo modo que estes têm se adaptado às prestações do

No Brasil, um excelente exemplo disso é o possível capítulo IV do novo Código Penal, sobre crimes no trânsito, que está em tramitação no Senado. Compondo o tão esperado Anteprojeto do Código Penal, que desde 1940 vinha recebendo apenas retalhos de modificações, têm-se duas, isso mesmo, duas tipificações para este tipo de conduta social. *In verbis*,

Condução de veículo sob influência de álcool

Art. 202. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a segurança viária:

Penas – prisão, de um a três anos, sem prejuízo da responsabilização por qualquer outro crime cometido.

§ 1º A infração poderá ser demonstrada mediante qualquer meio de prova em direito admitida.

§ 2º O condutor tem o direito de solicitar a imediata realização do teste de bafômetro ou de exame de sangue em hospital da rede pública.

Condução de veículo com manifesta incapacidade

Art. 203. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, sendo manifesta a incapacidade para fazê-lo com segurança:

Penas – prisão, de um a três anos, sem prejuízo da responsabilização por qualquer outro crime cometido.

Nessa ordem de ideias, pode-se ver que os artigos acima elencados são uma tentativa desesperada de a Política, além de impor uma determinada conduta social, criar um tipo penal para o qual os julgadores não terão mais empecilhos técnicos para aplicação da pena. Isso faz com que o sistema fique “hiperjuridificado”, criando leis que carecem de legitimação. É neste sentido que Luhmann trabalhou o que agora se denomina de expansão do Direito Penal. Para o sociólogo alemão, quando ocorria uma intervenção demasiada de outros Sistemas, como o do Meios de Comunicação, as leis criadas careciam de legitimação advinda dos cidadãos, o que era prejudicial às comunicações sociais, gerando um mar de leis. Segundo LUHMANN,

Frente a éstos, todos los demás medios de intervención, tales como la actuación directa sobre los convencimientos o motivaciones de los ciudadanos, pasan a un segundo plano. Ambos medios, (...) muestran claros síntomas de una utilización excesiva. Al no existir ninguna alternativa para ellos, son utilizados en una proporción demasiado grande, y se les aplica a tareas para las que están poco indicados, sobre todo en el ámbito de la educación y de la política social. La sobrecarga conduce a imágenes deformadas. Estas se discuten bajo términos como, ‘marea de leyes’, hiperjuridificación, (...).³⁷

Vale a pena voltar a isso. Uma lei com muita influência de determinado setor carece de legitimidade democrática e isso passa a ser um problema no Estado Democrático de Direito,

Direito. Se em um sistema político (monopólio da violência, *servicio in función*, etc), econômico (asseguramento básico, ingresso limitado de diferenças) ou da educação (alfabetização) potente, um Direito diferenciado dificilmente poderá ter êxito”.

37 LUHMANN. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. *Op. cit.*, p. 154. Tradução livre: “Frente a isto, todos os demais meios de intervenção, tais como a atuação direta sobre os convencimentos ou motivações dos cidadãos, passam para um segundo plano. Ambos os meios, (...) mostram claros sintomas de uma utilização excessiva. Ao não existir nenhuma alternativa para eles, são utilizados em uma proporção muito grande, e se aplica a eles tarefas para as quais estão pouco indicados, sobretudo, no âmbito da educação e da política social. A sobrecarga conduz a imagens deformadas. Sobre estas se fala com termos como ‘maré de leis’, hiperjuridificação, (...)”.

pois fere diretamente sua condição mais básica, a democracia. É o reconhecimento social ou não de determinada conduta que vai procurar estabelecer os limites dessa conduta, através de um enunciado legal e uma norma³⁸ que pode mudar com o tempo.

Essa possibilidade de mudança tem levado, ao invés de um processo de aperfeiçoamento, que seria inerente a uma evolução social, ao regresso, que se consubstancia com a expansão do Direito Penal. Segundo PIÑA ROCHEFORT,

Sin embargo, tendencias a perfeccionar esta estructura pueden apreciarse, si bien se encuentran inmersas en un proceso tremendamente confuso. Si por una parte aparece el recurso a sustitutivos penales (de la privación de las penas, y a la concesión de beneficios penitenciarios, por la otra es difícil sostener que todo ello sea capaz de 'doblarle la mano' al innegable y desproporcionado proceso de expansión del Derecho Penal.³⁹

O que se viu não foi um aperfeiçoamento,⁴⁰ mas um retrocesso tanto em termos de comunicações sociais como em termos processuais. Social porque novamente recorreremos (esse é o eterno retorno) ao Direito Penal para tentar solucionar o problema da violência no trânsito, que tem sido relacionada diretamente à embriaguez, muitas vezes de forma errônea e viciada,⁴¹ que na verdade é um problema de saúde pública ou de educação – seja como for, problemas de competência funcional de outros Sistemas que não o do Direito. Processual porque, como se “falhou” na efetivação prática (na efetiva punição dos condutores) com a lei anterior, a qual ficou inaplicável por falta de estrutura do Estado (falta dos etilômetros, mais conhecidos como bafômetros) e também em razão do disposto na própria Constituição Federal⁴² (acoplamento estrutural privilegiado entre Direito e Política), tenta-se novamente

38 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. **Rol social y sistema de imputación: una aproximación sociológica a la función del derecho penal.** Barcelona: J.M.Bosch Editor, 2005, p. 178.

39 *Idem.* **Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho Penal:** ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? Op. cit. p. 343. Tradução livre: “Sem dúvida, tendências de aperfeiçoar esta estrutura podem ser apreciadas, mas também se encontram imersas em um processo muito confuso. Se de um lado surgem os recursos de substituição de penas (da privação das penas, e a concessão de benefícios penitenciários), por outro lado é difícil sustentar que tudo isso seja capaz de retornar, voltar atrás, ao inegável e desproporcionado processo de expansão do Direito Penal”.

40 Em um sentido real e democrático, porque muitos entendem que o fato de não precisar mais do exame clínico para constatar se há embriaguez ou algum nível de álcool no sangue é um grande avanço e aperfeiçoamento da legislação.

41 Estudos têm apontado que a embriaguez não é a maior causa de violência no trânsito ou apenas acidentes, mas sim outros fatores como a negligência, fatores físicos como o cansaço ou questões psíquicas como a ansiedade ou o estresse e até mesmo a falta de educação dos condutores e pedestres. Elucidando a questão, pode-se citar os fatos que desencadearam a ação número 048/312.0000966-7 na Comarca de Farroupilha/RS, em que em razão de uma pequena colisão no trânsito (originariamente praticamente ínfima – e mesmo que não fosse), um dos envolvidos chutou a porta do veículo do outro envolvido – que havia causado a colisão – causando danos de maior monta do que os advindos do choque entre os carros. De fato, referido condutor não negou o fato, mas em suas justificativas afirmou que agiu de tal forma porque, primeiro, achou que o outro veículo iria fugir e, segundo, porque teve seu patrimônio danificado e estava no “seu direito”. No caso, seguiu-se uma discussão que apenas cessou (e não foi mais grave) por circunstâncias alheias à vontade do condutor. Detalhe, nenhum dos envolvidos, nem mesmo caroneiros, havia ingerido bebidas alcoólicas. Ainda, outros diversos casos nesta mesma linha, que circundam os juizados cíveis e criminais da mesma Comarca poderiam ser citados.

42 Mas se observe que mesmo antes, com toda essas circunstâncias, não faltaram tentativas de se punir estes condutores através do Direito Penal, com as mais absurdas argumentações, tanto que a instância superior do país foi obrigada a se manifestar sobre a situação (em 28/03/2012), e a sua óbvia vinculação processual com a Constituição Federal. Não é à toa que penalistas estrangeiros colocam que o Brasil tem a prática absurda de sempre ter que recorrer a sua instância superior para verificar a constitucionalidade dela, ou de

(novamente porque a nova lei lembra muito a que vigorava no Código Penal, antes da lei esparsa) e, agora por meio da linguagem, punir mais, não importa como.

Uma punição mais severa já se mostrou pouco instrutiva ou educativa. Basta ver como era a lei que tipificava o delito no Código de Trânsito Brasileiro em 1997 e a lei atualmente em vigor. Dispõe o artigo que:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Atualmente:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008). Regulamento⁴³

Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008).

Observe-se que, mais um sintoma dessa necessidade de tornar mais grave o fato, foi que antes a conduta estava tipificada no Código de Trânsito. Agora, ela é trazida para o Código Penal, dando a ideia de que é ainda mais grave. Mas com a justificativa de que se pretendeu compilar todas as leis esparsas existentes e que tivessem relevância penal, a fim de evitar injustiças na disposição das penas. Para isso, conforme a justificativa introdutória do Anteprojeto do Código Penal, enfatizou ainda a comissão que cada crime previsto na parte especial do Código Penal atual ou na legislação extravagante foi submetido, portanto, a um triplo escrutínio: I) se permanece necessário e atual; II) se há figuras assemelhadas previstas noutra sede normativa; III) se as penas indicadas são adequadas à gravidade relativa do delito.⁴⁴

Tudo isso, diante:

a) da necessidade de adequação às normas da Constituição de 1988 e aos tratados e convenções internacionais; b) da intervenção penal adequada e conforme entre a conduta e a resposta de natureza penal por parte do Estado; c) da seleção dos bens jurídicos imprescindíveis à paz social, em harmonia com a Constituição; d) da criminalização de fatos concretamente ofensivos aos bens jurídicos tutelados; e) da criminalização da conduta apenas quando os outros ramos do direito não puderem fornecer resposta suficiente; f) da relevância social dos tipos penais; g) da necessidade e da proporcionalidade da pena.⁴⁵

procedimentos ligados a ela. Tudo fruto da tentativa desenfreada de “punir mais é a solução!”

43 O artigo foi assim regulamentado pelo Decreto número 6488/2208: Art. 2º. Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei no 9.503, de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte: I – exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou II – teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

44 Anteprojeto de Código Penal – Requerimento n. 756, de 2011, p. 5. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-27/leia-anteprojeto-codigo-penal-entregue-senado-juristas>. Acesso em 12 ago. 2012.

45 *Idem*, p. 6.

Se de fato a pretensão era essa, parece que nos delitos de embriaguez no trânsito houve alguma falha de observação. Não se pode negar que uma pessoa que cause a morte ou lesões corporais em outra no trânsito, por estar sob efeito de substâncias entorpecentes, deve ser responsabilizada penalmente. Contudo, em uma sociedade evoluída como a nossa, isso não pode ser feito de qualquer forma. Pergunta-se, o que significa manifestamente incapacitado (isso sem ingressar em uma discussão em termos de teoria da linguagem e suas vaguezas e ambiguidades)? Manifestamente incapacitado a critério de quem? Serão novamente os fiscais de trânsito brindados com poderes de determinar provas processuais? Não nos aprofundaremos nestas últimas questões, pois elas não fazem parte do objetivo central desta discussão,⁴⁶ embora sejam de tamanha relevância, que não podem ser esquecidas.

Pois bem, a pena reflete na sociedade, ela comunica para a sociedade, ela dá o significado comunicativo daquele comportamento. A pena é a atribuição de sentido de determinada conduta. E esta atribuição de sentido será a comunicação emanada daquele ato, mas, se o problema não é do Direito Penal (em um primeiro momento), e sim da Saúde ou/e da Educação, a atribuição de sentido dada pelo Direito Penal fica prejudicada e, obviamente, como se tem visto, não resolve o “problema real”. A violência no trânsito continua, e não há notícias de que tenha diminuído com o aumento das penas (e maior limitação das condutas). Como já disse Bernd Müssig, “la pena, en cuanto reacción formalizada al comportamiento desviado, se demuestra que se sigue manteniendo la norma como expresión de la concreta configuración de la sociedad”.⁴⁷ Ou seja, a tipificação constante no Anteprojeto do Código Penal tipifica uma conduta que não tem comunicação com a função do Direito, especialmente do penal.

Incorre em grave erro quem acredita que o Direito Penal, para manter-se forte e vigente na contemporaneidade, precisa punir cada vez mais, com penas mais rigorosas, fatos que têm se perpetuado na sociedade (como a embriaguez no trânsito). O papel ou, para ficar em uma terminologia sistêmica, a diferenciação funcional da qual é dotado o Direito Penal, não está vinculada à punição, mas à manutenção das expectativas, que podem perfeitamente ser estabilizadas quando não há imposição de uma pena para determinada conduta. Assim,

En otros términos, es un error identificar la función del Derecho Penal con la función de la pena. La función del sistema jurídico-penal, de estabilización de expectativas, no sólo se verifica cuando se impone una pena (o medida de seguridad) sino también cuando no se aplica ninguna de ellas, por ejemplo, por haber operado algunas de sus estructuras de legitimidad. Es decir, tanto la pena (P), como la no-pena (~P), forman parte de la función del sistema jurídico penal. En un ejemplo sencillo: es tan perturbador de la normatividad social el hecho de quedar impune un homicida que ha obrado culpablemente, como el hecho de condenar a una persona por un hecho no tipificado legalmente. Luego, la estabilización de la norma se produce a ambos lados de la distinción. El Derecho penal cumple su función y, por tanto, opera legítimamente, tanto cuando se castiga al homicida como cuando no pena a quien ha cometido una conducta que, aunque lesiva para los intereses sociales, no estaba tipificada.⁴⁸

46 Inclusive porque a questão sobre o poder dos fiscais de trânsito já foi objeto de estudo em CALLEGARI, André Luís; WEBBER. **O mito do punir mais é melhor**: reflexos da expansão do Direito Penal fomentada pela mídia. *Op. cit.*

47 MÜSSIG. *Op. cit.*, p. 257. Tradução: “a pena, enquanto reação formalizada do comportamento desviado, demonstra que se segue mantendo a norma como expressão da concreta configuração da sociedade”.

48 PIÑA ROCHFORT. **Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho Penal**: ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? *Op. cit.*, p. 330. Tradução livre: “Em outros termos, é um erro identificar a função do Direito Penal como a função da pena. A função do sistema jurídico-penal, de estabilização de expectativas, não apenas se verifica quando se impõe

Na verdade, parece que neste momento é oportuno afirmar: para nós, a função do Direito Penal, além de não ser exclusivamente a aplicação de uma pena e não se confundir com ela, também é de apenas garantir expectativas, e muito menos a proteção do bem jurídico. Garantir expectativas é apenas parte da função, e a proteção do bem jurídico é um valor, uma função de operacionalização do Sistema. Bem jurídico e expectativas compõem o sistema. Adotando a postura de Rochefort, pode-se dizer que

de todos modos, parece difícil poder afirmar que la misión del Derecho Penal sea la protección de bienes jurídicos, sino más bien la protección de un orden valioso, de un sistema de expectativas que permite la vida social. La función de los bienes jurídicos es mantener orientada la operación del sistema penal al cumplimiento de esa función, pero no es su cumplimiento mismo. Esto no quiere decir que el principio cumpla una función menor en el sistema. Toda estructura de legitimidad es una estructura de capital importancia. Sin embargo, la función de legitimación de los bienes jurídicos es más relativa de lo que habitualmente se sostiene.⁴⁹

Ao mesmo tempo em que a Política apresenta diversos problemas éticos – embora para o Sistema Político não exista nenhuma desonra em agir assim, pois esta seria a sua função social para estabilização – na recepção de informações da sociedade e em seus interesses para elaboração de leis, “al mismo tiempo ha aumentado inmensamente en todos los ámbitos de la vida la dependencia del ciudadano de la política”.⁵⁰ Justamente porque se quer mais leis.

O que se defende aqui é justamente o contrário: não é um maior número de leis ou a criação de penas mais severas que irá solucionar os problemas sociais que levam as pessoas a recorrer à Política, ao Direito e à Mídia em busca de alguém que solucione o seu problema. Embora se venda a ideia de que “punir mais é melhor”, “punir mais é a única solução”, o Sistema do Direito não tem como internalizar este tipo de expectativa, pois sua estrutura não permite esta absorção. É que “el sistema jurídico-penal se ha estructurado sobre la base de que castigar sin consideración a la culpabilidad es más perturbador que hacerlo considerándola. Y esto no tiene más explicación que un proceso histórico contingente”.⁵¹ Em um Estado

uma pena (ou medida de segurança), mas também quando não se aplica nenhuma delas, por exemplo, por ter operado alguma de suas estruturas de legitimidade. Ou seja, tanto a pena (P), como a não pena (~P), formam parte da função do sistema jurídico penal. Em um exemplo simples: perturba tanto a normatividade social o fato de ficar impune um homicida que tenha agido com culpa, como o fato de condenar uma pessoa por um fato não tipificado legalmente. Logo, a estabilização da norma produz a ambos os lados da distinção. O Direito penal cumpre sua função e, portanto, opera legitimamente, tanto quando se castiga o homicida como quando não se pune alguém que tenha tido uma conduta que, ainda que lesiva aos interesses sociais, não estava tipificada”.

49 PIÑA ROCHEFORT. **Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho Penal**: ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? *Op. cit.*, p. 330. Tradução livre: “De todos os modos, parece difícil conseguir afirmar que a missão do Direito Penal seja a proteção dos bens jurídicos, senão mais bem a proteção de uma ordem valiosa, de um sistema de expectativas que permite a vida social. A função dos bens jurídicos é manter orientada a operação do sistema penal ao cumprimento desta função, mas não é a função em si. Isto não quer dizer que o princípio cumpra uma função menor no sistema. Toda estrutura de legitimidade é uma estrutura fundamental. No entanto, a função de legitimação dos bens jurídicos é mais relativa do que habitualmente se sustenta”.

50 LUHMANN. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. *Op. cit.*, p. 154. Tradução livre: “ao mesmo tempo tem aumentado imensamente em todos os âmbitos da vida a dependência dos cidadãos da política”.

51 PIÑA ROCHEFORT. **Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho Penal**: ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? *Op. cit.*, p. 348. Tradução livre: “o sistema jurídico-penal tem se estruturado sobre a base de que castigar sem considerar a culpabilidade é mais perturbador que fazer considerando-a. E isto não tem mais explicação que um processo

Democrático, essa deveria ser a premissa básica que não necessitasse ser a todo momento lembrada pela academia.

Também deveria ser básico lembrar que “un delito es la contradicción de (o la defraudación) una norma jurídico penal”,⁵² que só pode existir e limitar condutas se de fato for uma violação inescusável ao ordenamento social. Como não é isso o que ocorre, surgem cada vez mais tipos penais, estando atualmente em foco a tipificação de condutas que possam vir a gerar algum risco, prevendo-se sanções inclusive para o exercício de atividades que antes eram consideradas de risco permitido.⁵³

Por isso, o problema aqui é definir em termos tanto de dogmática como de academia, quais são os limites do Direito Penal. Bleckmann⁵⁴ vai nos dizer que, no contexto atual, o que se percebe é que as propostas legislativas deixam de lado os reais problemas e passam a se preocupar com aquelas demandas da sociedade que têm um caráter mais psíquico do que efetivamente um problema social que pode ser resolvido pelo Direito. Este deixar de lado ocorre justamente porque eles continuam insistindo em forçar o Direito, através de leis, a lidar com situações demasiadamente complexas, para as quais não tem estrutura. Pode até ser conveniente para o governo esse tipo de atitude (e é, pelo que se tem visto ao longo dos anos, pois a história sempre se repete), mas não há produção de sentido social nessa situação. O problema permanece, e está-se longe da solução, pois a busca da mesma é feita no local errado.

Então, como conciliar toda essa situação se todos os sistemas envolvidos observam e recepcionam questões de formas bem distintas, trazendo, em alguns casos, como o aqui explicitado, problemas sociais e para a estrutura e função do Sistema do Direito e seus subsistemas internos, principalmente o Direito Penal, que é o refúgio de toda e qualquer frustração da população? Assim,

La diferenciación interna lleva a privilegiar en el sistema político diversas formas de orientación hacia el exterior. La recepción de informaciones no se guía sólo por su contenido objetivo – ¡en ese caso todo podría ser más o menos relevante! – sino por determinados filtros, esto es, por la *opinión pública*, por las posibilidades de consenso y de **fomento de la carrera política** de importantes *personalidades* políticas y por el *derecho*. Las informaciones que no pueden satisfacer ninguna de estas condiciones de recepción no tienen apenas posibilidad

histórico contingente”.

52 BLECKMANN. *Op. cit.*, p. 443 Tradução livre: “um delito é a contradição de (ou a defraudação) uma norma jurídico penal”.

53 Nesse sentido, importante ver alguns dos escritos de Massimo Donini: “La más reciente emergencia legislativa del riesgo se registra en el ámbito del Derecho Penal (...). Es decir, es la tendencia, no necesariamente ilícita, de una actividad consentida (ej. Circulación del tráfico), o de una organización social (ej. de empresa) a generar resultados dañosos o peligrosos. <<La sociedad moderna>> - se ha dicho - <<ve los peligros sólo en el sentido del riesgo y los toma en serio como riesgos>>”. DONINI, Massimo. **El Derecho Penal frente a los desafíos de la modernidad**. Lima: ARA Editores, 2010, p. 37-8. Tradução livre: “A mais recente emergência legislativa do risco se registra no Direito Penal. (...). Isto é, a tendência, não necessariamente ilícita, de uma atividade permitida (ex. Dirigir), ou de uma organização social (ex. Empresa) ao gerar resultados danosos ou perigosos. <<A sociedade moderna>> - se tem dito - << vê os perigos somente no sentido do risco, e os considera como riscos”.

54 No original, “de lo que aquí se trata es de definir los contornos del problema social y de esbozar el trato de la dogmática con él y sus límites. En este contexto, se percibe que las propuestas dogmáticas actuales, en primer lugar, dejan de lado el problema, o, en segundo lugar, son sencillamente demasiado poco complejas. Dejan de lado el problema en la medida en que siguen insistiendo en partir de situaciones fácticas de carácter psíquico, son demasiado poco complejas, en la medida en que apuestan por criterios que se refieren a la materialidad de la manifestación, al comportamiento, y no a su sentido social, que sólo cabe aprehender con base en el contexto y que indicaría la conveniencia de crear una tipificación”. *Idem*, p. 458.

de encontrar atención política. Es preciso, pues, manipular alguno de estos filtros de entrada si se desea iniciar procesos que permitan percibir informaciones, elaborarlas y, eventualmente, tomar decisiones. La sensibilidad del sistema político se guía por estos filtros.⁵⁵

Ou seja, o Direito tem condições de frear este tipo de acontecimento, mas é preciso que ocorram mudanças nas comunicações, até porque, uma vantagem disso é que as mudanças promovidas pela política são sempre flexíveis e dispostas a mudar. Logo, é o momento de a comunidade acadêmica manifestar-se sobre isso. Como o Direito Penal é histórico e contingente, pode ser que, muito provavelmente na linha que vem se seguindo (que também não é muito linear), o Direito Penal passe a não exigir mais a culpabilidade para a aplicação de penas,⁵⁶ e o Direito Penal do Risco, na forma apontada, parece ser um exemplo – além do trânsito – de que a culpabilidade não será mais o limite para a imposição de punição no âmbito do Direito Penal. Estará criado aí um paradoxo. Dar-se-á conta de superá-lo?

Considerações Finais

Ao longo deste artigo procurou-se demonstrar como o Direito Penal brasileiro segue sem rumo definido e sem perspectivas de melhoras: há um círculo vicioso que nos coloca em um eterno retorno normativo, em busca de qualquer solução para os problemas sociais, dentro do Direito. Há expectativa de que isso tenha sido comunicado de forma clara, mas, caso isso não tenha ocorrido, neste espaço final mais uma tentativa pontual será feita.

No primeiro ponto, o objetivo foi deixar claro que o Direito Penal pode e deve ser visto sob uma perspectiva sistêmica, na atual sociedade de complexidade vivenciada na contemporaneidade. A partir da adoção deste fundamento, outros postulados precisaram ser esclarecidos. O primeiro deles, diz respeito ao fato de que não é o Direito o responsável pela criação das leis, mas sim o Sistema da Política. Por isso, antes de voltar expectativas – por mais ou menos punição – ao Sistema do Direito, que só vai operacionalizar as criações legislativas, é preciso ver como direcionar essas expectativas de forma eficiente à Política, para que haja alguma possibilidade de comunicação efetiva.

Já no segundo momento, estabelecidos os preceitos sistêmicos mais básicos que exigem uma forma de observação diferenciada sobre a mudança das expectativas normativas da sociedade, o foco foi a relação estabelecida entre os Meios de Comunicação e o Sistema da Política, para posteriormente ver como isto irá ressoar no Direito. Aqui, através da análise dos artigos que tratam da embriaguez ao volante, do Anteprojeto de Código Penal apresentado ao Senado neste ano de 2012, foi possível verificar que nem sempre as leis criadas pelo legislativo refletem as expectativas da sociedade, porém, muitas vezes, atendem interesses escusos da mídia.

Mas como é possível que uma sociedade relativamente bem estruturada e evoluída como a brasileira esteja regredindo em suas leis penais, ao invés de acumular aprendizado

55 LUHMANN. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. *Op. cit.*, p. 153. Tradução livre: “A diferenciação interna leva a privilegiar no sistema político diversas formas de orientação desde o exterior. A recepção de informações não se guia somente pelo conteúdo objetivo – neste caso tudo poderia ser o mais relevante! – senão por determinados filtros, isto é, pela opinião pública, pelas possibilidades de consenso e pelo fomento da carreira política de importantes personalidades políticas e pelo direito. As informações que não satisfazem nenhuma destas condições de recepção não têm condições de encontrar atenção política. É preciso manipular alguns dos filtros de entrada se se deseja iniciar processos que permitam perceber informações, elaborá-las e, eventualmente, tomar decisões. A sensibilidade do sistema político se guia por estes filtros”.

56 PIÑA ROCHEFORT. **Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho Penal**: ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? *Op. cit.*, p. 346.

com as modificações ocorridas ao longo de tantos anos do Código Penal e de leis esparsas? Muitos doutrinadores da dogmática dirão que só com o erro se aprende (tentativa e erro que custam caro neste caso), e para estes deve-se responder que isso só era tolerado e justificado em sociedades arcaicas. Em uma sociedade de alta complexidade, isso não consegue enfrentar o excesso de possibilidades, a contingência que se apresenta ao Direito Penal. Tampouco a solução de todos os conflitos sociais poderá partir do Sistema do Direito. É preciso lembrar que, embora uma das funções do Direito seja estabilizar expectativas sociais, primeiro ele precisa estabilizar suas próprias expectativas internas (já que é autopoietico), e isso só acontecerá quando ele estiver cumprindo a sua função (e não a de outros sistemas).

Evidentemente a sociedade, por motivos muitos mais midiáticos do que embasados em pesquisas sociológicas de credibilidade, criou a expectativa de que o trânsito é um campo de guerra e que o problema da “violência no trânsito”, com inúmeras mortes “geradas pelo alcoolismo”, precisa ser resolvido. De fato, esse é um problema que deve ser solucionado, mas não através do Direito Penal. É patente que não se é a favor de dirigir alcoolizado. O que não se é a favor é da “solução” encontrada, qual seja, voltar a um tipo penal que já havia sido modificado, agregando a ele uma abertura probatória infundável. O problema no trânsito, e que o senso comum – que é a grande massa eleitora – não aceita, é que os acidentes de trânsito são fruto muito mais da negligência, da imprudência e da imperícia do que do álcool. De uma forma ou de outra, a origem do problema tem solução ou no Sistema da Educação ou no Sistema da Saúde, mas não no Direito. Tanto que vamos e voltamos nas leis, e o problema apenas continua aumentando.

Mesmo diante desse cenário, é preciso deixar claro que há pouco sentido em perguntar-se como são e se os fatos dos Meios de Comunicação estão distorcidos, ou até mesmo se eles estão distorcendo a realidade. Isso porque é exatamente assim que devem operar para atingir sua finalidade, sua função. Mais do que isso, se não são produzidas comunicações que irrite isso, esta informação representará a construção da realidade a partir da qual a sociedade vai passar a se orientar, e isso foi o que ocorreu aqui. Agora, possivelmente ter-se-á que se orientar pela nova legislação de trânsito constante no Anteprojeto.

Da mesma forma, não basta questionar se os critérios que a Política tem adotado para elaborar suas leis são ou não jurídicos suficientemente ou se são democráticos. Os fatores capazes de irritar a Política vão além disso, mas se voltam muito mais pela possibilidade de gerar retorno àquele Sistema. Como o Direito irá administrar isso não é um problema que preocupa diretamente a Política. Entretanto, diante da abertura cognitiva que este Sistema possui, e das relações intrínsecas com o Direito, que é sua fonte de legitimação (mas não de legitimidade), o Direito ganha um canal especial de comunicação, que é capaz de modificar estas pretensões de expectativas cognitivas que vêm sendo elaboradas. Por isso, a academia precisa comunicar suas irrisignações neste momento, a fim de causar irritações que tenham condições de ressoar na Política e promover mudanças, fazer com que se crie algo diferente, pautado em perspectivas históricas e de pesquisa.

Parece importante repetir: o problema não é o Direito (e, portanto, não será um problema da decisão dos juízes ou dos pedidos de advogados e promotores de justiça), e sim a lei, que vem da Política. O paradoxo é que o problema surge quando o Direito passa a operacionalizar esta programação oriunda da Política; o problema não é o Direito, mas ao mesmo tempo é o Direito, pois é o espaço em que as situações fáticas vão começar a emergir (condenações ou absolvições que nem sempre solucionam o problema original). O que fazer então? Nesta perspectiva, o que se pode fazer é fomentar comunicações contrárias a esse tipo de expansionismo sem nenhuma perspectiva sociológica – porque evidentemente alguns

aumentos de pena ou criação de novos crimes serão necessários com a evolução da sociedade e suas complexidades – de tal forma que se consiga irritar o Sistema Político e mudar isso. Assim, poder-se-ia afastar a realidade criada pelos Meios de Comunicação, que nem sempre é real, mas giram sobre o prisma informação/não informação, e passar a fazer leis com base em estudos sérios e o mais isento possível de dominações de poder. Ressalte-se, não é preciso criar proibições à mídia (não há mais espaços para se pensar em amo), mas apenas é preciso saber selecionar o que é relevante efetivamente para a sociedade e o que só interessa para o funcionamento do Sistema.

É preciso atribuir (e exigir) do “público”, dos indivíduos, um papel ativo desde o momento em que a Política terá papel determinante na criação das programações jurídicas. Só haverá mudanças a partir do instante em que houver ressonâncias nos sistemas interessados e na Política. Apenas uma participação com comunicação ativa é que poderá gerar essa ressonância.

Em uma palavra final: a culpabilidade e a tipificação de condutas não podem ser criadas para atender a qualquer tipo de anseio social. A diferenciação funcional do Sistema deve ser capaz de dar expectativas de certeza de que apenas aquilo que efetivamente bloqueie e afete a evolução social será tratado pelo Direito Penal. A aplicação de sanções sem utilidade torna o sistema fraco e ilegítimo. Isso é o que ocorre com as leis penais de punição de embriaguez no trânsito, na forma como estabelecidas. Logo, há uma ilegitimidade das leis de trânsito no Brasil, no tocante ao(s) delito(s) de embriaguez ao volante, porque ela é inútil para o objetivo que se visa, qual seja, reduzir o problema da violência no trânsito.

Referências

ADAMS, John. **Risco**. Trad. Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: Senac, 2009.

BLECKMANN, Frank. Derecho Penal y Teoría de Sistemas. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Teoría de Sistemas y Derecho Penal**: fundamentos y posibilidad de aplicación. Lima: ARA Editores, 2007.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.

BRASIL. Anteprojeto de Código Penal – Requerimento n. 756, de 2011. p. 5. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-27/leia-anteprojeto-codigo-penal-entregue-senado-juristas>. Acesso em 12 ago. 2012.

CALLEGARI, André Luís; WEBBER, Suelen. **O mito do punir mais é melhor**: reflexos da expansão do Direito Penal fomentada pela mídia. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/novo/artigos/2012/01>, publicado em 02/01/2012.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. In: CALLEGARI, André Luís (org.). **Política Criminal, Estado e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DONINI, Massimo. **El Derecho Penal frente a los desafíos de la modernidad**. Lima: ARA Editores, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Más allá de la oposición Constructivismo vs. Ontologismo**: Recensión a la monografía de Juan Ignacio Piña Rochefort, Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho Penal. *Barcelona: J.M. Bosch, 2005*. Disponível em: Política Criminal, n. 5, 2008, R2, p. 1-7. [Http://www.politicacriminal.cl/n_05/r_2_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/r_2_5.pdf). Acesso em 12 de set. 2012.

_____. Teoría de Sistemas y Derecho Penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho Penal. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidad de aplicación**. Lima: ARA Editores, 2007.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Trad. Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

_____. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. **La Sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Nafarrate. México: Herder, 2001.

_____. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2007.

MAÑALICH, Juan Pablo; KINDHÄUSER, Urs. **Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho**. Montevideo/Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2011.

MIRANDA, Luciano. **Pierre Bourdieu e o campo da comunicação: por uma teoria da comunicação praxiológica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

MÜSSIG, Bernd. Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva em Derecho Penal. Puntos de partida para una sistematización. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidad de aplicación**. Lima: ARA Editores, 2007.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZALÉS, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. **Rol social y sistema de imputación: una aproximación sociológica a la función del derecho penal**. Barcelona: J.M.Bosch Editor, 2005.

_____. Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho Penal: ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidad de aplicación**. Lima: ARA Editores, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Recebido em: 5 de dezembro de 2012

Aceito em: 21 de março de 2013