

1

FILOSOFIA DO DIREITO, CIÊNCIA DO DIREITO E POLÍTICA DO DIREITO NO CASO DO DIREITO PENAL*

1. Filosofia, Filosofia do Direito, Direito positivo; 2. Filosofia do Direito e Direito penal; 2.1. Ciência do Direito Penal; 2.2. Política do Direito penal; 2.3. Jurisprudência do Direito penal; 2.4. Síntese; 3. A herança do Iluminismo; 3.1. A imagem do Direito penal; 3.2. Linhas básicas de um Direito penal do estado de Direito; 4. A situação do Direito penal positivo; 4.1. Política e Criminalística; 4.2. Direito material; 4.3. Direito processual; 4.4. Teoria; 5. Possibilidades de uma Filosofia do Direito penal hoje; 6. Síntese

1. FILOSOFIA, FILOSOFIA DO DIREITO, DIREITO POSITIVO

“O filósofo concebia a Filosofia como meio para a fundamentação da Ciência do Direito; o criminalista concebe a Filosofia como disciplina independente, como ‘natureza das coisas’, e bane sua influência da jurisprudência.” Assim se delimita a relação entre Kant e

* © Winfried Hassemer, tradução de Felipe Rhenius Nitzke, revista por Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, do original *Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft, Rechtspolitik – am Beispiel des Strafrechts*, publicado em R. Alexy, R. Dreier u. U. Neumann (Hrsg.), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – ARSP*, Beiheft 44. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1991, S. 130-143.

Feuerbach, segundo uma lúcida análise das teorias da pena do Iluminismo¹. Daí surgem as seguintes perguntas: se não for na Filosofia outra tradição filosófica pode o Direito penal e a pena criminal de nossos dias buscar sua justificação? Por outro lado, se não for no Direito penal, em que outro ramo do Direito positivo e de sua doutrina poderá a Filosofia ter a pretensão de exercer alguma influência? Afinal, será que existe alguma conexão necessária ou somente plausível ou pelo menos atual entre Filosofia e Direito penal?

Efetivamente, desde longa data não são mais os filósofos que querem ou podem ser os mestres do Direito penal e de sua doutrina. O tempo dos grandes sistemas filosóficos, que compreendiam uma Filosofia do Direito e, nela, uma Filosofia do Direito penal, ficou evidentemente para trás. Quando filósofos hoje se referem ao Direito positivo, fazem-no, quando muito, a título exemplificativo². As grandes questões atuais de nosso ordenamento jurídico, da forma como são discutidas pelos juristas e pela opinião pública, parecem não merecer – salvo poucas exceções – reflexão filosófica, ou então é esta que nem mesmo tem acesso à discussão. Mas, afinal, a legitimidade e eficiência da regulamentação jurídica da proteção ambiental, da igualdade das mulheres ou do processo de unificação da Alemanha, acaso não são também problemas filosóficos?

Talvez a pergunta acima esteja sendo dirigida a endereço atualmente errado. Na verdade, não é à Filosofia, e sim à Filosofia do Direito, que as disciplinas do Direito positivo têm dirigido seus questionamentos nos últimos dois séculos. Parece que a Filosofia, que desde o Idealismo alemão trabalhou meticulosamente as relações jurídicas,

¹ Naucke, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs* [Kant e a teoria da coação psicológica de Feuerbach], 1962, S. 88.

² Veja-se, entre outros, Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 2: *Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft* [Teoria do agir comunicativo. Vol. 2: Para uma crítica da razão funcionalista], 1981, S. 522 ff.; do mesmo, *Die neue Unübersichtlichkeit* [A nova falta de visibilidade], 1985, S. 79 ff.; Höffe, *Politische Gerechtigkeit. Grundlagen einer kritischen Philosophie von Recht und Staat* [Justiça política. Bases de uma Filosofia crítica do Direito e do estado], 1987, S. 63 ff.; K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht* [O discernimento para a adequação: Discursos práticos em Moral e Direito], 1988, S. 309 ff.

transferiu parte de suas competências a suas filhas: a relação entre norma e decisão à teoria do Direito, a aplicação prática do Direito à Sociologia do Direito, a legitimação do Direito à Filosofia do Direito. Essas filhas da Filosofia, assim como a História do Direito, ocupam hoje a posição de base científica da pesquisa e do ensino jurídico. De igual modo, entre a Filosofia de um lado e a teoria e prática do Direito positivo de outro, situa-se a Filosofia do Direito. Esta trata somente de uma pequena fração do complexo de questões que antigamente pertencia ao domínio de uma Filosofia do Direito. Parcela considerável dessas questões está hoje a cargo da teoria do Direito, da Sociologia do Direito ou até mesmo migrou para estudos que têm por objeto o Direito positivo, como a teoria da constituição, a teoria do estado, teorias da pena e da propriedade, teoria geral do Direito e outras.

Também é significativo constatar que a Filosofia do Direito hoje em dia não é mais exercida por filósofos, mas sim por juristas, o que conduz a uma abordagem muito peculiar. Com efeito, ainda que se deva reconhecer nesses filósofos do Direito o mérito de terem lançado as bases da ponte entre a Filosofia e o Direito positivo, as questões são escolhidas, formuladas e trabalhadas a partir de suas posições doutrinárias. Eles geralmente pertencem a certos territórios filosóficos, pensam apaixonadamente segundo as respectivas tradições e nelas se deixam rotular, por mais que essa prática crie deformações. Não obstante, continua correto afirmar que a Filosofia e o Direito positivo são conhecimentos distintos, que só conseguem se comunicar mediante traduções nos dois sentidos, as quais produzem distorções inevitáveis de parte a parte. Como seria hoje uma Filosofia do Direito integrante de um sistema jusfilosófico mais amplo é coisa que ninguém saberia responder. Assim, não devemos dirigir essa pergunta à Filosofia, mas sim à Filosofia do Direito.

2. FILOSOFIA DO DIREITO E DIREITO PENAL

2.1. Ciência do Direito penal

As ligações entre a Filosofia do Direito e a Ciência do Direito penal na Alemanha têm uma longa tradição e são estreitas. No nosso século;

figuram nomes como Radbruch, Welzel, Engisch ou Arthur Kaufmann, que construíram uma bem-sucedida, fecunda e competente Filosofia do Direito penal. O que realmente é de se admirar é que essas relações não sejam ainda mais estreitas, pois boa parte do trabalho teórico no Direito penal foi produzida sem fundamentação ou enfoque filosófico. Mesmo assim, os “grandes” temas do Direito penal apontam diretamente para problemas centrais de uma Filosofia do Direito penal, a exemplo da teoria da valoração penal, da legitimidade do Direito penal e da pena.

Esses temas não podem sequer ser abordados sem a intervenção da Filosofia do Direito, e a literatura específica o demonstra com alguma nitidez: às linhas mestras da Política criminal³ pertencem a noção de Direito, a imagem do ser humano e a dignidade humana, humanidade e tolerância, racionalidade e praticabilidade – um arsenal de instrumentos da Filosofia do Direito. As fronteiras do Direito penal legítimo se determinam através da teoria dos bens jurídicos penais, que nada mais é do que um rebento da Filosofia idealista e do Iluminismo⁴. Os esforços para vincular o juiz penal rigidamente à lei e para exigir que o legislador formule seus preceitos e suas proibições numa redação precisa carecem de fundamentações provenientes da Filosofia do estado e do Direito⁵. A origem filosófica das teorias da

³ Zipf, *Kriminalpolitik. Ein Lehrbuch [Política criminal: um manual]*, 2. Aufl. (1980), S. 43 ff.

⁴ Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit“ des Verbrechens [Proteção de bens jurídicos e proteção da sociedade. Investigações sobre o âmbito de aplicação de um princípio do Direito penal sob enfoque histórico-dogmático. Simultaneamente uma contribuição sobre a teoria da “nocividade social” do crime]*, 1972, Teil I, S. 15 ff.; W. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre [Teoria e Sociologia do crime. Contribuições para uma teoria dos bens jurídicos orientada para a prática]*, 1973/1980, S. 27 ff.

⁵ Claro em Schreiber, *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege [Lei e juiz. Sobre a evolução histórica da frase nullum crimen, nulla poena sine lege]*, 1976, *passim*; obscuro em Ransiek, *Gesetz und Lebenswirklichkeit. Das strafrechtliche Bestimmungsgebot [Lei e realidade da vida. O preceito da determinação no Direito penal]*, 1989, *passim*.

justificação da pena constitui um exemplo das relações mantidas entre a “Filosofia e a Ciência Penal”⁶, relações estas que, de tão evidentes, dispensam demonstração. De modo análogo, o conceito de ação⁷, a teoria do ilícito⁸ ou o princípio da culpabilidade⁹ são categorias fundamentais da responsabilidade penal que não dispensam a fundamentação filosófica. No entanto, não deixa de ser surpreendente que, ainda nos dias atuais, teses de cátedra discutam temas como culpa consciente¹⁰, “preterdolo”¹¹ e tentativa¹² sobre uma ampla base filosófico-jurídica¹³.

⁶ Frommel, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion. Beziehungen zwischen Rechtsphilosophie, Dogmatik, Rechtspolitik und Erfahrungswissenschaften* [Modelos de prevenção na discussão alemã sobre os fins da pena. Relações entre Filosofia do Direito, dogmática, política do Direito e ciências empíricas], 1987, S. 163 ff.

⁷ Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem* [O conceito de ação e seu significado para o sistema penal], 1903; Welzel, *Um die finale Handlungslehre. Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern* [Sobre a teoria finalista da ação: um debate com seus críticos], 1949; L. Philipps, *Der Handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht* [O âmbito da ação. Investigações sobre a relação da norma com a conduta no Direito penal], 1974.

⁸ E. A. Wolff, *Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen* [A delimitação do ilícito criminal em face de outras modalidades de ilícito], in: W. Hassemer (Hrsg.), *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform* [Política do Direito penal. Condições da reforma penal], 1987, S. 137 ff.

⁹ Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung* [O princípio da culpabilidade. Uma investigação sob o enfoque da Filosofia do Direito penal], 2. Aufl. (1976).

¹⁰ M. Köhler, *Die bewußte Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung* [A culpa consciente. Investigação jurídico-penal e jurídico-filosófica], 1982, especialmente S. 103 ff., 133 ff., 373 ff.

¹¹ U. Neumann, *Zurechnung und “Vorverschulden”*. Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung [Imputabilidade e “preterdolo”. Estudos preliminares sobre um modelo dialógico de imputabilidade penal], 1985, especialmente S. 269 ff., 276 ff.

¹² Zaczyk, *Das Unrecht der versuchten Tat* [A ilicitude do crime tentado], 1989, especialmente S. 126 ff.

¹³ Até o manual “*Strafrecht der DDR*” [Direito penal da Alemanha Oriental], escrito por um coletivo de autores sob a direção de Lekschas (1988), vale-se de tradições filosóficas, decerto num contexto denunciatório, principalmente no

Por volta da metade dos anos sessenta do século XX, a Ciência do Direito penal teve seu até então arraigado paradigma filosófico em parte substituído e em parte enriquecido por interesses e padrões de argumentação oriundos da Política criminal e da Sociologia criminal. Desde então, os trabalhos teóricos sobre o Direito penal passaram a dar mais relevo a considerações provenientes das Ciências Sociais e a prestar mais atenção em suas conseqüências políticas¹⁴. Compreensivelmente, a “práxis”, entendida em seu sentido mais amplo, converteu-se num fator de peso na reflexão teórica atual¹⁵. No entanto, essas tendências da Ciência do Direito penal não conduzem necessariamente a um distanciamento da Filosofia do Direito, pelo contrário: a ampliação do enfoque para além do sistema e da dogmática parece ter encontrado boa receptividade até mesmo nas bases normativas do Direito penal.

2.2. Política do Direito penal

Aquilo que vale para a Ciência do Direito penal não vale para a política do Direito penal: neste terreno, a Filosofia do Direito não tem influência, a não ser quando se queira reconhecer o voto do legislador e da jurisprudência dos tribunais superiores a favor da teoria (limitada) da culpabilidade¹⁶ como uma conseqüência tardia da teoria finalista da ação fundada na lógica dos fatos, ou quando se queira atribuir as descriminalizações no âmbito dos delitos sexuais¹⁷ à influência da Filosofia do Iluminismo nas discussões sobre bens jurídicos dos anos

Kapitel 1 (S. 17 ff.). Compare-se, por exemplo, S. 19, sobre os interesses de classe, ou a pequena citação de Tomás de Aquino, S. 45, para relacionar a bruxaria ao capitalismo imperialista.

¹⁴ W. Hassemer, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik [Dogmática penal e Política criminal]*, 1974, S. 11 ff.

¹⁵ A esse propósito, veja-se a crítica de Naucke a uma ciência cega à práxis: *Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis [Sobre a relação da Ciência do Direito penal com a práxis do Direito penal]*, *ZStW* 85 (1973), 399 ff.

¹⁶ Visão geral com fundamentação adicional em Jescheck, *Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. (1988), § 41.

¹⁷ 1ª Lei de reforma do Direito penal, de 25.6.1969; 4ª Lei de reforma do Direito penal, de 23.11.1973.

cinquenta e sessenta¹⁸. Assim, embora essas linhas de comunicação entre a política do Direito e a Filosofia do Direito sejam inegáveis, esta última tem que ajustar suas pretensões de participar na discussão científica ao mero papel de endossar a criação de um clima concebido por uma determinada política e sem a suposição de que possa atuar como motivadora¹⁹ das opções da política do Direito.

No mais, a esperança de que a Filosofia do Direito penal pudesse “fazer” política do Direito assentava-se na ingênua suposição de que a Filosofia do Direito penal tivesse a seu dispor um arsenal de verdades político-criminais prontas para ser convertidas em leis. Esse tipo de suposição remete-se ao jusnaturalismo em sua modalidade pré-crítica. Na melhor das hipóteses, aquilo que é linearmente indefensável, isto é, o não-Direito²⁰, pode ser demonstrado pela Filosofia do Direito. Mas felizmente, na função de denunciar o não-Direito, haveria escassa necessidade de utilização da Filosofia do Direito nos ordenamentos jurídicos atuais da Europa central²¹. Portanto, resta reconhecer que a Filosofia do Direito, no campo do Direito penal, ainda precisa ganhar considerável espaço para que possa também influir na política do Direito.

¹⁸ Principalmente H. Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung* [Legislação penal e proteção de bens jurídicos nos delitos contra os costumes. Uma pesquisa de Sociologia criminal], 1957, S. 6 ff. sobre o bem jurídico; Hanack, *Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen? Gutachten A zum 47. Deutschen Juristentag* [É recomendável rever as fronteiras do Direito penal sexual? Parecer A do 47º Congresso de Juristas Alemães], 1968, S. 31 ff. sobre bem jurídico; S. 34 ff. sobre outros critérios de criminalização e descriminalização.

¹⁹ Sobre o conceito de capacidade motivadora, Rottleuthner, *Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik* [Atuação judicial. Para uma crítica da dogmática jurídica], 1973, S. 51 ff. u.ö.

²⁰ Sobre o princípio conhecido como “*philosophia negativa*” cf., entre outros, Arthur Kaufmann, *Einige Bemerkungen zur Frage der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft* [Algumas observações sobre a questão da cientificidade da Ciência do Direito], in: *Festschrift für Bockelmann*, 1979, S. 72 f.

²¹ Reflexões sobre a relação entre a situação política e a teoria e prática do Direito penal em W. Hassemer, *Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege – ein neuer Rechtsbegriff?* [A aptidão funcional da tutela penal – um novo conceito jurídico?], *Strafverteidiger* 1982, 275 ff., 279 f.

2.3. Jurisprudência do Direito penal

Ainda que a teoria do Direito e a metodologia do Direito nesse meio tempo tenham se desligado da Filosofia do Direito e se estabelecido como disciplinas autônomas e basilares da Ciência do Direito, tanto na doutrina quanto na pesquisa, não é necessário e nem sempre apropriado alojar a Filosofia do Direito, a teoria do Direito e a metodologia do Direito em compartimentos estanques²². Afinal, essas três disciplinas trabalham sobre os fundamentos do Direito (ainda que de pontos de vista distintos e por vezes com instrumentos diferenciados); elas dependem umas das outras, formulam perguntas e propõem respostas reciprocamente, e bebem das mesmas fontes. Essa interdependência se mostra particularmente evidente no Direito penal²³. Por isso, quando se indaga acerca da relação entre a Filosofia do Direito e o Direito penal, é indispensável considerar também a teoria do Direito e a metodologia.

Teoria do Direito e metodologia (a relação entre ambas não precisa ser pormenorizadamente definida para os propósitos deste artigo²⁴) prometem, principalmente no Direito penal, uma importante contribuição à principal atividade de qualquer Filosofia do Direito: a promoção do Direito justo. O princípio da legalidade é um daqueles postulados que não só caracterizam como também legitimam o Direito penal: sua inobservância expõe a legitimação e a credibilidade do sistema penal a elevados riscos. O princípio da legalidade tem seu

²² Arthur Kaufmann refere-se aos antecedentes históricos da nova metodologia jurídica como “problemática metodológica do ‘Direito justo’” em *Problemggeschichte der Rechtsphilosophie [História problematizada da Filosofia do Direito]*, in: Kaufmann / Hassemer (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart [Introdução à Filosofia do Direito e teoria do Direito contemporâneas]*, 5. Aufl. (1989), S. 103 u. ff.; cf. Também W. Hassemer, *Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform [Teoria do Direito, metodologia e reforma legislativa]*, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), *Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis [Teoria do Direito. Bases para uma compreensão crítica do Direito]*, 1971, S. 27 ff.

²³ Essa vinculação é exemplarmente demonstrada por Engisch, *Methoden der Strafrechtswissenschaft [Métodos da Ciência penal]*, in: *Enzyklopädie der Geisteswissenschaften. Methoden der Rechtswissenschaft*, Teil I, 1972, S. 39 ff.

²⁴ Visão geral com fundamentação adicional em W. Hassemer (nota de rodapé 22).

fundamento sistemático e ideológico na teoria do contrato social²⁵. Ele contribui para garantir que as fronteiras da recíproca renúncia à liberdade absoluta pactuada pelos cidadãos sejam rigorosamente respeitadas frente a despotismos e arbitrariedades externas, e garantir que a restrição à liberdade individual via Direito penal só é aceitável quando se destina precisamente à manutenção das liberdades civis contempladas no contrato social. A proporcionalidade dessas restrições à liberdade deve ser alcançada através do emprego equilibrado do Direito penal. Tal proporcionalidade, a seu turno, exige uma lei clara e uma interpretação transparente da lei. A teoria e a metodologia do Direito assumem a missão de proporcionar clareza e transparência. Elas elaboram a estrutura da linguagem e do discurso, esclarecem as condições e as conseqüências da argumentação, estabelecem regras de argumentação e interpretação, examinam as situações em que a vinculação da decisão à norma de decidir foi mais ou menos atendida. No desempenho dessas tarefas, elas acumularam uma rica bagagem teórica²⁶.

Diversamente, a bagagem da práxis e da jurisprudência penal é indigente. Pode-se dizer que a jurisprudência do tempo do Tribunal do Reich – um tempo em que a bagagem teórica da teoria e metodologia do Direito era bem mais modesta do que hoje – manteve-se mais fiel à letra dos textos legais do que a jurisprudência atual da Corte Superior Federal. Também cabe reconhecer que o legislador do fim do século XIX e início do século XX fez leis muito mais precisas do que as atuais²⁷. A lista das decisões dos tribunais superiores suspeitas de não observarem a proibição da analogia é impressionante²⁸. O juiz penal de hoje parece mais inclinado a buscar soluções “sensatas” do que seguir “cegamente” a letra da lei, atuando assim mais teleologicamente do que gramaticalmente – uma tendência

²⁵ Pormenores e argumentos adicionais em W. Hassemer, *in*: AK StGB [Comentário alternativo ao Código penal], 1990, § 1 Rndr. 10.

²⁶ Apresentada em U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre* [Teoria da argumentação jurídica], 1986.

²⁷ Inventário crítico em Naucke, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht* [Sobre fórmulas genéricas e a aplicação do Direito penal], 1973.

²⁸ Demonstração e indicações bibliográficas a esse respeito em W. Hassemer, *in*: AK StGB, § 1 Rndr. 92.

perigosa para o Direito penal, de se tornar um “juiz do rei”²⁹. O legislador penal contempla isso com benevolência e ainda amplia o campo de decisão do juiz, outorgando-lhe critérios vagos de decisão³⁰.

O quadro se turva ainda mais quando se toma conhecimento das novas idéias da teoria do Direito sobre a aptidão motivadora³¹ das regras de interpretação oriundas metodologia. Segundo tais idéias³², a real vinculação do juiz à lei se dá, quando muito, mediante essas regras de interpretação. Previsibilidade, consistência e possibilidade de verificação da jurisprudência – ou seja, os benefícios de uma eficaz vinculação do juiz à lei – são canalizadas para outras formas de vinculação judicial: Direito judicial, dogmática jurídica e programas informais. Aqui, as fronteiras traçadas pela Sociologia do Direito e pelo Direito constitucional são claramente ultrapassadas: como é que esses programas realmente garantem a vinculação da jurisprudência à lei na práxis do Direito penal? Será que o princípio da legalidade, fundamental para o Direito penal, está efetivamente garantido quando a vinculação do juiz se refere menos à lei do que a tradições extralegais?

²⁹ Análise dessas tendências na teoria e na prática do Direito do século XIX em Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert [Juiz do rei ou máquina de subsunção? Sobre a teoria da justiça no século XIX]*, 1986, principalmente S. 39 ff.

³⁰ Análise e exemplos por W. Hassemer, *Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze [Sobre a consideração das conseqüências na interpretação da lei penal]*, traduzido nesta coletânea], in: *Festschrift für Coing I*, 1982, S. 493 ff., 502 ff.

³¹ Para esse conceito, cf. nota de rodapé 19.

³² W. Hassemer, *Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz* [versão brasileira baseada no artigo original e em apontamentos de conferência proferida pelo autor em Porto Alegre em outubro 1984, intitulada *O sistema do Direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei*, trad. Peter Walter Ashton e Helga Inge Reeps, *Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*, vol. 9, ano VII (1985), p. 7-30], in: Kaufmann / Hassemer (Hrsg.), *Einführung* (*supra*, nota 22), S. 212 ff., 225 ff.

De qualquer modo, essas observações são fulminantes para a teoria do Direito e a metodologia: enquanto sempre se soube – ou se poderia saber – que as instruções formuladas pela lógica jurídica³³ ou pela teoria analítica do Direito³⁴ pouco significam para a prática jurídica (porque os erros da prática têm caráter mais substancial e político do que formal-dedutivo), agora também se sabe que as regras de caráter substancial-racional formuladas pela metodologia somente alcançam a prática, quando muito, mediante mecanismos de mediação deturpados. Daí não decorre de modo algum que a jurisdição atue de forma voluntarista ou caótica. Ela segue uma espécie de “teoria da prática”, a saber, as regras e os programas informais por ela própria desenvolvidos³⁵.

2.4. Síntese

Os sistemas e teoremas da Filosofia do Direito exercem influência de alguma relevância somente em parte da Ciência do Direito penal. Sua colaboração no âmbito da política do Direito penal se restringe, quando muito, a uma participação na composição de um certo clima e no alinhamento de suas tendências em uma certa direção. Quanto à jurisprudência penal, não é muito claro se ela utiliza diretrizes teóricas fundamentais apenas na apresentação ou também na produção³⁶ de suas decisões. Mas há fundadas razões para ceticismo neste particular.

³³ Klug, *Juristische Logik*, 4. Aufl. (1983); U. Neumann, *Juristische Logik*, in: Kaufmann / Hassemer (Hrsg.), *Einführung* (*supra*, nota 22), S. 256 ff., 279 ff.

³⁴ H.-J. Koch (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie* [Metodologia jurídica e Filosofia analítica], 1976.

³⁵ A esse respeito, por ora, W. Hassemer, *Informelle Programme im Strafprozeß. Zu Strategien der Strafverteidigung* [Programas informais no processo penal: estratégias de defesa], in: *Strafverteidiger 1982*, 377 ff., 381 f.

³⁶ Para a diferenciação entre produção e apresentação de decisões (descoberta do Direito e justificação do Direito), com fundamentação, W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* [Introdução aos fundamentos do Direito penal, versão brasileira da 2ª edição por Sergio Fabris Editor], 2. Aufl. (1990), § 18 I.

3. A HERANÇA DO ILUMINISMO

Essa conclusão parcial certamente não causa surpresa. Quando se procura ver mais de perto as estruturas sistêmicas e os fenômenos de superfície decorrentes das relações entre a Filosofia do Direito e o Direito penal, como está sendo feito nesta oportunidade, não se descobre mais do que vagas referências. Afinal, que base haveria para justificar a esperança de que a Filosofia do Direito possa “realmente” influir na reforma da audiência principal do processo penal ou dirigir a utilização da interpretação histórico-subjetiva³⁷?

Quando a análise penetra com mais profundidade na problemática das relações entre Filosofia do Direito e Direito penal, os conhecimentos auferidos decerto perdem sua validade nas dimensões do espaço e do tempo mas se enriquecem em densidade: a força persuasiva desses conhecimentos é recompensada com sua capacidade de generalização. Vale a pena empreender essa tarefa: ela permitirá ver com mais exatidão o significado da Filosofia do Direito para o desenvolvimento do Direito positivo hoje e permitirá antever o que ela poderia significar.

3.1. A imagem do Direito penal

As raízes filosóficas e jusfilosóficas de nosso Direito penal no estado de Direito situam-se no Iluminismo³⁸. Influências (jus) filosóficas posteriores, oriundas da Filosofia dos valores, do neo-hege-

³⁷ As fronteiras do potencial da Filosofia do Direito para os dois exemplos apontados podem ser estudadas em W. Schild, *Der Strafrichter in der Hauptverhandlung [O juiz penal na audiência principal]*, 1983, especialmente S. 21 ff., e U. Schroth, *Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht [Teoria e prática da interpretação subjetiva no Direito penal]*, 1983, especialmente S. 13 ff. e 106 ff.

³⁸ Rüping, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte [Esboço da História do Direito penal]*, 1981, § 8 (para o século XIX), § 7 (para o Iluminismo); Eb. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtsplege [Introdução à História da tutela penal alemã]*, 3. Aufl. (1965), §§ 203 ff.; W. Hassemer, *Menschenrecht im Strafprozeß [Direitos humanos no processo penal]*, in: Rüsen/Lämmert/Glotz (Hrsg.), *Die Zukunft der Aufklärung [O futuro do Iluminismo]*, 1988, S. 196 ff.

lianismo e principalmente do neokantismo, não substituíram as fontes originais nem as esgotaram, e sim as ampliaram. Os problemas fundamentais que ocupam o centro do trabalho teórico do Direito penal³⁹ surgem, em suas formulações atuais, do Idealismo alemão e da Filosofia européia do Iluminismo. Quando se busca a Filosofia do Direito impregnada na teoria do Direito penal e da pena, busca-se essa época histórica e filosófica.

Essa época tinha uma determinada imagem do Direito penal, que, em suas linhas gerais, ainda hoje o caracteriza. Mudanças posteriores na Filosofia e na teoria do Direito penal mais delinearão do que mudaram essa imagem. Essa época é tão importante para os penalistas que toda a vasta literatura de manuais⁴⁰ lhe dispensa um grande espaço. Decerto o Direito penal da Filosofia iluminista comporta diferentes concepções em seus pormenores, o que não é de se estranhar, assim como a impossibilidade de delinear essas particularidades neste espaço. Pretendo limitar-me às correntes que têm algo a dizer sobre a situação atual da Ciência e da Política do Direito penal.

Essas correntes compõem uma imagem graças à Filosofia política do Iluminismo, que, após o fim das certezas jusnaturalistas, conferiu novas bases à legitimação do Direito e, ao Direito penal, não apenas destinou uma nova tarefa como também, ao mesmo tempo e pela primeira vez, apontou sistematicamente os perigos que ele apresenta para a liberdade dos cidadãos. O fortalecimento das fronteiras da recíproca renúncia à liberdade⁴¹, conforme a fundamentação do contrato social, passou a ser tarefa do Direito penal. Cabe, pois, a este Direito penal ser o guardião das fronteiras da renúncia à liberdade absoluta pactuada no contrato social. Naquela época, uma pergunta teimava em se apresentar: como legitimar qualquer Direito (penal) positivo sem o padrão de um Direito suprapositivo? Essa pergunta trouxe ao debate os próprios destinatários do Direito (não reais, mas como interlocutores ideais), por ele potencialmente atingidos em seus interesses: a justificação de uma ordem jurídica não poderia mais vir “de cima”, ela precisava vir “de baixo”.

³⁹ *Supra*, 2.1.

⁴⁰ Por exemplo, Maurach / Zipf, *Allgemeiner Teil I*, 7. Aufl. (1987), §§ 4 V, 6 II B.

⁴¹ Este tema já foi abordado acima, 2.3.

O Direito penal precisou trabalhar essa justificação e se ajustar a ela, pois, como a História e o próprio momento vivido pelos teóricos do Iluminismo exibiam de par em par, esse ramo do Direito manejava instrumentos altamente perigosos: penetrantes interferências na vida dos cidadãos, com o risco de excessos contra cada indivíduo e da opressão do estado punitivo contra todos. Essa é a fonte de onde promanam os princípios fundamentais que norteiam⁴² a evolução do Direito penal *de iure* até nossos dias.

3.2. Linhas básicas de um Direito penal do estado de Direito

As situações para as quais uma regulação penal é justificável não devem ser livremente determinadas pelo legislador penal. Antes, elas devem ser-lhe predispostas, pelo menos como molduras de suas decisões. Com efeito, como objetivo de Política criminal, só deve entrar em cogitação a proteção de interesses humanos (bens jurídicos). Meras concepções morais ou idéias de ordem, ainda que partilhadas por toda a sociedade, não merecem uma valoração penal. O Direito penal passa a ser domesticado: é fragmentário, subsidiário; em caso de dúvida, deve-se abdicar da regulamentação penal... As leis penais (formais e materiais) são entremeadas de precauções destinadas à proteção dos direitos daqueles cidadãos que entram em contato com o Direito penal: direitos de prestar declarações, de calar-se e recusar-se a depor em certos casos, *in dubio pro reo*, defesa e recurso (com a proibição da *reformatio in peius*), presunção de inocência, proibição de provas ilícitas, proporcionalidade das sanções penais... A tutela jurisdicional penal joga com cartas na mesa e se deixa corrigir: determinação e publicação dos preceitos e sanções, publicidade e participação de leigos, direitos de participação e de intervenção dos envolvidos e a correlata obrigação dos agentes públicos de instruí-los sobre seus direitos, cassação da sentença em caso de violação de direitos...

Sem dúvida, essa evolução do Direito penal através da Filosofia política do Iluminismo não é “fabricada”. A concretização dos

⁴² Extensa discussão e fundamentação em minha *Einführung* (*supra*, nota 36), § 18 III (para o Direito processual penal), § 27 (para o Direito penal material), § 30 II, III (para os fins da pena).

princípios acima apontados é o resultado imediato da Política criminal, mas ela é permanentemente posta em perigo por essa mesma Política criminal⁴³. Também está fora de dúvida que o Direito penal com a imagem acima delineada só pode ser criado e mantido por uma teoria do contrato social, pois esse quadro está pintado com as cores da dúvida sobre a justiça, a igualdade dos cidadãos e o potencial de ferir os Direitos humanos. Certezas jusnaturalistas sobre a correção das normas certamente teriam encontrado outros critérios e fronteiras possíveis da Política criminal. Uma visão aristocrática do mundo certamente não teria prestigiado os princípios da publicidade e a participação leiga. Uma concepção indiferente ou descuidada para com o sofrimento humano e a vulnerabilidade dos direitos certamente não teria condicionado os interesses estatais de manter a ordem e aplicar penas a tantas cautelas em relação aos envolvidos.

Desde os tempos da Filosofia política do Iluminismo temos experimentado retrocessos no Direito penal do estado de Direito e em suas teorias em tempos ruins. Também pudemos perceber que os princípios ideais do Direito penal do estado de Direito só se concretizam aproximativamente, mesmo em tempos bons, e sua observância corre perigo permanente. Mas, em todos esses tempos, ainda não conseguimos encontrar uma justificação para o Direito penal capaz de substituir a que nos é fornecida pela Filosofia iluminista. Sobre essa filosofia se fundam os princípios do Direito penal do estado de Direito até hoje. Em nossa cultura jurídica, não existe qualquer outra alternativa filosófica para legitimar o Direito penal.

⁴³ Demonstração e reflexões pormenorizadas a esse respeito em Naucke, *Entwicklungen der allgemeinen Politik und der Zusammenhang dieser Politik mit der Reform des Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland* [Desenvolvimentos da Política geral e as relações dessa política com a reforma do Direito penal na República Federal da Alemanha], S. 15 ff.; Mir Puig, *Politische Rahmenbedingungen der spanischen Strafrechtsreform* [Contexto político da reforma do Direito penal espanhol], S. 33 ff.; Bergalli, *Die Kriminalpolitik der demokratischen Regierung in Argentinien* [A Política criminal do governo democrático da Argentina], S. 53 ff., todos in: W. Hassemer (Hrsg.), *Strafrechtspolitik* (*supra*, nota 8).

4. A SITUAÇÃO DO DIREITO PENAL POSITIVO

4.1. Política e Criminalística

Mas nós agimos como se tivéssemos hoje uma nova Filosofia do Direito, capaz de se livrar dos grilhões da tradição: a tendência atual do Direito penal, tanto na teoria quanto na prática, consiste no constante distanciamento da imagem que a Filosofia iluminista elaborou para o Direito penal, sua teoria e política. Mas eu não tenho a impressão de que estejamos à procura de novas justificações fundamentais nas quais possamos assentar a tutela penal (ou mesmo para apenas corrigir as justificações segundo as realidades do sistema penal). Nós dirigimos muito mais toda nossa atenção à práxis do Direito penal e da Política criminal e dedicamos nossos esforços na invenção de mecanismos de adequação do Direito penal a novas situações ameaçadoras da sociedade moderna. Com isto, as necessidades de legitimação desaparecem furtivamente: o que antes exigiria uma complexa elaboração, brilha hoje imediatamente como atual, necessário, sem alternativa ou simplesmente eficiente. No debate sobre a direção correta da política do Direito penal, sobressaem, antes de tudo, interesses políticos e de apuração dos crimes; ouve-se pouco sobre considerações filosófico-penais⁴⁴, e a teoria do Direito penal se apresenta mais para aprovar do que para criticar⁴⁵:

⁴⁴ Uma exceção constituem, principalmente, os trabalhos de F. Herzog: *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts. Bausteine zur Überwindung des heteronom-präventiven Denkens in der Strafrechtstheorie der Moderne* [Prevenção do ilícito ou manifestação do Direito. Bases para a superação do pensamento heterônomo-preventivo na teoria do Direito penal da modernidade], 1987; *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge* [Insegurança social e prevenção penal como seguridade social], 1991.

⁴⁵ Apresento aqui as tendências atuais do Direito penal apenas em forma de esboço, pois a elas já me referi em outras ocasiões de forma mais abrangente e crítica, como em: *AK StGB*, 1990, Vorbem. § 1 Rdnrn. S. 480 ff., *Prävention im Strafrecht* [Prevenção no Direito penal], *JuS* 1987, 257 ff.; *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz* [Direito penal simbólico e tutela de bens jurídicos, traduzido nesta coletânea], *NStZ*, 1989, 553 ff.; *Das Schicksal der Bürgerrechte im „effizienten“ Strafrecht* [O destino dos direitos civis no Direito penal “eficiente”], *Strafverteidiger* 1990, 328 ff.; também em: Albrecht / Backes (Hrsg.), *Verdeckte Gewalt* [Poder encoberto], 1990, S. 191 ff.

4.2. Direito material

Desde algum tempo, a Política criminal da República Federal da Alemanha só tem se interessado por reformas legislativas seletivamente. Já se foi o tempo em que figuravam na ordem do dia temas como descriminalizações na Parte Especial do Código penal, introdução de novas sanções penais mais humanas e adequadas e fortalecimento da posição do acusado no processo penal. Hoje a ênfase se dirige para novas criminalizações no Direito penal especial e para a exacerbação das penas cominadas: drogas, ambiente, economia, processamento de dados, terrorismo. Essas novas criminalizações não têm mais qualquer relação com a tradição do Direito penal iluminista: na dúvida acerca da legitimidade e efetividade de uma proibição, decide-se pela criminalização. Esta passa a ser abrangente e generalizada, e não mais fragmentária, e se serve de uma terminologia imprecisa. O Direito penal, de *ultima ratio*, converte-se em *prima* ou *sola ratio*: onde quer que surja um problema digno de alguma atenção, logo aparece o legislador munido do Direito penal. Em tais situações, uma atuação meramente simbólica do Direito penal é pelo menos consentida. Na verdade, essas novas criminalizações são mais caracterizadas por seus déficits de implementação do que por sua efetividade na proteção dos bens jurídicos a que se propõem, e prometem apenas ganhos político-simbólicos para os políticos que, assim, se apresentam ao público como intolerantes com a criminalidade e eficientes no seu combate. Os bens jurídicos a que esses legisladores recorreram para justificarem suas criminalizações não passam de caricaturas da tradição. Trata-se de bens jurídicos universais (que só seriam aceitáveis em conexão com a proteção de interesses individuais⁴⁶), e eles ainda são formulados tão genericamente que podem dar suporte a qualquer criminalização. Eles já não possuem a potencialidade crítica original. A forma de descrição corrente e preferida dessa criminalidade moderna é a figura do crime de perigo abstrato. Concretamente, isso significa uma drástica redução nos requisitos clássicos da

⁴⁶ W. Hassemer, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre* [Linhas mestras de uma teoria personalista do bem jurídico], in: Scholler / Philipps (Hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag* [Depois do funcionalismo. Arthur Kaufmann em seu 60º aniversário], 1989, S. 85 ff.

punibilidade: já não mais é necessário um resultado lesivo da conduta, nem sequer a produção de um perigo palpável. Conseqüentemente, renuncia-se a qualquer tipo de relação de causalidade: a punibilidade torna-se inevitável já com a mera prática de uma conduta que o legislador incriminou, por considerá-la em tese perigosa. E a redução dos requisitos da punibilidade significa, para o acusado, uma redução de suas possibilidades de defesa.

4.3. Direito processual

Esses desenvolvimentos do Direito penal material encontram seus correspondentes no Direito processual penal. Aqui, a palavra de ordem é “economia através da abolição das formalidades”. Uma crescente parcela da também crescente criminalidade, que chega até aos crimes de médio potencial ofensivo, não é mais “processada”⁴⁷ mediante audiências de instrução e julgamento formalizadas, e sim mediante arquivamentos antecipados. Para essa parcela da criminalidade não valem mais os princípios fundamentais do Direito processual penal tradicional, como a legalidade e a publicidade. Além disso, já nos acostumamos – a despeito da presunção de inocência – à imposição de sanções penais que acompanham esses arquivamentos (reparação, prestações pecuniárias, serviços à comunidade etc.), de maneira a satisfazer necessidades de desagravo da ofensa praticada prescindindo-se, aparentemente, das custosas formalidades processuais. O prolongamento conseqüente dessa prática processual deságua no *deal*⁴⁸, isto é, o acordo. Fora da audiência pública principal, sem a

⁴⁷ A esse respeito, por exemplo, *Öffentlichkeit – Niedergang eines Verfassungsprinzips? [Publicidade – declínio de um dos princípios constitucionais?]*, in: *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986, S. 891 ff.; críticas a esses desenvolvimentos do Direito processual penal em Krauß, *Sicherheitssaat und Strafverteidigung [Estado policial e defesa penal]*, *Strafverteidiger* 1989, S. 315 ff.

⁴⁸ Exposições críticas e sugestões práticas em Dencker / Hamm, *Der Vergleich mit Strafprozeß [A composição no processo penal]*, 1988; B. Schünemann, *Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen [Acordos no processo penal? Fundamentos, objetos e limites]*, in: *Gutachten B zum 58. Deutschen Juristentag*, 1990; W. Hassermer, *Pacta sunt servanda – auch im Strafprozeß? [Pacta sunt servanda – também no processo penal?]* *JuS* 1989, 890 ff.

participação do juiz leigo (e também do acusado, freqüentemente), sem uma verificação confiável do fato delituoso e da culpabilidade, a sanção penal é negociada entre juristas profissionais mediante concessões e benefícios mútuos – uma caricatura do processo penal do estado de Direito, um abandono dos princípios processuais centrais e um desgaste das “formalidades de proteção” do processo penal.

4.4. Teoria

As teorias do Direito penal e da pena completam o quadro. Aqui se fala em tendências funcionalistas, que põem em risco principalmente os princípios da proteção dos bens jurídicos e da proporcionalidade das penas. Não é somente a ofensa a um interesse humano determinado, como preconizava o pensamento iluminista do Direito penal, que legitima proibições e castigos, mas já a possibilidade de produzir riscos ou “grandes distúrbios”⁴⁹. Desse modo, desaparecem os limites que a teoria crítica do Direito penal quis traçar para o legislador. No esforço de produzir um Direito penal ao mesmo tempo moderno e eficiente, as teorias preventivas da pena desenvolveram uma moldura de Política criminal que abdica das concepções tradicionais, comprometidas com a valoração de fatos pretéritos e com a proporcionalidade da sanção penal, em favor da construção de um Direito penal interventivo⁵⁰, de grande pretensão combativa, orientado para a solução de problemas e o gerenciamento do futuro.

⁴⁹ Cf. p.ex. Kratzsch, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtbegriffs und den Regeln der Gesetzesanwendung* [Gerenciamento de comportamentos e organização no Direito penal. Bases para a reforma do conceito penal de ilicitude e para a aplicação da lei], 1985, S. 220 ff., 253 ff.

⁵⁰ Críticos a esse respeito, P.-A. Albrecht, *Prävention als problematische Zielbestimmung im Kriminaljustizsystem* [Prevenção como definição problemática de objetivos no sistema da justiça criminal], *KritV* 1986, S. 55 ff.; Backes, *Kriminalpolitik ohne Legitimität* [Política criminal sem legitimidade], *KritV* 1986, 315 ff.; Dencker, *Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld? Tendenzen der neueren Strafrechtsentwicklung* [Presunção de periculosidade ao invés de culpabilidade pelo fato? Tendências do novo desenvolvimento do Direito penal], *Strafverteidiger* 1988, 262 ff.

Assim, o atual desenvolvimento do Direito penal positivo não se realiza desprovido de elaboração teórica; e também não dispensa o empréstimo de outras ciências. De uma maneira especial, as Ciências Sociais, com suas análises sobre o isolamento das pessoas, o medo existencial e os riscos da vida moderna, exercem considerável influência na formação da teoria do Direito penal⁵¹. Elas vão de encontro a um sentimento generalizado de crise e ameaça, o qual também é potencializado pelos meios de comunicação de massa, e se ajustam a um certo tipo de pensamento do Direito penal que não mais se deixa instruir pela Filosofia do Direito penal. Na ótica desse pensamento penal, a definição dos limites da utilização de instrumentos de coerção penal para a “solução”⁵² de problemas sociais não é mais percebida como elemento indeclinável da própria legitimação do Direito penal. Trata-se de uma mistura altamente explosiva. Ela engendra uma política do Direito penal impermeável à crítica normativamente fundada, política esta que não se deixa influenciar por dúvidas fundadas na eficiência de suas criminalizações e contabiliza, na elaboração de suas opções, apenas os supostos efeitos curativos do Direito penal, e nunca seus efeitos nocivos colaterais. É, pois, assim que o Direito penal moderno se converte numa resposta aos problemas da sociedade moderna – claramente uma falsa resposta.

5. POSSIBILIDADES DE UMA FILOSOFIA DO DIREITO PENAL HOJE

A conclusão geral desta análise é que o Direito penal, tanto na teoria quanto na prática, precisa conceber-se como um instrumento de resolução de problemas cujo emprego esteja sempre a nossa disposição para os problemas modernos. Por isso mesmo, agora com mais perspicácia do que antes, precisamos compreender o contexto e poder isolar as particularidades que podem servir ao Direito penal também

⁵¹ Rico material a esse respeito em F. Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit* (*supra* nota 44), Teil II.

⁵² Crítica a concepções muito fáceis de uma “solução” no pensamento penal em minha *Einführung* (*supra*, nota 36), S. 279 ff.

no médio prazo. Pode até ser que o Direito penal das sociedades mais avançadas, em um futuro não muito distante, renuncie às penas privativas de liberdade⁵³, ou até mesmo que venhamos a ter um dia “não um Direito penal melhor, mas algo melhor que o Direito penal”⁵⁴. Mas, até lá, a escuta telefônica, a prisão para investigações, as penas privativas da liberdade e pecuniárias não devem ser ordenadas por critérios que considerem apenas a eficiência. O Direito penal, tanto na teoria quanto na prática, precisa readquirir as bases de sua legitimação e os rígidos contornos para seu emprego, que a Filosofia do Direito do Iluminismo elaborou.

Mais especificamente, conclui-se desta análise que o Direito penal integra o controle social, mas ele precisa enfatizar novamente e com mais energia seu aspecto particularmente formalizado no conjunto dos instrumentos do controle social⁵⁵. Somente seu acentuado formalismo – reserva legal, anterioridade, publicidade da verificação das normas, sanções e procedimentos; vinculação do controle social penal a princípios destinados a assegurar a tutela jurídica das pessoas por ele atingidas em seus direitos individuais – pode legitimar o Direito penal e seus meios de coerção concretos. Um controle do desvio não formalizado, que se serve dos instrumentos drásticos do Direito penal, é um dos fantasmas assustadores da modernização.

No meu ponto de vista, a ciência penal alemã dos últimos anos esclareceu e demonstrou exhaustivamente que o Direito penal é um ramo do controle social e que ele mantém estreitas relações com a socialização familiar, as políticas da juventude e econômica, com os Direitos do trabalho, civil e previdenciário. A literatura a esse respeito

⁵³ Cf. Lüderssen, *Stufenweise Ersetzung der Freiheitsstrafe [Substituição gradativa da pena privativa de liberdade]*, in: W. Hassemer (Hrsg.), *Strafrechtspolitik* (*supra*, nota 8) S. 83 ff.

⁵⁴ Gustav Radbruch, *Die Erziehungsgedanke im Strafwesen [O pensamento educativo nas Ciências penais]*, in: do mesmo, *Der Mensch im Recht. Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts [O indivíduo no Direito. Conferências e artigos selecionados sobre questões fundamentais do Direito]*, 1957, S. 57. A transcrição prossegue: “(...) a saber, um tratamento racional do violador do Direito no sentido de sua edificação e da segurança da sociedade”.

⁵⁵ A concepção do Direito penal como setor formalizado do controle social é apresentada exhaustivamente em minha *Einführung* (*supra*, nota 36), § 30 II.

é copiosa⁵⁶. Esse trabalho da doutrina decerto significou um passo além da estreita abordagem metafísica do Direito penal, que compreendia apenas conceitos, sistema e fontes, para passar a abarcar considerações sobre seus efeitos concretos, seu estudo empírico e suas implicações políticas. Essa ampliação de horizontes não desfigurou o Direito penal de suas origens metafísicas, antes enriqueceu e multiplicou seu patrimônio com as observações vindas das Ciências Sociais.

Todavia, o mesmo não se pode dizer em relação ao outro braço da concepção da formalização, isto é, seu lado normativo, que inclui a certeza dos preceitos e a fidelidade a princípios. Aqui, o desenvolvimento do Direito penal atual é fraco e sua direção não merece encômios. Esta parte não se situa no foco de interesse da moderna Política criminal orientada para a eficiência e sua respectiva teoria⁵⁷, pois ela atrapalha o aprofundamento dessa política. Mas ela é imprescindível e pertence ao campo de uma Filosofia do Direito penal. Imprescindível ela é, porque representa o contrapeso aos elementos criminalizadores, controladores e invasivos da tutela penal, já que uma abordagem proveniente apenas das Ciências Sociais não é suficiente para fundamentar os princípios normativos, únicos aptos a, simultaneamente, delimitar e legitimar o controle social penal.

⁵⁶ Lanço mão dos seguintes exemplos: Lüderssen / Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten, Bände I-IV [Seminário: comportamento desviante, volumes I-IV], 1975-1980; os mesmos (Hrsg.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht. Prinzipien der strafrechtlichen Zurechnung und Sanktionsprobleme – Strafe im Übergang. Zwei Teilbände [Das vantagens e desvantagens das Ciências Sociais para o Direito penal. Princípios da imputabilidade penal e problemas da sanção penal – a pena em transição. Dois volumes parciais], 1980; Jäger (Hrsg.), Kriminologie im Strafprozeß. Zur Bedeutung psychologischer, soziologischer und kriminologischer Erkenntnisse für die Strafrechtspraxis [Criminologia no processo penal. Sobre a relevância de conhecimentos psicológicos, sociológicos e criminológicos para a prática do Direito penal, 1980; W. Hassemer / Lüderssen (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Band III: Strafrecht [Ciências Sociais no ensino jurídico. Tomo III: Direito penal], 1978; W. Hassemer (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Strafrecht. Fälle und Lösungen in Ausbildung und Prüfung [Ciências Sociais no Direito penal. Casos e soluções para o ensino e os exames jurídicos], 1984.

⁵⁷ *Supra*, 4.1., mas também os exemplos de 4.2 a 4.4.

De uma tal Filosofia do Direito penal só é possível ver atualmente os contornos: as linhas de um Direito penal do estado de Direito, herança do Iluminismo⁵⁸, na qual se espelha boa parte da nossa Constituição. Mas essas linhas precisam ser desenvolvidas e aprimoradas para seu emprego nas estruturas e problemas da sociedade de hoje e de amanhã. A Filosofia do Direito penal não precisa repetir, como que projetado num espelho, o erro da moderna teoria do Direito penal (submeter-se incondicionalmente a essas estruturas e problemas⁵⁹): aferrar-se cegamente às concepções clássicas de um Direito penal do estado de Direito. Afinal, um sistema penal à altura de seu tempo precisa poder responder às exigências de hoje, não às de ontem.

Isso significa, por exemplo, que uma concepção de formalização precisa levar em conta que as graves lesões e ameaças de nossos dias (eventualmente fora do alcance do Direito penal) produzem danos generalizados mais que danos localizados (tornando necessário repensar o princípio da proteção dos bens jurídicos); que lesões a bens jurídicos hoje costumam ser causadas por coletividades hierarquicamente estruturadas (o que leva a rediscutir as estruturas da imputabilidade⁶⁰); que a comunicação de massas acelera e multiplica a percepção das lesões e ameaças pelo público (o que coloca o legislador diante de um novo tipo de pressão para a solução de problemas). Esses exemplos apontam situações problemáticas novas, mas não ainda as respectivas novas soluções a serem oferecidas por um Direito penal "correto". O legislador penal, a teoria do Direito penal e a jurisprudência penal precisam ajustar-se às novas situações mas não podem extrair delas a direção que a tutela penal necessariamente, tanto na teoria quanto na prática, tem que seguir. Dar a direção correta constitui tarefa de uma Filosofia do Direito penal. A ela cabe transpor para as situações problemáticas atuais as tendências de proteção dos direitos individuais que caracterizaram a Filosofia iluminista.

⁵⁸ *Supra*, 3.

⁵⁹ *Supra*, 4.4.

⁶⁰ Por exemplo, Hruschka, *Strukturen der Zurechnung* [Estruturas da imputação], 1976.

6. SÍNTESE

Com enfoque no Direito penal, questiona-se a relação entre a Filosofia do Direito e o Direito positivo.

Uma Filosofia do Direito que, como ramo do sistema filosófico, influa sobre o Direito positivo não existe atualmente (1). Nas Ciências penais, a Filosofia do Direito desempenha um papel moderado em certos setores, notadamente na discussão de seus problemas fundamentais (2.1). No entanto, sua influência na política do Direito penal (2.2) e na jurisprudência penal (2.3) é mínima (2). A Filosofia iluminista desenvolveu uma imagem do Direito penal em seus mínimos detalhes (3.1), a qual ainda hoje pode ser vista como modelo de tutela penal para o estado de Direito (3.2) e como tal deve vigorar (3). O Direito penal atual distanciou-se consideravelmente dessa imagem em seus preceitos e proibições (4.2), na disciplina do respectivo processo (4.3) e nos seus modelos teóricos (4.4); diversamente, os interesses político-criminais e criminalísticos (4.1) ocupam o primeiro plano (4). A tarefa de uma Filosofia do Direito penal hoje consiste em enfatizar mais abrangentemente e elaborar mais acuradamente o elemento de formalismo na justificação do Direito penal: transpor as tendências de proteção dos direitos individuais que caracterizaram a Filosofia iluminista aos problemas de uma sociedade complexa (5).