

FUNÇÕES INSTRUMENTAIS E SIMBÓLICAS DO DIREITO PENAL. LINEAMENTOS DE UMA TEORIA DO BEM JURÍDICO*

ALESSANDRO BARATTA

Universidade de Saarland. Alemanha

1. O conceito do bem jurídico no seu desenvolvimento histórico: funções intra-sistemáticas e funções extra-sistemáticas — 2. Sociedade de risco. Estado da prevenção e dinamização dos bens jurídicos. Dificuldades de uma utilização reducionista do conceito — 3. A crise da legitimação instrumental da função punitiva. Teoria da prevenção especial negativa e do neo-retribucionismo nos Estados Unidos — 4. Legitimação simbólica da função punitiva e tecnocracia. A teoria da prevenção geral positiva na Europa — 5. Conclusão.

1. O conceito do bem jurídico no seu desenvolvimento histórico: funções intra-sistemáticas e funções extra-sistemáticas.

Até há algum tempo atrás parecia haver-se alcançado marcos definitivos sobre a questão do bem jurídico no direito penal. Pelo menos os termos do problema pareciam seguros. Não parecia problemática a distinção tradicional entre as duas funções atribuídas ao conceito de bem jurídico: uma função imanente ao sistema do direito penal positivo, e uma função extra-sistemática.

A primeira função obedece à interpretação teleológica das normas penais e a sua construção sistemática. A consequência dogmática principal deste uso intra-sistemático do conceito de bem jurídico é a duplicação da antijuridicidade: antijuridicidade formal é a violação da norma social ou jurídica correspondente ao tipo delitivo (Binding); antijuridicidade material é a lesão ou a ameaça do

interesse protegido pela norma. Há responsabilidade penal somente quando se realizam ambas formas de antijuridicidade. Não obstante, a antijuridicidade material está condicionada à existência da antijuridicidade formal.¹

A parte desta função intra-sistemática e com uma pretensa independência desta, constrói-se uma função extra-sistemática do conceito de bem jurídico como critério de apreciação do sistema positivo e da política criminal. Não existe uma conexão necessária entre a antijuridicidade material, considerada à luz do uso extra-sistemático do bem jurídico, e

1. Cf. Entre outros R. Maurach/H. Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1, 6.ª ed., München, 1983; H. H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., Berlin, 1978, pp. 5 e ss. H. J. Rudolphi, "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs", in *Festschrift für R. M. Honig*, 1970, pp. 151 e ss.; K. H. Gössel, "Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandsmerkmal", in *Festschrift für D. Dehlen*, 1985, pp. 97 e ss.; v. tb. G. Bettiol, "L'odierno problema del bene giuridico", in *Scritti giuridici*, t. II, Pádua, 1966, pp. 191 e ss.

* Tradução da revisão (1990) do original italiano; Ana Lúcia Sabadell, Universidade de Saarland, Alemanha.

a antijuridicidade formal (intra-sistemática) de um comportamento. Quero dizer com isto que admite-se que o legislador possa separar-se dela por “defeito” ou por “excesso”, deixando de tutelar interesses dignos desta, considerados vitais para a sociedade, ou tutelar interesses que não o merecem.²

Na realidade, a esta duplicidade de funções³ não correspondeu, até o presente momento, uma terminologia unívoca. Por exemplo, Amelung denomina à função extra-sistemática com o termo “anti-socialidade”,⁴ fazendo referência a uma antiga tradição da ciência penal alemã. Nesta, o termo “bem jurídico” tem sido utilizado prevalentemente para a função intra-sistemática. Em 1872, Binding escrevia que “só a norma penal eleva um objeto à categoria de bem jurídico”.⁵ Já Von Liszt, em 1888, falava das “condições vitais da comunidade estatal” que o legislador penal transforma em “real objeto de tutela”, mas que, por outro lado, ele pode pecar por defeito e por excesso.⁶

No entanto, apesar das diferenças terminológicas, no pensamento penal alemão é nítida a distinção entre dois níveis de elaboração dentro da teoria do

bem jurídico (ou, no sentido negativo, da anti-socialidade ou antijuridicidade material), que correspondem às duas funções distinguidas por Hassemer.⁷ A nível ideológico e político trata-se da individualização das condições necessárias (e/ou suficientes) da produção de normas penais (função de legitimação e/ou de limitação); a nível exegético e dogmático trata-se da interpretação e da sistematização *teleológica* das normas; as diferenças têm relação com os pressupostos ontológicos e epistemológicos que intervêm nas operações próprias dos dois níveis do discurso.⁸

O conceito intra-sistemático do bem jurídico é normalmente utilizado pelo legislador na elaboração da “parte especial” do código penal e na intitulação das leis que introduzem modificações no código penal, tomando-se por base o objeto a proteger-se. Da mesma forma, na “parte geral” do código penal, o legislador utiliza o conceito de bem jurídico nas suas próprias elaborações técnico-jurídicas: pensemos somente na formulação do estado de necessidade justificante do art. 34 do código penal alemão.⁹ Então veremos que nem sempre se trata, na função extra-sistemática do bem jurídico, de definições “tácitas” do legislador e de meras construções doutrinárias. Na maioria das vezes trata-se de enunciados legislativos que determinam os objetos de tutela prestada pelas normas penais e que devem ser elaborados pela doutrina e jurisprudência.

Neste trabalho não é possível analisar os diversos pressupostos e as variantes

2. Para tanto, v. F. v. Liszt, *Lehrbuch des Strafrechts*, 12/13.ª ed., Berlin, 1903, pp. 140 e ss. K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, Bd. I (Normen und Strafgesetze), Aalen, 1872, p. 193.

3. Cf. a propósito W. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechenens*, Frankfurt, 1973.

4. Consultar K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972.

5. Binding, *Die Normen*, ob. cit., p. 193.

6. F. v. Liszt, “Der Begriff des Rechtsguts im Strafrecht und” in der *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, in “*Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*”, VIII, 1888, pp. 133-156.

7. V. W. Hassemer, *Theorie*, ob. cit., pp. 19 e ss.

8. Cf. H. Mittasch, “Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens” in der *Strafrechtssystematik*, Berlin, 1939.

9. O estado de necessidade como justificante se fundamenta no princípio da compensação de interesses; sobretudo entre interesse ameaçado e interesse sacrificado para sua salvação. Cf. H. H. Jeschek, *Lehrbuch*, ob. cit. pp. 288 e ss.

que se encontram na história, mais que centenária, dos usos do “bem jurídico”, ou de expressões equivalentes nas duas funções supracitadas. Em relação a esta perspectiva histórica, a literatura nos proporciona um abundante material ao qual nos permitimos remeter.¹⁰ Limitarei-me, portanto, a indicar uma segunda alternativa entre duas linhas de interpretação que começa a perfilar-se já nas próprias origens das teorias do bem jurídico e que sempre esteve presente em sua história.

Trata-se da alternativa entre um uso exclusivamente defensivo e um uso também promocional da pena com respeito a bens e interesses considerados relevantes. Esta alternativa adquire a sua mais notável expressão na denominada “teoria metodológica” do bem jurídico introduzida por Honig em 1919.¹¹ Trata-se de duas linhas de tendência no interior da mesma concepção instrumental da função punitiva.

Podemos denominar as teorias promocionais de “teorias do bem jurídico no sentido lato” e de teorias defensivas as “teorias do bem jurídico no sentido estrito”. No entanto, esta distinção, como veremos mais adiante, foi se tornando cada vez mais imprecisa e perdendo relevância prática, na medida em que a tutela penal começou a estender-se dos interesses individuais e circunstanciais para áreas de interesses gerais e difusos.¹²

10. Entre outros, ver P. Sina, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs “Rechtsgut”*, Basel, 1962; W. Naucke, *Zur Lehre vom strafbaren Betrug*, Frankfurt, 1964; K. Amelung, *Rechtsgüterschutz*, ob. cit. pp. 25-26. M. Frommel, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion*, Berlin, 1987, pp. 115-168.

11. R. Honig, *Die Einwilligung des Verletzten*, I, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1919, p. 94.

12. W. Hassemer, “*Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*”, in *Dei delitti e delle pene*, II, 1984, pp. 109 e ss.

Igualmente, se submetemos a distinção entre teorias intra-sistemáticas e extra-sistemáticas a uma análise mais rigorosa, veremos que esta não é tão precisa como poderia parecer à primeira vista. Nesta distinção classificam-se os discursos segundo a intenção dos autores, mas não se pode considerá-la totalmente apropriada para classificá-los segundo as premissas epistemológicas e os conteúdos. Isto só seria possível se a definição extra-sistemática de áreas de interesses dignos de tutela fosse realmente independente da definição intra-sistemática, isto tanto com relação às premissas epistemológicas quanto aos conteúdos e se, inversalmente, o critério do bem jurídico utilizado nas operações exegéticas e sistemáticas sobre as normas existentes fosse realmente independente das valorações político-criminais direcionadas ao que deveria ser tutelado pelas normas penais.

Recentemente, Balog demonstrou que esta condição não vem sendo, em nenhum sentido, cumprida.¹³ Na realidade, as definições extra-sistemáticas dos bens dignos de tutela têm sido obtidas utilizando-se amplamente, num ponto de vista heurístico, o sistema dos bens protegidos pelas normas penais existentes. Inversalmente, observa-se que nas definições intra-sistemáticas os modelos ideais e as valorações político-criminais dos autores em particular sobrepõem-se amplamente às operações analíticas sobre as normas penais existentes.

Esta “circularidade” do procedimento apresenta um duplo inconveniente. Por um lado vemos que interesses e valores “extra-positivos” são definidos no interior da lógica do discurso punitivo. Este por sua vez apresenta duas características básicas que estão consolidadas na tradição do direito penal: em primeiro

13. Cf. A. Balog, “*Rechtsgüter in Theorie und Praxis*”, in *Kriminalsoziologische Bibliographie*, VIII, 1981, pp. 51-67.

lugar a sociedade é considerada como uma comunidade homogênea de valores e interesses, que busca defender-se de uma minoria de pessoas desviantes. Em segundo lugar, a atenção do discurso fica polarizada entre os conflitos interpessoais e os conflitos entre indivíduos e sociedade, enquanto ficam excluídos os conflitos estruturais e aqueles que se dão entre grupos sociais. Está claro que se estas características influenciam a ótica “extra-sistemática” sobre o “negatividade social”,¹⁴ produzir-se-á uma visão deformada e parcial dela que é inadequada para fornecer critérios eficazes para a valoração crítica dos sistemas punitivos existentes e para a formulação de projetos inovadores no âmbito da política do controle social.

Por outro lado, os conteúdos positivos do direito penal são idealizados e legitimados através de uma vinculação “metodológica” com princípios e valorações extra-sistemáticas. Estas, por sua vez, fazem parte do contexto de um discurso que tem em comum com o discurso punitivo justamente suas duas características principais: a visão consensual da sociedade¹⁵

14. Nota do tradutor: o autor desenvolve o conceito de “negatividade social” dentro da sua teoria crítica ao sistema penal. Neste sentido o autor entende serem socialmente negativos aqueles comportamentos que contrastam com as necessidades e interesses importantes dos indivíduos e da comunidade, tomando por base critérios de valoração considerados válidos. Para um melhor exame deste conceito, remeto-me a: Baratta, A. *Criminologia crítica e crítica del diritto penale*, Bologna, 1982, cap. VII e XV, respectivamente pp. 83 e ss. e pp. 199 e ss.

15. Esta visão encontra, entre o final do séc. XIX e o princípio do séc. XX, sua formulação clássica (ainda vigente) na teoria da pena de Durkheim, segundo a qual a função da sanção penal seria a de expressar e reforçar os valores em torno dos quais a sociedade se integra, Cf. E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 13.^a ed., Paris, 1956, pp. 64 e ss.; *De*

e a visão parcial sobre os conflitos.¹⁶

Até mesmo algumas teorias extra-sistemáticas dos bens jurídicos, elaboradas numa incontestável perspectiva crítica, não conseguem escapar completamente de cumprir uma dupla função de legitimação, que se realiza independentemente da intenção dos autores com relação ao sistema de justiça criminal. Neste sentido, podemos tomar por exemplo a teoria “pessoal” do bem jurídico elaborada por Hassemer,¹⁷ cuja intenção é rigorosamente limitativa. Nesta teoria, a legitimidade extra-sistemática somente se admite na tutela penal de bens jurídicos “asseguráveis” e determinados, direta ou indiretamente relacionados com interesses de pessoas físicas.

Por outro lado, a deslegitimação das normas penais de tutela de interesses difusos e de “funções” implica, contudo, uma legitimação indireta das outras normas. O risco é que a exclusão “por princípio” dos bens jurídicos difusos e indeterminados seja compensada por uma aceitação (também esta “por princípio”), dos bens jurídicos pessoais e determinados, e que esta aceitação substitua a comprovação prática da hipótese da idoneidade da pena na tutela destes bens, revelando-se assim em um novo suporte da teoria instrumental do direito penal. Desta forma, a fachada crítica e política do discurso fica, na realidade,

la division du travail social. Étude sur l'organisation des sociétés supérieures, 2.^a ed., Paris, 1902, pp. 35 e ss.

16. Com relação a este tema, permito-me remeter ao meu trabalho *Criminologia crítica e crítica del diritto penale*, ob. cit., com particular atenção ao cap. X “Le teorie conflittuali della criminalità e del diritto penale. Elementi per una loro critica”, pp. 131 e ss.

17. W. Hassemer, *Grundlinie einer personalen Rechtsgutslehre*, in L. Phillipps, H. Scholler (eds.), *Jenseits des Funktionalismus*. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg, 1989, pp. 85-94.

limitada à dimensão quantitativa (conter a expansão do sistema punitivo), sem interferir na dimensão qualitativa, ou seja, no conceito da função instrumental do direito penal.

O fato de que se legitimem certos objetos de tutela enquanto que outros são excluídos deste tratamento, tendo por justificativa a “relevância penal” dos mesmos, deixa em aberto o tema da legitimação do direito penal baseado na sua qualidade instrumental. Contudo, por mais que seja louvável uma intervenção teórica e política voltada a reduzir quantitativamente os sistemas penais e a conter a sua tendência expansiva, o déficit de verificação qualitativa da legitimação instrumental do sistema não será jamais saneado pelos resultados qualitativos de tal intervenção.

A problemática da distinção entre os conceitos extra-sistemático e intra-sistemático de bem jurídico se complica ainda mais em razão da incerteza e fluidez dos limites que deveriam demarcar o “sistema”. Trata-se do direito penal “em sentido estrito” ou também do direito penal administrativo?

De um modo geral: deveríamos considerar um setor específico da ordem jurídica (o direito penal), ou a ordem jurídica em sua totalidade? E, se a consideração intra-sistemática se estende às normas constitucionais, limitar-se-á à constituição num sentido formal ou também compreenderá a constituição no sentido material? Vai se restringir à praxis interpretativa da constituição ou se antecipará, de forma dinâmica, às possíveis praxis interpretativas “do amanhã”? Se tomarmos em consideração estas interrogações, e se, além disso, considerarmos a dificuldade de se distinguir as fronteiras entre interpretações das normas constitucionais e construção de teorias sociológicas e políticas e entre princípios normativos da constituição positiva e princípios gerais de direi-

to, perceberemos facilmente que as construções intra-sistemática e extra-sistemática, antes de responder a duas esferas de operações limitadas entre si, são momentos de um *continuum* no qual sucedem passagens relativas. Neste transcurso, o que numa fase anterior era “extra-sistemático” passa na fase posterior a ser “intra-sistemático” e assim por diante.

A relatividade da distinção entre conceitos intra-sistemático e extra-sistemático dos bens jurídicos explica o modo inadequado através do qual os juristas, muitas vezes, tentam definir bens e interesses dignos de tutela independentemente do direito penal positivo, sem abandonar previamente a ótica “profissional” do penalista. O próprio programa da pesquisa, isto é, definir áreas de “negatividade social”¹⁸ sob a ótica do possível uso do instrumental do sistema de justiça criminal, representa uma reificação deste sistema e da negatividade social.

Desta forma, não se leva em consideração que a negatividade social e o sistema de controle são objetos de uma construção social e institucional que reflete a dinâmica dos conflitos e o seu deslocamento; a transformação do poder de definir dos atores envolvidos e das relações de poder entre eles.

Do ponto de vista epistemológico, essa reificação é derivada de uma inversão conceitual característica de “saberes” sociais separados, gerados no interior de setores especializados da função pública. Isto se verifica quando os juristas buscam definir quais são os conflitos ou problemas passíveis de serem enfrentados com o instrumental do sistema da justiça criminal, antes de definir os instrumentos (existentes nos diversos arsenais institucionais ou que ainda devem ser inventados) que são aptos a enfrentar determinados problemas ou conflitos.

18. V. nota 14.

O resultado é a reprodução ideológica e material do sistema punitivo e da distinção tradicional entre situações “relevantes” e “irrelevantes” para tal sistema. Neste último caso estaríamos diante de um outro tipo de raciocínio circular típico dos “saberes” sociais separados: deduz-se a denominada “fragmentação” do sistema penal da relevância de certas matérias e não de outras enquanto que a relevância de certas matérias se dá em razão de serem estas, e não outras, o objeto da intervenção deste sistema.

Derivam-se, assim, definições de interesses e bens dignos de tutela penal que são ou demasiadamente genéricas (a vida, a liberdade pessoal) ou demasiadamente específicas. Os resultados que até agora foram alcançados pelas pesquisas extra-sistemáticas sobre o bem jurídico e sobre a negatividade social têm sido modestos e inadequados às finalidades críticas e de política do direito a estas destinadas no âmbito das posições mais “progressistas” que encontramos na literatura.¹⁹ Isto pode ser interpretado como um sinal da escassa interdisciplinariedade e da parcialidade auto-reflexiva através da qual vem-se, salvo algumas exceções,²⁰ desenvolvendo a discussão sobre os bens jurídicos no interior da ciência penal.

Examinando esta discussão, existem fundamentos que nos permitem sustentar que o interesse específico fez perder de vista o caráter geral do conceito, que é relevante não apenas no campo do direito penal, mas também em todas as áreas do direito. A pretensão de que os

interesses protegidos penalmente possuem uma qualidade privilegiada em relação aos outros interesses, que são e podem vir a ser tutelados pelo direito, constitui-se num exemplo ulterior de argumentação circular. Em outras palavras, define-se o direito penal como um instrumento que tutela os interesses vitais e fundamentais das pessoas e da sociedade, mas, ao mesmo tempo, define-se como vitais e fundamentais os interesses que, tradicionalmente, são tomados em consideração pelo direito penal.

Bens constitucionalmente relevantes, tais como a liberdade, a integridade pessoal, a honra, a saúde, ou o funcionamento dos órgãos do Estado e das instituições públicas, são objetos de tutela de praticamente todos os ramos do direito. No entanto deve-se destacar que a fragmentação das áreas de tutela em cada ramo do direito depende não tanto da natureza dos bens, mas principalmente da estrutura das diversas situações que lhe são prejudiciais e da qual se incumbem os diversos ramos do direito, concorrendo, e ora sendo preferido um ou outro ramo do direito, com as técnicas próprias e específicas de tutela. Por esta razão, a questão dos conteúdos da tutela colocada em termos de qualidade intrínseca dos bens jurídicos é afinal, uma questão tão impossível de se resolver que acaba por tornar-se vã.

Partindo de uma perspectiva epistemológica, uma pesquisa corretamente “extra-sistemática” sobre os “bens jurídicos”, ou melhor, sobre situações conflitivas ou problemáticas em que estes bens possam estar comprometidos deveria respeitar pelo menos duas condições. A primeira consiste em colocar provisoriamente “entre parênteses” — através de um procedimento de sustração ou de *epoché* metodológico — os conceitos de “delito” e de “pena”, e a existência do sistema de justiça criminal.²¹ A segunda condição seria consi-

19. Conclusões análogas a esta também são descritas por A. Balog, *Rechtsgüter*, ob. cit. pp. 56 e ss.

20. Dentre os estudos realizados sobre o bem jurídico que se caracterizam por sua interdisciplinariedade, merecem menção expressa devido a sua profundidade teórica e à originalidade que alcançam os estudos de W. Hassemer, *Theorie*, ob. cit. e K. Amelung, *Rechtsgüterschutz*, ob. cit.

21. Cf. a respeito minhas reflexões em “Principi del diritto penale minimo. Per una

derar entre as situações conflitivas e problemáticas, aquelas que se produzem pela intervenção do sistema de justiça criminal.²² Na realidade, a realização adequada de uma pesquisa “extra-sistemática” sobre a “negatividade social” requer uma ampla visão, e não se pode excluir a realidade institucional do objeto de análise, já que esta é, de acordo com a posição dos atores nos conflitos e a percepção destes, a sede da sua resolução, ou a sede da sua produção ou consumação.

Assim sendo, quando se fala em “referente material”²³ das definições de desvio e criminalidade, não se faz referência às qualidades ontológicas das situações e dos processos de controle, mas aos objetos, cujas qualidades são atribuídas pelos atores implicados nos conflitos; e que refletem a dinâmica dos conflitos e das relações de poder entre os atores. É também resultado de uma redefinição contínua das finalidades, dos objetos e dos limites do “controle social”.²⁴

Observadas tais condições epistemológicas, seria posteriormente oportuno realizarmos uma modificação terminoló-

teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale”; in *Dei delitti e delle pene*, III, 1985, pp. 443-475 e ss.

22. Insiste particularmente sobre este ponto na sua análise crítica do sistema de justiça criminal, L. H. C. Hulsmann, *Critical Criminology and the Concept of Crime*, in H. Bianchi, R. Van Swaaningen (a cargo de) “Abolition — Toward a non-repressive Approach to crime” (Proceedings of the Second International Conference on Prison Abolition), Amsterdam, 1986, pp. 25-41; Cf. também L. H. C. Hulsmann, J. Bernat de Celis, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, 1982.

23. Para uma tentativa de definir epistemologicamente tal conceito, cf. G. Baratta, “Forma giuridica e contenuto sociale: labelling approach”, in *Dei delitti e delle pene*, II, 1984, pp. 241-269.

24. Cf. T. Pitch, “Che cos’è il controllo sociale?”, in O. De Leonards e outros (a cargo de) *Curare e punire*, Milano, 1988, pp. 21-44.

gica, reservando o termo “bem jurídico” aos resultados das construções intra-sistemáticas e utilizarmos outro termo para o referente material construído no âmbito das operações extra-sistemáticas.²⁵

2. Sociedade de risco. Estado da prevenção e dinamização dos bens jurídicos. Dificuldades de uma utilização reducionista do conceito

Conforme já havíamos observado anteriormente, a distinção entre concepção defensiva e concepção promocional do bem jurídico perdeu uma boa parte do seu significado. Isto se deve, como já ficou demonstrado, à extensão da área da tutela penal aos interesses difusos ou seletivos (o ambiente, a saúde, os interesses do consumidor, a ordem pública etc.) e às funções da administração pública (como o sistema monetário, o sistema de economia, a atividade do Estado enquanto monopolista do mercado de trocas etc.). A própria estrutura destes bens jurídicos faz sim com que, nos seus confrontos, o conceito estático e defensivo dos bens jurídicos não possa prosseguir distinguindo-se claramente do conceito promocional.

O fenômeno geral, no qual se insere este desaparecimento gradual da linha de distinção entre função defensiva e função promocional do conceito de bem jurídico, pode ser indicado como a

25. Nos meus trabalhos, uso os termos “negatividade social” e/ou “situações problemáticas e conflitivas”. V. dentre outros, A. Baratta, “Problemi sociali e percezione della criminalità”, in *Dei delitti e delle pene*, I, 1983, pp. 15-39; *Principi*, ob. cit. Cf. também as críticas formuladas contra um uso “indiscriminado” do conceito “problemas sociais” de H. Steinert, “Widersprüche. Kapitalstrategien und Widerstand oder Warum ich den Begriff ‘Soziale Probleme’ nicht mehr hören kann”, in *Kriminalsoziologische Bibliographie*, VIII, 82, pp. 56-88.

“administrativização” do direito penal. Tal termo nos indica dois fatos que, apesar de complementares, são distintos: em primeiro lugar está o fato de que a maior parte das normas penais-produzidas pelos legisladores em número cada vez maior, juntamente com os códigos e também algumas leis de reformas destes mesmos códigos (pode-se tomar como exemplo os novos artigos de lei incorporados ao código alemão),²⁶ sejam normas penais acessórias às normas e à atividade administrativa do Estado e das instituições públicas; ou seja, normas que sustentam as funções, interferindo de modo sub-rogatório. Como destaca Lascoumes,²⁷ isto significa que a disciplina penal intervêm, eventualmente, numa fase mais avançada da interação entre administração e sujeitos privados: quando seu comportamento já não parece regulável através de mecanismos de controle próprios da ação administrativa. Neste caso de acessoriedade administrativa não existe uma norma social que sirva de base à norma penal, como era sustentado pela teoria clássica de Binding,²⁸ senão uma função administrativa pública.

Em segundo lugar o termo “Administrativização” indica que os tipos penais novos tendem a se parecer, na sua forma, cada vez mais, com as normas de intervenção da administração pública, distanciando-se assim dos requisitos “clássicos” da lei (abstração e generalidade). Desta forma, as normas penais se transformam em um instrumento de adminis-

tração de situações particulares, de riscos excepcionais: em outras palavras, um instrumento de resposta contingente a situações de “emergências” concretas.²⁹ Ao mesmo tempo, tal como destacam Stortoni e outros,³⁰ expande-se a esfera de competência e discricionariedade da magistratura; as decisões judiciais tendem a assumir um caráter programático e “político” semelhante às leis.

Este fenômeno, que pode ser denominado de “direito penal jurisprudencial”, encontra respaldo, em primeiro lugar, na técnica legislativa empregada na formulação das leis (uso de conceitos indeterminados, de elementos normativos, de cláusulas genéricas). Esta técnica é o instrumento pelo qual o legislador — como freqüentemente ocorre devido à fragilidade do equilíbrio das maiorias parlamentares e dos governos de coalisão — procura transferir para as decisões judiciais a responsabilidade política que ele não pode ou não quer assumir com as decisões “programáticas” que lhe corresponderiam (mas esperando do juiz as decisões “programadas” dos casos individuais).

Em segundo lugar, destacaríamos que a consolidação de um direito penal jurisprudencial provém de transformações na estrutura e na função da magistratura, de uma expansão quase autógena de sua discricionariedade que se manifesta ao assumir-se a gestão política dos conflitos. Estas mudanças, que recentemente chamaram à atenção dos estudiosos na Itália, correspondem às que intervêm nas relações entre poder

26. Cf. H. P. Sander, *Umweltstraf — und Ordnungswidrigkeitenrechts mit Einführung zu allgemeinen Fragen des Straf—, Ordnungswidrigkeiten — und Verfahrensrechts*, Berlin, 1981.

27. Cf. F. Lascoumes, “Sanction des fautes en question des illegalismes. Un exemple, la repression de la fraude fiscal”, in *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, X, 1983, pp. 125-156.

28. K. Binding, *Die Normen*, ob. cit., pp. 35 e ss.

29. Com relação a este fenômeno, cf. as observações críticas de W. Naucke, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, Stuttgart, 1985.

30. Refiro-me às atas ainda não publicadas de um seminário sobre “Il diritto penale giurisprudenziale degli anni 80”, realizado no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Trento em maio de 1988.

jurisdicional e outros poderes, entre magistratura e sociedade, e na interação comunicativa entre juizes, a opinião pública e “publicada”.³¹

Em ambos os casos nos encontramos frente a fenômenos complementares que contribuem para o que se definiu como a designação e/ou reconhecimento por parte da magistratura de uma “função de suplência” nas relações do poder legislativo e executivo.³² Para que se possam compreender tais fenômenos a partir de suas raízes histórico-políticas é necessário abandonar o campo específico da justiça penal e ter em mente as transformações que interferem na realidade global do Estado contemporâneo.

Recentemente Denninger³³ nos apresentou um quadro analítico bastante útil para a compreensão desta transformação da estrutura política e, através desta, das transformações em curso nos sistemas penais das sociedades industriais avançadas. Este autor analisa a transformação do Estado num “Estado de prevenção”. Em confronto com o modelo liberal clássico, esta transformação significa que a “segurança dos bens jurídicos” tende a prevalecer (pelo menos do ponto de vista das funções declaradas) sobre a segurança ou a “certeza” do direito. No sentido da expressão utilizada por Hirsch, o Estado preventivo é, portanto, o “Estado da segurança”.³⁴

31. Nota do tradutor: Com esta expressão “publicada”, o autor se refere às informações que os meios de comunicação (mass media) divulgam como sendo a “opinião do público” com relação a um determinado tema. Porém, nem sempre a “opinião publicada” corresponde à “opinião pública”.

32. Cf. A Gamberini e outros, “Il dibattito sul ruolo della magistratura: prospettive di ricerca nel settore penale”, in *Il Foro Italiano*, 1987, parte V, col. 34-40.

33. E. Denninger, “Der Präventions-Staat”, in *Kritische Justiz*, XXI, 1988, pp. 1-15.

34. J. Hirsch, *Der Sicherheitsstaat. Das “Modell Deutschland” und seine soziale Bewegung*, Frankfurt, 1980.

O “Estado da segurança” seria então o resultado da transformação da estrutura política adequada sobre as características de uma sociedade que, num ritmo cada vez mais acelerado, conduz a situações de risco. Neste sentido, O “Estado da segurança” seria a forma política que assume a “sociedade de risco”, como definiu Beck nossa sociedade.³⁵

Em termos mais concisos, poderia-se afirmar que o “Estado da prevenção” ou o “Estado da segurança” é aquele onde a produção normativa e os mecanismos de decisão tendem a reorganizar-se permanentemente como resposta a uma situação de emergência estrutural.

Isto explicaria o fato do legislador “delegar” parte de seus poderes decisórios à administração e à justiça; explicaria também o fenômeno estudado por Denninger sob o título de “dinamização dos bens jurídicos”.³⁶ Dinamização dos bens jurídicos possui pelo menos dois significados. O primeiro se refere a um deslocamento na relação Estado-sociedade com relação à produção e à proteção de bens jurídicos. Basta lembrar que no modelo do Estado liberal clássico, o “Estado de certeza do direito” e os substratos reais dos bens jurídicos são produzidos na sociedade civil e estão pré-constituídos nas relações das funções públicas. No “Estado da Prevenção” os bens jurídicos a serem protegidos são, cada vez mais, “bens” produzidos pelo Estado, no que se refere às infraestruturas, complexos organizativos e funções relacionadas à atividade do Estado e das instituições públicas.

O “Estado da prevenção” é quem assume a distribuição dos bens produzidos na sociedade civil, o controle de sua produção e ainda a administração

35. U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986.

36. E. Denninger, *Der Präventions-Staat*, ob. cit. p. 7.

dos riscos que a acompanha.³⁷ A “administrativização” do direito penal, no sentido da predisposição das normas e decisões penais a tornarem-se acessórios às normas e às funções administrativas, é portanto um aspecto de um processo de “administrativização” geral do Estado. O Estado, como garantidor da certeza do direito (ou seja, das regras do jogo e do espaço jurídico no qual se concretizam as relações de produção e os relativos conflitos), transforma-se em responsável da segurança dos bens, administrador dos riscos vinculados à produção destes e dos conflitos que os acompanham.

Em segundo lugar, a transformação dos sistemas penais, indicado pelo termo “dinamização dos bens jurídicos” se relaciona com o desenvolvimento de técnicas de imputação de responsabilidade penal que antecipam a esfera da punibilidade a fases anteriores da conduta e nas quais ainda não se realizou uma lesão efetiva do bem tutelado. Foram estudadas as formas nas quais esta tendência se manifesta, o que, em parte, foi motivado pela resposta de alguns sistemas punitivos à ação terrorista e depois devido às “novas emergências”.³⁸ Basta apenas lembrar a recente

37. E. Denninger, *Der Präventions-Staat*, ob. cit. pp. 10 e ss.

38. Cf. entre a extensa literatura acerca do impacto da “emergência terrorista” no sistema do direito penal AA.VV., “Terrorismo e stato della crisi”, fascículo especial de *La questione criminale*, V, 1979; F. Bricola, “Legalità e crisi: l’art. 25 commi 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70”, in *La questione criminale*, VI, 1980, pp. 179-275; L. Ferrajoli, “Emergenza penale e crisi della giurisdizione”, in *Dei delitti e delle pene*, II, 1984, pp. 271-292; e sobre a emergência mafiosa e da criminalidade organizada em geral: A. Gamberini, “Lotta al crimine organizzato e cicloni processuali. Riconoscibilità dell’intervento giudiziario e praticabilità della funzione difensiva”, in *Dei delitti e delle pene*, IV, 1986, pp. 63-74.

discussão sobre os tipos de perigo abstrato,³⁹ sobre os delitos de associação e também sobre as figuras de responsabilidade penal “por suspeita”, utilizando aqui uma terminologia empregada por Ferrajoli na análise de certos aspectos da legislação antiterrorista na Itália.⁴⁰

A antecipação da esfera da punibilidade e a aceitação que ela encontra na opinião pública indicam também uma tendência de desenvolvimento em direção a uma nova forma de “personalização” da antijuridicidade que se distingue pela maior relevância dos “elementos subjetivos” dos tipos penais,⁴¹ por um maior emprego de elementos normativos na sua formulação, por uma tendência do direito penal em controlar não só a conduta do sujeito, mas também sua fidelidade ao ordenamento e ao “Estado”.⁴² Trata-se de aspectos do que globalmente pode ser considerado como um deslocamento do conceito de antijuridicidade e das técnicas de imputação de responsabilidade penal das características da ação à característica do autor.⁴³

39. G. Fiandaca, “La tipizzazione del reato”, in *Dei delitti e delle pene*, III, 1984, pp. 441-472.

40. L. Ferrajoli, “Emergenza penale ...”, ob. cit.

41. Cf. para uma interpretação “garantista” da subjetivização da figura do delito G. Bettiol, “Sul diritto penale dell’atteggiamento interiore”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1971, pp. 3 e ss.

42. A crítica, em particular à legislação sobre os “arrendidos” do terrorismo e a da máfia, denuncia veementemente a contribuição destas disciplinas à transformação geral do sistema penal italiano no sentido indicado no texto. Neste sentido se pode consultar entre outros: L. Ferrajoli, “Emergenza penale ...”, ob. cit.; T. Padovani, “La soave inquisizione” in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981; E. Resta, “Il diritto penale premiale. Nuove strategie di controllo sociale”, in *Dei delitti e delle pene*, I, 1983, pp. 41-70.

43. Na realidade, tal como indica o resultado de diversas investigações sociológicas sobre a

Jakobs interpreta essas tendências⁴⁴ como uma mudança de uma concepção liberal do direito penal “orientado ao cidadão”, para uma concepção *autoritária* de um direito penal “orientado ao inimigo”. Neste caso, a imputação da responsabilidade penal não toma como ponto de referência o cidadão dotado de uma esfera de direitos e de um espaço de liberdade interior subtraídos do controle do Estado, mas sim um indivíduo que é concebido como fonte de perigo para os bens jurídicos a proteger-se, como “inimigo” potencial. É possível então compreender como podem ser abandonados os limites objetivos do comportamento, como o controle penal

influência dos estereótipos e das teorias do “cotidiano” (*every day theories*), ou do “senso comum” sobre os processos de aplicação das normas penais e em particular sobre os de imputação da responsabilidade penal, estes processos interpretativos são guiados por uma “cartilha” (*second code*) na qual adquirem relevância, sobretudo, os critérios subjetivos de adjudicação da responsabilidade independentemente das formulações mais ou menos “objetivas” do tipo normativo. Cf. David Sudnow, “Normal crimes. Sociological Features of the Penal Code”, in Earl Rubington, Martin S. Weinberg (a cargo de) *Deviance. The international Perspective*, New York & London 1968, pp. 158-169; Karl Dieter Opp, “Zur Anwendbarkeit der Soziologie im Strafprozess”, in *Kritische Justiz*, 3, 1970, pp. 383 e ss. H. Laurence Ross, *Traffic Sociology and the stereotype of the Criminal*, London, New York, Sidney, Toronto, 1968; Rudiger Lautmann, *Justiz — Die stille Gewalt*, Frankfurt a. M., 1972; Dorothea Peters, *Richter im Dienst der Macht*, Stuttgart, 1973; Gerlinda Smaus, *Das Strafrecht und die Kriminalität in der Alltagssprache der deutschen Bevölkerung*, Opladen, 1989; Claudia Schönborn, Gabriele Fröhlich, Waldemar Lill, “Der Prozeß der Kateogrisierung einer Person als Krimineller. Eine experimentelle Untersuchung”, in *Kirminologisches Journal*, 3, 1978, pp. 229-238.

44. G. Jakobs, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgüterverletzung” in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, XC VII, 1985, pp. 775-785.

pode penetrar também na esfera das intenções e das opiniões. Igualmente o princípio “*cogitationis poenam nemo patitur*” não está mais fora de cogitação, conclui Jakobs.

Para propiciar um instrumento técnico de análise dos problemas relativos a esta matéria, Jakobs, que toma uma posição em favor do direito penal “orientado ao cidadão”, propõe distinguir entre a tutela antecipada dos bens jurídicos e a antecipação dos bens jurídicos para fins da tutela. Neste segundo caso a norma penal não protege antecipadamente o bem jurídico “principal” (como sucede no primeiro caso, que tem sido até agora o mais estudado). Ao contrário, protegeria um “fragmento” dele (bem jurídico instrumental), que constitui um momento funcional. Jakobs dedica especial atenção a esta forma de antecipação: nela o ilícito não se basearia, tal como no caso da tutela antecipada dos bens jurídicos, no fato de colocar-se em perigo a norma que os protege (pensemos, por exemplo, na responsabilidade por tentativa), senão no fato de colocar-se em perigo uma norma subsidiária que protege a norma principal. Trataria-se, neste sentido, de um ilícito parcial.

De acordo com Jakobs, o bem jurídico parcial protegido pela norma subsidiária seria a validade da norma principal. Esta validade se refere a terceiros excluindo assim tanto o autor como a vítima em potencial. Em outras palavras, trata-se da segurança cognitiva dos co-associados, de sua confiança na norma principal.⁴⁵ Diferentemente da transgressão da norma principal que representa um atentado direto e imediato contra a sua validez, nestes casos trata-se de um atentado indireto. Jakobs estuda sob este aspecto uma série de figuras delitivas do código penal alemão (StGB) conhecidas sob o rótulo de “perturbação da paz pública” e de “perturbação do clima

45. *Ibidem*, p. 775.

social". Num direito penal orientado ao cidadão, quais seriam os atentados indiretos contra a validade da norma principal que poderiam constituir-se em hipóteses criminosas, pergunta-se o autor.

A crítica deste autor se estende à maior parte dos tipos penais que pertencem às categorias supracitadas.⁴⁶ Não são compatíveis com um direito penal orientado ao cidadão, em particular: apologia do crime (§140 StGB); instigar a população à revolta (§130 StGB); incitação ao racismo (§ 131 StGB); apologia da violência (§ 132 StGB). Em compensação, no caso da ameaça da prática ações delitivas (§126, §241 StGB), o prejuízo sofrido pela confiança na norma principal poderia em tal direito ser considerado relevante. De modo diverso do que ocorre neste tipo, nas normas supracitadas castiga-se sobretudo a expressão de opiniões ou sentimentos, ou seja há uma desaprovação do ordenamento jurídico, sem considerar que a confiança na norma principal já encontra uma proteção natural na capacidade de juízo que deveria ser reconhecida em terceiros. Somente o reconhecimento de uma situação de emergência poderia justificar a imposição feita ao autor, do sacrifício de parte da sua própria esfera de direito; mas essa legitimação, conclui Jakobs, equivaleria a uma declaração de falência do ordenamento jurídico liberal.

A tendência de expansão dos sistemas punitivos para uma tutela de bens jurídicos difusos e de funções, e a uma progressiva antecipação da esfera de tutela são dois fenômenos estritamente complementares. É a própria estrutura dos interesses difusos e das funções, enquanto se assumem como objeto de tutela penal, a que favorece a adoção de formas de tutela antecipada, de incriminação por perigo abstrato, ou por ofensa de bens jurídicos "instrumentais" no sentido in-

dicado por Jakobs. Por outro lado, a lógica do risco e da emergência implica não só a "extensão", mas também a "administrativização" do direito penal, e vai de encontro à linha de tendência do sistema político analisada por Denninger. A consequência é a diminuição do status de cidadão de todos os sujeitos compreendidos pela administração da justiça criminal: autores, vítimas e terceiros.

É possível e útil confrontar a linha de expansão do sistemas penais, como estratégia de crítica e de contenção, com uma teoria extra-sistemática reducionista das áreas de tutela legítima num direito penal liberal ou "orientado ao cidadão"? As tentativas que mencionamos de Hassemmer e de Jakobs possuem, no meu ponto de vista, três dificuldades principais, que em seguida passamos a expor.

A primeira é de caráter histórico. Sabemos que até hoje o conceito de bem jurídico tem sido usado principalmente num sentido extensivo e não num sentido restritivo. Até recentemente, a extensão da tutela penal dos direitos individuais aos interesses difusos — em particular os dos consumidores e o interesse da coletividade na defesa da ecologia — era uma bandeira das correntes progressistas na ciência do direito penal.⁴⁷ Além disso, pode-se ver pelo menos até os anos setenta uma convergência no programa expansionista de correntes progressistas e conservadoras, que acompanha todo este âmbito de desenvolvimento da doutrina dos bens jurídicos.

Na realidade, já a partir da célebre crítica feita por Birnbaum à construção "individualista" do bem jurídico realizada por Feuerbach,⁴⁸ a história deste conceito tem sido a história da progres-

47. Pense-se no interessante ensaio de F. Gubbi, "Tutela penale di interessi diffusi", in *La questione criminale*, 3, 1975, pp. 439 e ss.

48. J. M. F. Birnbaum, "Über das Erfordernis einer Rechtsgutsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung", in *Archiv des Kriminalrechts*, N. F., XV, 1834, pp. 149 e ss.

46. *Ibidem*, pp. 775 e ss.

siva extensão da tutela penal da esfera dos direitos das pessoas aos interesses difusos e às funções. É a ela que tem correspondido exatamente a história das técnicas de imputação com a tendência a antecipar a esfera da punibilidade.

Nas correntes progressistas, as posições restritivas sobre o tema dos bens jurídicos são geralmente posições minoritárias. Se hoje se notam nestas correntes sinais de uma maior advertência com relação aos problemas criados pelo desenvolvimento expansionista dos sistemas punitivos, isto se deve também às lições que muitos tiraram da involução dos sistemas penais por obra das legislações antiterroristas. É muito improvável que se produza uma inversão da tendência dos sistemas punitivos através de redefinições do conceito de bem jurídico.

A segunda dificuldade já é de caráter normativo. É fácil verificar o vício das argumentações que pretendem que se derive do reconhecimento de valores e interesses na constituição a *obrigação* do legislador de prover-lhes uma tutela penal. Não existem bens jurídicos reconhecidos na constituição que *por sua própria natureza* imponham que nela se estabeleça uma norma tácita que tenha por objeto uma obrigação deste tipo.⁴⁹ Mas se pode dizer que o contrário também é correto. Não é nada fácil, para aqueles que querem fazer derivar da natureza dos bens jurídicos constitucionalmente reconhecidos, e da sua posição hierárquica dentro do sistema constitucional de valores, uma proibição de

criminalizar as condutas que ofendem ou colocam em situação de perigo tais bens jurídicos.

A terceira dificuldade, e talvez a principal delas, é de natureza epistemológica. Justamente a ela me referia anteriormente quando expressava minhas dúvidas sobre o caráter “extra-sistemático” de um referente material construído sob a ótica do sistema punitivo, como aquele provido pela teoria penal dos bens jurídicos. Um discurso crítico sobre os bens jurídicos não pode ser somente um discurso relativamente extra-sistemático; decididamente ele deve posicionar-se externamente ao sistema penal e à lógica da sua legitimação instrumental.

3. A crise da legitimação instrumental da função punitiva. Teoria da Prevenção especial negativa e do neo-retribucionismo nos Estados Unidos

No meu ponto de vista, assistimos hoje a uma crise irreversível da legitimação instrumental dos sistemas punitivos. A função de prevenção especial positiva (ressocialização do infrator), que foi a base dos programas de reabilitação nos Estados Unidos e na Europa nos anos setenta, pode ser considerada hoje como uma hipótese refutada pelos programas de pesquisa de controle.⁵⁰ A função de prevenção geral negativa

49. Ao contrário, a queixa com relação à observação dos ditames constitucionais em matéria penal representa uma estratégia importante dentro de um discurso crítico de direito penal positivo dirigido a reduzir drasticamente a área de intervenção. Pode-se consultar, como exemplo particularmente significativo: F. Bricola, “Teoria generale del reato”, voz do *Nuovissimo digesto italiano*, Torino, 1972, pp. 8-93.

50. Cf. dentre outros, D. Liptar, R. Martinsen, J. Wilks, *The Effectiveness of Correctional Treatment. A Survey of Treatment Evaluation Studies*, N. Y. 1975; L. B. Sechrest, S. O. White, E. D. Brown (a cargo de) *The Rehabilitation of criminal offenders: problems and prospects*, Washington, 1979; S. E. Martin, L. B. Sechrest, R. Redner (a cargo de) *New directions in the rehabilitation of criminal offenders*, Washington, 1981. Não obstante, na literatura o juízo negativo sobre o fracasso do tratamento não é tão determinante como nos leva a crer o texto. Na verdade, modificando os critérios de leitura dos dados empíricos, como no caso da reinci-

(objetiva a dissuasão dos potenciais infratores), na qual se baseia grande parte do consenso que ainda goza o sistema penal no sentido comum pode ser considerada, por sua vez uma hipótese empiricamente não verificada e impossível de sê-lo. A função da prevenção geral negativa é hoje sustentada, especialmente nos Estados Unidos, em duas formas alternativas ou complementen-

dência por exemplo, obteve-se um juízo menos negativo com relação aos resultados dos programas de ressocialização, sobretudo revalorizando os efeitos da "intimidação específica", mais devido aos métodos de tratamento do que aos métodos de verdadeira ressocialização. Cf. como exemplo: J. C. Wilson, "What works? Revisited: New definings on criminal rehabilitation", in *The public interest*, 61, 1981, pp. 3-17. Na realidade, a contradição entre os juízos negativos precedentes e os sucessivos é mais aparente do que real porque os juízos têm objetos diversos. Num primeiro momento, mediram-se os efeitos da reabilitação dos "community treatment", outras formas menos severas de detenção, depois os efeitos intimidadores de formas rigorosas de detenção. A filosofia que se toma por base para estas novas avaliações consiste em que as técnicas de reabilitação são relativamente eficazes para os indivíduos passíveis de "cura" ou então "tratáveis", enquanto que para os "curáveis" e "não tratáveis" são ineficazes. Com relação a estes últimos, tem um bom efeito um tratamento de custódia rigoroso; quer dizer, uma "intimidação específica" (ver a literatura do referido artigo de Wilson). Assim, de alguma forma, as cifras regridem, os curáveis devem ser curados, os incuráveis, ou seja os sujeitos realmente perigosos (ver o trabalho de T. Pitch e os estudos de O. de Leonardis, anteriormente citados) devem ser "incapacitados" tanto na forma da "intimidação específica" como na de "neutralização". A partir daqui abriu-se uma grande e articulada discussão metodológica sobre os programas de pesquisa de controle das formas de tratamento. Para um quadro geral introdutório desta problemática, ver: H. Kury, *Zur Methodendiskussion in der Behandlungsforschung*, in *Methodische Probleme der Behandlungsforschung — insbesondere in der Sozialtherapie*, organizado por H. Kury et al., Köln, 1983; pp. 27-80.

tárias: a "neutralização" do infrator (*incapacitation*) e a "intimidação específica" (*specific deterrence*).

Enquanto continua em aberto a discussão sobre o grau de verificação empírica, ambas as formas podem ser consideradas, com relação ao discurso axiológico, como duas variantes de uma ideologia tecnocrática do direito, incompatível com o princípio de dignidade da pessoa humana, considerada como um fim em si mesmo, e com uma visão que atribui ao homem, antes que ao "sistema", a prioridade na escala dos valores.⁵¹

No que se refere à verificação empírica da teoria da prevenção especial negativa, esta não é refutável da mesma forma que são as outras duas teorias instrumentais da pena. Em todas as teorias instrumentais a função útil da pena é a defesa dos bens jurídicos e da sociedade. Isso significa: o controle dos comportamentos delituosos deveria manifestar, na prática, uma *relevante* diminuição do seu número. Por sua vez, este fim útil seria alcançado através da realização das funções específicas imediatas que estão no centro das diversas teorias.

No caso da teoria da ressocialização, alcançaria-se este fim "transformando" o condenado de tal maneira que ele se torne um sujeito "apto para uma vida em liberdade sem delitos"⁵² A função imediata é essa transformação do infrator. Já no caso da teoria da intimidação geral (prevenção geral), a ênfase já não recai sobre o infrator em si. Aqui a

51. Cf. A. Baratta, "La teoria della prevenzione-integrazione. Una "nuova" fondazione della pena all'interno della teoria sistemica", in *Dei delitti e delle pene*, II, 1984, pp. 5-30; Gerlinda Smaus, "Technokratische Legitimierungen des Strafrechts", in *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, VI, 1985, pp. 90-103.

52. Assim consta na formulação da vigente lei penitenciária da República Federal Alemã.

defesa social se realiza criando, através da ameaça da pena e/ou do espetáculo (oculto) de sua aplicação, uma contra motivação que atinja aqueles delinquentes potenciais, neutralizando assim sua possível tendência à prática delitiva. Em outras palavras, é uma teoria pensada para aqueles indivíduos que, apesar de não serem delinquentes, pode-se supor que não tenham suficientemente introjetado uma atitude espontânea de lealdade à ordem jurídica. Assim, a função imediata é a contra motivação. Por último, no caso da teoria da prevenção especial negativa, o fim almejado se alcançaria transformando definitiva ou temporalmente o autor de uma infração delitiva em um ser incapaz de cometer outros delitos (neutralização), seja com a destruição física ou psíquica do indivíduo, seja com uma prisão de máxima segurança, com intervenções cirúrgicas ou com formas atualmente já experimentadas de controle eletrônico em liberdade, ou então produzindo no infrator, através de um tratamento muito severo, uma contra motivação para cometer outras infrações (intimidação específica).

Excluindo as dificuldades axiológicas que se referem à legitimação, e sobre a qual não me deterei no seu exame, a crise das duas primeiras teorias instrumentais se deve, em parte, à maneira incorreta ou à falta de verificação de suas bases empíricas, ou seja, à realização das funções imediatas respectivamente assumidas. A falta de evidência empírica para a realização de tais funções numa medida estatisticamente significativa fez com que surgissem dúvidas sobre a possibilidade de alcançar a finalidade mediata: a tutela dos bens jurídicos e a defesa social.

Até agora, esta falta de verificação não parece ter afetado a base empírica da teoria da prevenção especial negativa. A realização das funções imediatas não só é aceita pelo "sentido comum"

como evidente, como também não encontrou até hoje sérias dificuldades de verificação científica. De fato, com relação à hipótese da neutralização, os programas de controle empírico não chegaram a um nível comparável ao obtido com relação a outras teorias utilitárias e, por isto, a hipótese não é considerada falsa e nem improvável. Já com relação à hipótese da intimidação específica, algumas pesquisas de controle nas quais foram utilizadas novas metodologias estatísticas, forneceram-nos dados parciais possivelmente comprováveis.⁵³ Isto explica porque a teoria da prevenção especial negativa teria se transformado atualmente nos EUA na última fronteira de resistência da concepção instrumental do direito penal.

Contudo, já existem sinais de vulnerabilidade desta fronteira, e diversas considerações apontam dúvidas quanto à base empírica desta teoria. Limite-me a indicar a principal delas: pode-se observar que a realização da finalidade mediata é muito menos "evidente" neste caso do que parece ser a realização dos efeitos imediatos. Também é preciso considerar, para avaliar a relevância destes efeitos para a tutela dos bens jurídicos e da defesa social, o alto grau de seletividade dos sistemas punitivos no "recrutamento" da sua clientela potencial. Como já se sabe, a impunidade não é a exceção, senão a regra no sistema da justiça criminal.⁵⁴ A porcentagem de infratores que são ou podem ser dissuadidos ou neutralizados (na maioria dos casos isto só se dá temporariamente), com a intervenção da justiça criminal, é tão baixa que é válido perguntar se ela é significativa, também com relação aos custos sociais produzidos por sua intervenção.

53. Cf. J. G. Wilson, "What works? ...", ob. cit. (V. tb. nota 55).

54. Cf. L. H. C. Hulsman, *Critical Criminology*, ob. cit.

A questão é também crucial para a teoria quando se tem em conta que o funcionamento seletivo do sistema de justiça penal não depende somente da discrepância entre os programas de ação (as normas penais) e os recursos colocados à disposição no sistema para sua implementação,⁵⁵ senão também como de outras variáveis estruturais, como a especificidade das infrações e as conotações sociais dos autores “típicos” delas.⁵⁶ Com relação à população carcerária, sabemos que se substimam algumas das infrações que causam os mais graves danos sociais (delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada, graves desvios praticados pelos órgãos públicos) enquanto que se dá muito valor a infrações que causam menos dano social, tais como delitos contra o patrimônio, especialmente aqueles em que o autor da infração é originário das camadas mais pobres e estigmatizadas da sociedade.⁵⁷

No entanto, a dificuldade fundamental que apresenta esta teoria da pena é

55. Cf. A. Baratta, *Il diritto penale*, ob. cit.

56. Cf. A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, ob. cit. Também do mesmo autor: “Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato del scienzia penalistica”, in *La questione criminale*, V, 1979, pp. 147-183.

57. No curso da recente discussão sobre o controle social e médico tem-se reforçado a hipótese de que o sistema penal (carcerário) apresenta uma tendência a desenvolver-se como um sistema especializado de controle para os indivíduos “perigosos”, e que, diferentemente do modelo positivista, “periculosidade” é a característica dos indivíduos dotados não de uma menor, senão de uma maior “subjetividade”, quer dizer, de uma capacidade de controle dos próprios atos e das mais amplas alternativas comportamentais. Segundo esta hipótese, é sobretudo a subjetividade e não o mero comportamento negativo que determina o “recrutamento” na “população criminal” na que devem ser “incapacitada”, porque ela é potencialmente rebelde com relação à normativa vigente e ao atual projeto de “normalização”. Sobre este tema, v. T. Pitch, ob. cit.

porém, de caráter axiológico. Esta, de fato, se vê obrigada a justificar a limitação dos direitos e o sofrimento imposto ao condenado utilizando razões instrumentais; contudo, isto equivale a negar a qualidade de pessoa humana do sujeito e considerá-lo como um objeto. Talvez seja justamente por causa desta dificuldade axiológica que haja ocorrido nos EUA uma retomada da concepção “retribuidora” ou “absoluta” da pena, simultaneamente à consolidação desta teoria. O liame sutil que ainda existe entre a teoria da pena “útil” e a teoria da pena “justa” no âmbito da própria orientação “neoclássica” do atual pensamento penal norte-americano,⁵⁸ apesar das suas diversidades (a primeira delas se refere à teoria da função instrumental, a segunda a uma teoria da função simbólica da pena), tem uma razão profunda. O princípio metafísico da justiça é uma espécie de compensação do pragmatismo cínico que caracteriza a teoria da prevenção especial negativa. Trata-se de uma combinação de apelo retórico aos valores e razão instrumental típica da cultura “oficial” dos EUA no período do governo de Ronald Reagan.

Contudo, a coexistência com o neo-retribucionismo não se constitui num símbolo de força, ao contrário, constitui-se num símbolo de fragilidade e até da crise potencial da concepção instrumental do direito penal nos EUA. Na realidade, as teorias das penas justas representam, dentro do pensamento neoclás-

58. Cf. A. V. Hirsch, *Doing Justice. The choice of punishment. Report of the committee for the study of incarceration*, N. Y., 1976; para uma valoração crítica do pensamento “neoclássico” americano e ulteriores referências bibliográficas, veja-se em geral Th. Weigend, “Neoklassizismus” — ein transatlantisches Mibverständnis, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, XCIV, 1982, pp. 801-814 e N. Christie, “Die versteckte Botschaft des Neoklassizismus”, in *Kriminologisches Journal*, 16, 1983, pp. 14-33.

sico, o “núcleo forte” que tendem a projetá-lo para além dessa concepção, direcionando-o a uma visão simbólica na qual o controle do delito, a proteção dos bens jurídicos e a defesa social não são a finalidade principal da pena. É provável que estejamos hoje assistindo nos Estados Unidos à última ilusão do utilitarismo penal destinada também a desaparecer com o “ocaso” da prevenção, ou mais precisamente, com sua concepção instrumental.

4. Legitimação simbólica da função punitiva e tecnocracia. A teoria da prevenção geral positiva na Europa

A transferência de funções instrumentais da pena para funções simbólicas, nos Estados Unidos, parece ocorrer muito mais na prática do sistema punitivo do que na teoria. Na Europa ocidental, esta situação se dá de modo diverso. Aqui vemos que a transferência da função da pena a nível teórico parece antecipar-se no confronto da práxis. É justamente na práxis do sistema que se têm utilizado políticas de neutralização e de dissuasão específicas, sobretudo com relação às formas de desvio caracterizadas por uma maior subjetividade e rebelião à ordem constituída: primeiramente a violência política e o terrorismo de esquerda, as novas “classes perigosas”, e posteriormente aquilo que podemos definir como os “marginais por convicção”, grupos refratários às regras impostas pelo projeto de normalização conservadora hoje em curso. A teoria, em grande parte, limitou-se a registrar esta tendência, freqüentemente com reservas e críticas. Nela, concomitantemente ao declínio das concepções instrumentais da prevenção, observa-se um novo interesse com relação às funções simbólicas sobre as quais eram baseadas as clássicas teorias “declaratórias” da pena, a partir de Émile Durkheim, e que agora são outra vez propostas no âmbito da teoria

da “prevenção geral positiva” ou “prevenção-integração”, principalmente na Alemanha.

Segundo esta teoria, a função da pena não se dirige nem aos infratores atuais nem os potenciais. Ela se dirige sobretudo aos cidadãos fiéis à lei, aos que supostamente manifestam uma tendência “espontânea” a respeitá-la. Em relação a estes, a previsão ou aplicação das penas não têm a função de prevenir delitos (prevenção negativa), senão a de reforçar a validade das normas (prevenção positiva): isto significa também restabelecer a “confiança institucional”⁵⁹ no ordenamento, quebrada pela percepção do desvio. Um dos principais representantes desta teoria define o fim da pena como o “exercitar os cidadãos para a validade da norma”,⁶⁰ fórmula esta que não se encontra muito longe daquela proposta por Andenaes, que falava da “educação” dos cidadãos de acordo com as leis.⁶¹

A teoria da prevenção geral positiva é, portanto, uma teoria da função simbólica do direito penal, no sentido de que as funções indicadas se relacionam diretamente com a expressão dos valores assumidos pelo ordenamento e com a afirmação da validade das normas, confirmação esta simbólica e não empírica, por ser independente da quantidade de infrações e da sua redução. Assim sendo, a defesa dos bens jurídicos não pode ser considerada, segundo a teoria da prevenção-integração, como uma função principal das normas penais. Sob este ponto de vista, o direito penal não é tanto um instrumento de imposição da “moral dominante”, senão

59. G. Jakobs, *Strafrecht — Allgemeiner Teil. Die Grundlagen der Zurechnungslehre*, Berlin, New York, 1983.

60. *Ibidem*.

61. Johannes Adenaes, *Punishment and Deterrence*, University of Michigan Press, Enarbort, 1974.

um meio eficaz de representação (simbólica) desta.⁶²

As novas concepções da função simbólica do direito penal representam posições da teoria mais avançadas do que a práxis, já que destacam, dão crédito e em parte antecipam a linha de tendência do desenvolvimento real do sistema punitivo. Sua eficácia é estudada, de fato, segundo estas teorias, considerando-o não tanto como um sistema de produção de segurança real dos bens jurídicos, mas sim como instrumento de resposta simbólica à exigência de pena⁶³ e segurança⁶⁴ por parte do “público” da política.

Mas isto corresponde ao que acontece na realidade da política criminal e da política em geral, quando nesta a “comunicação política de base” entre cidadãos e seus representantes, ou seja a democracia é substituída pela comunicação entre políticos e seu “público”, ou seja, pela tecnocracia. Quando isto acontece, a política parece, cada vez mais, um “espetáculo”. Na verdade, na “política como espetáculo” as decisões são tomadas não tanto visando modificar a realidade, senão tentando modificar a imagem da realidade nos espectadores: não procuram tanto satisfazer as necessidades reais e a vontade política dos cidadãos, senão vir ao encontro da denominada “opinião pública.”⁶⁵

62. Cf. H. Steinert, “Morale del lavoro e indignazione morale: storia del controllo sociale, ovvero storia delle strategie del capitale”, in *Dei delitti e delle pene*, II, 1984, pp. 213-240.

63. Cf. B. Haffke, “Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine Strafrechtstheoretische Untersuchung”, in *Goldhammers Archiv für Strafrecht*, VII, 1976, pp. 33-57. Cf. sobre a teoria da integração-prevenção da pena e sua crítica, ver: A. Baratta “La teoria della integrazione-prevenzione” ob. cit.

64. Cf. G. Jakobs, *Strafrecht*, ob. cit.

65. Cf. A. Baratta, “Introduzione a una sociologia della droga”, in *Inchiesta*, XVIII, 79-80, 1988, pp. 79-89.

A relação entre as funções instrumentais e as funções simbólicas do direito penal tornou-se, pelas razões aqui descritas, um ponto central da discussão sobre os sistemas punitivos e as políticas criminais. Esta relação torna-se cada vez mais problemática e contraditória. As funções simbólicas tendem a prevalecer sobre as funções instrumentais. O déficit da tutela real dos bens jurídicos é compensado pela criação, junto ao público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que tem uma base real cada vez mais fragilizada. De fato, as normas continuam sendo violadas; e a cifra obscura das infrações permanece altíssima, enquanto que as agências de controle penal continuam a medir-se com tarefas instrumentais de realização impossível: pense-se somente na defesa da ecologia, na luta contra a criminalidade organizada, no controle da toxicomania e no índice de mortalidade no trânsito.

Tendo em mente um modelo de direito penal racional, caracterizado por um equilíbrio satisfatório entre a realização de funções simbólicas e funções instrumentais, Hassemer analisou criticamente a atual tendência do desenvolvimento dos sistemas punitivos denunciando a perda desse equilíbrio. Cada vez mais os sistemas punitivos executam e os políticos perseguem funções simbólicas, enquanto declaram cumprir funções instrumentais.⁶⁶ A contradição também denunciada por Hassemer é principalmente a que se estabelece entre o que o legislador declara objetivar (v. os prólogos dos projetos de lei) e o que ele realmente visa, ou o que o sistema efetivamente realiza.

66. Cf. a conferência de W. Hassemer (ainda não publicada), nas “Jornadas de Direito penal”, realizadas na “Universidade Autônoma de Barcelona”, Bellaterra, em maio de 1989.

No caso em que se produza uma discrepância consciente entre finalidade “perseguida” e finalidade declarada, Hassemer fala da maneira como o legislador engana o cidadão. Mas esta situação não é só uma situação de “engano” por parte do legislador contra o público. Chama sempre mais à atenção, nos últimos tempos, a distância que se cria entre as aquisições científicas relativas às reais possibilidades da ação instrumental do sistema da justiça criminal e os centros das decisões políticas do legislador.

Trata-se de um problema geral que se refere à própria estrutura do sistema de representação política na sociedade industrial avançada e às relações de comunicação entre todos os atores implicados: “políticos”, publicistas, expertos e público.

São criados “círculos fechados” nos quais se estabiliza não uma visão realista, mas sim uma visão deformada dos problemas e das incidências que sobre eles possa ter o sistema punitivo.⁶⁷ O “engano” do qual nos fala Hassemer, não é tanto um complô de “políticos” para colocar em “xeque” seu público, mas sobretudo a expressão do colapso em que se encontra o sistema decisório representativo devido às disfunções da estrutura política e comunicativa da sociedade.

A perda do equilíbrio entre funções simbólicas e funções instrumentais no sistema da justiça criminal (supondo que este equilíbrio tenha de fato existido) significa também que as funções simbólicas visadas pela lei penal tornam-se cada vez mais independentes da natureza real dos conflitos e dos problemas em função dos quais são produzidos os símbolos. A crise da prevenção, da função instrumental da justiça penal, também indica o seguinte fenômeno: não é tanto a função instrumental da pena que serve para resolver determinados problemas e conflitos, são determinados problemas e conflitos que ao

atingirem um certo grau de interesse e de alarme social no público se convertem num pretexto para uma ação política destinada a obter não tanto funções instrumentais específicas, mas sim uma outra função de caráter geral: a obtenção do consenso buscado pelos políticos na chamada “opinião pública”.

5. CONCLUSÃO. A organização da defesa dos bens jurídicos no Estado democrático de direito. Alternativas à política penal e o uso alternativo do direito penal

A escola clássica e a escola assim chamada “social” do direito penal estão na origem de uma relação funcional entre a concepção utilitária da norma penal e a concepção do direito como garantia do delinqüente (a Magna Carta de von Listz) e do cidadão que ainda não está ultrapassada. Reconhecendo a função instrumental da norma punitiva, a escola clássica e a escola social acreditavam ser possível determinar na utilidade e na necessidade da incriminação o limite do *ius puniendi* do Estado e o fundamento da pena justa. Na realidade, pretendida função instrumental do direito sempre serviu para estender esses limites, para ocultar as funções simbólicas e políticas da ação punitiva, para mistificar a realidade da pena como violência institucional e sua “função latente”, ou seja, a de reproduzir o subsistema de justiça penal (compreendida sua própria clientela)⁶⁸ e servir à reprodução ideológica e material das relações de desigualdade na sociedade.⁶⁹

O cuidado que se deve ter hoje em dia em relação ao sistema de justiça criminal do Estados de direito é ser coerente com seus próprios princípios

68. Cf. A. Baratta, *Problemi sociali e percezione della criminalità*, ob. cit.

69. Cf. A. Baratta, *Criminologia critica...* ob. cit., em particular, veja-se o cap. XIV “Carcere e marginalità sociale” pp. 185 e ss.

67. Cf. A. Baratta, “Introduzione...” ob. cit.

“garantistas”: princípios de limitação da intervenção penal, de igualdade, de respeito ao direito das vítimas, dos imputados e dos condenados. Trata-se, mais que tudo, de aplicar e transformar o direito substancial (fundamental), processual e penitenciário em conformidade com aqueles princípios, por todo o tempo em que deva durar a luta por uma política “alternativa” com relação à atual política penal. Refiro-me à luta civil e cultural pela organização da tutela pública dos interesses dos indivíduos e da comunidade, da defesa dos direitos dos mais fracos contra a prepotência dos mais fortes, com formas mais diferenciadas, justas e eficazes (instrumentais) que aquelas “simbólicas” oferecidas pelo sistema de justiça criminal. Durante todo este tempo, o “uso alternativo do direito penal” significará usar o *direito* como *instrumento* para uma rigorosa limitação, política e técnica, daquela que em períodos anteriores parecia ter sido uma função útil, e que hoje aparece cada vez mais como a violência inútil das penas. Isto implica numa concessão instrumental do direito penal liberada da ilusão da instrumentalidade da pena.⁷⁰

70. A dupla estratégia, reducionista e substitutiva (neste sentido também se poderia chamar de “aboliconista”), que sustento no meu artigo “Principi del diritto penale minimo”, ob. cit. — ao qual me refiro nesta nota conclusiva — deriva da afluência de juízos de fatos, análises de valores e hipóteses políticas.

Os *juízos de fatos* referem-se à existência, ao funcionamento, aos efeitos e à capacidade de auto-reprodução do sistema de justiça criminal na nossa sociedade, ao carácter estrutural, e não historicamente contingente, de sua incapacidade para realizar as funções instrumentais declaradas.

Os *juízos de valores* referem-se à falta de legitimação deste sistema como consequência da contradição “secular” e ainda não solucionada entre funções declaradas e reais; a violação constante e “endêmica” dos próprios princípios normativos e dos princípios garantistas que regulam a função punitiva nas constituições dos Estados de direito.

As *hipóteses políticas* tratam da “construção” alternativa dos conflitos e dos problemas sociais para os quais se invoca tradicionalmente a intervenção do sistema de justiça criminal. Elas tratam também da organização democrática da forma de intervenção que melhor responda às necessidades dos beneficiários (necessidades “reais”, enquanto por eles mesmos definida), e que seja a mais adequada à satisfação destas necessidades que as formas de intervenção até hoje realizadas ou realizáveis pelo sistema de justiça criminal e por qualquer outro sistema que reproduza as características estruturais e de funcionamento deste mesmo sistema. O fundamento destas hipóteses é a concepção da democracia.

Sob este ponto de vista, a realização de um sistema de regras e de intervenções públicas que represente os “direitos dos mais fracos” (hoje novamente proposto por Luigi Ferrajoli como definição normativa do direito penal, e que é o ponto de referência para a reforma do sistema de justiça criminal), parece ser menos difícil de alcançar com uma transformação estrutural deste sistema, que equivale a sua “substituição” por qualquer coisa de alternativo e de melhor, que com uma “enésima reforma” que reproduza substancialmente as características (estruturais e de funcionamento), trazendo como contribuição somente “melhorias” parciais. Naturalmente fica aberta a questão de como será possível distinguir entre “reforma” e “substituição” do sistema de justiça criminal. Tal questionamento depende de quais características estruturais e funcionais sejam assumidas na definição do “sistema de justiça criminal”, além da definição de conceitos como sanção, constrangimento, pena e das relações lógicas entre estes. Por isto fica também a pergunta se o “direito dos mais fracos”, proposto por Ferrajoli, deve ser interpretado, para retomar a clássica formulação de Radbruch, como um direito penal melhor (melhor por exemplo do que o atual sistema italiano, que Ferrajoli submete a uma rigorosa crítica deslegitimadora), ou qualquer coisa melhor que o direito penal, e não se trata aqui somente de uma questão terminológica. Cf. L. Ferrajoli, “*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*”, Bari, 1989. Neste sentido, veja-se também os trabalhos de T. Pitch, *Responsabilità limitata. Attori, conflitti, giustizia penale*, Milano, 1989; R. E. Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, 1989. Em todas estas obras, os autores entendem ser necessário a realização de um atento reexame da teoria do direito penal mínimo.