

História das Idéias Penais na Alemanha do Pós-Guerra *

WINFRIED HASSEMER

Catedrático de Ciências Criminais da Uni-
versidade de Frankfurt, Alemanha

S U M Á R I O

- I. *Depois da guerra e depois dos nazistas*
 1. *Cicatriz e esquecimento.*
 2. *Delatores e juizes.*
 3. *Renascença do Direito Natural.*
 4. *Concepção hermética.*
- II. *Dogmática abstrata*
 1. *Argumentação hermética.*
 2. *A teoria finalista da ação.*
 3. *Dogmática e metodologia.*
 4. *Política criminal academicista.*
- III. *Teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências*
 1. *Política criminal voltada para as conseqüências.*
 2. *Crítica do Direito Penal.*
 3. *Realidade e alcance.*

* *Artigo inédito, traduzido do original alemão por Carlos Eduardo Vasconcelos, Procurador da República, doutorando em processo penal na Universidade de Frankfurt, Advertências quanto à tradução: na redação, procurou-se guardar fidelidade ao estilo do autor, tendo o tradutor optado por traduções literais ou descritivas de conceitos ainda desconhecidos da literatura jurídica brasileira, segundo parecesse melhor à clareza, e pelo emprego de termos consagrados na doutrina penal brasileira, ainda que não correspondessem literalmente ao original alemão. Nomes de órgãos jurisdicionais e de diplomas legais foram traduzidos pelos equivalentes brasileiros, quando possível, mantendo-se a sigla ou abreviação alemã quando ocorrente (ex.: StGB, Código Penal; StPO, Código de Processo Penal; BGH, Supremo Tribunal Federal; OLG, Tribunal Superior Estadual, seguido da cidade-sede; etc.). Nas notas de rodapé, as referências bibliográficas foram transcritas inteiramente no original, inclusive indicações de página, e outras destinadas à busca. Quando pareceu útil à compreensão do tema abordado ou interessante para que o leitor de língua portuguesa se inteirasse dos temas discutidos pelos penalistas e criminólogos alemães nas distintas etapas históricas, o tradutor forneceu tradução livre dos títulos de artigos, revistas ou livros, entre []. Siglas de periódicos e repertórios de jurisprudência foram meramente transcritas. No final do texto, veja-se nota do tradutor indicando algumas publicações do autor traduzidas para o espanhol ou português.*

4. Pontos principais.

- a. Proteção de bens jurídicos.
- b. Prevenção por intimidação.
- c. Ressocialização.
- d. Ciências sociais, execução penal e ensino jurídico.

IV. Direito Penal funcional

1. Questões fundamentais.

2. Questões exemplares.

- a. Tendências.
- b. Áreas de interesse e instrumentos.
- c. Acordos no processo penal.
- d. Agravamento das medidas coercitivas de investigação.

3. O papel das ciências penais.

- a. Teoria e prática.
- b. Dogmática penal.
- c. Teorias penais.
- d. Política criminal.

4. Questões abertas e tarefas postas.

I. Depois da guerra e depois dos nazistas

1. Cicatriz e esquecimento

Nenhuma prática jurídica e nenhuma concepção do Direito foi a mesma após 1945. Esta verdade não é menos eloquente por ter sido apenas aos poucos percebida, nem pela circunstância de que, por exemplo, em 1968, o abismo em relação a 1944 parecesse mais profundo que em 1948. Pelo contrário, os estragos da era nazista foram de tal extensão, que só com o tempo e muito esforço eles puderam ser percebidos e compreendidos em toda a sua gravidade¹. Isto não quer dizer que a era nazista tenha como que surgido de surpresa no horizonte de um dia para o outro e da mesma forma desaparecido sem deixar vestígios; obviamente ela foi preparada, gestada e ainda sobreviveu por algum tempo de múltiplas

1 Instrutivo a propósito, no campo do Direito Penal, uma das primeiras exposições críticas em Eb. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 1. Aufl. 1947, 3. Aufl. (1985), §§ 345ff., sob o título "Der Zusammenbruch der deutschen Strafrechtspflege im nationalsozialistisch-totalitären Staate" ["O desmoronamento da tutela penal alemã durante o Estado totalitário nacional-socialista"].

formas². Isto apenas evidencia que se, por um lado, a práxis e a ciência jurídicas foram profundamente marcadas pelas vicissitudes da era nazista, por outro lado, estas vicissitudes não foram inteiramente apreendidas de um só fôlego. Nós mal começamos a processar este passado e a descobrir suas cicatrizes em nosso presente. Seja apenas marginalmente anotado que esta tarefa, ao menos aparentemente, vem sendo na atualidade transposta para os julgamentos dos fatos relacionados com ex-República Democrática Alemã.

Este binômio de cicatriz e esquecimento dificulta extraordinariamente uma segura exegese do pós-Guerra (e, por conseqüência, também dos períodos sucessivos) e sugere equívocos e falsas conclusões. Acrescente-se que a análise precisamente desta etapa de nossa história deve ter em conta interesses acentuados e controvertidos sobre os possíveis resultados: muita coisa dependeu e depende do resultado da análise³. Se tudo isto não bastasse, ainda convém arrematar que os mencionados obstáculos à compreensão do pós-Guerra incidem acentuadamente sobre a seara do Direito Penal, sua práxis e também sua teoria. Questões como as normas fundamentais vigentes neste campo, penas corporais e a moral do dia-a-dia suscitam o interesse das pessoas pelos aspectos penais da discussão.

Assim, desde que se considerem todas as ressalvas indicadas, parece-me que não é (ainda) possível extraírem-se teses definitivas sobre os efeitos da era nazista para o Direito e as ciências penais⁴. O risco de

2 Esta visão foi elaborada para o Direito Penal especialmente por NAUCKE. Cf. (sobre o método) *Tendenzen in der Strafrechtentwicklung*, 1975, S. 14ff; (sobre a questão propriamente) *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht* [Sobre cláusulas genéricas e aplicação da lei do Direito Penal], 1973, S. 9ff.; *Entwicklungen der allgemeinen Politik und der Zusammenhang dieser Politik mit der Reform des Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland* [Desenvolvimentos da política geral e suas relações com a reforma do Direito Penal na República Federal da Alemanha], in: W. HASSEMER (Hrsg.), *Strafrechtspolitik* [Política do Direito Penal], 1987, S. 25ff.

3 Apaixonada análise dos anos 1945-48 sob o título "Irrtümer und Illusionen" ("Equívocos e ilusões"), em Dieter SIMON, *Zasiuren nach 1945. Essays zur Periodisierung der deutschen Nachkriegsgeschichte* [Rupturas após 1945. Ensaio sobre a periodização da história alemã do pós-Guerra], 1990, 153ff.

4 Um forte argumento para justificar esta cautela afigura-se-me nos conteúdos diversificados do conceito de "positivismo jurídico" antes, durante e após a Guerra, sempre apresentados como certezas inquestionáveis. Exemplos e demonstrações em LAAGE, *Die Auseinandersetzung um den Begriff des gesetzlichen Unrechts nach 1945* [A controvérsia em torno do conceito de ilícito legal após 1945], in: *KJ 1989*, 409ff.; Manfred WALTHER, *Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im "Dritten Reich" wehrlos gemacht?* [O positivismo jurídico tornou os juristas alemães indefesos no "III Reich"?], in: DREIER/SELLERT (Hrsg.), *Recht und Justiz im "Dritten Reich"*, 1989, S. 323ff. As discussões partem do famoso tratado de Gustav RADBRUCH sobre *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* [Ilícito jurídico e Direito supralegal] (SJZ 1946, 105ff, atualmente in: RADBRUCH, *Gesamtausgabe* [Obras completas] 3, *Rechtsphilosophie III*, 1990, S. 83ff.).

representações grandiloqüentes, porém falsas, é enorme. Em vez desta pretensão, melhor será ater-se ao que salta aos olhos e daí tentar prudentemente extrair algumas conclusões.

2. *Delatores e juizes*

Esta trilha modesta permite em todo o caso o exame de várias questões. Após o colapso da dominação nazista e o fim da Guerra, aflorou no campo do Direito Penal um problema de ordem prática que reclamava urgente solução. Este problema só era teoricamente solucionável por um caminho específico. O problema e sua elaboração teórica conduziram inevitavelmente ao clássico dilema do Direito (penal) durante e após os períodos de "ilícitos legais". Refiro-me ao problema, para usar uma expressão atual⁵, dos "delitos da velha ordem" e à impossibilidade de processá-los sem lançar mão de princípios jurídicos suprapositivos.

Depois da Guerra e dos nazistas, principalmente a práxis penal e a doutrina penal voltada para a Teoria do Estado e para a Filosofia do Direito descreveram esse dilema e procuraram uma saída⁶. O dilema cristalizou-se em sua forma mais pura em duas direções: a punibilidade dos delatores cujos informes expuseram os denunciados à violência estatal⁷ e a punibilidade dos juizes que aplicaram "leis injustas" então vigentes⁸.

A estrutura do problema é idêntica em ambos os casos. Quem não estiver disposto, pelas mais variadas razões, a reconhecer uma diferença entre lei (positiva) e Direito (justo), não consegue discutir o fenômeno, não consegue mesmo vislumbrar como a punibilidade possa ser fundamentada, não consegue sequer ver onde está o problema. Afinal, o delator e o juiz não fizeram mais que os funcionários da execução penal e os carrascos e "funcionários" dos campos de concentração na etapa subse-

5 Cf. SAMSON, Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Alttaten nach der Einigung Deutschlands [A elaboração penal dos delitos da velha ordem da RDA após a unificação da Alemanha], in: NJW 1991, 335ff.

6 Instrutivo a este respeito o número especial do SJZ de março de 1947, sobre Humanitätsverbrechen und ihre Bestrafung [crimes contra a humanidade e sua apenação] com contribuições de v. HODENBERG (113ff.), A. WIMMER (123ff.) e RADBRUCH (131ff.).

7 Paradigmático a propósito, decisão do OLG [Tribunal Superior Estadual] Dresden, SJZ 1947, 519, com observações de HENNEKA, 522 ("Zur Strafbarkeit der Denunziation als Verbrechen gegen die Menschlichkeit" ["Sobre a punibilidade da delação como crime contra a humanidade"]).

8 Paradigmático a este respeito, COING, Zur Frage der strafrechtlichen Haftung der Richter für die Anwendung naturrechtswidriger Gesetze [Acerca da responsabilidade penal dos juizes pela aplicação de leis contrárias ao Direito Natural], in: SJZ 1947, 61ff; o artigo discute o trabalho de RADBRUCH, Thesen zu gesetzlichem Unrecht und übergesetzlichem Recht [Teses sobre o ilícito legal e o Direito suprallegal], (SJZ 1946, 105).

qüente: simplesmente cumpriram a situação jurídica então vigente⁹. Se não há, além ou acima desta “situação jurídica”, nenhuma fonte do Direito, mas apenas “sentimentos” jurídicos, opiniões subjetivas ou convicções baseadas em fatos, então o problema jurídico dos delatores e juízes criminais fica “resolvido”, antes mesmo que ele possa teoricamente ser formulado.

Mas não somente o Direito Penal da República Federal da Alemanha — na prática em maior extensão que na teoria¹⁰ — ocupou-se da criminalidade violenta nacional-socialista por décadas. Também o Direito Constitucional viu-se obrigado a acercar-se do problema¹¹. Não obstante, as reflexões resultantes deste acercamento influenciaram o Direito Penal proporcionalmente menos¹² que a preocupação acerca de um Direito suprapositivo, cuja base e medida pudesse servir para uma crítica à legislação e à práxis jurídica nacional-socialistas, ou seja, a indagação exemplificada com a punibilidade dos juízes criminais e dos delatores. Nós a discutiremos a seguir sob o título de “renascença do Direito Natural”¹³, onde apontaremos vigorosas conseqüências no domínio do Direito Penal e ciências afins.

9 Evidentemente pode-se encontrar esta mesma estrutura de problema também hoje, no tocante à punibilidade dos espões da antiga RDA. A polêmica não se estabelece em torno da situação jurídica no âmbito de vigência do StGB [Código Penal da República Federal da Alemanha, que passou a reger toda a Alemanha após a unificação, com algumas ressalvas], isto é razoavelmente claro. O problema consiste mais em saber se é lícito corrigir uma situação jurídica com base em princípios supralegais e quais seriam estes princípios. Vale a pena observar as diferentes soluções adotadas pelo BGH [Supremo Tribunal Federal] e pelo KG [Tribunal Superior de Berlim] sobre a mesma controvérsia jurídica, uma em maio, outra em julho de 1991, JuS 1992, 81ff.

10 Mais detidamente a propósito, H. JÄGER, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität* [Crimes sob dominação totalitária. Estudos sobre a criminalidade violenta nacional-socialista], 2. Aufl. 1982.

11 Proeminente exemplo é a posterior supressão da prescrição para casos de homicídio qualificado e genocídio. A esse respeito, LÜDERSEN, *Politische Grenzen des Rechts — rechtliche Grenzen der Politik* [Fronteiras políticas do Direito — fronteiras jurídicas da Política], in: o mesmo, *Kriminalpolitik auf verschlungenen Wegen* [Política criminal em caminhos tortuosos], 1981, S. 143ff., assim como os seguintes artigos na ZRP de 1979: VOGEL (1), EYRICH (49), MAYHOFER (81), KLEIN, BAUMANN, LEWALD (145ff.).

12 Como se pode deduzir em JÄGER, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, a partir da própria seqüência da exposição, as influências mencionadas estendem-se substancialmente aos seguintes campos: autoria e participação, obediência hierárquica, consciência da antijuridicidade, punibilidade do genocídio e de atos preparatórios para a guerra.

13 Esta designação adequa-se a todos os ramos do Direito (inclusive o Penal) com maior ou menor propriedade. Seu estudo sistemático é objeto da Filosofia do Direito, onde maiores pormenores poderão ser consultados, como por exemplo na obra de U. NEUMANN.

3. Renascença do Direito Natural

Sempre que “reavivamento”, “retorno” ou “renascença” do Direito Natural daqueles tempos são hoje comentados numa escala que vai do azedume ao deboche, simplifica-se o fenômeno e perde-se de vista a situação ideológica do pós-Guerra. É certo que a pretensão a uma segurança supra-positiva produziu precisamente na seara do Direito Penal um tipo de fundamentação jurídica absolutamente inconcebível e inaceitável numa sociedade secular, porquanto impede prematuramente uma crítica objetiva da matéria. Sobretudo o malsinado 6.º volume do repertório de decisões do BGH (Supremo Tribunal Federal) em matéria penal oferece um manancial de exemplos contendo este tipo de fundamentação¹⁴.

Todavia, é preciso desde logo levar em consideração o fato singelo de que, em 1954, quando os acórdãos foram proferidos, a situação ideológica da Alemanha Ocidental era completamente diversa da dos fins dos anos 40. Na verdade, os julgados da Grande Câmara do Tribunal, tão profusamente citados, não documentam a desesperada busca de um fundamento normativo supra-positivo capaz de negar validade ao ilícito manifestado sob a forma de leis positivas com argumentos teoricamente aceitáveis¹⁵. Mais apropriadamente, eles documentam o mofo normativo dos anos 50: uma atitude de dominação ignorante, do ponto de vista da Teoria do Conhecimento, ingênua, do ponto de vista da Filosofia dos Valores, e insensível, em relação a avaliações inovadoras ou desconhecidas.

Após a Guerra e os nazistas, outras exigências mais imediatas foram dirigidas à Filosofia do Direito e ao Direito Penal¹⁶. Abstraindo-se, por

14 Refiro-me às duas decisões sobre a punibilidade do lenocínio (BGHSt 6, 48) e da participação na tentativa de suicídio de outrem (147). Ambas foram proferidas pelo Großen Senat [Grande Câmara] do Supremo Tribunal Federal e lidam com filigranas do problema com uma certa brutalidade. Em especial a “Lei Moral”, que a ordem jurídica normativamente incorpora em estrutura e feição de lei (e cujo conteúdo, aparentemente, era facilmente acessível ao colegiado julgador), serviu de fundamentação simplista aos dois acórdãos condenatórios, senão vejamos: “A ordem moral quer que as relações entre os sexos se realizem basicamente em forma monogâmica, porque o sentido e o efeito destas relações são os filhos” (53). “Já que a Lei Moral enfaticamente desaprova o suicídio — salvo, talvez, extremas exceções —, e já que ninguém pode, autonomamente, dispor de sua própria vida e dar-se a morte, também não pode o Direito reconhecer que a obrigação de ajuda do terceiro seja menos relevante que a vontade moralmente reprovável do suicida de morrer” (153).

15 Para uma abordagem sucinta e crítica da jurisprudência fundada em argumentações jusnaturalistas, RUPING, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 1981, S. 111ff.

16 Pormenores em Arthur KAUFMANN, Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre — und was daraus geworden ist [A renascença do Direito Natural dos anos do pós-Guerra — e o que dela restou], in: Festschrift für Gagnér, 1991, S. 105ff.

um momento, a tarefa de se encontrar bases de ação e de avaliação que pudessem ser adotadas após o nazismo e não renegassem as experiências vividas em doze anos — e nesta tarefa se empenharam todos¹⁷ —, defrontaram-se os juristas, sobretudo os penalistas, com um problema urgente e incontornável de Direito Natural: os delatores não haviam mentido, os juizes haviam aplicado as leis formalmente vigentes *lege artis*, mas o resultado obtido exibia um verdadeiro escárnio, diante da mais despretenciosa aceção de proporcionalidade, lealdade ou dignidade humana.

*Veja-se o mesmo problema por um outro lado, a conduta dos juizes: se é justificável¹⁸ que somente a decisão judicial frontalmente desvirtuada da interpretação jurídica geralmente acatada (justa?) possa materializar a interdição de prevaricação definida no § 336 * do StGB — pois do contrário a independência do juiz não seria preservada —; se é justificável¹⁹ que o § 336 do StGB atue para o juiz como um sucedâneo de outras figuras penais de algum modo relacionadas com a respectiva sentença judicial — pois do contrário a independência do juiz ver-se-ia corroída diante de hipóteses como homicídio qualificado, lesões corporais ou cárcere privado —, então, o resultado insuportável²⁰ é que a justiça penal, afinal de contas, absolve-se a si mesma de sua participação criminosa no terror nazista.*

Por conseguinte, a inclusão do Direito Penal para certas jusnaturalistas, tanto na doutrina quanto na práxis, foi não apenas compreensível no período após 1945 como também quase que inevitável. Sem uma base normativa para além das leis positivas não era então possível nem uma nova orientação geral jurídico-penal nem o surgimento de uma judicatura com um mínimo de dignidade.

Numa outra abordagem do problema, surge naturalmente a questão do grau de intensidade, fundamentalidade, certeza e abstração com que

17 Isto pode ser bem percebido na vida e no pensamento de Gustav RADBRUCH nesta época. Suas concepções políticas, práxis diária, teoria do conhecimento e filosofia de vida são cuidadosamente descritas por Arthur KAUFMANN, Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat, 1987, S. 147-167.

18 Argumentação e justificativas em BGHTt 10, 294 (298ff.).

* N. do T.: § 336 StGB: *um juiz de direito, um outro servidor público ou um juiz arbitral que, na condução ou na decisão de uma causa, praticar uma violação de direito em benefício ou em prejuízo de uma das partes será condenado com pena privativa da liberdade de um a cinco anos.*

19 Limites de aplicação deste princípio em BGHSt 2, 173 (175ff.), acórdão de 12-2-52.

20 Crítica, com fundamentos adicionais em BEMMANN, *Über die strafrechtliche Verantwortung des Richters* [Acerca da responsabilidade penal do juiz], in: *Gedächtnisschrift für Radbruch*, 1968, S. 308ff; SPENDEL, in: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 10. Aufl. (1982), § 336 Rdnrn 79ff.; Rdnrn. 92f. sobre o caso do juiz vogal do Tribunal do Povo, Rehse.

as normas suprapositivas devam apresentar-se²¹, a fim de cumprir as tarefas mencionadas satisfatoriamente. Neste ponto é de Justiça formular-se as seguintes críticas: as ciências penais de orientação jusfilosófica do pós-Guerra²² voaram normativamente alto demais, seu modo de afirmação do Direito suprapositivo foi excessivamente enfático, ao passo que suas dúvidas no campo da teoria do conhecimento eram excessivamente superficiais. Além do mais, concentraram-se demasiadamente no estudo do Direito Penal material, em detrimento do processo penal e da prática cotidiana da elaboração de leis penais, da imposição e execução de penas. Sobretudo, pode-se asseverar que o debate em torno dos ilícitos penais da era nazista foi, nestes anos, estruturado em termos muito abstratos e normativos, portanto estreitos. Só muito mais tarde o debate começou a abordar sistematicamente fatos concretos e relacioná-los com a ordem jurídica penal da era nazista: a realidade do processo penal e de outros procedimentos que, em situações determinadas, faticamente tomavam o seu lugar; a execução penal, números e estruturas das condenações, jurisdição penal, polícia, instâncias não-estatais de controle, etc.²³.

4. *Concepção hermética*

O caminho seguido pelas ciências penais no período após a Guerra e após os nazistas teve conseqüências que em breve seriam percebidas. Duas delas foram particularmente marcantes, a saber, o desinteresse pelos efeitos práticos das opções dogmático-penais, especialmente no campo da política criminal, e a tendência de formular enunciados normativos com a pretensão de solidez e de delimitação hermética.

Geralmente se aponta como passo decisivo rumo a um Direito Penal nacional-socialista²⁴ o Congresso da Seção Alemã da Associação Criminalística Internacional, realizado entre 12 e 13 de setembro de 1932, em Frankfurt am Main. Neste conclave deveria ser discutido o "prossegui-

21 Orientações sobre estas variantes em ELLSCHEID, *Das Naturrechtsproblem. Eine systematische Orientierung*, in: KAUFMANN/HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart* [Introdução à Filosofia e à Teoria do Direito contemporâneas], 5. Aufl. (1989), S. 189ff., 203ff.

22 Demonstração exaustiva da assertiva na bibliografia por mim elaborada sobre os seguintes temas: ontologia jurídica, natureza das coisas, estruturas lógico-objetivas, fenomenologia e Direito, Filosofia existencialista e Direito; in: Arthur KAUFMANN (Hrsg.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, 1965, S. 664ff.

23 A propósito e agora, WERLE, *Justizstrafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich* [Direito Penal judiciário e combate policial ao crime no III Reich], 1989, especialmente S. 481ff. (sobre as formas de combate policial ao crime); SCHREIBER, *Zur Strafgesetzgebung im "Dritten Reich"* [Sobre a elaboração de leis penais] (151); RÜPING, *Zur Praxis der Strafjustiz im "Dritten Reich"* [Sobre a prática da justiça penal] (194), todos in: DREIER/SELLERT (Hrsg.), *Recht und Justiz*, páginas indicadas.

24 Entre outros, Eb. SCHMIDT, *Einführung*, §§ 345ff.

mento da reforma do Direito Penal”, com o objetivo de consolidar as tendências liberais, sociais e ciosas do Estado de Direito, então correntes. No entanto, esta consolidação só foi possível seguida do seguinte arrasador aditamento: “sem prejuízo do reconhecimento da influência de novas correntes de pensamento e de significativas alterações em relação às forças políticas”. Porém, pelo menos se podia observar — e é isto que interessa agora — que a política criminal e os seus fundamentos eram o objeto declarado dos debates.

Isto mudou depois. A Seção Alemã da mencionada associação não se reuniu mais, e a política criminal, assim como outras esferas da real praxis jurídico-penal, nunca mais foram tema de interesse das ciências penais. NAUCKE mostrou com detalhes²⁵, trazendo como exemplo o volume *Festschrift für KOHLRAUSCH 1944*, como as ciências penais da época se recolheram ao interior de fundamentações teóricas, fechando os olhos ao que ocorria ao seu redor. Como se verá logo a seguir, esta inclinação não se reverteu imediatamente após a queda do nazismo.

Também o modo axiomático com o qual as ciências penais revestiram seus enunciados não deixou de produzir seus efeitos. Anteriormente, a Filosofia do Direito que se seguira a KANT, no período da República de Weimar e em sintonia com o espírito da época, já manifestava ceticismo frente a enunciados normativos, com o que suscitou uma preocupação e uma sensibilidade para questões da Teoria do Conhecimento, criando assim um antídoto contra uma propaganda massiva, seja por valores “novos” ou “eternos”²⁶, que logo a seguir seria deflagrada. Sucede porém o dilema “ilícito legal” e “Direito supralegal” que exigia formulação mais enfática dos enunciados e levava a fundamentações de cunho jusnaturalista. Ceticismo e sensibilidade revelaram-se receitas muito fracas para o manuseio normativo do terror em forma de lei. Era necessário um equipamento argumentativo poderoso, que pudesse normativamente suplantar as leis. Logo após a Guerra, os Tribunais careciam urgentemente deste equipamento, pouco lhes importando onde o conseguiriam.

Enunciados jusnaturalistas, nas horas de aperto normativo, podem ser extremamente úteis, pelo menos nos resultados; empregados como dotação normal da justiça penal ou do Direito Penal, seus efeitos são devastadores, pois eles:

— se distanciam não apenas da crítica e do controle (pilares de uma organização judiciária no Estado de Direito), mas também de modos alternativos de decidir ou de fundamentar;

²⁵ NAUCKE, Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis [Sobre as relações entre a ciência e a prática do Direito Penal], in *ZStW* 85 (1973), 399ff., 404ff.

²⁶ Considero paradigmático o ensaio de RADBRUCH, Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, in: o mesmo, *Gesamtausgabe* 3, S. 17ff.

— impedem uma participação democraticamente organizada dos indivíduos afetados na realização das normas jurídicas de toda natureza;

— propagam um clima de dedução normativa; e

— restringem a influência sobre o surgimento e desenvolvimento do Direito aos especialistas.

Também esta característica das ciências penais contemporâneas tem resistido ao tempo.

II. *Dogmática abstrata*

1. *Argumentação hermética*

Concentração em questões fundamentais do Direito Penal material, pouca atenção à organização jurídica e fática do processo, à política criminal real e a suas conseqüências — eis algumas das estratégias, como se pode supor, de desviar a atenção. A controvérsia em torno do nazismo era deste modo transposta para as elevadas esferas dos juízos de valor e assim se livrava de defrontar-se com detalhes sujos, ou pelo menos não precisava falar sobre eles.

O revestimento de enunciados normativos com certezas jusnaturalistas não sobreviveu apenas como um meio de combater o ilícito sob a forma de lei; tornou-se também uma armadura poderosa. Quem conseguisse entrar em campo com esta armadura tinha pouco a temer no tocante à controvérsia e podia contar que suas afirmações não seriam (tão depressa) desmentidas pelo mutável espírito da época. O distanciamento da historicidade e de condicionantes de tempo e espaço é uma marca específica e tradicional da fundamentação jusnaturalista de normas.

A concentração em argumentações normativas e o revestimento jusnaturalista dos enunciados certamente não foram uma especificidade apenas da discussão penal que se seguiu imediatamente a 1945. As mesmas características estiveram presentes também na discussão penal da etapa subsequente, quando a criminalidade nazista já deixou de ser seu tema ou tarefa principal. Esta etapa teve uma outra coloração. Ela alcançou, segundo alguns²⁷, o clímax do requinte e refinamento dogmático-penal,

27 Abordagem crítica da matéria, mas reconhecendo o elevado nível técnico que o finalismo trouxe às discussões teóricas básicas do Direito Penal: ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, in: o mesmo, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme* [Problemas fundamentais do Direito Penal, com tradução em português], 1973, S. 73ff.; o próprio WELZEL, não tinha confiança incondicional em sua teoria, como se vê mais ou menos em seu trabalho, *Un die finale Handlungslehre*, 1949, S. 30f.

que, no plano teórico²⁸, culminou na teoria finalista da ação²⁹ (*infra*, n.º 2) e nas controvérsias a seu respeito³⁰ (*infra*, 3), e, no plano político-criminal, esgotou-se no célebre projeto “E 1962”³¹ (*infra*, 4).

2. A teoria finalista da ação

Evidentemente, a teoria finalista da ação (assim como na verdade toda a Dogmática penal dos inícios da República Federal da Alemanha, mas aqui mais acentuadamente) tem muito a ver com o ideário nazista³². Isto é bastante compreensível, já que as bases desta teoria remontam aos anos 30 e também ela sofreu os influxos ideológicos do tempo em que se desenvolveu. Ainda que esteja totalmente excluído que a teoria finalista da ação tenha estimulado o nazismo ou engrossado o coro das escolas antiliberais da era nazista³³, resta incontroverso que a acepção pessoal de ação e de antijuridicidade, como cerne do pensamento penal finalístico³⁴, encontrava um correspondente contemporâneo, se bem que distorcido, no “Direito Penal da vontade”, elaborado pelo pensamento penal nazista³⁵.

A teoria finalista da ação entrou em campo desde o início com grande auto-estima e poderosa argumentação. Ela ambicionava nada menos que elevar as ciências penais ao nível da Filosofia e Antropologia contempo-

28 Divergente em vários aspectos sobre a matéria, mas com argumentação similar, WURTENBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 1957, 2. Aufl. (1959). Continuando na mesma senda desta obra, agora, MÜLLER/DIETZ, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft nach 1945* [A situação teórica do Direito Penal alemão após 1945], in: GA 1992, 99ff.

29 Acerca da qualificação que o finalismo se atribui, como uma “época de edificação de um sistema do Direito Penal”, B. SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, in: o mesmo (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, S. 34ff.

30 Sobre o posterior fim desta etapa, SCHMIDTHAUSER, *Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden?* [O que sobrou da teoria finalista da ação?], in: JZ 1986, 109ff.

31 Entwurf eines Strafgesetzbuches v. [Projeto de um Código Penal] de 4-10-1962, BT-Dr. IV/650.

32 Cf. FROMMEL, *Welzels finale Handlungslehre. Eine konservative Antwort auf das nationalsozialistische Willensstrafrecht* [A teoria finalista de Welzel. Uma resposta conservadora ao Direito Penal da vontade do nacional-socialismo], in: REIFNER/SONNEN (Hrsg.), *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich* [Justiça penal e polícia no III Reich], 1984, S. 86ff.

33 Substancial acerca destas questões, MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre* [A campanha contra o Direito Penal liberal. Um estudo sobre o antiliberalismo nas ciências penais dos anos vinte e trinta], 1974, principalmente 76ff., 167ff.

34 Detalhes nitidamente apontados em MAURACH/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil* 1, 7. Aufl. (1987), § 16 II B1.

35 Assim também, SCHMIDTHAUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2. Aufl. (1975), Rdnr. 7/14.

râneas e ao mesmo tempo perenizar esta posição. De uma certa forma, ela acabou conseguindo seu intento ³⁶.

O adversário com o qual a teoria finalista se defrontou estava decerto despreparado no campo que o finalismo elegeu como decisivo. A teoria até então existente, prontamente rotulada de "causal", tinha-se ocupado pouco das questões agora convertidas em essenciais. Ela havia ordenado e sistematicamente pensado, analisado, classificado e harmonizado seu objeto e produzira um sistema de enunciados complexo e fungível no seu conjunto, o qual porém pecava por não ser consciente de si e, portanto, não conseguir autojustificar-se. Mediante indagações sobre os fundamentos básicos, os alicerces "reais" do seu sistema, a teoria tradicional via-se facilmente em apuros, sim, acabou mesmo em ridículo.

É certo que, sobretudo na assim chamada "polêmica das escolas penais", na virada do século, muito já se debatera sobre os justos fins das penas, inclusive com o emprego de teoremas filosóficos inspirados nas ciências da natureza ³⁷. Não menos certo é que Franz von LISZT, em seu "Programa de Marburgo" ³⁸, já esboçara os contornos de uma "ciência penal total" e com isto já teria abordado o sistema jurídico-penal de fora. Certo é também que os neo-kantianos e os neo-hegelianos tentaram emprestar ao Direito Penal suas próprias tradições filosóficas ³⁹. Tudo isto, porém, diante das pretensões da teoria finalista, não passava de meros estilhaços.

O finalismo entrou na arena com um saber homogêneo sobre nada menos que o núcleo do Direito Penal — ação, antijuridicidade e culpa —, trazendo a firme convicção de que este saber se assentava sobre o Ser ⁴⁰. Nada de tradições ou opiniões, e sim "estruturas objetivas" (baseadas na "natureza das coisas" ou argumentos semelhantes), era a divisa, que, assim,

³⁶ Exposição sucinta em JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. (1988), § 22, V, 2-6.

³⁷ Discussão e fundamentação em 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, principalmente 42ff.

³⁸ Von LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* [A idéia de finalidade no Direito Penal], in: *ZStW* 3 (1983), 1ff; a este respeito, NAUCKE, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms*, in: *ZStW* 94 (1982), 525ff.

³⁹ Um bom exemplo é a tese de cátedra de RADBRUCH de 1904: *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik* [A idéia de ação e seu significado para o sistema do Direito Penal. Ao mesmo tempo, uma contribuição para a sistemática das ciências penais]. Sobre este trabalho e suas relações com a teoria finalista da ação, Arthur KAULPMANN na reedição de 1967, S. VIIIff.

⁴⁰ Levado a este ponto no manual de WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. (1969), § 8 I, II.

conferia ao finalismo a convicção da retidão da teoria penal. Os fundamentos do Direito penal não deveriam ser objeto do "achar" ou do convencional de cada um, e sim o resultado de cuidadosa observação científica (isto é, inacessível à cegueira científica). O legislador não tinha a prerrogativa de deliberar sobre o regramento justo, podia apenas acolhê-lo ou rejeitá-lo, encontrá-lo ou perdê-lo. Esta certeza metódica dos finalistas não se restringiu a questões fundamentais, que pela sua generalidade não fossem vinculantes, mas estendeu-se por minúcias como a localização do dolo na estrutura do crime, as relações da autoria com a participação⁴¹ e a omissão imprópria⁴².

Contra esta teoria não germinou nenhuma erva dogmática, mas apenas metodológica, e isto teve conseqüências palpáveis logo a seguir.

Qualquer opinião divergente acerca de ação, antijuridicidade, participação, dolo ou omissão não representava objeção séria, enquanto não fosse também guarnecida com certezas jusnaturalistas, "objetivas". Portanto, uma teoria que apenas divergisse das teses finalistas perdia, pelo só fato de divergir, qualquer possibilidade de receber atenção acadêmica e legislativa, e de gerar efeitos práticos na jurisdição penal, porque seu modo de argumentar se afigurava demasiado frágil. Uma ciência do Direito Penal, um legislador ou um órgão jurisdicional que estivessem habituados a converter verdades objetivas, fundadas no Ser, em pensamentos e ações concretas, não se deixariam impressionar, no exercício de tal atividade, por uma crítica que contestasse o conteúdo intrínseco destas verdades, sem oferecer um outro fundamento igualmente objetivo (qualquer que fosse sua motivação). Do ponto de vista metodológico, o finalismo, na seqüência da redescoberta do Direito Natural, acabou por estragar a vitória.

3. Dogmática e metodologia

Contra o finalismo não surgiu nenhuma teoria penal igualmente munida de armadura jusnaturalista. Sobre as razões para isto pode-se apenas especular. Uma hipótese poderia ser a de que os potenciais críticos tivessem em tão alta consideração a nítida separação entre ser e dever ser, de importância secundária para o finalismo. Daí, esses críticos não desejavam seguir o caminho filosófico da "lógica das coisas" ou da "natureza das coisas" para combater o finalismo. Também poderia ter tido alguma relevância o fato de que o finalismo já havia ocupado inteiramente o campo da

⁴¹ "Quem quiser normatizar a ação deve atentar à sua estrutura ontológica. A estrutura da ação humana finalista, nela compreendida a função do dolo, não pode ser modificada sequer pelo legislador, que, caso queira normatizá-la, deve observar suas características intrínsecas, sob pena de errar o alvo da normatização pretendida." (WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* [Direito Natural e justiça material], 1951, S. 197).

⁴² Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, etwa S. 177f.

“lógica das coisas”, de modo que, a um crítico que quisesse combater em pé de igualdade, só restavam opções metodológicas, e não dogmáticas: ou se destroçava o finalismo em seu próprio modo de argumentar, ou se edificava um modo de argumentação igualmente poderoso. Ambas estas opções requerem uma certa fadiga filosófica a que as teorias penais de então não se achavam dispostas ⁴³.

Portanto, as oposições ao finalismo mais promissoras situavam-se no plano metodológico. Elas não chegavam, por isto mesmo, a ser muito convincentes e afinal não tiveram o êxito esperado. Dois trabalhos são a este respeito paradigmáticos.

STRATENWERTH, um dos discípulos de WELZEL com evidente distanciamento de suas concepções, abordou em 1957 o problema da “natureza das coisas”. A despeito do título do trabalho, este ocupou-se na verdade do teorema das “estruturas lógico-objetivas” ⁴⁴. Ao contrário de outros finalistas, que demonstraram notável indiferença por problemas metodológicos, neste trabalho o autor procurou estabelecer nítidas distinções entre realidades dadas e sua valorização, de maneira que, da base “lógica” do Direito Penal pouco mais restou do que uma pálida “alusão ao ser humano como pessoa”, isto é, como foco de valorização ⁴⁵. Convenhamos que este não era um bom começo, porque quase todas as concepções dogmáticas se ajustavam a enunciados semelhantes.

A ENGISCH coube, em 1961, no curso de uma polêmica metodológica principalmente com o finalismo, mas também com STRATENWERTH, formular a única e decisiva questão: “Onde termina a estrutura do Ser e onde se insere o foco da valorização? Quais são os critérios, com base nos quais, nós podemos decidir se e o que, na constatação da “natureza pessoal” do ser humano, deve ser creditado na conta da realidade pré-existente ou na conta da valorização jurídica?” ⁴⁶. No entanto, ele acusou STRATENWERTH de hesitação no acolhimento de dados ontológicos ⁴⁷.

Em suma, a crítica metodológica não atingiu frontalmente os alicerces do finalismo e, por conseguinte, não abalou seus teoremas dogmáticos. Ainda hoje não se tem por definido qual o *status* metodológico que deve ser atribuído às formulações dogmáticas da teoria finalista: se, para dar um exemplo, a localização do dolo é disposta na estrutura do crime devido

⁴³ Bem nítido em HIRSCH, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zu Köln, 1988, S. 399ff.

⁴⁴ STRATENWERTH, Das rechtstheoretische Problem der “Natur der Sache”, 1957.

⁴⁵ Idem, principalmente S. 17ff.

⁴⁶ ENGISCH, Zur “Natur der Sache” im Strafrecht. Ein Diskussionsbeitrag, apud KAULFMANN (Hrsg.), Die ontologische Begründung etc., S. 216.

⁴⁷ Idem, S. 212ff., 216ff.

à natureza (humana), ou se é sugerida apenas em decorrência de quaisquer razões de conveniência; se a pessoalidade da teoria da antijuridicidade se deve a algum espírito da época, ou se decorre de alguma idéia de justiça atemporal. Estas são lacunas dolorosas para um interesse filosófico nas ciências penais. O fim da teoria finalista e de seus êmulos ocorreu⁴⁸ do modo como Thomas KUHN descreveu o "impulso revolucionário" nas descobertas e avanços científicos⁴⁹: Seus teoremas dogmáticos — quando não foram de algum modo acolhidos — e sua metodologia não foram refutados, mas apenas esquecidos, e o fio da discussão prosseguiu em outros domínios e de outras formas⁵⁰.

4. Política criminal academicista

Os traços marcantes desta etapa, nomeadamente a concentração em fundamentos práticos da disciplina e a inclinação para a solidificação hermética dos enunciados científicos, constituíram-se num veneno para qualquer relevância político-criminal desse tipo de ciência penal: Política criminal exige não tanto concentração nos fundamentos teóricos, mas muito mais a sensibilidade para uma "ciência penal total", aí compreendidos os dados empíricos da realidade sancionatória ou do desenvolvimento e controle sobre as condutas desviantes, aí compreendido também o interesse por modalidades novas ou alternativas de sanção, pela ação conjunta do Direito e processo penal, pela integração de Direito Penal, Direito trabalhista e previdenciário, política habitacional, políticas da juventude e da saúde pública. Para isto a Dogmática academicista encontrava-se pessimamente equipada. Mais devastador para um engajamento político-criminal seria ainda a inclinação para o endurecimento e a pre-

48 Com mais pormenores e sob um ângulo de visão sociológico a este respeito, minha *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl. (1990), S. 226ff.

49 KUHN, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 1967, *passim*. Uma objeção a esta abordagem no domínio da Criminologia encontra-se em KECKEISEN, *Die gesellschaftliche Definition abweichenden Verhaltens. Perspektiven und Grenzen des labeling approach [A definição social de conduta desviante. Perspectivas e limites do labeling approach]*, 1974, principalmente S. 15ff.; a propósito, W. HASSEMER, *Kriminalsoziologische Paradigmata*, in: JZ 1976, 164ff.

50 É moda desde há algum tempo invocar o modelo de KUHN diante da constatação de qualquer mudança no campo das ciências para se diagnosticar uma "mudança de paradigma", e, aqueles que assim procedem, não raro precipitam-se a proclamar sua descoberta. Por isto, deve ficar bem claro aqui que a questão, de se a passagem de uma Dogmática abstrata para uma teoria penal voltada para as consequências (*infra*, III) revelou uma mudança de paradigma ou algo menos espetacular, apresenta uma importância secundária, tendo em vista as dificuldades de se submeter os desenvolvimentos das ciências penais desses tempos a um tipo de ciência determinado. Portanto, a referência a KUHN atesta não tanto uma mudança de paradigma, mas apenas a observação por ele registrada, segundo a qual as ciências superam seus modelos de explicação e de argumentação menos pela via da refutação que pela via do esquecimento, e que esta observação se aplica também às ciências penais e, particularmente, ao finalismo.

tensão à imutabilidade dos enunciados normativos. Afinal, a política criminal, como qualquer outra política, baseia-se na capacidade e disposição de compromisso entre os contendores; o impasse surge inevitavelmente e insuperável frente a convicções baseadas no Ser, na “essência imutável das coisas”.

Não obstante, a etapa da Dogmática abstrata foi intensivamente submetida a experimentos político-criminais, com uma significativa participação de juristas penalistas⁵¹, e com resultados que apenas corresponderam aos receios. Pode-se afirmar que foram sobretudo estes resultados que difundiram a impressão de que a era da Dogmática abstrata nas ciências penais se aproximava de seu fim.

Os empenhos para uma reforma do StGB (Código Penal) começaram tão logo ele entrou em vigor. A República de Weimar produziu por certo alguns anteprojetos avançados, mas não teve a força e o tempo necessários para convertê-los em lei. A política criminal dos nazistas concentrou-se menos em mudanças legislativas que fáticas. Já na República Federal da Alemanha, a fase decisiva e resoluta na direção de uma reforma tornou-se visível a partir de 1954. A partir de então (e até 1959) passou a reunir-se a Grande Comissão Penal, composta de profissionais da prática e sobretudo dos mais renomados penalistas do momento. As sucessivas publicações dos relatórios das discussões, sob a forma de “minutas”, fez com que os debates se tornassem acessíveis e eficazes entre os interessados. Neste mesmo ano foram publicados os sete volumes dos “Anais da Reforma do Direito Penal”⁵²; em 1956, 1959 e 1960 surgiram os anteprojetos parciais de um novo StGB que, afinal, convergiram no já mencionado “E 1962”. Todo este movimento foi acompanhado e preparado por discussões dos professores de disciplinas penais em seus congressos, de 1957, 1959 e 1961.

Do ponto de vista das ciências penais, o marco divisor situa-se entre o Congresso dos professores realizado em Saarbrücken, em 1963, e o realizado em Hamburgo, em 1964. Em 1963 deliberaram eles a realização de um congresso extraordinário em 1964, para uma exaustiva discussão do “E 1962”, quando então, através da crítica visceral ao tipo de política criminal vigente, desenhou-se no horizonte a nova etapa das ciências penais alemãs⁵³. Na mesma ocasião, constituiu-se um grupo de jovens

51 Visão sucinta em BAUMANN/WEBER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, 9. Aufl. (1985), § 5, II, 4.

52 Conteúdo essencial: pareceres dos professores de matérias penais sobre problemas de Parte Geral e Especial, Direito comparado, projetos de Direito Penal e de execução penal do tempo da República de Weimar.

53 O primeiro Congresso de professores de matérias penais em que participel foi o de Hamburgo, em 1964. Em nenhum outro momento vivenciei uma tão clara diferença entre duas situações (e gerações).

professores de disciplinas penais que, a partir de 1966, com a publicação de vários volumes de "Projetos Alternativos", formularam uma concepção moderna do Direito Penal na teoria e na prática, manifestada em várias sugestões legislativas e fundamentações doutrinárias⁵⁴.

III. Teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências

1. Política criminal voltada para as conseqüências

A crítica que, a partir de 1964, massivamente se exerceu sobre o "E 1962"⁵⁵ aponta — com maior concentração na política criminal — tanto a *Dogmática abstrata* e academicista do passado como os fundamentos da nova etapa. O citado projeto trouxe o Direito Penal ao ponto culminante do espírito da época:

— criminalização ampla e abrangente, no interesse da integridade do sistema, com ênfase na proteção do Estado e da "moralidade";

— elaboração teórica concentrada nas condições da punibilidade, principalmente na Parte Geral, em detrimento dos efeitos do Direito Penal (*penas e medidas de segurança*);

— favorecimento dos tradicionais fins da pena de retribuição e prevenção por intimidação.

Os *novos tons*⁵⁶ soavam muito diferentes. Pense-se no caráter fragmentário do Direito Penal e sobretudo no princípio da proteção de bens jurídicos: antes lacunas do que criminalização excessiva e, pelo menos, nenhuma ameaça de pena sem demonstração sólida da necessidade de proteção penal de um interesse humano ameaçado. Com base nestes princípios, eliminava-se do Direito Penal sobretudo a segurança do Estado, o aborto e os comportamentos sexuais; posteriormente, o corte se estenderia ao cha-

54 Esta virada é bastante clara em ROXIN, Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, in: ZStW 81 (1969), 613ff.; uma proveitosa comparação com análogo desenvolvimento na Austria pode ser buscada em STANGL, Die neue Gerechtigkeit. Strafrechtsreform in Österreich 1954-1975, 1985.

55 Paradigmáticos os dois livros de bolso (também esta forma de publicação não foi casual) organizados por Jürgen BAUMANN, Programm für ein neues Strafgesetzbuch, 1966, e *Mißlingt die Strafrechtsreform?* [Fracassa a reforma penal?], 1969. Interessante notar que, em 1966, a Parte Especial foi objeto de apenas um entre doze trabalhos, enquanto que, em 1969, ela foi o tema de um terço deles.

56 "Novo" aqui, naturalmente apenas em relação à etapa anterior. Não apenas no domínio penal, mas também nele, os novos tempos reportavam-se a modelos anteriores — certamente a modelos mais "corretos": aos teóricos de uma ciência penal total, de uma Filosofia cética, de uma execução penal centrada na prevenção especial e de face humana.

mado Direito Penal da bagatela⁵⁷. A teoria da justa retribuição era apontada como anacrônica e, em seu lugar, entrava um direito sancionatório voltado à prevenção especial, com novas respostas ao fenômeno da criminalidade: humanas, criativas e eficientes. Alterava-se a reflexão penal de uma ênfase no *input* para uma ênfase no *output*⁵⁸; de uma justificação do Direito Penal fundada em abstração e sistema para uma justificação pelos efeitos que possa produzir.

Isto não valia para todos os “jovens” penalistas na mesma medida, não valeu tudo de uma vez só e não valeu na pureza aqui apresentada⁵⁹. Mas serviu para dar o tom mais marcante do alinhamento e da orientação da *scientific community* do tempo. Assim, pelo menos a partir da metade da década de 60,

— fundamentações sistêmicas no discurso jurídico-penal não mais valiam como verdades inquestionáveis,

— sanções e execução penal converteram-se em objetos centrais da reflexão penal,

— uma consistente teoria da política criminal começou a desenvolver-se,

— a Criminologia e outras ciências sociais penalmente relevantes estabeleceram-se na teoria e no ensino como objeto de crescente atenção, e

— o empirismo teve acesso às fundamentações jurídico-penais.

2. Crítica do Direito penal

Não somente as ciências penais, mas particularmente elas, viram-se expostas nesses anos a fortes pressões de legitimação e mudança. Muito antes do ano “mágico” de 1968, já se anunciavam e delineavam tendências na sociedade da República Federal da Alemanha, conforme já assinalamos com relação ao Direito Penal. Estas tendências conferiram um

57 Projeto de lei contra o furto de lojas, em sintonia com o Projeto Alternativo de Código Penal, apresentado por um grupo de trabalho de professores de disciplinas penais alemães e suíços, 1974; discutido no 51º Congresso alemão de juristas, 1976 (pareceres de NAUCKE e DEUTSCH).

58 Acerca destes conceitos e de seu objeto, LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, S. 25ff., 58ff.; mais pormenorizado sobre o sistema do Direito Penal, meu trabalho *Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze* [Sobre a consideração das conseqüências na interpretação da lei penal], in: *Festschr. f. Coing*, 1982, I, S. 493ff., 498ff.

59 As divergências podem ser muito bem apreciadas, inclusive nas formulações, na polémica em torno do aborto. O AE [Projeto Alternativo] propôs aqui uma solução majoritária e outra minoritária: AE-BT, *Straftaten gegen die Person*, 1. Halbband, 1970, S. 25ff., 35ff.

novo tom às bases da chamada "Era Adenauer"⁶⁰. O sistema penal viu-se empurrado para o centro do interesse político e social, onde se apresentava sob o estigma do exercício da dominação e da imposição de sofrimento⁶¹: espontaneísta, desigual, desdenhoso do ser humano, cruel, ineficaz para a prevenção, estabilizador da dominação.

A visceral crítica do Direito Penal nos anos 60 e 70 concentrou-se principalmente em dois pontos e os fustigou impiedosamente. (Logo a seguir, tornou-se evidente quão mal preparados estavam os penalistas para este tipo de crítica, sobretudo nas salas de aula das faculdades de Direito, onde ela se manifestava da forma mais ferina; as explicações e fundamentações de que os professores lançavam mão já não impressionavam mais os estudantes críticos.) Esta crítica desmascarou seu objeto em duas direções: que o Direito Penal não podia invocar a seu favor, quer a aplicação e execução de leis genéricas, quer a produção de ordem ou justiça, ao contrário, o Direito Penal constituía-se na verdade em um instrumento clandestino a serviço de necessidades ou desejos, individuais ou sociais, de dominação ou punição.

A primeira variante da crítica formulou-se negativamente e buscou sua fundamentação em argumentações das ciências sociais e da teoria da interpretação; com isto, pretendia ela arrancar a máscara da face do sistema⁶². A segunda variante formulou-se afirmativamente e buscou sua fundamentação preferentemente em argumentações psicológicas, psicoanalíticas e analíticas; com isto pretendia mostrar a verdadeira cara do sistema⁶³.

Como quer que ela seja avaliada, esta crítica preencheu uma condição que até o momento só fora realizada em rudimentos ou fatias: ela partiu

60 H. RUDOLF, Mehr als Stagnation und Revolte. Zur politischen Kultur der sechziger Jahre [Mais que estagnação e revolta. Sobre a cultura política dos anos sessenta], in: BROSZAT (Hrsg.), Zäsuren, S. 14ff.

61 Característico deste estigma é até o presente o livro *Limits to pain* [Limites da dor] (original em norueguês e inglês, 1980/81; alemão, *Grenzen des Leids*, 1986), de Nils CHRISTIE.

62 Paradigmático para a teoria da interpretação, ROTTLEUTHNER, Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik [Atividades do juiz. Para uma crítica da dogmática jurídica], 1973. A crítica baseada nas ciências sociais atingiu sua formulação mais radical na teoria do "labeling approach"; a propósito, Fritz SACK, *Definition von Kriminalität als politisches Handeln: der labeling approach* [Definição de criminalidade como atividade política: o labeling approach], in: *KrimJourn* 1972, 3ff.

63 Característicos desta modalidade de crítica os trabalhos reeditados em 1971 e 1973, de REIK, *Geständniszwang und Strafbedürfnis* [Coação à confissão e necessidade de punir]; de ALEXANDER/STAUB, *Der Verbrecher und sein Richter* [O criminoso e seu juiz]; assim como de REIWALD, *Die Gesellschaft und ihre Verbrecher* [A sociedade e seus criminosos]. Paradigmático da crítica psicológico-psicoanalítica deste tempo, Arno PLACKS, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts* [Memorial pela abolição do Direito Penal], 1974.

de fora do sistema penal e daí podia abordá-lo de forma nova e diferente. (Presumivelmente, é esta circunstância que explica a irritação dos "insiders" de então, não sem alguma razão, pelo menos quanto a algumas das críticas, tacanhas e precipitadas ou levianas.) Já não mais era possível confortavelmente discutir sobre as vantagens ou desvantagens dos métodos objetivos e subjetivos de interpretação, diante da ousada tese segundo a qual nenhum método garantia uma interpretação segura, de modo que o juiz, no fim das contas, julgava por capricho e, mesmo que não quisesse, acabava exercitando uma justiça de classe. Ficou ainda sem resposta a subversiva objeção, segundo a qual a criminalidade não era um fenômeno real, mas construído e produzido pelas instâncias do controle social (polícia, ministério público, tribunais penais), e mais: esta construção efetuava-se seletivamente em prejuízo dos mais fracos. Assim, a tão acalentada idéia da cura, da recuperação e da prevenção especial perdia seu brilho diante da constatação de que o criminoso não passava de um bode expiatório, sobre o qual os demais descarregavam suas culpas, para que ele as absorvesse.

Decerto não se pode afirmar que estas teses tenham encontrado acolhida nos projetos alternativos de código, mesmo considerando que eles se assentavam sobre uma crítica do Direito Penal. Também seria exagerado ver nestas teses o padrão da teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências. Elas constituem, porém, em ambas as direções, emanações do mesmo contexto empírico, marcantes expressões de seu tempo (tanto em seu conteúdo, quanto em sua forma radical de se apresentarem). Indubitavelmente, seu modo provocador impulsionou as ciências penais para a ênfase no *output*.

3. *Realidade e alcance*

Neste ponto, ainda é possível fixar os marcos mais característicos da teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências nas mesmas bases assinaladas para as ciências penais do pós-Guerra⁶⁴ e para a etapa subsequente da Dogmática abstrata⁶⁵, a saber, concentração em questões teóricas fundamentais e solidificação hermética dos enunciados. A partir da segunda metade da década de 60 os ventos começam a soprar na direção contrária: cumpria ampliar o ângulo de visão das ciências penais para abarcar a realidade penalmente relevante e considerar os conhecimentos de outras áreas que se ocupam desta realidade.

A teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências traduziu, pela primeira vez no período ora abordado, uma súbita reação das ciências penais à crítica do Direito Penal lançada de fora do sistema penal. (Algo semelhante só pôde ser visto em algumas das primeiras reações do período

⁶⁴ *Supra*, I.4.

⁶⁵ *Supra*, II.1.

do pós-Guerra aos ilícitos da era nazista — mas estas reações assentavam-se na própria tradição do Direito Penal e, em sentido estrito, não representavam reação a uma crítica ao Direito Penal.) Esta crítica obrigou as ciências penais — na medida em que elas não se fizessem de surdas — a repensar suas relações com a realidade. Estas relações eram precisamente o alvo visado pela crítica, por mais diversificados que fossem seus fundamentos e direções.

Os efeitos reais produzidos pelo sistema penal, e não sua profundidade e coerência teóricas, surgiram na metade dos anos 60 na ordem do dia. Assim, a discussão não mais se interessava pela justificação de princípios e de fins; doravante, constatações empíricas adquiriam um significado que não podia ser negligenciado. Conseqüentemente, a metodologia jusnaturalista e a concentração em questões teóricas fundamentais chegavam a seu fim. Agora, as polémicas se estabeleciam em torno da metodologia das ciências empíricas, em torno da elaboração penal da realidade penalmente relevante e, com isto, se transferiam para matérias penais até então “olhadas de cima” pela teoria penal tradicional: Criminologia, execução penal, detalhes da história do Direito Penal, aspectos do processo penal e da política criminal.

Evidentemente, a nova ordem do dia não era produto exclusivo da crítica ao Direito Penal (a crítica era uma parte das discussões em voga e não objeto de toda a discussão). Ao contrário, a temática trouxe ao primeiro plano uma modificação e um agravamento das exigências de legitimação postas frente à dominação do Estado (e da sociedade): cumpria mostrar que a dominação era “racional”, que ela não visava a si mesma mas traduzia uma função útil para os dominados⁶⁶. Para o Direito Penal isto significava:

- proteção de interesses humanos elementares ameaçados;
- intimidação das pessoas propensas ao crime; e
- recuperação do delinqüente com o menor custo para ele.

Estas eram as tarefas (e por isto também as promessas) do sistema penal. Traduzidas em abstrações penais, elas significam: proteção de bens jurídicos, prevenção geral (negativa) e ressocialização — nas confluências de uma práxis jurídica humana e guiada pela proporcionalidade.

4. Pontos principais

Os três aspectos principais dos afazeres das ciências penais a seguir expostos conciliam-se sem dificuldade com o modelo contemporâneo de

⁶⁶ Paradigmático a este respeito, HONDRICH, *Theorie der Herrschaft* [Teoria da dominação], principalmente S. 16ff., 62ff.

uma teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências (a - c). Também o chão onde eles germinaram apresenta particularidades instrutivas (d).

a. *Proteção de bens jurídicos*

O princípio da proteção do bem jurídico traz para a discussão — pelo menos no contexto⁶⁷ em que foi introduzido pela teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências — um pressuposto tanto crítico quanto de conteúdo para a aferição de uma correta legislação penal⁶⁸. Ele enuncia precisamente que uma ameaça penal contra um comportamento humano é ilegítima, sempre que não possa lastrear-se na proteção de um bem jurídico. A partir deste ponto de vista, o Direito Penal manifesta-se como instrumento de controle social que só pode ser acionado para a proteção necessária de elementares interesses humanos, e desde que instrumentos menos lesivos e com resultados equivalentes não estejam disponíveis. Este princípio apresenta-se para a política criminal, campo onde ele mais almeja influir, tanto mais rico em conseqüências quanto mais ele consiga apontar e restringir como “bens jurídicos” penalmente relevantes somente objetos palpáveis, concretos e delimitáveis. Conceitos como “saúde popular”, “condições funcionais do mercado de capitais”, “economia popular” ou “moralidade sexual coletiva” não trazem nenhuma pitada político-criminal; eles servem para fundamentar tudo e nada ao mesmo tempo. Bens jurídicos modelares segundo o paladar do princípio em apreço são de outro calibre. Trata-se dos interesses primários da pessoa à vida, à saúde, à liberdade, à propriedade, ou seja, bens jurídicos individuais. Bens jurídicos universais, ao contrário — principalmente quando enunciados tão vagamente como os que acabamos de mencionar —, necessitam passar pelo teste que afere se eles, em última instância, remetem-se a interesses concretos e justos de pessoas concretas⁶⁹.

67 Sobre as profundas raízes deste contexto, veja-se exposição concisa com remissões em W. HASSEMER, in: AK StGB [Comentário alternativo ao Código Penal], 1990, vor § 1 Rdnrn. 265ff.

68 Ilustrativo, 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 a respeito do conteúdo e âmbito de aplicação de um princípio de Direito Penal em bases dogmático-históricas. Também uma contribuição sobre a teoria da “nocividade social” do crime], 1972; W. HASSEMER, Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutlehre [Teoria e Sociologia do crime. Bases para uma teoria do bem jurídico orientada para a prática], 1973.

69 Mais pormenores a respeito em meu trabalho Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre [Linhas básicas de uma teoria pessoal do bem jurídico], in: PHILIPPS/SCHOLLER (Hrsg.), Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, S. 85ff.

A teoria do bem jurídico como crítica ao sistema penal⁷⁰ teve seus êxitos mais notáveis em um clima político-criminal e político-social que — como ela mesma — apresentava-se adverso a uma tutela penal moralista e a uma criminalização abrangente, e mais voltado para a garantia da liberdade e da proteção do acusado⁷¹. Serve de exemplo a reforma do Direito Penal sexual, o qual, nas etapas anteriores, muito ilustrativamente, compreendia e se intitulava “crimes contra os costumes”. Cedo começou a ser formulada a indagação crítica acerca do bem jurídico legítimo de um tal Direito Penal⁷², até que, em 1968, o 47.º Congresso alemão de juristas⁷³, e em 1969, o legislador⁷⁴, extraíram as conseqüências práticas: Desconsideraram as ameaças de pena contra figuras como adultério, homossexualidade entre adultos, atos libidinosos com animais, induzimento à prostituição e restringiu os delitos sexuais aos dois únicos bens jurídicos aceitáveis: liberdade sexual e proteção da juventude.

Estes episódios conferiram ao Direito Penal voltado para as conseqüências um contorno definido no campo da criminalização: ele podia agora afirmar que sua bandeira era a proteção do ser humano — só dele e isto apenas nos limites da necessidade, da adequação e da proporcionalidade dos meios. Com o comprometimento da tutela penal com a proteção de bens jurídicos, ocorreu que, de um lado, o princípio da *ultima ratio* ganhou vida e, de outro, as portas da metodologia das ciências empíricas foram franqueadas: o Direito Penal passa a se apresentar como meio de solução de problemas sociais (proteção de bens jurídicos via

70 Como é de se esperar de uma teoria voltada para as conseqüências, ela cobra do sistema do Direito Penal e de seus tipos legais a legitimação dos preceitos através da invocação da proteção de algum bem jurídico e não se contenta com uma mera classificação do sistema do Direito Penal segundo um sistema de bens jurídicos desde logo acatado sem discussão, artifício que seria aceitável apenas numa teoria sistêmico-imanente. Sobre a distinção entre uma concepção crítica e uma sistêmico-imanente de bem jurídico, minha *Theorie und soziologie des Verbrechens*, S. 19ff.

71 Este tipo de clima acarretou conseqüências análogas no Direito Penal formal. A chamada Pequena Reforma Processual Penal de 1964, que se sucedeu no contexto de um esforço de uniformização do Direito, ampliou as garantias jurisdicionais do processo penal e os poderes do acusado, enquanto a evolução posterior caracterizou-se por um esforço de celeridade e simplificação do processo penal. Breve resumo em ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 22. Aufl. (1991), § 72.

72 Herbert JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung* [Elaboração da lei penal e proteção de bens jurídicos em delitos contra os costumes. Uma pesquisa criminal-sociológica], 1957; sobre “bem jurídico e moralidade”, S. 29ff.

73 Gutachten A [Parecer A] de HANACK: *Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?* [Convém fixar os limites do Direito Penal sexual novamente?], 1968; sobre o princípio do bem jurídico, Rdnrn 29ff.

74 *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts v. 25-6-1969* (BGBl. [Boletim legislativo federal] I 645).

instrumentos penais), subordina, porém, o emprego de seu maquinário — porque ele magoa e fere intensivamente — a rigorosíssimos requisitos e, afinal, só entrará em campo quando nada mais adiantar.

E, quando ele entra em campo, decerto fica na necessária expectativa de êxito. Inegavelmente, as teorias do bem jurídico apresentaram-se no primeiro plano do cenário penal com prudente cautela e sobretudo munidas do aspecto de negação e crítica do Direito Penal que conferiu vigor ao princípio (“sem bem jurídico idôneo, nenhuma ameaça de pena é justificável”). Quem, porém, entra em campo usando como escudo, não importa como, a proteção de bens jurídicos, deve prever a objeção que se traduz na pergunta. A pretendida proteção será efetivamente atingida com o emprego de tais instrumentos? Por conseguinte, o conceito de bem jurídico tem um potencial de crítica ao sistema e pode, ao mesmo tempo, combinar inteligentemente a vigência de princípios consagrados com as elaborações empíricas do Direito Penal. No entanto, daqui decorrerão novos e diversificados problemas de fundamentação.

b. Prevenção por intimidação

Estes problemas decorrem fundamentalmente das esperanças em resultados benéficos produzidos pela cominação e execução de penas: esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através da resposta sancionatória à violação do Direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direitos; esperança, enfim, de que o Direito Penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade.

Costuma-se qualificar as teorias preventivas da pena como “modernas”, embora elas tenham surgido na história da Dogmática mais de uma vez, aliás com razão, e freqüentemente revezaram-se com as opções “clássicas” de retribuição e expiação, nas discussões sobre os fins da pena⁷⁵. Também a teoria da prevenção por intimidação, na versão em que hoje consideramos aceitável, já fora formulada pelo criminalista FEUERBACH na virada do século: para que se pudesse atar o homem perverso a uma corrente, capaz de afastá-lo de sua natural inclinação para o mal, era preciso submetê-lo a uma “coação psicológica”⁷⁶, mediante uma inequívoca mensagem expressa na lei e na sua execução, de que o crime não compensa: que as sanções do Direito Penal exerçam mais influência nas conjecturas dos homens propensos à delinquência do que as esperanças nas vantagens do crime.

⁷⁵ A propósito, e sobre o que se segue, mais pormenores em minha *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, § 28, §§ 29f.

⁷⁶ A isto deve a teoria o seu nome. Pormenores em NAUCKE, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962, principalmente S. 39ff; breve resumo em JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. (1988), § 8, IV 2.

Ora, o teorema acima adequa-se sem reparos a uma teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências, pode mesmo converter-se na sua pedra fundamental. Assim como já fazia a teoria da proteção do bem jurídico, também a prevenção por intimidação aborda os fins da pena, direcionando o foco do Direito Penal para observações empíricas, e delas tira proveito: enquanto as concepções “clássicas”, se as tomamos ao pé da letra⁷⁷, não estão absolutamente interessadas nos efeitos da pena e contentam-se com uma compensação pela ilicitude e culpabilidade da conduta do agente — pois na sua ótica os fins da pena são retribuição e castigo —, aqui se indaga dos reais efeitos da cominação e execução de penas e se sustenta que o Direito Penal:

— produz tais efeitos,

— pode regular tais efeitos através do ponderado emprego de seus instrumentos, e

— é capaz, por conseguinte, de ajustar-se funcionalmente ao sistema de controle social das condutas desviantes.

Da mesma maneira que sucedeu com o conceito de bem jurídico, delineia-se com relação ao fim da pena visto na intimidação a incessante pergunta: pode o sistema penal “efetivamente” garantir estes maravilhosos efeitos? Ou, como se opera concretamente o atingimento dos efeitos? Esta questão estabeleceu-se em toda a sua extensão na discussão dos fins da pena, foi exaustivamente debatida com mais profundidade que na discussão do bem jurídico e conduziu a formulações novas e marcantes.

A indagação acerca dos “reais” resultados da prevenção geral compeliu a teoria da pena a uma ultrapassagem semântica e sistêmica dos limites dentro dos quais até então abordara os fins da pena. Na medida em que no Direito Penal é difícil a montagem de uma situação experimental, na medida em que afirmações sem lastro sobre “os efeitos” sociais “do Direito Penal” logo viram-se expostas a intenso tiroteio, aliás mercedamente, a indagação voltou seu foco para explicações psicológicas e baseadas na teoria da comunicação. Isto é bastante compreensível, pois, onde, senão nas cabeças e nos corações dos homens, pode desenvolver-se um efeito preventivo geral resultante da pena?

⁷⁷ É fora de dúvida que, mesmo as teorias “sem fins” da pena, no fundo perseguíam fins, e as teorias “clássicas”, ao invocarem a seu favor a busca da justiça e da compensação pela infração, atribuíam a tais efeitos uma certa conotação empírica. Todas elas podem ser agrupadas sob o rótulo “persecução de fins através da negação de fins”, conforme demonstrei em meu trabalho *Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht* [Fins da pena num Direito Penal orientado para as ciências sociais], in HASSEMER/LÜDERSEN/NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?* [Progressos no Direito Penal através das ciências sociais?], 1983, S. 30ff., 49ff.

Pelo menos na República Federal da Alemanha⁷⁸, a prevenção por intimidação não foi acolhida com a mesma despreocupação que caracterizara seu desenvolvimento na Escandinávia e nos Estados Unidos, mas antes com um certo receio. Afinal, esta teoria não estava imune a um terror de Estado⁷⁹ e, de mais a mais, prestava-se a justificar instrumentos repressivos mais enérgicos, circunstâncias que suscitavam grandes suspeitas de parte da avançada teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências, já firmemente instalada na doutrina e na legislação. Considerando estas condições, Bernhard HAFKKE formulou a teoria da prevenção geral de modo que se tornasse compatível com o Direito Penal voltado para as conseqüências⁸⁰. Assim, foi como que construída uma ponte entre as concepções até então correntes na discussão dos fins da pena e as novas percepções baseadas na psicologia profunda sobre a função do Direito Penal. Deste encontro, ambas ressurgem de cara nova: as construções oriundas do Direito Penal abandonam suas presunções abstratas e adotam hipóteses empiricamente verificáveis; as construções da psicologia profunda trocam suas ladainhas de sentimentalismo por enunciados objetivos acerca do que o Direito Penal é capaz e do que ele realiza.

A crítica a esta forma de prevenção geral aprofundou a discussão sobre os fins da pena e situou a proclamada orientação do Direito Penal para as conseqüências em um novo contexto, relativizando suas afirmações. Esta crítica, de um lado, questionou a função de dominação e de estabilização do Direito Penal, que esta vertente da prevenção geral encerrava, uma função estranha aos objetivos da psicologia profunda⁸¹. De outro lado, a mesma crítica reativou uma objeção ao mesmo tempo normativa e metodológica contra toda e qualquer forma de prevenção por intimidação⁸²: a intimidação como forma de prevenção atenta contra

78 Cf., em contrapartida, ANDENAES, *Punishment and Deterrence*, 1974; sobre uma rara situação criada por um experimento de prevenção geral em 1944 na Dinamarca, S. 16ff.

79 Mesmo as melhores intenções pedagógicas de dissuadir pessoas propensas ao crime somente são aceitáveis dentro dos limites de uma reação penal humana e proporcional. Esta assertiva não deriva automaticamente da teoria da prevenção por intimidação, antes deve ser a ela criticamente oposta, como uma baliza. Pode-se até mesmo demonstrar que o ethos da prevenção geral se presta a "experimentar" uma criminalização mais abrangente e o agravamento das penas no "combate à delinquência". Todavia, prevenção geral sem as barreiras erguidas pelo Estado de Direito, pela proporcionalidade, pelas garantias do processo e do formalismo constitui terrorismo de Estado.

80 HAFKKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung* [Psicologia profunda e prevenção geral. Uma pesquisa teórico-penal], 1976.

81 Exemplar a polémica entre HAFKKE (S. 132ff.) e Herbert JÄGER (S. 47ff., 173ff.), in JÄGER (Hrsg.), *Kriminologie im Strafprozess. Zur Bedeutung psychologischer, soziologischer und kriminologischer Erkenntnisse für die Strafrechtspraxis* [Criminologia no processo penal. Sobre o significado de conhecimentos psicológicos, sociológicos e criminológicos na prática do Direito Penal], 1980.

82 Exposta nos artigos de NAUCKE (S. 9ff.) e HASSEMER (S. 41ff.), in HASSEMER/LUDERSSEN/NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979.

a dignidade humana, na medida em que ela converte uma pessoa em instrumento de intimidação de outras e, além do mais, os efeitos dela esperados são altamente duvidosos, porque sua verificação real escora-se necessariamente em categorias empíricas bastante imprecisas, tais como:

— o inequívoco conhecimento por parte de todos os cidadãos das penas cominadas e das condenações (pois do contrário o Direito Penal não atingiria o alvo que ele se propõe), e

— a motivação dos cidadãos obedientes à lei a assim se comportarem precisamente em decorrência da cominação e aplicação de penas (pois do contrário o Direito Penal como instrumento de prevenção seria supérfluo).

Pois, para se ter alguma esperança com um mínimo de fundamento nos efeitos da prevenção geral, é preciso que ambas as condições estejam presentes e interdependentes. Ora, quem seria tão ingênuo de esperar tanto no Direito Penal? Quando se procura explicar por que as pessoas em geral comportam-se de conformidade com o Direito, salta aos olhos que não é por obra do Direito Penal, e sim por efeito de normas sociais e da socialização primária, desmentindo-se assim a convicção do criminalista FEUERBACH.

A teoria da prevenção por intimidação, tão plausível em suas afirmações e tão promissora nos seus efeitos como parecia à primeira vista, não foi capaz de apresentar qualquer argumentação contra a crítica normativa e não ofereceu nenhuma réplica à objeção metodológica. Ela não sobreviveu à etapa do Direito Penal voltado para as conseqüências.

c. Ressocialização⁸³

Uma verdadeira teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências teria que não apenas dedicar-se à proteção de bens jurídicos (a), mas também cuidar para que os concidadãos inclinados para o crime não atentassem contra esses bens (b). É de todo imperativo que a mão salvadora e restauradora do Direito Penal se estenda também àquele cidadão que falhou na sua conduta, com isto mostrando que tem problemas, e que portanto poderá voltar a criar problemas para a sociedade. Numa palavra, Direito Penal voltado para as conseqüências tem necessariamente que ser também um Direito Penal da recuperação e do tratamento, um Direito Penal da ressocialização.

Do mesmo modo que ocorre com a prevenção geral, também as esperanças depositadas na prevenção especial pelas teorias penais contemporâneas não são invenções destas últimas. A prevenção especial está como que ao alcance da mão. É também de se assinalar que, ao contrário

⁸³ Utilizarei as expressões ressocialização, prevenção especial e tratamento na execução penal com o mesmo sentido. A distinção entre os respectivos conceitos não é relevante numa abordagem geral como a presente.

das várias teorias da prevenção por intimidação, a prevenção individual não causou muita sensação nos meios acadêmicos ⁸⁴.

Desde que existe pena privativa da liberdade, existe também alguma representação ou noção de como e com que fim preencher o tempo vazio do preso, e até o presente a reintegração social concebida como fim da pena está visceralmente ligada à execução de penas privativas da liberdade ⁸⁵. De alguma maneira, este fim da pena apresenta-se diante de nós como uma obviedade que não reclama justificação. Quem porém resolva aprofundar-se no seu conteúdo vai deparar com a atitude de suspeita da teoria fria e insensível. De mais a mais, quem se aventure nesta empreitada terá que contar com a hostilidade de uma concepção assentada na jurisprudência, segundo a qual a ressocialização é uma emanção do direito fundamental à dignidade humana ⁸⁶ previsto na Constituição, e por fim defrontar-se com a realidade de certos campos do Direito Penal "moderno" intensamente permeados do ideal ressocializador (no plano teórico), como o Direito Penal da juventude ⁸⁷ e das drogas ⁸⁸. Aqui sem dúvida situam-se as razões pelas quais a ascensão e queda da idéia da ressocialização procede com certa lentidão.

Todavia, apesar da roupagem suave e discreta da teoria da ressocialização, ela não escapa a justas críticas.

Elas começam pela indagação ⁸⁹ sobre o que realmente se quer atingir com o fim apontado: uma vida exterior conforme ao Direito (ou só conforme ao Direito Penal?), uma "conversão" também interna, uma "cura", um consentimento (?) com as normas sociais/jurídicas/penais (?) de nossa sociedade? A resposta ainda está pendente. Sem uma determinação clara e vinculante, nenhum programa de recuperação, a rigor, se justifica. No mais tardar no momento da escolha de seus instrumentos, o programa já deve ter uma noção exata dos fins pretendidos. Ademais, considerando a incerteza reinante quanto aos objetivos de uma ressocialização, não faz

⁸⁴ Texto representativo: CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat* [Teoria da pena no Estado de Direito democrático e social], 1974, principalmente S. 91ff; ESER, *Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzuges* [Ressocialização na crise? Reflexões sobre o fim de socialização da execução penal], in: *Festchr. f. Peters*, 1974, S. 505ff; KAISER, *Resozialisierung und Zeitgeist* [Ressocialização e espírito da época], in: *Festchr. f. Württenberger*, 1977, S. 359ff.

⁸⁵ Em um local proeminente (§ 2, primeira frase), proclama a Lei de Execução Penal de 16-3-1976: "No decurso da execução da pena, deve o preso tornar-se capaz de conduzir uma vida futura com responsabilidade social e sem atos puníveis (fim da execução)."

⁸⁶ BVerfGE 35, 202 ("Caso Lebach", sentença da Corte Constitucional da Alemanha).

⁸⁷ §§ 3ff., 9ff. JGG [Lei dos tribunais da juventude].

⁸⁸ §§ 35ff. BtMG [Lei dos estupefacientes].

⁸⁹ MÜLLER-DIETZ, *Grundfragen des strafrechtlichen, Sanktionensystems*, 1979, principalmente S. 52ff., 107ff.

evidentemente nenhum sentido prosseguir na discussão sobre os reais efeitos da ressocialização e do tratamento, fica difícil até formular perguntas. Aqui há um perigo: enquanto apenas se especula sobre esses efeitos e continuamente se lança mão do surrado argumento “nada funciona”⁹⁰, a idéia da ressocialização se transforma em moeda de troca de qualquer política de segurança pública e da respectiva ideologia. Na Escandinávia, nos Estados Unidos, menos espetacularmente também entre nós, ela primeiro se apresenta como panacéia, um verdadeiro salvo-conduto para a solução de todos os problemas da criminalidade e, pouco depois, converte-se no charlatão, que subtraiu dos presos e da sociedade tempo de vida e dinheiro.

No cerne da idéia de ressocialização entrecruzam-se perguntas críticas⁹¹ sobre a medida de pressão que ela é capaz de tolerar. Estas perguntas representam um perigo a sua sobrevivência, porque investem contra o maior capital político-criminal da idéia de recuperação, que é sua “humanidade”: “Recuperar em vez de punir” — uma antiga palavra de ordem que atormentou incessantemente (com algum êxito) as teorias penais clássicas e fez a ideologia da recuperação parecer progressista e sem concorrentes — perde agora muito de seu brilho inicial, depois que demonstra que “recuperação” na execução penal é outra coisa que um convalhecimento no hospital.

Como meio utilizado pelo Direito Penal e em íntima ligação com a execução penal, a ressocialização⁹² constitui uma atividade compulsória para o paciente, um tratamento imposto, uma tentativa de arrebatrar o preso não apenas no corpo mas também na alma e mais: almeja exorcizar⁹³ seu estilo de vida e seus modelos de comportamento específicos da classe baixa a que pertence. Se a tudo isto se acrescenta que respeitáveis representantes da idéia da ressocialização⁹⁴ acabam propugnando a pena de duração incerta (porque o término da pena deve ser calculado em sintonia com as teorias da socialização, com base no concreto êxito da recuperação, e não com base no abstrato princípio da proporcionalidade),

90 P.-A. ALBRECHT, *Jugendstrafrecht*, 1977, § 6 II, com demonstração.

91 Ilustrativo, P.-A. ALBRECHT, *Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen* [Prevenção especial e novos grupos de infratores], *ZStW* 1985, 830ff.; W. HASSEMER, *Resozialisierung und Rechtsstaat* [Ressocialização e Estado de Direito], *KrimJourn* 1982, 161ff.

92 Alguns eliminam o prefixo “re”, para exprimir que os indivíduos que compõem sua clientela devem ser socializados pela primeira vez na vida - no que revelam uma concepção particular de socialização, normativamente distorcida, e exibem uma arrogância frente a outros modos de vida.

93 Neste sentido, SCHELLHOSS, *Rehabilitation, Resozialisierung*, in: KAISER/KERNER/SACK/SCHELLHOSS (Hrsg.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch* [Pequeno dicionário criminológico], 2. Aufl. (1985), S. 359ff., com exemplos.

94 Exemplos em JESCHECK, *AT*, § 8 V 4.

de duvidosa constitucionalidade, e se, por fim, se lança o olhar sobre todo o panorama que se descortina sob o pano de fundo da incerta eficácia da recuperação na execução penal, então não fica difícil compreender por que razão a ideologia da recuperação não atravessou ímune a era do Direito Penal voltado para as conseqüências.

Nesse meio tempo, as vozes favoráveis tornaram-se mais tímidas. "Tratamento" não é mais apresentado ofensivamente, como fim genérico ou único da pena privativa da liberdade, mas apenas como uma medida adicional da execução, que além do mais deve ser diferenciada, segundo os diversos tipos de presos e de momentos da execução. Atualmente, o conceito de tratamento inspira-se mais em concepções de apoio ao preso que de intervenção no seu comportamento. Assim, a idéia de ressocialização passa a reivindicar, pelo menos, que a dessocialização provocada pela vida no cárcere seja reduzida ao mínimo possível⁹⁵. É óbvio que não se pode esperar a médio prazo que propostas humanizadoras e objetivamente inatacáveis, tais como tipos de tratamento em liberdade ou "terapias emancipadoras"⁹⁶, encontrem na doutrina, na práxis e na política legislativa a necessária maioria para que sejam implementadas. O Direito Penal ainda se acha muito impregnado de uma certa "raiva do carcereiro". Se, porém, a idéia de ressocialização abrir mão definitivamente de suas pretensões de querer reinar com exclusividade na teoria e práxis da execução penal e de querer melhorar o mundo na pessoa do preso, ela ainda pode render bons frutos. Ela poderá, por exemplo, tornar-se mais sensível à dor da privação da liberdade, trazer algumas mitigações para o decurso da execução e contribuir para uma paulatina abolição da pena privativa de liberdade⁹⁷. Assim, um instrumento concebido ou fomentado pela ideologia da recuperação poderá afinal, astutamente, sair vencido ou pelo menos enfraquecido por esta mesma ideologia: a privação da liberdade como pena criminal.

d. Ciências sociais, execução penal e ensino jurídico

Proteção de bens jurídicos, prevenção por intimidação e ressocialização são apenas centros de gravidade de uma teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências. Eles não compreendem todos os temas de que esta teoria se ocupou, mas sobressaem do conjunto da produção científica, que os sustentou e nutriu. Um quadro fidedigno da teoria do Direito Penal para as conseqüências requer que se dirija a atenção também aos sinais distintivos menos espetaculares desta etapa.

⁹⁵ Paradigmático SCHÜLER-SPRINGORUM, *Kriminalpolitik für Menschen* [Política criminal para gente], 1991, S. 189ff. u.ö.

⁹⁶ Paradigmático HAPPEKE, *Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance? Eine Problemskizze*, in: LÜDERSSEN/SACK (Hrsg.), *Seminar Abweichendes Verhalten III 2*, S. 291ff.

⁹⁷ Ilustrativo, LÜDERSSEN, *Stufenweise Ersetzung der Freiheitsstrafe* [Gradativa substituição da pena privativa de liberdade], in: HASSEMER (Hrsg.), *Strafrechtspolitik*, 1987, S. 83ff.

O conteúdo dos referidos pontos principais resultou sobretudo do alargamento do foco jurídico-penal para as ciências apoiadas na observação da realidade⁹⁸. É certo que, desde longa data, questionamentos e resultados produzidos pela Medicina, Psicologia e ciências afins não eram estranhos às cogitações do Direito Penal, sobretudo na práxis. Pense-se por exemplo nos institutos da imputabilidade no Direito material e na fidelidade dos depoimentos no Direito processual. No entanto, o Direito Penal voltado para as conseqüências abordou estas questões de um novo ângulo, não mais como ciências auxiliares ou inferiores.

Este novo ângulo é abreviadamente (não sem alguma polémica a respeito) denominado de "absorção das ciências sociais no Direito Penal"⁹⁹. Ele contém mais do que o nome indica¹⁰⁰.

A determinação do Direito Penal de usar as ciências para ele relevantes não mais como ciências "auxiliares", mas para deixar-se instruir por elas, não tinha por objetivo apenas absorver o estranho harmonicamente, e sim de modificar criticamente o próprio. Conhecimentos e métodos estranhos deveriam ser alçados à posição de colaborar na reformulação das questões fundamentais acerca do objeto, do fim e da justificação do Direito Penal, em vez de simplesmente responderem aos quesitos que lhes eram previamente formulados pelo Direito Penal. Os conhecimentos de outras áreas não mais deveriam, por exemplo, preencher de recheio científico a rede dogmática tecida pelo Direito Penal sobre a aptidão para a culpabilidade (§§ 20, 21 StGB), e sim participar na confecção da rede mesma, opinando sobre como ela deve ser e no que vai dar no futuro¹⁰¹. Afinal, uma teoria que se diz orientada para as conseqüências não terá êxito por meio de uma observação distante dos efeitos produzidos pelo sistema penal; ela pressupõe um entrelaçamento da realidade com seu processamento teórico. Se este resultado ocorre, deve-se contar como certo que o processo de aprendizado deixará suas marcas e o próprio objeto de estudo não terá o mesmo aspecto de antes.

98 A isto já se aludiu *supra* III.3.

99 Prova disso são dois trabalhos de NAUCKE: *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften* [Sobre a relevância jurídica das ciências sociais], 1972, e *Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts* [A filosofia social do Direito Penal voltado para as ciências sociais], in: HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Fortschritte?*, S. 1ff.

100 Representativos os seminários publicados em quatro volumes por LÜDERSSEN e SACK: *Abweichendes Verhalten*, 1975 - 1980 (Temas: As normas seletivas da sociedade. A reação social à criminalidade: produção de leis penais e dogmática penal; processo penal e execução penal. Política criminal e Direito Penal), assim como os dois volumes *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht* [Sobre as vantagens e desvantagens das ciências sociais para o Direito Penal], 1980.

101 Exposição em SCHILD, in: AK StGB [Comentário alternativo ao Código Penal], 1980, § 20 Rdnm. 1ff., 50ff.

"Absorção das ciências sociais"¹⁰² não significava portanto um simples remendo de conhecimentos e questionamentos estranhos no sistema do Direito Penal. Mais do que isto, significava uma reestruturação do sistema mediante novos critérios de racionalidade e correção, de relevância e de justificação: uma práxis bem sucedida e uma ciência do Direito Penal de boa qualidade não mais poderiam ser aferidas unicamente com teorias concludentes e em princípio bem elaboradas, nem com suas respectivas projeções em "casos" abstratos e assépticos. Era preciso muito mais: que o foco de observação se estendesse por toda a amplitude do sistema e dos efeitos que ele produzia, por causalidades e ações recíprocas, por molduras normativas e condições efetivas de transformação e aprimoramento. Sob a bandeira das "ciências sociais" navegavam todos os elementos que reclamavam ou prometiam uma reforma do sistema do Direito Penal de fora para dentro.

Isto não era pouco e nem apresentava homogeneidade. Tampouco era novidade, a se julgar pelo projeto. Tudo aquilo que a idéia de uma "ciência total do Direito Penal" não conseguira produzir na era da Dogmática abstrata¹⁰³ veio a calhar apropriadamente na teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências: a condução exitosa de uma idéia, sob a qual se agruparam todos os esforços e tendências, que tinham como denominador comum a desqualificação da Dogmática penal à posição de uma atividade esotérica. A idéia era venerada e, ao mesmo tempo, vaga o suficiente para reunir por longo tempo as mais heterogêneas formulações e aspirações frente ao sistema do Direito Penal¹⁰⁴. Ela serviu neste período como um vigoroso grito de guerra contra um Direito Penal tapado¹⁰⁵.

O solo sobre o qual por primeiro germinaram as idéias centrais da proteção de bens jurídicos, da prevenção por intimidação e da ressocialização só se torna melhor conhecido desde que se aborde com mais precisão os dois campos que os penalistas contemporâneos consideraram mais significativos e sobre os quais atuaram com mais insistência, de modo

102 Para se verificar que a expressão "ciências sociais" alcança inclusive a Psicologia individual, conhecer quais os campos e temas se oferecem para uma reflexão no seu âmbito e extremar os seus confins, veja-se, com farta fundamentação, meu trabalho Sozialwissenschaftlich orientierte Rechtsanwendung im Strafrecht (Aplicação do Direito Penal orientada pelas ciências sociais), in: W. HASSEMER (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Strafrecht, 1984, S. 1ff.

103 *Supra*, II.2.

104 O colorido do feixe "ciência total do Direito Penal" pode ser visto em: BARATTA, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik. Zur Vergangenheit und Zukunft des Modells einer gesamten Strafrechtswissenschaft, ZStW 1990, 107ff.; LANGE, Neue Wege zu einer gesamten Strafrechtswissenschaft, in: Festschrift für Jescheck, 1985, S. 53ff.; MAIHORFER, Gesamte Strafrechtswissenschaft, in: Festschrift für Henkel, 1974, S. 75ff.

105 Este emprego da idéia não a desmerece necessariamente: a visão de Franz von Liszt, segundo a qual a práxis e a ciência do Direito Penal se uniram numa base mais ampla, apareceu mais sedutora do que nunca aos olhos dos pensadores da época em apreço, como logo se demonstrará sob o nº IV, *infra*.

a convertê-los em marcos decisivos desta etapa. Refiro-me aos campos do ensino jurídico e da execução penal.

Execução penal e ensino jurídico constituíam, na fase do Direito Penal voltado para as conseqüências, os campos sobre os quais os requisitos e os efeitos de um Direito correto e de uma boa implementação do Direito apresentavam-se mais visíveis e palpáveis. Na execução mostram-se os efeitos do Direito Penal — da ameaça de pena, passando pela sentença condenatória, até as realidades da pena — em forma concentrada, projetam-se e exibem-se os sofrimentos que o Direito Penal inflige; no seu estudo deveria, necessariamente, ser possível a exata aferição dos efeitos recuperadores sobre os quais se assenta este tipo de tutela penal. No ensino jurídico são traçados os fundamentos da práxis jurídica dos futuros bacharéis, delibera-se em boa parte o peso relativo das matérias ministradas e definem-se com exatidão as lutas ideológicas em torno do “bom jurista” e da “correta ciência do Direito”.

Daí, não causa nenhuma surpresa que, justamente no ensino jurídico e na execução penal, o Direito Penal e a sociedade de uma época se encontram osmoticamente. Em ambos os campos, os professores de disciplinas gerais certamente não lavraram sozinhos, mas colheram para si; em ambos campos moldaram-se as feições de uma teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências com rara clareza.

No campo da execução penal, os penalistas se defrontaram sobretudo com o Direito Constitucional¹⁰⁶, que destroçou-lhes a figura da “relação jurídicas¹⁰⁸, que compreenderam também o Direito Penal e, nas etapas seu socorro, para justificar e encobrir comodamente as violações de direitos específicas da execução penal. No campo do ensino jurídico, os penalistas envolveram-se com potentes reivindicações de mudanças sociais e jurídica¹⁰⁹, que compreenderam também o Direito Penal e, nas etapas sucessivas, conduziram a diversas reformas legislativas¹⁰⁹. O interesse geral por reformas jurídicas documentou-se com enorme ressonância no 48.º

106 Elaborado para aplicação no Direito Penal sobretudo por MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform* [Legislação da execução penal e reforma da execução penal], 1970, e por SCHÜLER-SPRINGORUM, *Strafvollzug im Übergang. Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre* [Execução penal em transição. Estudos sobre a teoria jurídica da execução penal], 1969.

107 BVerGE 33,1 [Decisão da Corte Constitucional Federal].

108 Paradigmático, LOCCUMER ARBEITSKREIS (Hrsg.), *Neue Juristenausbildung* [Novo ensino jurídico], 1970.

109 Inventário, análise e valoração em GIEHRING/SCHUMANN, *Die Zukunft der Sozialwissenschaften in der Ausbildung im Straf- und Strafverfahrensrecht - Erfahrung versus Programmatik* [O futuro das ciências sociais no ensino do Direito e processo penal - experiência versus programas], in: HASSEMER/HOFFMANN-RIEM/LIMBACH (Hrsg.), *Juristenausbildung zwischen Experiment und Tradition* [Ensino jurídico entre experimentação e tradição], 1986, S. 65ff.

Congresso Alemão de Juristas, em 1970 que debateu exatamente a execução penal e o ensino jurídico. Em ambos os campos, o legislador acabou acolhendo e convertendo em lei algumas das demandas centrais da época: para o ensino jurídico, estabeleceu, entre outras reformas, a chamada "Experimentierklausel", substituindo o currículo até então disposto em duas fases por um programa de fase única, compreendendo, a uma só vez, a prática e as ciências sociais nas aulas dos cursos jurídicos¹¹⁰; para a execução penal, adotou, entre outras medidas, o princípio da jurisdicionalização da situação do preso¹¹¹.

Os paralelos entre a execução penal e o ensino jurídico são surpreendentemente numerosos, não apenas no procedimento como também nos eventos, e marcaram indelevelmente a fase do Direito Penal voltado para as conseqüências: em ambos os campos ergueu-se como centro do interesse não princípios ou sistemas abstratos, mas a realidade penalmente relevante. Em ambos os casos, tratava-se de encontrar opções políticas e não apenas teóricas. Os reformadores insistiram na ampliação do foco de observação científica e na resoluta absorção das conseqüências da decisão na elaboração da decisão. Com isto, a etapa do pensamento jurídico voltado para as conseqüências gravou sinais duradouros, capazes de preservar e legar sua mensagem.

IV. *Direito Penal funcional*

Se se tomam os sinais pelas coisas que possam significar, é forçoso reconhecer que a continuidade da teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências não tem muitas chances de prosperar. No próprio campo da execução penal o horizonte atualmente não é animador: importantes projetos de reforma continuam pendentes, apesar de sua implementação ser insistentemente cobrada¹¹²; ao mesmo tempo, são implantadas "contra-reformas" que, com razão, são apontadas como retrocessos¹¹³. No setor do ensino jurídico, o legislador retrocedeu logo a seguir de introduzir reformas, chegando mesmo a extinguir a "Experimentierklausel" repentinamente¹¹⁴. O que sobrou do Direito Penal voltado para as conseqüências?

1. *Questões fundamentais*

Uma apreciação de fatos que nos estão próximos no tempo e no espaço reclama muita cautela. No máximo, seria possível traçar apenas

110 Alteração no § 5b DRiG [Lei da magistratura alemã] pela Lei de 10-8-1971, BGBl. I, 1557.

111 Strafvollzugsgesetz [Lei de execução penal] v. 16-3-1978, BGBl. I, 581.

112 CALLIESS/MÜLLER-DIETZ, Komm. StVollzG, 5. Aufl. (1991), Einl. Rdnr. 45.

113 SCHULER-SPRINGORUM, Tatschuld im Strafvollzug [Fato reprovável na execução penal], in: SCHOLLER/PHILIPPS (Hrsg.), Funktionalismus, S. 83ff.

114 3ª Lei de alteração da DRiG [Lei da magistratura], de 25-7-1984, BGBl. I, 995.

algumas linhas básicas¹¹⁵. Estas linhas correm paralelas no sentido de uma funcionalização e modernização do Direito Penal, de uma paulatina perda de importância da produção científica para a produção da política e da práxis do Direito Penal, e de uma erosão dos tradicionais princípios do Direito Penal.

O Direito Penal voltado para as conseqüências realizou eficientemente o interesse na produção de efeitos desejáveis e na evitação de efeitos indesejáveis, implementou com êxito seus sinais distintivos: "realidade" e "alcance"¹¹⁶. Diante desta situação, é inevitável a evocação — ainda que vaga — de uma "dialética do moderno"¹¹⁷, no sentido de que esses interesses e esses sinais distintivos se autonomizaram, passaram a ter vida própria e conduziram o Direito Penal a uma fronteira, na qual os objetivos originários de um sistema penal voltado para as conseqüências inevitavelmente desvirtuam-se. Com o seu mergulho na realidade e a sua orientação para as próprias conseqüências, o sistema penal rachou as estruturas do Direito Penal voltado para as conseqüências e abandonou no trajeto os princípios consolidados pela teoria do Direito Penal voltado para as conseqüências. O sistema penal atual se apresenta acima de tudo como um instrumento efetivo da política interna ou de segurança pública, rejeita sumariamente a indagação crítica sobre sua aptidão instrumental e desvencilha-se pouco a pouco dos grilhões representados pelos princípios. Estes grilhões, tradicionalmente e com boas razões, desempenhavam a tarefa de manter o sistema penal no seu lugar, ajustado ao conjunto dos instrumentos políticos disponíveis para o controle de conflitos¹¹⁸. Senão, vejamos:

115 O que se segue no texto foi por mim exposto com mais pormenores em: *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz* [Direito Penal simbólico e proteção de bens jurídicos], in: NSTZ 1989, 553ff.; *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre* [Linhas básicas de uma teoria do bem jurídico pessoal], in: SCHOLLER/PHILLIPPS (Hrsg.) S. 85ff.; *AlternativKomm. z. StGB* [Comentário alternativo ao Código Penal], Vorbem. Rdnrn. 465ff., 480ff.; *Sozialtechnologie und Moral. Symbole und Rechtsgüter* [Tecnologia social e Moral. Símbolos e bens jurídicos], in: JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (Hrsg.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, 1991, S. 329ff. *Similar no essencial e nos resultados*. F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich* [Insegurança social e prontidão penal. Estudos sobre o deslocamento da tutela penal para o setor dos delitos de perigo], 1991; PRITT-WITZ, *Funktionalisierung des Strafrechts* [Funcionalização do Direito Penal], in: *Strafverteidiger* 1991, 435ff.; MÜLLER-DIETZ, *Die geistige Situation*, in: GA 1992, 124ff.

116 *Supra*, III.3, 4.

117 HORKHEIMER/ADORNO, *Dialektik der Aufklärung* [Dialética do iluminismo], 1968.

118 Esta linha será retomada *infra*, IV.4.

2. Questões exemplares

a. Tendências

Desde as reformas legislativas penais ocorridas na primeira metade dos anos setenta (através da 2.^a Lei da reforma do Direito Penal e da Lei de Introdução ao Código Penal¹¹⁹), as quais se concentraram na Parte Geral, sobretudo no tema das sanções penais, nossa política criminal passou a mover-se, com crescente preponderância, na Parte Especial do Código e no Direito Penal especial, não codificado. E aí, não se vê senão uma febril criminalização: novos tipos penais e agravamento das cominações penais confirmam o quadro. Discriminalização e aprimoramento da Parte Geral, digamos, no terreno das penas e medidas de segurança, não mais constam da ordem do dia. O quadro de endurecimento e restrições fica completo com a política de reforma legislativa empreendida no processo penal, que aponta no rumo da abreviação, redução, simplificação e remoção de óbices formais a uma pronta resposta penal.

A ilação de que aqui se está diante de uma “sede de punir” já seria anacrônica. Pelo contrário, o que está atuando é nada mais que a herança do Direito Penal voltado para as conseqüências. Isto se torna evidente quando se decompõe os bastidores destas tendências em suas singularidades.

b. Áreas de interesse e instrumentos

As áreas sobre as quais se delineia a política criminal do Direito Penal material e os instrumentos dos quais ela preponderantemente se serve são bastante esclarecedores.

Problemas ambientais, drogas, criminalidade organizada, economia, tributação, informática, comércio exterior e controle sobre armas bélicas — sobre estas áreas concentra-se hoje a atenção pública; sobre elas aponta-se uma “necessidade de providências”; nelas realiza-se a complexidade das sociedades modernas e desenvolvidas; delas, preferencialmente, surgem, à luz do dia, os problemas de controle desta sociedade: são áreas “modernas”, e delas se encarrega o atual Direito Penal. Nestas áreas, espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do Direito Penal¹²⁰ é simplesmente cancelado, para dar lugar a um Direito Penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta penal surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada

119 2.StrRG v. 4-7-1969, BGBl. I, 717; EGStGB v. 2. §. 1974, BGBl. I, 469.

120 Arthur KAUFMANN, Subsidiarität und Strafrecht, in: Festschrift für Henkel, 1974, S. 38ff.

vez mais frequentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas ¹²¹.

Os instrumentos de controle amplamente providos pelo Direito Penal são considerados adequados para emprego indiscriminado nestas áreas. Já não se trata mais da proteção de ultrapassados bens jurídicos individuais concretos, como a vida e a liberdade, mas dos modernos bens jurídicos universais, por mais vaga e superficial que seja a sua definição: saúde pública, regularidade do mercado de capitais ou credibilidade de nossa política externa. A eles correspondem os tipos de delitos em que o moderno Direito Penal se realiza. Nos crimes de perigo abstrato, não se indaga de uma ameaça concreta, muito menos de um dano ao bem jurídico protegido; para fazer nascer a pretensão punitiva, basta a prática de uma conduta considerada tipicamente perigosa, segundo a avaliação do legislador. Este tipo de Direito Penal não tem nenhum núcleo delimitado, a idéia da punição à ofensa de bens jurídicos individuais há muito se desfez. O novo Direito Penal derrama-se sobre todos os campos em que nossa vida se tornou "moderna" e arriscada. Porém, é curioso também notar que a tendência moderna de penas mais brandas não está presente na criminalização abrangente e flexível dos modernos tipos penais. Aqui, o legislador predispõe-se ao endurecimento e à intimidação, como por exemplo no "combate" à "criminalidade organizada", na disciplina penal do comércio exterior e de armas bélicas, ou no Direito Penal ambiental.

O processo penal moderno segue de perto estas mesmas tendências. Dois de seus campos particularmente salientes oferecem-se para confirmar a caracterização de um Direito Penal funcional. Refiro-me ao "Deal" ou acordo no processo penal ¹²² e ao agravamento de medidas coercitivas processuais nos casos da "criminalidade organizada" ¹²³. No primeiro, as

121 Assim é que, nestes dias, abril de 1992, ouve-se por toda a parte a curiosa idéia de se instituir uma obrigação eleitoral, cuja violação seria punida com pena pecuniária. E que, nas recentes eleições para cargos estaduais em Baden-Württemberg e em Schleswig-Holstein, o índice de participação foi muito baixo. Ao mesmo tempo, três atletas de Neubrandenburg adquirem força em sua campanha de se criminalizar o doping.

122 DENCKER/HAMM, Der Vergleich im Strafprozeß [A conciliação no processo penal], 1988; SCHÜNEMANN, Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen. Gutachten zum 58. DJT [Acordos no processo penal? Fundamentos, objeto e limites. Pareceres do 58º Congresso Alemão de Juristas], 1990; discussões adicionais na "Strafverteidiger" Sonderheft [edição especial da revista "Advogado de Defesa"], 1990, dedicada ao mesmo Congresso.

123 Visão geral e crítica em W. HASSEMER, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität [Considerações sobre o projeto de lei para a repressão do comércio ilegal de estupefacientes e de outras formas de manifestação da criminalidade organizada], in: Kritische Justiz, 1992, 64ff.; com mais pormenores, WOLTER, in: Systematischer Komm. zur StPo und zum GVG, 1990, Vorbem. § 151 Rdrrn. 81ff.

estruturas do processo penal são flexibilizadas, no segundo os instrumentos de investigação são afiados e fortalecidos, mas o resultado produzido é o mesmo em ambos os casos: um processo capaz de adaptar-se ao “espírito de segurança pública” destes tempos.

c. Acordos no processo penal

“Acordo” ou também “conciliação” no processo penal são eufemismos que presumivelmente designam a reação do processo penal à sua saturação. Esta saturação deve ser creditada à específica hipertrofia do Direito Penal material, pelo que também ela é um problema “moderno”. Não é por mera coincidência que precisamente as matérias penais “modernas” — ambiente, drogas e sistema econômico — são apontadas pela doutrina como os campos mais apropriados para a realização de acordo ou conciliação¹²⁴. No estado atual, ainda não é possível prever qual dentre as formas de conciliação indicadas pela acirrada discussão doutrinária irá prevalecer e impregnar o processo penal do futuro. Ainda assim, já é possível avistar onde esta viagem vai dar e quais os traumas político-legislativos ficarão pelo caminho¹²⁵.

Os acordos desformalizam o processo penal, abreviam-no, barateiam-no e expandem a capacidade da justiça penal de processar maior número de casos. Os acordos têm uma penca de princípios constitucionais e processuais fundamentais como inimigos naturais: publicidade das audiências (porque a conciliação requer decência e discrição); juiz natural (porque a proposta de se introduzir a participação de juizes leigos também nas audiências de julgamento é pouco convincente); princípio da legalidade (porque, compreensivelmente, não será o conteúdo do Direito Penal material aplicável ao caso que guiará a decisão final, e sim a avaliação oportunista das perspectivas de desfecho do processo e da disposição dos “Partners” para o acordo); princípio inquisitório (porque o “grande achado” do acordo consiste exatamente em evitar investigações de outro modo inevitáveis); *nemo tenetur se ipsum accusare* (porque só faz sentido participar de uma conciliação se se tem algo a oferecer); igualdade de tratamento (porque deve-se proceder de tal modo que o acusado pouco disposto ou pouco capaz de cooperar seja por esta razão mesmo tratado com mais rigor).

d. Agravamento das medidas coercitivas de investigação

É impressionante também o arsenal dos métodos de investigação com os quais a práxis do Direito Penal pretende enfrentar a criminalidade: investigadores camuflados e agentes de ligação, sondagens e observações prolongadas, operações arrastão em bancos de dados e buscas por meios

¹²⁴ DENCKER/HAMM, S. 12; SCHUNEMANN, S. 18f.

¹²⁵ Formenorte em meu artigo, *Pacta sunt servanda — auch im Strafprozeß?* [também no processo penal?], in: JuS 1989, 890ff.

eletrônicos, emprego clandestino de aparelhos visuais e auditivos até mesmo no recesso do lar, gentecnologia, processamento de dados ostensivos e "preventivo", utilização de anotações íntimas em criminalidade grave. Eis aí a razão pela qual os avanços político-criminais causam inquietações não apenas aos professores: a distinção entre medidas coercitivas policiais e processuais penais, fundamental para a tutela jurídica do cidadão, se desvanece em face do crescente medo da criminalidade e das agressivas exigências de prevenção; cada vez mais pessoas não envolvidas na criminalidade caem nas redes da investigação; os irrecusáveis limites que a noção de "suspeito" ou indiciado de um ato punível estabelecem para a restrição de direitos no interesse da investigação são constantemente ultrapassados ou simplesmente desaparecem em medidas como as investigações de bastidores ou de combate "preventivo" à criminalidade; os direitos humanos fundamentais — a começar por emanações da dignidade humana e dos direitos da personalidade, como o já consagrado direito ao controle sobre o uso dos dados pessoais, chegando até ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio — não são capazes de deter a avalanche da atividade policial "razoável"; com a desculpa do combate ao crime, o Estado investigador invade a privacidade e a alma das pessoas e, no trajeto, perde a presunção de credibilidade. A moda atual não é a jurisdicionalização do processo penal¹²⁶, mas sim sua aptidão para um efetivo combate à criminalidade. Não custa lembrar que as advertências contra a degradação das garantias processuais são de ontem, no duplo sentido da palavra.

3. O papel das ciências penais

a. Teoria e práxis

O presente trabalho trata do desenvolvimento das ciências penais e não da práxis jurídico-penal. Não obstante, é notável que a práxis tem exercido um papel determinante na elaboração do Direito Penal funcional desta fase, por razões que se extraem do próprio contexto: as ciências penais participaram cautelosa e marginalmente nos novos avanços e tendências noticiados neste capítulo. A desvinculação do interesse científico penal de seu ambiente político-criminal reedita hoje, pelo menos nos resultados, as condições vividas na fase da Dogmática abstrata e acadêmica¹²⁷. Decerto ainda prossegue uma reflexão séria em torno da teoria do Direito Penal voltado para as consequências, mas não se vê nenhuma observação teórica da práxis, e muito menos uma reconstrução crítica

¹²⁶ Este conceito pode ser encontrado, entre outros, em Eb. SCHMIDT, Lehrkomm. zur StPO und zum GVG I, 2. Aufl. (1964), RdNr. 20ff.: "Administração da justiça em forma jurisdicional, dirigida à verdade e à Justiça, significa a satisfação das tarefas do Estado no campo da tutela penal" — conforme salientado conclusivamente na RdNr. 20.

¹²⁷ *Supra*, II, especialmente II.4.

da práxis. Ou seja, a práxis se desenrola segundo suas próprias leis e o resultado só pode ser um: o Direito Penal funcional.

Com estas ressalvas, as contribuições mais notáveis e objetivamente discerníveis das ciências penais para a elaboração de um Direito Penal funcional comportam-se dentro de três campos claramente delimitáveis, a saber, a Dogmática penal, as teorias da pena e a Política criminal.

b. Dogmática penal

Esquemáticamente, pode-se bem traçar a diferença entre o Direito Penal do século XIX e o do final do século XX na abordagem dos problemas da causalidade e da imputabilidade. Num exame superficial (já? apenas?) evidencia-se que, enquanto o Direito Penal outrora se ocupava de problemas do tipo Caio envia Tício à floresta na iminência de uma tempestade, na esperança de que este último seja fulminado por um raio¹²⁸, atualmente tem que se defrontar com problemas do calibre de uma causação de danos decorrente de uma decisão por escassa maioria do conselho fiscal de uma SA, ou de uma organização desastrosa de uma equipe cirúrgica: a complexidade de nosso mundo desenvolve-se principalmente em complexas cadeias de responsabilidades.

Dai, certamente não é por mera coincidência que as mais atuais investigações, com altas pretensões científicas, confessadamente elegem como seu objeto a teoria da responsabilidade objetiva e geralmente não se acanham em apresentar-se como contribuições para o progresso de um Direito Penal funcional¹²⁹. Este seria portanto o tipo de uma resposta adequada das ciências penais às palpáveis modificações da realidade penalmente relevante: diversificação dos instrumentos dogmáticos e aumento da capacidade sistêmica de lidar com complexidades.

c. Teorias penais

No tocante às teorias penais, isto é, às atividades científicas que se ocupam com os fins da pena estatal, é possível isolar dois pontos controversos: que estas teorias ocupam o centro do interesse teórico e que esta afirmação só vale para uma metade, e não para a outra.

Se o Direito Penal, funcional, ocupa seu lugar entre os instrumentos de solução de conflitos, adaptado e ajustado aos demais fins políticos;

¹²⁸ Exemplo frequentemente usado, conforme aponta ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 1992, § 11 Rdnr. 36, remetendo-se a WELZEL. No mesmo local (Rdnrn. 36ff.), um panorama sobre as mais recentes teorias da imputabilidade.

¹²⁹ Paradigmáticos, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung* [Responsabilidade objetiva e pessoal de conduta, perigo e lesão], 1981; U. NEUMANN, *Zurechnung und "Vorverschulden". Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung* [Responsabilidade e "culpabilidade prévia". Estudos preliminares sobre um modelo dialógico de responsabilidade penal], 1985; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* [Comportamento penalmente típico e responsabilização pelo resultado], 1988.

se sua produção científica atual se dedica a produzir setores funcionais ao sistema e a eliminar as disfunções, então, tudo isto só faz sentido em estrita conformidade com as funções do sistema e dos respectivos subsistemas relevantes. De outra forma não pode ser, pois somente as funções do sistema podem assegurar a funcionalidade do conjunto e oferecer os critérios do que seja adaptado e do que seja inadaptado, do que reproduza e do que perturbe o sistema.

Deste modo, a tradicional concepção do Direito Penal, que (ainda?) desconhece a diferença entre "função" e "fim"¹³⁰, chega à temática dos fins da pena. Cumpre a estes, reformulados na linguagem da teoria do Direito Penal funcional, fornecer indicações sobre os objetivos do subsistema Direito Penal. De plano fica claro que, dos fins da pena até o presente cogitados, só há interesse por dois (intimidação e reintegração), ficando os outros dois (retribuição e expiação) negligenciados. Somente a prevenção, traduzida na aspiração de uma situação futura e factual possível, pode converter-se em fim de uma preocupação funcional; nesta não há lugar para a reparação pela ilicitude e pela culpabilidade, baseadas numa compensação normativa e voltada a fatos pretéritos¹³¹. De mais a mais, é imperativo que se estabeleça uma vinculação entre os fins da pena subsistêmicos e outras funções sistêmicas mais elevadas: o Direito Penal compreende-se aqui como um instrumento funcional, isto é, como parte de um todo maior, do qual ele extrai suas estruturas de relevância e os critérios de avaliação para o atingimento de seus objetivos.

Decerto não se pode sustentar que o Direito Penal funcional tenha cumprido integralmente seu programa teórico ao realizar os fins da pena. Todavia, duas poderosas correntes atuais eliminam quaisquer dúvidas sobre a direção final almejada: a teoria funcional da culpa e a teoria da prevenção integrativa.

A atual teoria da culpa integra-se às concepções funcionais que ganham terreno. Com esta característica, ela se articula com os fins preventivos da pena¹³². Ela é funcional, na medida em que se orienta para os fins da pena e, portanto, na medida em que extrai a semântica de "culpabilidade" a partir dos fins da pena. Esta culpabilidade avança sobre a dosimetria da pena, momento em que, na prática e na teoria, concorre

130 Esclarecedor, SACK, Die Chancen der Kooperation zwischen Strafrechtswissenschaft und Kriminologie — Probleme und offene Fragen [As chances de cooperação entre as ciências penais e a Criminologia — problemas e questões abertas], in: LÜDERSEN/SACK, Seminar: Abweichendes Verhalten II 1, S. 360ff.

131 Para mais pormenores e fundamentos sobre esta distinção entre teorias penais absolutas e relativas, veja-se minha Einführung in die Grundlagen des Strafrechts [Introdução aos fundamentos do Direito Penal], § 28.

132 Com grandes discrepâncias, tanto em aspectos básicos quanto em detalhes: ROXIN, "Schuld" und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien ["Culpa" e responsabilidade como categorias sistêmicas do Direito Penal], in: Festschrift für Henkel, S. 171ff.; JAKOBS, Schuld und Prävention, 1976;

(Continua)

na imposição da sanção e na produção da decisão. Assim, o significado atual de "culpa" (e também de "desculpa"), segundo a concepção ora exposta, depende substancialmente dos modelos e possibilidades de prevenção individual e geral. Trata-se, portanto, da adequação funcional do conceito de culpa às chances de atuação preventiva; da remoção de disfunções sistêmicas resultantes da culpabilidade e da pena; da rearticulação sistêmica destes conceitos.

Ainda que não se possa traçar um parentesco próximo entre a teoria da culpa e a teoria da prevenção, quer no plano histórico-dogmático ou no sociológico, é forçoso admitir que as concepções de uma prevenção integrativa não passam de um prolongamento das teorias funcionais da culpa com outros meios.

Estas teorias¹³³ aprenderam a seguinte lição da crítica à prevenção por intimidação¹³⁴. Nada se sabe faticamente sobre os efeitos de um Direito Penal que se baseia na intimidação, razão pela qual um tal Direito Penal não é normativamente tolerável. Ou seja, as arestas foram polidas, lixadas e desgastadas, enquanto as engrenagens mecanicistas se afrouxaram. A partir de então, o Direito Penal não deve apenas intimidar as pessoas propensas à prática de crimes através da previsão abstrata de penas e de sua aplicação àquele que seja colhido em suas malhas, mas sim, já pela sua mera existência atuante, reafirmar eficazmente frente a todos nós os mandamentos e proibições fundamentais que ele encerra. Com isto se consegue — ao lado da neutralização de toda trincheira metodológica — que a "funcionalização" produza seus efeitos não apenas frente ao delinqüente singular, mas se estenda sobre o sistema penal em sua totalidade. A tutela penal adquire, por assim dizer, uma fachada mais empresarial do que policial; as esperanças de real efetividade tornam-se tão vagas e fundamentais, que fica difícil refutá-las. Por fim, o ajuste funcional do Direito Penal aos demais mecanismos de controle social é definitivamente alcançado também no plano teórico, por via dos fins da pena.

(Continuação da nota 132)

SCHÜNEMANN, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht [A função do princípio da culpabilidade no Direito Penal da prevenção], in: o mesmo (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 153ff.; abordagens críticas: STRATENWERTH, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, S. 29ff.; W. HASSEMER, Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze [Sobre a consideração dos efeitos na interpretação da lei penal], in Festschrift für Coing I, 1982, S. 506f., 522f.

¹³³ No mesmo sentido, mas com notáveis diferenças, ênfases e pormenores (e na maior parte sob a denominação de "prevenção geral positiva"): JAKOBS, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2. Aufl. (1991), I 1ff.; MÜLLER-DIETZ, Integrationsprävention und Strafrecht. Zum positiven Aspekt der Generalprävention, in: Festschrift für Jescheck, 1986, S. 813ff.; GIEHRING, Sozialwissenschaftliche Forschung zur Generalprävention und normative Begründung des Strafrechts, in: KrimJourn 1987, 2ff.

¹³⁴ *Supra* III.4.b.

d. Política criminal

Dispensa demonstração o fato de que cogitações sobre qual seja a correta política criminal pertencem ao núcleo das preocupações de um Direito Penal funcional. Afinal, que mais pode significar “função”, senão a política do controle de condutas criminosas mediante instrumentos do Direito Penal? E não obstante tudo isto, as reflexões teóricas sobre a política criminal do Direito Penal funcional se encontram, na melhar das hipóteses, no seu início. E nunca se pode ter uma certeza absoluta de que as poucas investigações já realizadas cheguem a algum lugar. A diagnose, segundo a qual a práxis da política criminal está divorciada de sua teoria, retrata apenas um eufemismo. A práxis nesta área simplesmente nunca deu a menor importância a qualquer teoria (o que, de resto, não implica em um juízo de censura em relação à práxis).

Todas as contribuições teóricas que podem ser atribuídas à política criminal do Direito Penal funcional¹³⁵ levam em conta — com maior ou menor explicitude — os de processos de modernização e o funcionamento de complexidade no mundo moderno. Por isso mesmo, as referidas contribuições gravitam em torno de termos semânticos tais como “perigo” (em vez de “dano”), “risco” (em vez de “ofensa a um bem jurídico”), ou mesmo “segurança” (em vez de “distribuição de justiça”). Elas se nutrem de nossas experiências cotidianas, de inseguranças e temores em escala concreta e global, da vida marcada cada vez mais por estruturas entrelaçadas. E, no entanto, elas se permitem invocar em seu favor interpretações teóricas da modernidade, que de alguma forma se inspiraram nas mesmas experiências¹³⁶.

É de cristalina evidência que esta moldura é grande demais para o equipamento tradicional do Direito Penal. Ou se renova o equipamento, ou se desiste da esperança de incorporar o Direito Penal na orquestra das soluções dos problemas sociais. Vejamos qual é o equipamento tornado obsoleto:

¹³⁵ Com grandes variações em pontos básicos e também em detalhes, SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte* [Modernas tendências da dogmática dos crimes culposos e de perigo], in: JA 1975, 435ff., 511ff., 575ff., 647ff., 715ff., 787ff.; KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung* [Gerenciamento de comportamentos e organização em Direito Penal. Bases para a reforma do conceito de ilicitude penal e das regras de aplicação da lei penal], 1985; KINDHAUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und Konkreten Gefährdungsdelikte* [A situação perigosa como ilícito penal. Reflexões jurídico-teóricas sobre a dogmática dos crimes de perigo abstrato e concreto], 1989; um resumo e considerações críticas em F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit usw.*, I Teil, S. 1ff.

¹³⁶ BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne* [Sociedade do risco. A caminho de uma nova modernidade], 1986; LUHMANN, *Risiko und Gefahr*, 1990.

— os bens jurídicos individuais em concreto, vistos como núcleo do Direito Penal assim “modernizado”, são simplesmente ridículos (a conversa agora é sobre vastos bens jurídicos universais, sobre “funções”, sobre “grandes perturbações do sistema”, conjuntos de múltiplos riscos);

— os crimes de dano sobreviveram como tipo central da imputação penal (para nossa sensação constante de ameaça, parece mais razoável punir já o mero perigo abstrato);

— os vetustos princípios da retribuição e da ênfase no fato punível tornam a vida moderna mais perigosa (hoje não podemos esperar que a criança caia no poço, é preciso desde antes prevenir);

— o princípio da responsabilidade individual torna-se anacrônico (o ilícito penal moderno resulta muito mais de processos entrelaçados e complexos de decisões);

— é preciso repensar o princípio do *in dubio pro reo* (um Direito Penal que pretenda apresentar-se adulto diante do mundo moderno precisa ser capaz de agir com rapidez precisamente nas situações mais obscuras);

— diferenciações normativas tais como tentativa/consumação, autoria/participação, dolo/culpa tornam-se incômodas, se não até mesmo contraproducentes para um Direito Penal moderno (porque na luta contra a criminalidade moderna torna-se necessária a utilização de estruturas de relevância e critérios de avaliação totalmente novos e adequados ao fim).

4. *Questões abertas e tarefas postas*

Difícilmente se contestará o fato de que o Direito Penal funcional levou a orientação do Direito Penal para as conseqüências, às suas últimas conseqüências, por assim dizer: a ligação do Direito Penal com sua realidade¹³⁷ tornou-se tão íntima, que se pode mesmo falar de uma união funcional entre os dois. O campo de atuação da política criminal¹³⁸ tornou-se quase ilimitado, o interesse na causação de efeitos¹³⁹ praticamente suplantou todos os outros interesses.

Não obstante (e em razão disto) o Direito Penal funcional despedaçou a *ratio* original da orientação para as conseqüências¹⁴⁰. Esta *ratio* era adequada no seu devido tempo: ela nasceu como contraponto a uma Dogmática abstrata, que não conseguia ver sequer os arredores do Direito Penal¹⁴¹, estreitava a reflexão teórica¹⁴² e praticava uma política criminal desprovida de qualquer base empírica¹⁴³.

137 *Supra* III.3.

138 *Supra* III.1.

139 *Supra* III.4.

140 Veja logo acima IV.1.

141 *Supra* II.1.

142 *Supra* II.3.

143 *Supra* II.4.

O princípio da proteção dos bens jurídicos¹⁴⁴, por exemplo, significou uma coisa para o enfoque voltado para as conseqüências e outra para o enfoque funcional. Originariamente, ele era formulado crítica e negativamente, como obstáculo à criminalização: a conduta que não ofende um bem jurídico é imprestável para converter-se em tipo penal. O princípio em apreço perde a sua *ratio* quando passa a ser utilizado como fundamento para a criminalização: todo bem jurídico merece proteção penal. De forma análoga, o princípio se articula com a idéia da orientação para as conseqüências. Numa tutela penal outrora orientada para a realização da justiça, esta idéia atuava como instrumento limitador, bastante diferente da função que lhe está reservada como princípio dominante da cominação e imposição de penas no Direito Penal funcional. E por fim, a abordagem do Direito Penal voltada para as conseqüências — diversamente da abordagem funcional — encontrava nas garantias do Estado de Direito o seu fundamento, e não um obstáculo.

O futuro do Direito Penal funcional está aberto, não se avistam por enquanto novas abordagens. Abertas encontram-se também algumas questões, sobre as quais convém refletir, a fim de se certificar de algum possível desdobramento desejável.

Deve ficar fora de dúvida que o Direito Penal necessita manter seus laços com as mudanças sociais. Ele precisa ter respostas prontas para as perguntas de hoje e não pode sempre retroceder a um purismo de ontem, perdendo-se em problemas sobre norma e violação de norma. Ele precisa continuar desenvolvendo-se em contato com sua realidade. A questão decisiva porém será de quanto de sua tradição o Direito Penal deverá abrir mão a fim de manter esse contato. Esta questão será afinal decidida politicamente, o que significa, no que nos diz respeito, sem influência significativa das ciências penais. Ainda assim, as ciências penais têm a chance (e a tarefa) de produzir ou desenvolver alguns *topoi* mínimos, sem cuja observância uma decisão política não deveria ser legitimamente adotada.

Entre estas bases mínimas inclui-se com destaque a difusão da atitude de ver as garantias penais e processuais penais do Estado de Direito não como relíquias de um formalismo ultrapassado e sim como requisitos de legitimação do Direito Penal¹⁴⁵. Penas sem responsabilidade individual, cominações de penas sem um bem jurídico palpável, conseqüências penais sem um padrão de proporcionalidade normativo e condenações sem autênticos direitos do condenado são vedadas em qualquer Direito Penal, independentemente das exigências da modernização.

144 *Supra* II.4.a.

145 Abordei estas questões mais detidamente em minha *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* [Introdução aos fundamentos do Direito Penal], § 30 II.

O sistema do Direito Penal precisa evitar equívocos e empulhações na teoria e na prática. O Direito Penal moderno é afeiçoado a colher os frutos da fachada empírica sem querer arcar com os custos respectivos: quer ser instrumento de efetiva solução de problemas, mas não admite ser questionado em sua eficiência. Em presença do maciço e notório “déficit de execução” que se observa nos campos mais modernos do Direito Penal, como drogas, sistema econômico e ecologia, resta sempre o perigo de uma eficiência puramente aparente e portanto simbólica. É dever das ciências penais observar e apontar *se e onde* a moderna política criminal ainda é praticada para tutelar sólidos bens jurídicos, em vez de apenas difundir simbolicamente a promessa de eficácia.

Por fim, é dever das ciências penais refletir sobre alternativas ao Direito Penal. Não é de maneira alguma pacífico — aliás, não é nem sequer discutido abertamente — que os problemas de uma sociedade moderna poderiam ser eliminados pelo Direito Penal, nem mesmo se ele se ajustasse às exigências da mudança social do modo aqui exposto. É certo que o Direito Penal tradicional continuará sempre tendo do que se ocupar: com roubo, corrupção, estupro. Aqui, não vejo ensejo para se falar em “modernização”. Neste campo nuclear do Direito Penal, é preciso continuar procedendo com seriedade, exatidão e prudência, caso contrário os direitos fundamentais dos protagonistas do conflito não serão devidamente salvaguardados. Refiro-me, uma vez mais, à responsabilidade individual, à proporcionalidade da sanção e às garantias processuais.

Há muitas razões para se supor que os problemas “modernos” de nossa sociedade causarão o surgimento e desenvolvimento de um Direito interventivo correspondentemente “moderno”: na zona fronteira entre o Direito Administrativo, o Direito Penal e a responsabilidade civil por atos ilícitos. Certamente terá em conta as leis do mercado e as possibilidades de um sutil controle estatal; sem problemas de imputação, sem pressupostos da culpabilidade, sem um processo meticuloso — mas, então, também, sem a imposição de penas criminais*.

* *Algumas publicações de Winfried Hassemer traduzidas para o espanhol ou o português: Fundamentos del Derecho Penal, trad. e notas de Muñoz Conde e Arayo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984, 428 p.; Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, em co-autoria com Muñoz Conde, Valencia (Esp.), Tirant lo Blanch, 1989, 237 p.; El Destino de los derechos del ciudadano en un Derecho Penal “eficaz”, trad. de Muñoz Conde, revista Estudios penales y criminológicos XV, Universidad de Santiago de Compostela (Esp.), pp. 183-198; O sistema do Direito e a codificação: A vinculação do juiz à lei, in: Estudos de Direito brasileiro e alemão, Col. Direito comparado I, Porto Alegre, 1985, pp. 189-209; La persecución penal: legalidad y oportunidad, in: Lecciones y ensayos, Facultad de Derecho y ciencias sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988, pp. 13-21 e também in: Hacia una nueva justicia penal, Buenos Aires, 1989, pp. 29-38; ¿Alternativas al principio de culpabilidad?, in: Ciencias penales, año 2, nº 3, San José (Costa Rica), 1990, pp. 2-9.*