

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 45 • nº 177
Janeiro/março – 2008

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Prevenção geral positiva e proteção de bens jurídicos

Possibilidades e contradições no Estado Democrático de Direito

Cristiano Tutikian

Sumário

1. Introdução. 2. O funcionalismo sistêmico luhmanniano no direito penal. 3. Sociedade, direito penal e norma jurídica: a prevenção geral positiva. 4. Constituição e proteção de bens jurídicos: o direito penal no Estado Democrático de Direito. 5. Considerações finais.

1. Introdução

O presente ensaio tem por objetivo, a partir da análise das teorias da prevenção geral de Jakobs, Mir Puig e Roxin, determinar, ainda que de forma sucinta, as funções coerentes ao direito penal em um Estado Democrático de Direito, em face da existente divergência doutrinária acerca da proteção de bens jurídicos.

Para tanto, no item 2 (“O funcionalismo sistêmico luhmanniano no direito penal”), é abordada a crescente influência da teoria sistêmica de Luhmann nas formulações teóricas penais, sendo apontados os principais pontos de convergência entre a teoria dos sistemas e a teoria de Jakobs.

No item 3 (“Sociedade, direito penal e norma jurídica: a prevenção geral positiva”), tendo como base a análise sistêmica do item anterior, é analisada especificamente a teoria da prevenção geral positiva de Jakobs, no intuito de demonstrar a função de estabilização das expectativas normativas atribuídas pelo autor ao direito

Cristiano Tutikian é mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Advogado em Porto Alegre/RS

penal, em detrimento à proteção de bens jurídicos.

Por fim, no item 4 (“Constituição e proteção de bens jurídicos: o direito penal no Estado Democrático de Direito”), tendo como base a abordagem crítica de Mir Puig e Roxin à teoria de Jakobs, é demonstrada como função primordial do direito penal no Estado Democrático a proteção de bens jurídicos, contrariando-se as formulações de Jakobs.

2. O funcionalismo sistêmico luhmanniano no direito penal

Os juristas têm buscado na teoria sistêmica o marco teórico à solução de problemas que, no desenvolvimento mais recente do pensamento penal, não foram solucionados. Essa perspectiva baseia-se na concepção luhmanniana do Direito como instrumento de estabilização social, de orientação das ações e de institucionalização das expectativas (Cf. BARATTA, 2004, p. 2).

A teoria dos sistemas sociais de Luhmann, pois, é de especial interesse, na medida em que influenciou decisivamente a orientação funcionalista de Jakobs. Como ressalta Luhmann (2002, p. 76), “la teoría de sistemas desarrolla una descripción de la sociedad de contenido mucho más rico y concreto, aparte de que puede aplicar esta descripción a otros sistemas de funciones de la sociedad”.

A perspectiva sistêmica autopoietica permite afirmar que estão presentes no interior do sistema, de forma redefinida, a problemática do risco e do paradoxo. Com isso, é possível se compreender porque Luhmann (2002) define o Direito “como uma estrutura de generalização congruente em três níveis: temporal, normal, social (institucionalização) [*sic*] e prático ou objetivo (núcleo significativo)”. Em um mundo complexo, o comportamento social exige determinadas graduações, as quais possibilitam expectativas comportamentais

recíprocas e que são orientadas a partir de expectativas sobre tais expectativas. A função do Direito, assim, reside na “sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as dimensões” (ROCHA, 2005, p. 31-32).

O Direito para Luhmann (2002, p. 85), portanto, é descrito como um sistema autopoietico e autodiferenciador: é o próprio Direito que produz todas as distinções e descrições que utiliza, de modo que sua unidade nada mais é do que sua própria autoprodução, ou seja, “autopoiesis”. Por conseguinte, a sociedade deve ser tratada como o ambiente social que possibilita e suporta essa “autopoiesis”¹.

Como explica Lynett (2005, p. 13), as sociedades modernas, na teoria dos sistemas, caracterizam-se por sua complexidade. Para facilitar a orientação do homem no mundo, são criados mecanismos de redução da complexidade, como os sistemas sociais, “dentro dos quais o direito marca os limites da configuração que se dá a si mesma a sociedade e que a caracteriza de uma determinada maneira”. Na tarefa de redução de complexidade, destaca-se a estrutura da expectativa, que passa, assim, a ter importância decisiva.

¹ “El compromiso con la autoobservación y la autodescripción del objeto es condición de posibilidad de una razonable descripción científica, realista e incluso, me atrevería a decir, empíricamente adecuada. De otro modo, habría que tener el valor de negar que en el derecho existen autoobservaciones y autodescripciones. Estas reflexiones obligan a reconocer que aquello que existe como teoría del derecho ha nacido en conexión con las autodescripciones del sistema jurídico. Se trata de esfuerzos teóricos que aunque tengan disposición a la crítica respetan, en primer lugar, el derecho y declaran su adhesión a las obligaciones de las normas correspondientes. Esto es válido tanto para las teorías jurídicas en sentido estrecho – las que se han desarrollado a partir de la práctica casuística y que refieren sus reglas a principios generales como, por ejemplo, el principio de protección de la confianza –: como también para las teorías de reflexión sobre el sistema jurídico – las que representan el valor específicamente propio de la producción del derecho y el sentido de su autonomía”. (LUHMANN, 2002, p. 70-71).

Para Luhmann (2002), a sociedade existe e funciona por meio dos indivíduos, a ponto de afirmar que os indivíduos sem sociedade seriam simples animais dotados apenas de instinto; sua identidade, como pessoas, é alcançada precisamente por meio da sociedade. A sociedade, no entanto, possui uma identidade própria que transcende aos sujeitos, sendo composta não por indivíduos, mas, sim, por comunicações: o sistema social é composto por todas as comunicações. Para sua existência, a sociedade necessita de um código comunicativo que transcenda aos indivíduos e às consciências individuais. Esse código comunicativo permite que os sujeitos coordenem suas ações individuais, conforme os respectivos significados imersos no próprio código, de modo a dar lugar, objetivamente, à existência de determinadas expectativas, as quais se apresentam em conformidade com o sentido ou significado social que possuem as próprias ações. A convivência social, dessa forma, é dotada de um elemento de estabilidade e de “calculabilidade”, o que, de outro modo, não seria possível (Cf. EIBE, 2006).

Essa expectativa é uma expectativa normativa e, como tal, pode ser defraudada. A defraudação da expectativa, contudo, não é a regra, mas a exceção. O sistema social reage em face de uma defraudação, respaldando a expectativa, o que permite a cada indivíduo que intervém na comunicação social conhecer quais expectativas decorrem de comportamentos alheios, além das expectativas que são pelos demais forjadas, em razão de seus próprios comportamentos. Criam-se expectativas de expectativas, a partir do sentido comum dos atos e gestos, com o que o “caos” do imprevisível e a total contingência são substituídos, na convivência social, pela ordenação daquilo que é esperado (Cf. GARCÍA AMADO, 2000).

Essa segurança que torna previsível tanto o comportamento próprio como alheio, sob pautas comuns, não seria possível sem o Direito, conforme ressalta Amado (2000):

“El derecho permite la generalización de esas expectativas de expectativas, les da un alcance que rebasa el tiempo, la situación y los partícipes de cada interrelación particular, permite su vigencia como estructuras sociales. Desde el momento en que se sostiene que las estructuras de los sistemas sociales consisten en expectativas, se introduce un elemento de inseguridad, pues siempre cabe que las expectativas se vean defraudadas. Tiene que existir, por consiguiente, algún mecanismo que permita a los sistemas mantenerse aun en tales casos. Dos son, según Luhmann, las posibilidades de que disponen al efecto, y ambas tienen que ver con el modo de configurar esas expectativas. Una solución consiste en que se presenten como expectativas cognitivas, con lo cual su frustración sirve como nueva fuente de conocimientos y germen de una nueva expectativa, que sustituye a la anterior (...). La otra estrategia posible consiste en que las expectativas defraudadas no se varíen, sino que se mantengan y se refuercen. Son expectativas normativas. Aquí los sistemas ya no adaptan a las circunstancias, sino que defienden sus estructuras contra ellas”.

É a existência estruturada de expectativas que não se alteram em face de qualquer frustração que possibilita a orientação intersubjetiva de condutas, isto é, o Direito e o sistema jurídico existem para que sejam asseguradas essas expectativas não modificáveis por atos particulares dos indivíduos: “Por eso afirma Luhmann que la función del derecho se aplica como estabilización contrafáctica de expectativas de comportamiento, con lo cual las normas jurídicas serían expectativas de comportamiento contrafácticamente estabilizadas” (AMADO, 2000)².

² Afirma Luhmann que “Una sociedad compleja puede ser únicamente descrita - aun cuando para

Se for produzida a defraudação de uma expectativa normativa, deve reagir-se de tal maneira que se reafirme a validade da norma; e uma dessas reações (Luhmann admite outras) é justamente a imposição de uma sanção – este é o aspecto da concepção luhmanniana que mais influencia o funcionalismo de Jakobs. O sistema social, com sua comunicação e conseqüente participação dos indivíduos no código comunicativo comum, possui sentido por permitir que os sujeitos orientem suas condutas intersubjetivamente, evitando a “incalculabilidade” de possibilidades que poderiam surgir em qualquer relação intersubjetiva. O Direito é, por isso, o mecanismo que assegura, de uma forma geral, as expectativas

normativas, permitindo, em última instância, a manutenção do sistema, inclusive no caso de defraudação daquelas: “Es decir, Luhmann no considera al Derecho como un medio para evitar conflictos – prevención general negativa – sino como forma de reforzar el mantenimiento de las expectativas, y por ende del orden social – prevención general positiva” (EIBE, 2006).

O Direito não é em si um meio para evitar, prever ou preparar conflitos, mas canalizá-los, pois na própria estrutura de suas normas está implícita a previsão do conflito – há sempre a alternativa de cumprimento ou descumprimento. É precisamente o conflito, o descumprimento, que exerce o efeito paradoxal de reforçar a expectativa normativa, na medida em que desencadeia os mecanismos tendentes à imposição contrafáctica dessa expectativa, a qual aparecerá, então, reforçada em relação ao futuro (Cf. GARCÍA AMADO, 2000).

O Direito se apresenta para Luhmann como um código comunicativo (“a unidade da diferença entre Direito e Não-Direito”), no sentido da manutenção de sua estabi-

ello se renuncie a una descripción adecuadamente compleja (requisite variety) –, por medio de una teoría compleja. Y no es de otro modo que pueda lograrse un juicio sobre el derecho de la sociedad” (LUHMANN, 2002, p. 79).

lidade e autonomia, “mesmo diante de uma imensa complexidade (excesso de possibilidades comunicativas) – através da aplicação de um código binário” (ROCHA, 2005, p. 42)³. Portanto, a reação punitiva, a partir de uma perspectiva sistêmica, terá como função principal restabelecer a confiança e reparar ou prevenir os efeitos negativos que a violação da norma produz para a instabilidade do sistema e para a integração social (BARATTA, 2004, p. 3). Por meio da sanção, o Estado demonstra aos cidadãos ser possível continuar confiando em uma norma, ainda que, em determinada situação, tenha sido violada: demonstra a impossibilidade de vigorar uma concepção especial de mundo que possui um sujeito, preservando-se as condutas dos indivíduos com base nas expectativas gerais, ou seja, a finalidade da pena é a de “manter a vigência da norma como modelo de contato social” (LYNNET, 2005, p. 12).

3. Sociedade, direito penal e norma jurídica: a prevenção geral positiva

A sociedade, como visto no item anterior, é constituída por meio de normas e, a partir dessas normas, os sujeitos individuais alcançam sua identidade. Nesta mirada, corresponde ao direito penal a função de velar pelo elemento essencial de tais normas, solucionando, por conseguinte, o problema social básico, que consiste na subsistência das normas que estruturam a base do social. Isso significa que o objetivo do direito penal é a preservação da sociedade, a ponto de a prática jurídico-penal ser considerada como um exercício de

³ De acordo com Rocha (2005, p. 43-44), o sistema jurídico, como um sistema autopoietico, encontra-se diante de uma interação “auto-referente, recursiva e circular de seus elementos internos (clausura operativa), os quais, por isso, não apenas se auto-organizam, mas também, se autoproduzem, isto é, produzem os elementos necessários para sua reprodução. Assim, suas condições originárias tornam-se independentes do meio envolvente e possibilitam sua própria evolução”.

autopreservação da própria sociedade e, apenas de forma mediata, de preservação da identidade individual⁴.

A partir dessas afirmações, verifica-se, nos fundamentos da caracterização atribuída ao direito penal por Jakobs, que se encontram, em boa medida, traços da teoria luhmanniana na função comunicativo-simbólica do direito penal e em seu caráter de reforço das expectativas normativas, já que para o referido autor a missão da pena não é a de evitar lesões de bens jurídicos, mas reafirmar a vigência da norma⁵.

Quando produzidas conseqüências desfavoráveis em razão de violação de uma norma, e quando essas conseqüências, em face da estabilidade do sistema, deixam de ser toleráveis, intervém a reação punitiva. Por isso, *sua função primária é de prevenção positiva*; daí ser a pena prevenção-integração no sentido de que sua função primária é a de exercitar o reconhecimento da norma e a fidelidade

⁴ “Sin tal función, el sentido de las normas penales decae, pues con el fin de la sociedad acabaría también toda posibilidad de que los individuos pudieran organizadamente defender su identidad y, más aún, desaparecería también la posibilidad de que el individuo tuviera una identidad que le permitiera percibir unos intereses que fueran algo más que puros instintos. Es la identidad de la sociedad la que permite la identidad de los sujetos singulares” (GARCÍA AMADO, 2000).

⁵ “El elemento central de esta concepción es la función que atribuye a la pena. Jakobs sostiene que el Derecho penal encuentra su fundamento en su necesidad para garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales (aquellas de las que depende la propia configuración o identidad normativa de la sociedad) frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente y ponen a ésta, por tanto, en cuestión como modelo general de orientación en el contacto social. Jakobs no ha descrito siempre del mismo modo, sin embargo, la forma en que, más concretamente, el Derecho penal presta tal garantía a la sociedad. En particular, se han ido produciendo variaciones muy significativas en lo referente al papel que juega un elemento particularmente discutido, el del ‘ejercicio de la fidelidad en el Derecho’ (el aprendizaje como alternativa inaceptable de conducta de comportamiento defectuoso al que se asocian consecuencias desfavorables), en su concepción de la prevención general (positiva)” (PEÑARANDA RAMOS, 2000). Nesse aspecto, pertinente a lição de Callegari (2001, p. 171-172)

perante o direito por parte dos membros da sociedade (Cf. BARATTA, 2004, p. 3)⁶.

Figueiredo Dias (2001, p. 76-77) diz ser “prezável” o ponto de partida das doutrinas da prevenção geral, em especial pelo prisma das teorias sistêmico-sociais, sendo destacada a função do direito penal como tutela subsidiária de bens jurídicos, o que se reflete na natureza e legitimação da pena, além da expressão simbólica desta de reafirmação contrafáctica de fidelidade ao Direito. A prevenção geral está, ao contrário das doutrinas retributivas, diretamente ligada à função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos: exige-se da pena uma atuação preventiva sobre os membros em geral de uma comunidade, tanto no momento de sua ameaça abstrata, como no de sua concreção e efetiva execução. Assim, para o aludido autor, é inócua a argumentação no sentido de que

sobre o princípio da confiança: “Em princípio, todos podemos confiar que os outros cidadãos se comportarão respeitando as normas, a não ser que existam evidências em sentido contrário. Partir de uma sociedade de desconfiança em que se propusesse o contrário – a disposição permanente de infringir as normas por parte dos outros cidadãos – seria atentar contra a idéia do Direito como ordem vinculante nas relações sociais. O princípio de desconfiança conduz ao contra-senso de que o Direito se desautorize a si mesmo como sistema regulador de condutas vinculantes para todos os cidadãos. (...) Com efeito, no campo do Direito Penal, o princípio da confiança tem uma função concreta: delimitar o alcance da norma de cuidado, atenção ou diligência com respeito à atuação de terceiras pessoas”.

⁶ “El delito es una amenaza a la integridad y la estabilidad sociales, en cuanto constituye la expresión simbólica de una falta de fidelidad al derecho. Esta expresión simbólica hace estremecer la confianza institucional y la pena es, a su vez, una expresión simbólica opuesta a la representada por el delito. Como instrumento de prevención positiva, ella tiende a restablecer la confianza y a consolidar la fidelidad al ordenamiento jurídico, en primer lugar en relación a terceros y, posiblemente, también respecto del autor de la violación (...). Lo que importa en la valoración negativa delictivo y en la adscripción de responsabilidad penal a un individuo, no es tanto la producción consciente y voluntaria de un hecho lesivo de bienes o intereses dignos de tutela, sino el grado de intolerabilidad funcional hacia la expresión simbólica de infidelidad en relación con los valores consagrados por el ordenamiento positivo” (BARATTA, 2004, p. 3-4).

os índices de criminalidade são crescentes, o que demonstraria a inefetividade de uma finalidade de prevenção geral da pena: “Logo por ser indiscutível que uma tal finalidade acaba por se cumprir relativamente à maioria (a uma esmagadora maioria!) da população; e depois porque o argumento só poderia provar alguma coisa – se provasse – contra efectividade da pena e nada contra a finalidade que lhe é assinalada”.

Desse modo, vai afirmar Jakobs (2004) que, para a sociedade existir, é necessário que pelo menos uma norma seja válida, compreendendo norma como “the expectation that a person will behave in a certain way in a certain situation”.

Para que a norma não seja compreendida apenas como uma certa regularidade no ambiente do indivíduo e para que sua validade não seja apenas uma outra denominação para um possível efeito, ou seja, para que o dever-ser (*Sollen*) não se dissolva em ser (*Sein*), é preciso destinar a atenção a algo além dos indivíduos. Dessa forma, para Jakobs (2004) a norma será válida sempre que determinar o conteúdo de uma possível comunicação: “whenever the expectation directed to a person is stable”. É a norma, pois, que determina a comunicação. As normas válidas possuem sentido de acordo com o esquema de deveres/liberdade dos indivíduos, não de acordo com o esquema de satisfação/relutância individual. A determinação de quando uma norma deva ser seguida ou não, no esquema da satisfação/relutância, não permite que o nível de normatividade do esquema dever/liberdade (dever-ser) seja alcançado. A comunicação não é determinada nem pelo ganho obtido com o cumprimento da norma, nem pelo mal que deriva de sua infringência; ao revés, diz Jakobs (2004) que “an intelligent costs/benefits calculation suggests a certain behavior is a statement about the world of acting individuals, not about the world of social beings, that is, of persons”⁷.

⁷ Jakobs (2004) afirma que a distinção entre “norma” determinada pela personalidade e uma

Por conseguinte, uma norma legal será válida, ainda quando infringida – desde que a infringência da norma seja representada como tal na comunicação (“what can be infringed must stand as valid”): em caso de infringência, a expectativa dura mais do que o imperativo. Por isso, nem a infringência da norma, nem a sua validade podem ser produzidas por puro ato de força; conseqüentemente, o ato de sancionar também não pode ser reduzido à pura força. Tanto a infringência como a sanção devem ser entendidas como comportamento comunicativo, já que a validade da norma emerge por meio da comunicação, e não por meio de pura força. A sanção, assim, é a resposta a um ato, o qual deve ser concebido como

“inteligência” determinada pela individualidade é claramente identificada na crítica de Feuerbach a Hobbes. Os indivíduos em Hobbes submetem-se a alguém em posição de superioridade em relação aos demais, para superar as preferências individuais, tendo em vista especialmente a necessidade de proteção. Feuerbach afirma que um Estado com esses fundamentos não é nada mais do que uma “divertida” variação do Estado de Natureza. A diferença entre a Sociedade Civil e o Estado de Natureza é neutralizada, o que significa que as normas, assim como a própria estrutura da sociedade, ainda não foram concebidas. A crítica de Feuerbach a Hobbes também pode ser dirigida a Kelsen, ainda que com uma limitação. De acordo com Kelsen, se um sistema de regras torna-se uma ordem normativa, quando o sistema está estabelecido totalmente de uma forma efetiva, apenas algumas pessoas estariam envolvidas: aqueles que se beneficiam com esse sistema e aqueles que pelo menos o toleram. Esse grupo de pessoas, em razão da *Grundnorm*, inclina-se a aceitar o sistema e a Constituição. O sistema de regras é compreendido como um sistema de deveres e, portanto, as pessoas que integram aquele grupo comportam-se como pessoas – e não como indivíduos determinados que agem de acordo com o esquema satisfação/relutância. Mas, para as outras pessoas envolvidas que reconhecem no sistema de regras nada mais do que o deliberadamente estabelecido, um ambiente nocivo, não é possível estabelecer as fundações de uma força comunicativa que forme laços consistentes, que é a necessidade de aceitar a Constituição. Essas pessoas denunciarão que a opressão por meio da regularidade não altera o conceito. Quando, nessa situação, a comunicação não se faz possível, não há qualquer relação com uma sociedade. Se o discurso do sistema de regras prevalecer, os oprimidos serão tratados como pessoas e, portanto, obrigados a adotar determinadas condutas, quer as compreendam ou não.

um protesto contra a validade da norma, ou seja, contra a própria configuração da sociedade. A resposta que é a sanção não busca uma confirmação indireta do contexto social; é a própria confirmação direta. Quando a sociedade sanciona, está recusando uma modificação em sua configuração, recusando o ato criminoso como uma opção possível. A sociedade insiste contra esse propósito para alterar-se, justamente permanecendo no *status quo*. Essa é a prevenção geral positiva: sancionando-se diversas vezes as condutas criminosas, faz com que estas não sejam mais alternativas a serem consideradas (Cf. JAKOBS, 2004)⁸.

É por isso que, para Jakobs (2004), a legitimação material do direito penal decorre da necessidade de garantir a vigência das expectativas normativas essenciais, que são, segundo Cancio Meliá (2005, p. 109), “aquelas das que depende a própria configuração ou identidade da sociedade”, diante das condutas que contrariam a norma correspondente e, por conseguinte, o modelo geral de orientação no contato social.

Note-se que, enquanto o racionalismo moderno tem no indivíduo o núcleo de toda sua legitimidade, de modo a ser o Direito justificado somente a serviço da liberdade individual, a ponto de a legitimidade de toda forma social basear-se unicamente no livre consentimento dos indivíduos, os fundamentos funcionalistas chocam-se frontalmente com esses pressupostos. Os fundamentos do racionalismo individualista são invertidos, a ponto de ser a sociedade erigida como constitutiva do humano, ao aportar as referências a partir das quais o indivíduo pode simultaneamente entender a si próprio e aos demais (Cf. GARCÍA AMADO, 2000).

Daí afirmar Jakobs (2005, p. 31-34) que, de acordo com a doutrina dominante, o

direito penal destina-se à proteção dos bens jurídicos; entretanto, a relevância dos bens é relativa, pois se refere apenas a uma situação ameaçada: “Visto desse modo, o direito penal já não garante a existência dos bens jurídicos em si, mas, sim, que as pessoas não ataquem esses bens e, de maneira correspondente, unicamente dessa forma, tratar-se-á de bens jurídicos como meros bens que poderão perecer”. O direito penal não serve para a proteção genérica de bens jurídicos, mas “para a proteção de bens contra certos ataques, e só no que se refere a essa proteção de bens, aparecerão na ótica do direito e, portanto, serão considerados, bens jurídicos”. Ao garantir a vigência da norma, não a proteção de bens jurídicos, o direito penal está garantindo a expectativa de que não se produzam novas ameaças a esses bens, ou seja, “bem” não é representado por um objeto físico, mas “como norma, como expectativa garantida”.

Conseqüentemente, a referência social está na infração do papel a ser desempenhado pelos indivíduos. Junto com a organização social relativa à posse de bens, que importam dever negativo, existe dever que decorre de instituições positivas – há uma confiança especial que não deve ser defraudada. Dessa forma, não se espera que as pessoas evitem toda lesão a um bem; mas que tenham o suficiente cuidado daquilo que lhes compete, ou seja, que os indivíduos não violem seu papel de fidelidade ao Direito (Cf. JAKOBS, 2005, p. 34-38).

A partir dessas noções, chega Jakobs (2005, p. 35, 39) a uma concepção de ordenamento jurídico:

“[...] o direito não é um muro construído para proteger os bens, é, sim, a estrutura que garante a relação entre as pessoas. Portanto, o direito penal como proteção dos bens jurídicos significa que uma pessoa, apegada a seus bens, é protegida das ameaças de outra pessoa. [...]. Seja como for, o reconhecimento da devida atribuição de responsabilidade em função da

⁸ “The sanction has a function without causing any psychological effects. Even if right after an act and its sanctioning the next act comes, the sanction has fulfilled its function as long as the next act is the next act. It’s not the deception of some kind of private expectation, but of an expectation that belongs to the social configuration”. (JAKOBS, 2004).

teoria da imputação objetiva é, queiramos ou não, o reconhecimento de uma ordem estabelecida em função de papéis, isto é, em função das relações entre as pessoas, e isto significa, por sua vez, em função de determinadas expectativas normativas, ou seja, de normas que não são, por sua vez, bens de pessoas determinadas”.

Portanto, os fundamentos construídos pelas doutrinas liberais para limitar a atividade punitiva do Estado, como o princípio do delito como lesão de bens jurídicos e o princípio da culpabilidade, são de certo modo superados e substituídos por elementos de uma teoria sistêmica: *o indivíduo deixa de ser o centro e o fim da sociedade e do Direito para se converter em um subsistema físico-psíquico* (Cf. BARATTA, 2004, p. 5).

Essa “exasperada normatização”, segundo Figueiredo Dias (2001, p. 106), pode implicar um “perigoso resvalamento” da pena e do direito penal, em direção a uma função simbólica e, até mesmo, “a uma função simbólica puramente negativa”, gerando por consequência sua utilização “pelas classes dirigentes na via da autodefesa dos seus privilégios e do aumento exponencial das margens da exclusão social”. A função social primária do direito penal seria, na verdade, a tutela dos bens jurídicos, constituindo a estabilização das expectativas normativas “apenas uma forma plástica de tradução daquela idéia essencial”.

4. Constituição e proteção de bens jurídicos: o direito penal no Estado Democrático de Direito

A prevenção geral positiva não está imune a contundentes críticas, em que pese a concepção retributiva, em um Estado Democrático como o brasileiro, não ser uma alternativa viável⁹. Esta, por si só, não serve

⁹ De acordo com Mir Puig (1994, p. 116-117), a concepção mais tradicional da pena é a que enxerga nela a retribuição exigida para fins de Justiça, em razão do cometimento de um delito. A pena não possui,

de legitimação à imposição de sanção penal para a proteção da sociedade, dependendo sempre da determinação de seus objetos e de seus limites: a prevenção legitimará a pena quando exercida de forma adequada (Cf. MIR PUIG, 1994, p. 119).

A prevenção geral – que, dirigida à sociedade, visa a impedir o surgimento de novos delinquentes – pode se manifestar pela via da intimidação, onde a ameaça da imposição de uma pena pretende infligir um temor que sirva como um freio à tentação de delinquir; e também como afirmação do Direito aos olhos da coletividade, perseguindo uma finalidade de internalização positiva, na consciência coletiva, da reprovação jurídica dos delitos e, por outro lado, a satisfação do sentimento jurídico da comunidade. Daí decorre um primeiro limite à prevenção geral, no dizer de Mir Puig (1994, p. 121):

“[...] la gravedad de las penas tendentes a evitar delitos no puede llegar hasta el máximo de lo que aconsejaría la pura intimidación de los eventuales delincuentes, sino que debe respetar el límite de una cierta proporcionalidad con la gravedad social del hecho. Dicho límite impediría también, viceversa, dejar de castigar o señalar penas ínfimas a delitos gravísimos.

nessa perspectiva, a característica de um instrumento dirigido à consecução de fins utilitários de bem-estar social, como afirma o autor, apresentando-se exclusivamente como uma exigência ética derivada do valor Justiça, nos moldes de um imperativo categórico kantiano: “Sea útil o inútil para asegurar la paz social, la pena debe imponerse si lo exige la Justicia”. Essa concepção é insustentável em um Estado Democrático que está legitimado tão-somente para intervir por meio da sanção penal em benefício da sociedade. Isso porque uma sociedade plural admite a concorrência de distintos sistemas de valores. O único modo para tornar possível a coexistência democrática de todos os grupos sociais é por meio da renúncia à imposição de penas em razão de exigências meramente éticas, limitando-se a evitar lesões a bens jurídicos: “El Estado democrático no tiene derecho algum a imponer por la fuerza la Justicia sobre la tierra. Su labor, la única para la que está legitimado, es más modesta pero más realista: hacer Política social”.

[...]. Entre dos medios delictivos de distinta gravedad, el delincuente tendrá así motivos para evitar la forma más gravemente penada de alcanzar su propósito [...]"

A imposição de uma pena está submetida a uma série de limites normativos, os quais servem de garantia ao indivíduo, prestigiando-se, assim, o núcleo principiológico do direito penal clássico que, em razão das conquistas liberais, inclinou-se à prevenção geral¹⁰. Um Estado de Direito deve respeitar o princípio da legalidade, tanto no sentido de oferecer segurança ao cidadão, para saber quando poderá ser submetido a uma pena, como no sentido político liberal, pelo qual cabe somente aos representantes do povo no parlamento decidir quando pode ser imposta uma pena. Entretanto, um Estado Democrático de Direito, além do princípio da legalidade, encontra outros limites: o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, o princípio da culpabilidade pelo fato, o princípio da proporcionalidade e o princípio da ressocialização. Com Mir Puig (1994, p. 127), a conclusão a que se chega, portanto, é a de que "[...] la pena es un instrumento hoy por hoy fundamental en la lucha contra el delito y en pro de la seguridad ciudadana, pero lo es no tanto porque sea el medio más eficaz de control social imaginable, sino, en cierto modo, al revés, porque constituye una forma limitada de prevención, sometida a garantías ya irrenunciables en un Estado social y democrático de Derecho".

Com isso, demonstra o referido autor a possibilidade de um modelo de direito penal compreendido a serviço da função de prevenção. A prevenção, no entanto, deve ser limitada, principalmente pelas idéias de *proporcionalidade* e *culpabilidade*,

conciliando-se, assim, as necessidades de proteção da sociedade, por meio da prevenção jurídico-penal, com a conveniência de submeter essa intervenção preventiva a certos limites, os quais derivam em grande parte da consideração do indivíduo, não somente da coletividade (Cf. MIR PUIG, 1994, p. 130). Essa é uma das consistentes críticas feitas à doutrina da prevenção geral positiva formulada por Jakobs (2004).

A formulação de Jakobs (2004), ainda segundo Mir Puig (1994, p. 134, 138), visa à ampliação da intervenção do direito penal, pois a única meta do direito penal seria a de garantir a função "orientadora" das normas jurídicas, tratando apenas de exercitar a confiança nas normas, a fidelidade no Direito e a aceitação das conseqüências no caso de infração. Entretanto, para que sejam respeitadas as conquistas da modernidade e, por conseguinte, a autonomia moral dos indivíduos, a prevenção geral positiva para um direito penal democrático somente será adequada se for compreendida em um sentido restritivo. A missão do direito penal não deve ser a de incidir na consciência ético-social dos cidadãos, o que representaria uma transgressão ao limite representado pelo foro interno dos indivíduos.

Ao demais, no Estado Democrático deve-se privilegiar, em detrimento da criminalização exacerbada de condutas, uma política social adequada, para que sejam estabelecidas soluções de longo prazo aos problemas oriundos da delinquência. Assim, a estabilização das expectativas não deve ser realizada, primariamente, pela imposição de sanções, mas por outros meios menos lesivos e funcionalmente equivalentes. Não bastasse, Jakobs opta por atender somente às necessidades do funcionamento do sistema, negando a função limitadora de referentes materiais, como o bem jurídico, o que torna sua teoria mais perigosa do que as teorias retributivas (Cf. MIR PUIG, 1994, p. 138-139).

No Estado Democrático, o direito penal deve castigar unicamente ataques a bens

¹⁰ Como bem afirma Eagleton (1998, p. 62), não se deve olvidar as conquistas das revoluções burguesas, a luta contra as brutalidades do Antigo Regime que legou importantes conquistas nas esferas da liberdade, justiça e direitos humanos, além de uma rica herança cultural.

jurídicos, sendo concebido como um mal menor, admissível somente na medida em que estritamente necessário. É preciso, antes de tudo, que outros meios de defesa menos lesivos não sejam suficientes para a tutela da estabilização social¹¹.

No mesmo sentido é a posição de Roxin (2006, p. 19): “A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos”. Na base dessa concepção está a idéia de que deve haver um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, garantindo-se a cada um a proteção estatal necessária, assim como a liberdade individual possível. Por essa razão, e para que sejam assegurados também o respeito aos direitos humanos e a possibilidade de uma coexistência pacífica, o Estado deve garantir as instituições estatais adequadas para que seja alcançado esse fim. Dessa forma, Roxin denomina *bens jurídicos* todos os “objetos legítimos de proteção das normas que subjacem a estas condições”, ou seja, bens jurídicos são as “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”.

Assim, Roxin (2006, p. 19) critica o modelo de direito penal de Jakobs, destinado a evitar a diminuição da vigência da norma, dizendo que um sistema social não deve ser mantido por ser um valor em si mesmo; deve, sobretudo, atender aos homens que vivem naquela sociedade. Por isso, a norma não pode pretender apenas a obediência dos cidadãos; um Estado Democrático

somente pode consistir em “um viver em comunidade pacífico e livre onde se respeite os direitos humanos dos membros da sociedade”, de modo que não se pode, como apregoa Jakobs, proteger a vigência das normas por meio de opções políticas, tendo em vista a regulação da vida livre dos indivíduos. Isso guia, com bem afirma Roxin (2006), à discricionariedade e arbitrariedade legislativa:

“A política criminal como tal não é certamente uma ciência; sem embargo, o desenvolvimento das fronteiras do processo legislativo, quanto ao conteúdo, desde as diretrizes político-criminais de um ordenamento constitucional liberal e de Estado de Direito, pertence perfeitamente às tarefas científicas da jurisprudência, independentemente da questão de se este desenvolvimento se dá no marco da doutrina ou da judicatura constitucional”.

Das críticas alinhavadas e da necessidade de tutela de bens jurídicos decorre que o apelo direto à teoria dos sistemas mostra sua insuficiência para a obtenção de efeitos práticos da aplicação do Direito. Como afirma Figueiredo Dias (2001, p. 47), torna-se impossível emprestar ao conceito de bem jurídico a indispensável concretização: “os bens do sistema social se transformam e se concretizam em bens jurídicos dignos de tutela penal (em bens jurídico-penais) através da ordenação axiológica jurídico-constitucional”. Por isso diz Streck (2004, p. 308-309) ser imprescindível um redimensionamento na hierarquia dos bens jurídicos, para que sejam devidamente adaptados à sua dignidade constitucional, lembrando ser fenômeno comum nas Constituições do segundo pós-guerra a previsão de preceitos que alargam a incidência do direito penal, tendo em vista a proteção de direitos coletivos, “cuja tutela se impõe para que haja uma justiça mais autêntica, ou seja, para que se atendam as exigências de justiça material”. É preciso, pois, “introjetar na concepção de bem jurídico-penal a idéia de que uma

¹¹ Mir Puig (1994, p. 167) alerta para o fato de que o princípio de exclusiva proteção de bens jurídico-penais é somente um entre os distintos princípios que limitam o *ius puniendi* em um Estado Social e Democrático de Direito.

série de valores constitucionais de feição coletiva necessitam de proteção penal”¹².

O problema, contudo, que decorre dessa concepção é a inobservância do princípio da intervenção mínima do direito penal, princípio este que, embora de conotação liberal e neoliberal, pode e deve ser compatibilizado com um Estado Social de índole intervencionista.

Segundo Callegari (2001, p. 199-200), não há contradição na compatibilização dessas noções, na medida em que “a admissão de um Estado social, que intervém para procurar bem-estar aos cidadãos, não obriga postular como desejável um intervencionismo penal que restrinja a liberdade do cidadão mais além do que o imprescindível para sua própria proteção”.

Não se deve, entretanto, com Canotilho (2001, p. 101-104), olvidar que a Constituição é ordenação global do Estado e da sociedade, sendo concebida a serviço da democratização do Estado e da sociedade, ou seja, é um programa de ação pelo qual a sociedade se constitui em unidade socioeconômica e política, rejeitando a idéia de um Estado inerte e existente em si¹³. A

¹² Afirma Streck (2004, p. 308) sobre a controvérsia acerca do conceito de bem jurídico: “Estando isto claro, vale registrar, no particular, a existência de uma grave controvérsia acerca da extensão e das funções desse conceito (bem jurídico) a partir do dissenso surgido entre a postura dos penalistas liberais, que defendem uma compreensão demasiadamente restrita do conceito, e aqueles que defendem o reconhecimento jurídico-penal de valores supra-individuais, cuja posição quanto à funcionalidade dessa instituição jurídica assenta-se em uma concepção organizativa, interventiva e atenta à realidade social. Essa contenda não foi ainda suficientemente percebida e apreendida pelo conceito dogmático de bem jurídico, e este conflito acarreta uma confusão quanto aos bens que devem prevalecer numa escala hierárquica axiológica, para fins de serem relevantes penalmente e, portanto, merecedores de tutela dessa natureza”.

¹³ “Com efeito, perguntar pela ‘força dirigente’ e pelo ‘carácter determinante’ de uma lei fundamental implica, de modo necessário, uma indagação alargada, tanto no plano teórico-constitucional como no plano teórico-político, sobre a função e a estrutura de uma constituição. Deve uma constituição conceber-se como ‘estatuto organizatório’, como simples ‘instrumento

Constituição brasileira apresenta, portanto, uma linha diretiva para o Estado: suas normas comandam a atividade do legislador, inclusive do legislador penal, para que sejam alcançados os objetivos do constituinte. Não há absoluta liberdade de conformação legislativa, seja para o estabelecimento de crimes e penas, seja para descriminalizações; há, de um lado, a proibição de excesso e, de outro, a proibição de proteção deficiente (Cf. STRECK, 2004, p. 310).

Daí se retira que “não há blindagem que proteja a norma penal do controle de constitucionalidade” (STRECK, 2004, p. 311), já que nenhum setor do Direito está imune à vinculação constitucional. Por conseguinte, *a teoria do bem jurídico passa também a depender da materialidade da Constituição*.

O direito penal também deve servir como um instrumento interventivo, organizador e transformador da sociedade. As políticas criminais devem estimular o acontecimento de um direito penal que materialize os indícios axiologicamente hierarquizados na Constituição, a partir de demandas sociais concretas. O direito penal assume, nesse quadro, uma tarefa de proteção de bens e direitos não somente individuais, mas também coletivos, estabelecendo uma função de pauta igualitária (Cf. STRECK, 2002, *passim*).

O compromisso do direito penal não é, no dizer de Callegari (2001, p. 207), com doutrinas e ideologias preocupadas com a preservação do *status quo*:

de governo’, definidor de competências e regulador de processos, ou, pelo contrário, deve aspirar a transformar-se num plano normativo-material global que determina tarefas, estabelece programas e define fins? Uma constituição é uma lei do Estado e só do Estado ou é um ‘estatuto jurídico do político’, um ‘plano global normativo’ do Estado e da sociedade? As interrogações acabadas de formular indicam que a eventual inteligibilidade do teor argumentativo que adiante se desenvolve está dependente da prévia iluminação hermenêutica dos pontos de partida teórico-políticos e teórico-constitucionais. Em síntese: o debate sobre a constituição e a lei é indissociável da pré-compreensão da constituição”. (CANOTILHO, 2001, p. 11-12).

“A missão do Direito Penal é bem outra: é exercer a função criativa nas balizas da norma incriminadora, é infundir, em relação a determinadas normas punitivas, o sopro social; é zelar para que a lei ordinária nunca elimine o núcleo essencial dos direitos do cidadão; é garantir a ampla e efetiva defesa, o contraditório e a isonomia de oportunidades, favorecendo o concreto exercício da função da defesa; é invalidar provas obtidas com a violação da autonomia ética da pessoa; é livrar-se do círculo fechado do dogmatismo conceitual, abrindo-se ao contato das demais ciências humanas e sociais; é compatibilizar o Estado de Direito com o Estado social que lhe é subjacente; e, em resumo, ser o garante da dignidade da pessoa humana e da estrita legalidade do processo”.

O modelo, pois, de direito penal a ser construído não deve ser pautado pela simples intervenção mínima, mas por uma intervenção minimamente necessária à consecução dos objetivos do Estado Democrático brasileiro (Cf. STRECK, 2002, p. 290).

5. Considerações finais

Como bem assevera Mir Puig (1994, p. 115), é comum aos momentos de transição de regimes autoritários para regimes democráticos que parte significativa da opinião pública veja na imposição de penas e em sua agravação a solução definitiva para todos os problemas decorrentes da criminalidade. E pela formulação de Jakobs, a teoria da prevenção geral positiva parece atender a este anseio, ampliando a intervenção penal, com fundamento na teoria sistêmica luhmanniana, para garantir a vigência de expectativas normativas, em detrimento da tutela de bens jurídicos, na contramão do aparente consenso doutrinário que aponta para a progressiva restrição do direito penal, em nome da intervenção mínima (Cf. CALLEGARI, 2001, p. 199).

Em um primeiro momento, essa posição seria adequada a um Estado Social intervencionista, cuja tendência é a de utilizar o direito penal visando a maximalização do Poder Público e prevenir ataques a determinados interesses coletivos. No entanto, tratando-se de um Estado Democrático de Direito, o direito penal possui um *compromisso com a tutela dos valores fundamentais de uma comunidade*. Não se destina primariamente à estabilização de expectativas normativas, mas à proteção de bens jurídicos, os quais, no Estado Democrático, estão consagrados na Constituição, que estabelece as diretrizes básicas e fundamentais à adoção de uma política criminal coerente com as peculiaridades de uma democracia.

Dessa forma, não se propugna tão-somente pela mínima intervenção do direito penal, pois o legislador não é livre para criminalizar ou despenalizar condutas; o legislador encontra limites, sobretudo materiais, no próprio ente constitucional. Por essas razões, a teoria de Jakobs é inadequada a um Estado Constitucional e Democrático como brasileiro. As formulações teóricas de Mir Puig e Roxin acerca da prevenção geral positiva, em contrapartida, apresentam-se mais coerentes com a necessidade de proteção dos bens jurídicos em um Estado Democrático, onde direito penal não é concebido com um ramo apartado e autônomo do ordenamento constitucional, mas verdadeiro instrumento de tutela e garantia de direitos fundamentais.

Referências

BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Montevideo: B de F, 2004.

CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Imputação objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001.

EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo*. Tradução de E. Barbosa. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998.

EIBE, Manuel Arias. Bases sociológicas del funcionalismo penal contemporáneo. *Université de Fribourg, Fribourg*, 2006. Disponível em: <<http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/arias.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2006.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Dogmática penal sistémica?: sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante*, n. 23, 2000. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em: 15 maio 2006.

JAKOBS, Günther. Imputation in criminal law and the conditions for norm validity. *Buffalo Criminal Law Review*, New York, v. 7, n. 2, 2004. Disponível em: <<http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/7/2/jakobs.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2006.

_____. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?. Tradução de Manuel Cancio Meliá. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Lo derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Iberoamericana, 2002.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MELIÁ, Manuel Cancio. O estado atual da política criminal e a ciência do direito penal. Tradução de Lúcia Kalil. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto del delito. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante*, n. 23, p. 289-322, 2000. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em: 12 maio 2006.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: _____; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (*Übermaßverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra*, v. 80, 2004.

_____. O direito penal e os influxos legislativos pós-constituição de 1988: um modelo normativo eclético consolidado ou em fase de transição?. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos, São Leopoldo*, 2002.