

ALESSANDRO BARATTA

**PRINCÍPIOS DO
DIREITO PENAL MÍNIMO**

**PARA UMA TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS COMO OBJETO E LIMITE
DA LEI PENAL**

**DOCTRINA PENAL. TEORIA E PRÁTICA EM LÃS CIÊNCIAS PENAIS. ANO 10,
N. 87, P. 623-650.**

TRADUÇÃO DE FRANCISCO BISSOLI FILHO

FLORIANÓPOLIS – SANTA CATARINA - 2003

Título original em espanhol: *PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL MÍNIMO (PARA UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO OBJETO Y LIMITE DE LA LEY PENAL)*

Texto publicado na Revista “Doutrina Penal” n. 10-40, Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1987. pp. 623-650.

ADVERTÊNCIA: a tradução realizada destina-se, exclusivamente, à realização de estudos científicos, sem fins lucrativos, vedada a comercialização por quem quer que seja.

PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL MÍNIMO PARA UMA TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS COMO OBJETO E LIMITE DA LEI PENAL

Por Alessandro Baratta*

SUMÁRIO: Introdução. *Parte I.* Princípios intrassistêmicos da mínima intervenção penal: 1. Princípios de limitação formal – 2. Princípios de limitação funcional – 3. Princípios de limitação personal ou de limitação da responsabilidade penal – *Parte II.* Princípios extrassistêmicos da mínima intervenção penal: 1. Princípios extrassistêmicos da descriminalização – 2. Princípios metodológicos da construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais.

Introdução

A tarefa a que me propus nestas páginas é de realizar uma articulação programática da idéia da mínima intervenção penal como idéia-guia para uma política penal a curto e médio prazo. A adoção dessa idéia pretende ser uma resposta à questão acerca dos requisitos mínimos a respeito dos direitos humanos na lei penal.

O conceito de direitos humanos assume, nesse caso, uma dupla função. Em primeiro lugar, uma função negativa concernente aos limites da intervenção penal. Em segundo lugar, uma função positiva a respeito da definição do objeto, possível, porém não necessário, da tutela por meio do direito penal¹. Um conceito histórico-social dos direitos humanos oferece, em

* Universidade de Saarland, Saarbrücken, RFA. Traduzido do italiano por Beatriz Lenzi, Universidade de Firenze.

¹ Um conceito histórico-social dos direitos humanos permite incluir também aqueles interesses coletivos, como a saúde pública, a ecologia, as condições laborais. Esses objetos abarcam também a tutela das instituições, porém, unicamente, no casos de essas não serem consideradas como um fim em si mesmas, ou em função da auto-reprodução do sistema social, senão como reflexo das necessidades reais das pessoas. A perspectiva humanística que fundamenta a política da mínima intervenção penal imprime nessa uma direção oposta às das atuais tendências para uma expansão tecnocrática do sistema punitivo para a tutela da “ordem”, em relação ao qual a subjetividade e a diversidade dos indivíduos são considerados como potenciais fatores de perturbação, enquanto que as necessidades reais dos homens estão tautologicamente limitadas aos requerimentos de confiança na ordem institucional.

Na perspectiva que aqui se coloca, conceitos como os da “segurança do Estado”, a “ordem pública”, a “economia nacional” etc., tendem a ser relativizados desde o ponto de vista das necessidades dos homens a da

ambas funções, o instrumento teórico mais adequado para a estratégia da máxima contenção da violência punitiva, que atualmente constitui o momento prioritário de uma política alternativa do controle social.

A orientação para tal estratégia pode derivar também dos resultados até agora alcançados, no âmbito das ciências histórico-sociais e da criminologia crítica, na análise dos sistemas punitivos em suas manifestações empíricas, em sua organização e em suas funções reais.

Os principais resultados podem resumir-se nas seguintes proposições:

a) A pena, especialmente em suas manifestações mais drásticas, que tem por objeto a esfera da liberdade pessoal e da incolumidade física dos indivíduos, é violência institucional², isto é, limitação de direitos e repressão de necessidades reais fundamentais dos indivíduos mediante a ação legal ou ilegal dos funcionários do poder legítimo e do poder de fato em uma sociedade³.

b) Os órgãos que atuam nos distintos níveis de organização da justiça penal (legislador, Polícia, Ministério Público, juízes, órgãos de execução) não representam nem tutelam interesses comuns a todos os membros da sociedade, senão, prevalentemente, interesses de grupos minoritários dominantes e socialmente privilegiados. Não obstante, em um nível mais alto de abstração, o sistema punitivo se apresenta como um subsistema funcional da produção material e ideológica (legitimação) do sistema social global, isto é, das relações de poder e de propriedade existentes, mais que como instrumento de tutela de interesses e direitos particulares dos indivíduos⁴.

c) O funcionamento da justiça penal é altamente seletivo, seja no que diz respeito à proteção outorgada aos bens e aos interesses, seja no que concerne ao processo de criminalização e ao recrutamento da clientela do sistema (a denominada população criminal). Todo ele está dirigido, quase que exclusivamente, contra as classes populares e, em particular, contra os grupos sociais mais débeis, como o evidencia a composição social da população carcerária, apesar de que os comportamentos socialmente negativos estão distribuídos em todos os estratos sociais e de que as violações mais graves aos direitos humanos ocorrem por obra de indivíduos pertencentes aos grupos dominantes ou que fazem parte de organismos estatais ou organizações econômicas privadas, legais ou ilegais (A. Baratta, 1986, p. 10 ss.).

comunidade, e não vice-versa. A este propósito, em um fundamental e valioso estudo de E. R. Zaffaroni (1985), expõe-se a necessidade de instrumentar-se a articulação de um conceito amplo dos direitos humanos, individuais e econômico-sociais, como critério de valoração para uma análise crítica dos atuais sistemas punitivos nos países latino-americanos. Esse estudo, que é o documento final de uma iniciativa de investigação interregional patrocinada pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos, com sede em São José de Costa Rica, constitui um modelo de proposta para uma política criminal alternativa que se vale de enfoques originais e fecundos que foram levados em consideração na preparação do presente trabalho.

² Para este conceito, dentro do âmbito de uma teoria geral da violência, cfr. J. Galtung (1975); em particular, cfr. P. Waldman (1977, 181 ss).

³ O caso do exercício extralegal do poder punitivo (penas extrajudiciais, ações militares ou paramilitares, torturas, desaparecimentos) representa uma característica alarmante em certos países nos quais a função punitiva se tem deslocado – ou tende a sê-lo em maior ou menor proporção – fora dos limites do direito (A. Baratta, 1985).

⁴ O dito resulta evidente se se tem em conta, em particular, a linha das atuais tendências de transformação dos sistemas punitivos em sentido tecnocrático; veja-se W. Hassemer (1984); Ph. Robert (1985).

d) O sistema punitivo produz mais problemas do que pretende resolver. No lugar de compor conflitos, reprime-os e, amiúde, esses adquirem um caráter mais grave do que o seu próprio contexto originário; ou também por efeito da intervenção penal podem surgir conflitos novos no mesmo ou em outros contextos.

e) O sistema punitivo, por sua estrutura organizativa e pelo modo em que funciona, é absolutamente inadequado para desenvolver as funções socialmente úteis declaradas em seu discurso oficial, funções que são centrais à ideologia da defesa social e às teorias utilitárias da pena.

Se nos referimos, em particular, ao cárcere como pena principal e característica dos sistemas penais modernos, corresponderia, em primeira instância, comprovar o fracasso histórico dessa instituição diante das suas principais funções declaradas: conter e combater a criminalidade, ressocializar o condenado, defender interesses elementares dos indivíduos e da comunidade. Não obstante, em uma consideração mais profunda, estudando a instituição carcerária do ponto de vista das suas funções reais, comprova-se que essas têm sido historicamente cumpridas com êxito. Com efeito, afastando a hipótese irracional da ausência de conexões funcionais entre essa instituição e a sociedade, a análise científica pôs em evidência funções reais distintas e opostas àquelas declaradas e que, portanto, explicam sua sobrevivência histórica (M. Foucault, 1975). A instituição serve, antes de tudo, para diferenciar e administrar uma parte dos conflitos existentes na sociedade como “criminalidade”, isto é, como um problema ligado às características pessoais dos indivíduos particularmente perigosos, o qual requer uma resposta institucional de natureza técnica. Isto é, a pena ou o tratamento do desviado. Em segundo lugar, o cárcere serve para a produção e reprodução dos “delinquentes”, ou seja, de uma pequena população recrutada, dentro daquela muito mais ampla do que os infratores, nas camadas mais débeis e marginais da sociedade. Por último, o cárcere serve para representar como normais as relações de desigualdade existentes na sociedade e para a sua reprodução material e ideológica.

Em uma economia política da pena, o sistema punitivo se apresenta, pois, como violência inútil, senão como violência útil, do ponto de vista da auto-reprodução do sistema social existente e, portanto, do interesse dos detentores do poder, para a manutenção das relações de produção e de distribuição desigual dos recursos. Em conseqüência, o sistema punitivo aparece, em uma análise científica, como um suporte importante da violência estrutural e, se concebemos essa em sua acepção mais ampla, da instituição social: repressão das necessidades reais da maior parte dos indivíduos, que, levando em consideração o desenvolvido alcançado pelas forças produtivas da sociedade, poderiam, contudo, ser satisfeitas se as relações sociais de propriedade e de poder fossem distintas e mais justas (J. Galtung, 1975, p.755 ss.).

A luta pela contenção da violência estrutural é a mesma luta pela afirmação dos direitos humanos. Com efeito, em uma concepção histórico-social, esses assumem um conteúdo idêntico ao das necessidades reais historicamente determinadas (A. Baratta, 1987; E. R. Zaffaroni, 1985a). Desprendem-se daqui duas conseqüências: a primeira é que uma política de contenção da violência punitiva é realista só se inserida no movimento para a afirmação dos direitos humanos e da justiça social. Pois, definitivamente, não se pode isolar a violência concebida como violência institucional da violência estrutural e da injustiça das relações de propriedade e de poder, sem perder o contexto material e ideal da luta pela transformação do sistema penal, reduzindo-a a uma batalha sem saída nem perspectivas de êxito (E. García Mendez, 1985). A segunda conseqüência é que as possibilidades de utilizar

alternativamente os instrumentos tradicionais da justiça penal para a defesa dos direitos humanos são sumamente limitadas.

Não obstante, o conceito de direitos humanos, na dupla função antes indicada, continua sendo o fundamento mais adequado para a estratégia da mínima intervenção penal e para sua articulação programática no quadro de uma política alternativa do controle social.

A análise que segue se refere aos requisitos mínimos de respeito aos direitos humanos na lei penal. O exame dos critérios corresponde ao respeito dos direitos humanos no marco do processo penal e da execução da pena excede os limites deste trabalho; referir-me-ei a esses dois subsistemas da justiça penal somente à medida que sejam indispensáveis para a enunciação dos princípios de uma política de menor intervenção a nível da criminalização primária.

Os princípios que se articulam na esfera da lei e a idéia da mínima intervenção penal e agrupam, antes de tudo, em duas categorias que dependem da adoção de um ponto de vista interno ou de um ponto de vista externo ao direito penal. O ponto de vista interno dá lugar aos princípios intrassistemáticos que indicam os requisitos para a introdução e a manutenção de figuras delitivas na lei. O ponto de vista externo dá lugar aos princípios extrassistemáticos que se referem, em troca, a critérios políticos e metodológicos para a descriminalização e para a construção dos conflitos e dos problemas sociais, em uma forma alternativa a que oferece o sistema penal.

Parte I.

Os princípios intrassistemáticos da mínima intervenção penal podem ser classificados em três grupos:

- 1) princípios de limitação formal;
- 2) princípios de limitação funcional; e
- 3) princípios de limitação pessoal ou de limitação da responsabilidade penal.

1. Os princípios de limitação formal podem ser enunciados da seguinte maneira:

a) Princípio da reserva da lei ou princípio da legalidade em sentido estrito. Ao falar de função punitiva e de sistema penal, tendemos a identificar esses conceitos com a área de aplicação do Direito Penal. Porém, se adotamos uma definição sociológica da pena, como repressão das necessidades reais fundamentais geralmente reconhecidas como direitos de uma sociedade (A. Baratta, 1985), podemos dar-nos conta facilmente de que boa parte da função punitiva se realiza, ainda atualmente, fora do direito, apesar das conquistas alcançadas na história das constituições modernas, pelas teorias liberais da pena. Pense-se na gravidade do fenômeno da pena de morte extrajudicial, nas torturas, nas desapareições, nas ações ilegais da polícia, dos corpos militares e paramilitares, no excesso da função punitiva à margem legalidade, como temos visto em um passado recente sob a ditadura fascista na Europa e vemos todavia em alguns países da América Latina.

O primeiro elemento de um programa de limitação formal da violência punitiva consiste, então, em restringi-la ao âmbito e sob o controle da lei. Ao mesmo tempo, todo movimento pela defesa dos direitos humanos na área penal deve orientar-se no sentido de colocar efetivamente as penas extralegais sob definições de comportamentos delitivos ou qualquer outra definição possível de ilícito, dentro do marco do direito vigente, e de sujeitá-las às

sanções que em cada caso correspondam, sejam essas penais, disciplinares, civis ou administrativas⁵.

O princípio da reserva da lei impõe limitar o exercício da função punitiva somente às sanções previstas pela lei como delitos: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine*. Isso exclui, particularmente, a possibilidade de introduzir penas no âmbito de qualquer dos poderes do Estado que não seja o Legislativo.

Os outros princípios de limitação formal podem ser considerados, por sua vez, como especificações do princípio da legalidade, entendido em sentido amplo.

b) Princípio da taxatividade. A pena é aplicável somente nos casos de realização de tipos de conduta expressamente previstos pela lei com indicação de seus elementos descritivos e normativos. O princípio da taxatividade exclui a aplicação analógica da lei penal, que deveria ser expressamente proibida pela lei. Isso impõe uma técnica legislativa que permita a maior objetividade no processo de concretização judicial das figuras delitivas, e a limitação das cláusulas gerais e dos elementos típicos normativos por meio de reenvios a valorações sociais e a normas cuja existência e cujo conteúdo sejam empiricamente comprováveis⁶.

c) Princípio da irretroatividade. Esse princípio exclui a aplicação de penas, ou de seus equivalentes, e de qualquer condição que agrave a situação do imputado, que não tenha sido prevista pela lei com anterioridade ao fato, princípio que compreende o regime processual e de execução. Sua função é a de assegurar a previsibilidade das conseqüências jurídicas negativas do comportamento individual.

d) O princípio do primado da lei penal substancial tem o propósito de assegurar a extensão das garantias contidas no princípio da legalidade à situação do indivíduo em cada um dos subsistemas em que pode ser subdividido o sistema penal. Isto é, ante a ação da polícia, dentro do processo e na execução da pena. A limitação dos direitos do indivíduo, em cada um dos subsistemas da administração da justiça penal, não pode superar as restrições previstas taxativamente pela lei penal para os delitos de que pode ser suspeito, imputado ou condenado. Esse princípio exclui a introdução, de fato ou de direito, de medidas restritivas dos direitos do indivíduo, no regramento e na prática dos órgãos de polícia, do processo e da execução, que não sejam estritamente necessárias aos fins da correta e segura aplicação da lei penal substancial.

As especificações do princípio no subsistema da administração da justiça penal podem ser somente indicadas no âmbito de uma análise sistemática dos critérios que os regulam. A

⁵ Um significado particular assume, neste contexto, uma sentença do Conselho de Estado da Colômbia, que condena a Nação Colombiana, na pessoa do Ministro da Defesa, a ressarcir os danos (materiais e morais) às vítimas de tortura perpetradas pelos órgãos de polícia. A condenação reconhece o princípio da plena responsabilidade dos mais altos poderes políticos-administrativos do Estado por violências ilegais executadas por funcionários públicos contra cidadãos que estavam sob sua custódia. Refiro-me, em particular, à Sentença 3507 do Conselho de Estado, III Seção, de 27 de junho de 1985, em relação ao contencioso-administrativo intentado por Olga López Jaramille e por outras vítimas de tortura, contra o Estado colombiano (Ministro de Defesa) para o ressarcimento dos danos sofridos.

⁶ G. Teubner (1971) proporciona uma análise das diferentes estruturas e funções normativas das cláusulas gerais e dos distintos tipos de reenvios que a elas pode formular a lei, que resulta sumamente útil para um discurso dirigido para a eficaz realização do princípio da legalidade no uso de tais cláusulas.

título de exemplo, cabe assinar, entre as conseqüências do primado da lei penal substancial nos diferentes setores enunciados, as seguintes: a tutela dos direitos de liberdade frente à ação dos órgãos de polícia; os direitos dos imputados e dos condenados; os limites do poder discricionário da polícia e dos órgãos do processo penal; limitação do poder executivo no processo; a independência e a inamovibilidade dos juízes penais; o respeito do princípio da prova e a limitação das conseqüências negativas para o imputado na definição da verdade processual; os limites do poder disciplinar dos órgãos encarregados da execução.

e) *O princípio da representação popular* impõe, no procedimento de formação da lei penal, o respeito dos requisitos mínimos do Estado de direito no que concerne à representatividade da assembléia legislativa e ao seu funcionamento regular; em particular, a participação popular na formação da vontade legislativa mediante eleições livres e secretas e a livre organização dos partidos e dos movimentos políticos.

2. Os princípios de limitação funcional são os seguintes:

a) *Princípio da resposta não contingente*. A lei penal é um ato solene de resposta aos problemas sociais fundamentais que se apresentam como gerais e duradouros em uma sociedade. O procedimento que conduz a essa resposta deve compreender um exaustivo debate parlamentar e deve estar acompanhado de uma profunda análise no âmbito dos partidos políticos e de uma ampla discussão pública⁷.

A lei penal, portanto, não pode ser uma resposta imediata da natureza administrativa, como, em troca, freqüentemente, é na prática. Os problemas que se devem enfrentar têm que estar suficientemente decantados antes de se pôr em prática uma resposta penal. Essa, geralmente, não pode contemplar situações atípicas ou excepcionais. Os requisitos que caracterizam o direito moderno, ou seja, a abstração e a generalidade da norma, não deveriam ser jamais derogados pela lei penal. A experiência da legislação penal de emergência (como é o caso de boa parte da legislação antiterrorista) na Europa e seu efeito negativo, ao corromper a lógica dos códigos, deveria proporcionar, nesse sentido, um ensinamento válido para todo Estado de direito.

Nessa ordem se inscreve, também, uma drástica contenção da tendência a si chamada administrativização do direito penal. Com esse conceito se indica a proliferação

⁷ Em relação a essa tese, sucedeu-me, em mais de uma ocasião, ter que responder a objeções baseadas no argumento segundo o qual, amiúde, a opinião pública expressa tendências repressivas que tendem a exaltar, mais que a reduzir, o momento punitivo na gestão de conflitos e situações problemáticas. A esse propósito, é oportuno destacar que a “discussão pública”, à qual se faz aqui referência, não tem demasiada relação com a “opinião pública” de que podem dar conta, por exemplo, sondagens do tipo Gallup. É fácil compreender que tais sondagens proporcionam a amostra de opiniões de indivíduos isolados em sua esfera privada, fora dos contextos em que se articula a denominada “comunicação política de base” (G. Schmittchen, 1959). Nesse sentido, a opinião “pública” é, muito mais, opinião privada, e enquanto tal não expressa competência política alguma da parte dos sujeitos no processo de formação da “vontade popular”. Sabemos que as sondagens de opinião não são, em absoluto, institutos da democracia representativa e da participação popular na vida das instituições (W. Hennis, 1957), senão, ao contrário, instrumentos da tecnologia do poder. Ao falar de discussão política, refiro-me aos processos de articulação autônoma do “mundo da vida” e da consciência dos conflitos em uma comunidade “livre do poder” entre os portadores das necessidades e dos direitos: processos dentro dos quais os sujeitos atuam, em sua competência política de cidadãos, como membros daquele “público” (*Offentlichkeit*) que, em um modelo de sociedade democrática, exerce as funções de controle e de orientação das instâncias comunitárias e institucionais, que, segundo uma conhecida reconstrução de J. Habermas (1962), eram exercidas pelas elites burguesas no Estado liberal clássico.

descontrolada e não planejada de normas penais que somente constituem elementos secundários e complementares no âmbito das leis penais. O critério geral é o da autonomia da resposta penal; essa, por regra, deve constituir o conteúdo principal do ato legislativo, e não, como amiúde ocorre, representar somente uma linha secundária de reforço a respeito da disciplina jurídica de matérias não penais e das formas específicas de responsabilidade das partes interessadas que dessa disciplina geralmente derivam⁸.

b) Princípio da proporcionalidade abstrata. Somente graves violações aos direitos humanos podem ser objeto de sanções penais. As penas devem ser proporcionais ao dano causado pela violação.

c) Princípio da idoneidade. A violação grave dos direitos humanos e o princípio de proporcionalidade representam só uma condição necessária, porém não suficiente, para a introdução da pena. O princípio de idoneidade e os demais princípios de limitação funcional assinalam outras condições, positivas ou negativas, que reduzem ulteriormente o espaço reservado à lei penal. Esse princípio obriga o legislador a realizar um atento estudo dos efeitos socialmente úteis que cabe esperar da pena: somente subsistem as condições para sua introdução se, à luz de um rigoroso controle empírico baseado na análise do efeitos de normas similares em outros ordenamentos, de normas análogas do mesmo ordenamento e em métodos atendíveis de prognose sociológica, aparece provado ou altamente provável algum efeito útil na relação das situações em que se pressupõe uma grave ameaça aos direitos humanos.

d) Princípio da subsidiariedade. Uma pena pode ser cominada somente se pode provar-se que não existem modos não penais de intervenção aptos para responder a situações nas quais se acham ameaçados os direitos humanos. Não basta, portanto, haver provado a idoneidade da resposta penal; requer-se, também, demonstrar que essa não é substituível por outros modos de intervenção de menor custo social.

e) Princípio da proporcionalidade concreta ou princípio de adequação do custo social. Está provado que a pena produz elevados custos sociais. Esses não podem ser simplesmente valorados do ponto de vista de um cálculo econômico de custos e benefícios, senão e sobretudo, do ponto de vista da incidência negativa que a pena pode ter sobre aquelas pessoas que constituem seu objeto, sobre suas famílias e sobre o ambiente social, e, mais em geral, sobre a própria sociedade. Deste último ponto de vista, deve-se considerar o fato de que a violência penal pode agravar e reproduzir os conflitos nas áreas específicas em que aquela intervém: pense-se nos delitos que se vinculam a conflitos intersubjetivos cujas partes mantenham já relações pessoais e, em particular, nos delitos de injúria e lesões. Por outro lado, existem casos muito evidentes nos quais a introdução de medidas penais produz problemas novos e mais graves que aqueles que a pena pretende resolver (pense-se na criminalização da interrupção da gravidez) e nos quais essa pode ser considerada como uma variável essencial na estrutura de um problema social complexo. Deve-se refletir, nessa perspectiva, sobre a criminalização do uso do álcool em tempos passados e sobre o que hoje constitui a proibição de estupefacientes. Sabemos, pois, que a criminalização e a proibição

⁸ Sobre os limites e o caráter “marginal” da assunção de infrações a título subsidiário, por parte do sistema punitivo em matéria de competência da administração estatal, cfr. P. Lascoumes (1983); Ph. Robert (1985).

são os fatores principais dos quais dependem a estrutura artificial do mercado de drogas⁹ e que, por sua vez, determina, em torno da sua produção e da sua circulação, formas ilegais de acumulação e uma criminalidade organizada de extrema relevância; por outra parte, como se sabe, a proibição faz mais grave e perigoso o uso da droga para os consumidores.

O problema do custo social da intervenção penal tem também grande importância se se consideram os efeitos desiguais da pena sobre os condenados e sobre o seu âmbito familiar e social, efeitos estes que dependem igualmente do diferente *status* social de ditos condenados. A incidência negativa da pena, especialmente da pena carcerária, em suas famílias é muito maior nos estratos sociais mais baixos que naqueles mais elevados. Por outra parte, um recente estudo demonstrou que o efeito da pena sobre a vida e o *status* social futuros do condenado é mais grave nos jovens detidos provenientes de estratos sociais inferiores que naqueles pertencentes aos estratos sociais superiores. Medindo esses efeitos sobre a base da trajetória social característica desses sujeitos, a partir do estrato de pertinência, ao qual pertencem, comprovou-se, com efeito, que os jovens ex-detidos de famílias mais avantajadas conseguem, depois de um certo tempo, reintegrar-se a sua trajetória normal, enquanto que os detidos provenientes de famílias mais humildes resultam marcados para sempre e permanecem por debaixo da trajetória própria do grupo de origem¹⁰.

Essas últimas considerações permitem concluir que o princípio de proporcionalidade concreta como guia da lei penal deve também ter em conta a sua aplicabilidade e sujeitos provenientes de diversos estratos sociais. Dele deriva a exigência de introduzir, por razões de justiça, no regramento das sanções e dos benefícios, critérios dirigidos a compensar e a limitar as desigualdades dos efeitos da pena nos condenados e em seu ambiente social, como, por exemplo, a suspensão condicional, a semiliberdade, a liberdade condicional e as medidas alternativas. Nesse sentido, o princípio de proporcionalidade concreta imprime aos critérios programáticos que devem guiar o juiz na discricionariedade que lhe é atribuída, na aplicação da pena e na concessão de atenuantes e de benefícios, numa direção oposta àquela que, na prática atual, assumem as decisões judiciais quando estão orientadas por valorações como a da prognose da criminalidade, as quais, como é sabido, aumentam as desvantagens dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos¹¹.

f) Princípio de implementação administrativa da lei. Com a introdução desse princípio se pretende adotar um método de argumentação que muda, nesse caso, as bases do discurso para o terreno do imaginário adversário. Tomam-se, pois, em consideração as premissas de um discurso tecnocrático para mostrar e utilizar as conseqüências contraditórias a respeito da sua orientação, característica que tende à conservação do sistema punitivo em virtude da sua racionalização (o que, geralmente, inclui também a sua expansão).

⁹ Para um exame mais profundo da influência da variável “criminalização” no mercado do álcool e no da droga, do ponto de vista da teoria econômica, cfr. H. Hunz (1976, 1985, 93 ss.).

¹⁰ É esse um dos resultados a que conduziu uma investigação na Escola de Criminologia da Universidade de Montreal (Canadá); cfr. A. P. Pires, V. Blankevoort y P. Landreville (1981).

¹¹ Cfr. D. Peters (1973) mostra, numa investigação empírica sobre os órgãos de justiça penal na R.F.A., que, nas decisões referentes à dosagem da pena e à concessão de atenuantes ou outros benefícios, os juízes se orientam por um estereótipo de “criminoso normal”, cujos requisitos objetivos e subjetivos coincidem somente com aqueles que determinam a pertinência às classes sociais mais débeis (precariedade da instituição laboral financeira e habitacional, desorganização familiar, baixo nível de instrução etc.).

A seletividade do sistema penal, no recrutamento de sua própria clientela, consistente em indivíduos pertencentes às classes sociais mais baixas, não depende unicamente do fato de que o sistema reflete e produz as situações de desigualdades existentes em uma sociedade, senão que também tem uma ulterior origem estrutural. Essa consiste na grande discrepância que existe entre a previsão de sanções para determinados comportamentos delitivos na lei penal e os recursos administrativos e judiciais que têm por objeto realizar as previsões legislativas.

Portanto, ainda em uma consideração que prescindisse das variações sociais de sua seletividade, a justiça penal se apresenta como uma organização que somente pode funcionar seletivamente, isto é, dirigindo as sanções contra uma parte infinitesimal de seus potenciais clientes, que são os infratores da lei. Se se aplicam aqueles conceitos pertencentes à Sociologia da organização, pode-se opinar que o sistema penal apresenta uma marcada inadequação dos recursos que se destinam à implementação de seus programas de ação, ou seja, para a aplicação da lei penal.

Um intento de legitimar esse funcionamento seletivo se verifica hoje na R.F.A, por meio da chamada teoria da prevenção integração (A. Baratta, 1984; G. Smaus, 1985). Essa teoria considera o sujeito que foi objeto de uma sanção penal como portador de uma função punitiva (G. Jakobs, 1983), tendente ao restabelecimento da confiança no ordenamento (jurídico-social) transgredido pela violação da lei. Porém, essa legitimação, altamente questionável, cobre a realidade do funcionamento do sistema que pode ser interpretada como o sacrifício simbólico do condenado considerado como bode expiatório¹², enquanto que a maior parte dos infratores da lei penal permanecem impunes.

O desigual funcionamento da justiça encontra, pois, a discrepância entre os recursos administrativos e o programa legislativo, uma causa estrutural. Se não se quer aceitar como fisiológica a existência de uma vastíssima cifra obscura de criminalidade e a realização da função punitiva por meio de bodes expiatórios, resultam somente duas possibilidades: adequar os recursos aos programas de ação legislativos, como também redimensionar os programas de ação sobre a base dos recursos disponíveis *no* e *para o* sistema. A primeira alternativa deve ser excluída não só pela impossibilidade de realizar uma gigantesca inversão, cujos custos econômicos jamais poderiam equilibrar os eventuais efeitos úteis do próprio sistema, senão também porque seria insustentável o custo social de uma operação de efetiva adequação, que, de todas as maneiras, resulta colocada unicamente como hipótese teórica, isto em uma militarização da justiça penal e do Estado. Permanece, pois, aberta tão-somente a outra possibilidade, que consiste na adequação dos programas aos recursos existentes ou adjudicáveis ao sistema. A aplicação correta do princípio da implementação administrativa da lei bastaria por si mesmo para reduzir drasticamente ao mínimo a área de intervenção da lei penal¹³.

¹² Cfr., nesse sentido, as observações conclusivas de meu estudo dedicado à teoria da prevenção-integração (A. Baratta, 1984).

¹³ Em virtude das investigações levadas a cabo até o momento, não é possível calcular a cifra obscura global e a porcentagem de seletividade dos sistemas penais contemporâneos. Parece, contudo, plausível considerar válida, ainda para outros países europeus, a estimativa realizada por L. Hulsman par Holanda (1985, 10). Segundo Hulsman, tomando também como referência a criminalidade denominada tradicional, a porcentagem dos eventos “criminalizados” em relação aos criminalizáveis, segundo o direito penal vigente, estaria muito abaixo de um por cento. Justamente, Hulsman observa que os cálculos da cifra obscura, realizados com o método de pesquisas anônimas sobre as vítimas, proporcionam uma quantidade de eventos criminalizáveis sumamente inferior ao real. Basta ter em conta que esse tipo de investigação não pode considerar as infrações

g) *Princípio do respeito pelas autonomias culturais.* Os estudos sobre a relação entre os conflitos culturais e a criminalidade, assim como aqueles sobre as culturas criminais, levados a cabo dentro do paradigma etiológico da criminologia tradicional, têm permitido vislumbrar um problema de grande importância que deve ser abordado com decisão também dentro do paradigma da reação social. Trata-se de elaborar uma visão realista e crítica do sistema penal, tendo em conta o fato de que esse é uma parte do processo geral de “colonização” do “mundo da vida” de grupos sociais diferentes, por parte do sistema (J. Habermas, 1981), e que existe uma diferente percepção da realidade, das normas e dos valores sociais, parcialmente condicionada por parte dos grupos dominantes e de sua cultura hegemônica. Ao contrário, a ideologia penal está ainda em dúvida com o mito durkheimiano de uma consciência social que integra a todos os membros de uma sociedade e, em particular, no momento da violação das normas¹⁴. Não se tem em consideração o fato de que a percepção e a definição de certos comportamentos como delitivos ou socialmente negativos dentro de uma determinada cultura dominante encontram, às vezes, como correlatas, representações sumamente variadas em diferentes grupos sociais e subculturas. Essas observações se evidenciam nos estudos sobre a percepção dos “ilegalismos populares” e das resistências coletivas por parte das classes subalternas (D. Blasius, 1976, p. 23ss.).

Esse tema, analisado desde as suas raízes, impõe interrogantes de fundo sobre todo o sistema de controle social que excedem os limites de uma política da mínima intervenção penal a curto e médio prazo. Porém, ainda em uma perspectiva que se limite aos aspectos operacionais do problema, no marco de uma política dessa natureza, é necessário destacar, como exigência fundamental de um direito penal orientado para o respeito pelos direitos humanos, a consideração da percepção específica da realidade e dos valores das minorias étnicas e dos grupos que representam culturas diferenciadas dentro de determinada sociedade. Deriva do que se disse um ulterior limite funcional da lei penal, que pode ser enunciado como a falta de uma condição necessária para a criminalização de certos comportamentos, quando esses podem ser considerados como normais em subculturas bem delimitadas (E. R. Zaffaroni, 1985, 91 ss.). Por outro lado, esse limite não é senão a consequência em si do princípio geral da mínima intervenção penal, o qual, desse ponto de vista, inscreve-se em uma concepção da sociedade não somente igualitária, senão também antitotalitarista, concepção na qual se concede ao desvio o máximo espaço compatível com as exigências da ordem nas relações sociais (A. Baratta, 1982, p. 208 ss.).

h) *Princípio do primado da vítima.* A posição da vítima no sistema está atualmente no centro da atenção dos estudiosos. Têm sido postas em relevo as graves distorções que o sistema penal apresenta quando é avaliado do ponto de vista dos interesses da vítima; o direito penal permite comprovar, em particular quando se reflete sobre o papel da vítima no processo, a quase total expropriação do direito de articular seus próprios interesses (D. Krauss, 1984). Em regra, resulta injustificada a pretensão do sistema penal de tutelar interesses gerais que vão além dos da vítima. Desse ponto de vista, tem sido indicado com a

sem vítimas individuais. Pode-se, sem dúvida, subscrever a conclusão do autor de que “a não criminalização dos eventos criminalizáveis é a regra, a criminalização é a exceção” (1985, 10).

¹⁴ Nesse sentido, entre a mais recente literatura, encontra-se a crítica de Durkheim de Ch. Debuyss (1985) e de R. Marra (1986).

denominação programática de “privatização dos conflitos”, um caminho para o qual se pode orientar com êxito uma estratégia de descriminalização que abarque boa parte dos conflitos sobre os quais incide a lei penal. (L. Hulsman, 1982; N. Cristie, 1977)

Substituir, em parte, o direito punitivo pelo direito restitutivo, outorgar à vítima e, mais em geral, a ambas as partes dos conflitos individuais maiores prerrogativas, de maneira que possam estar em condições de restabelecer o contato perturbado pelo delito, assegurar em maior medida os direitos de indenização das vítimas são algumas das mais importantes indicações para a realização de um direito penal da mínima intervenção e para lograr diminuir os custos sociais da pena.

3. Os princípios gerais de limitação pessoal ou princípios limitativos da responsabilidade penal são os seguintes:

a) Princípio da imputação pessoal ou princípio da personalidade. A pena pode ser aplicada somente à pessoa ou às pessoas físicas autoras da ação delitiva. O princípio da personalidade exclui toda forma de responsabilidade objetiva, ou pelo fato de outro, e, por isso, a aplicação de sanções penais por violações aos direitos humanos que não podem ser reconduzidos mediante uma relação causal direta ao comportamento de pessoas físicas. Dali derivam limites rigorosos para a conformação de figuras penais de perigo abstrato (G. Fiandaca, 1984). O princípio da imputação pessoal se refere a pessoas físicas e exclui, por isso mesmo, toda forma de responsabilidade de pessoas jurídicas e de entes morais. Poder-se-ia objetar que impondo esse limite ao sistema penal, renuncia-se à defesa diante das violações – inclusive graves – dos direitos humanos, que derivam de ações de complexos organizados, como, por exemplo, sociedades ou empresas, nas quais resulta difícil localizar os responsáveis individuais, enquanto que, ainda quando isso fosse possível, os verdadeiros beneficiários do lucro da atividade delitiva permaneceriam fora da ação repressiva.

Não obstante, um argumento desse tipo, em lugar de ser invocado para estender a responsabilidade penal a pessoas jurídicas, pode ser melhor utilizado para indicar os limites estruturais do sistema penal par enfrentar algumas das situações socialmente mais negativas. Se se renuncia ao mito da onipotência do sistema penal e à tentação de superar os limites tradicionais que se lhe impõe um Estado de Direito, poder-se-á enfrentar com maior realismo o problema das violações dos direitos humanos que derivam da ação de grandes complexos organizados, por meio de sanções e desincentivos, que mais além do sistema das penas pessoais e com maior eficácia, podem golpear a organização em seu núcleo essencial, ou seja, em sua liberdade de operação e em seu patrimônio.

b) Princípio da responsabilidade pelo fato. Enunciando esse princípio se afasta toda forma de direito penal do autor e se mantém somente o direito penal do ato. Não é possível fazer derivar responsabilidade penal alguma das características pessoais do imputado subsumíveis em um tipo de autor, senão unicamente em um tipo de delito previsto pela lei e imputável a um ato voluntário, do qual o autor haja sido capaz de entender seu sentido social, e em caso de sujeitos que superem a idade mínima estabelecida pela lei. Em particular, nenhuma consequência penal, em sentido estrito, assim como nenhuma medida

que implique internação coativa, pode derivar-se, em substituição ou em concorrência com a realização de uma figura delitiva, da periculosidade social de um sujeito¹⁵.

O princípio de responsabilidade pelo fato se estende a todo o direito penal concebido em sentido amplo, incluindo o direito penal do menor e o regime de medidas de segurança para os adultos. Estes últimos são, de fato, os setores nos quais o velho conceito positivista da periculosidade do autor segue exercendo os seus efeitos no sistema penal. A consequência perversa que se apresenta é que, com respeito às garantias jurídicas que devem alcançar todos os clientes do sistema penal segundo os princípios do Estado de Direito, são precisamente os menores e os adultos não imputáveis os sujeitos com menos garantias, por serem considerados como pessoas menos responsáveis e não responsáveis, enquanto que o regime de internação a que são submetidos apresenta os mesmos – senão maiores – efeitos repressivos e estigmatizantes que as medidas privativas da liberdade, às quais são submetidos os adultos “imputáveis”.

A atual discussão, no âmbito das ciências psicológicas e psiquiátricas indica que os fundamentos sobre os quais se constroem os conceitos dogmáticos de autor imputável, semi-imputável e inimputável e as correspondentes técnicas judiciais de verificação sofrem atualmente uma profunda crise que não pode seguir sendo passada de soslaio pela teoria geral do delito¹⁶. Impõe-se, pois, a tarefa de redefinir um conceito de responsabilidade penal útil a toda a área do direito penal, concebido em sentido amplo e que permita assegurar, a todos os sujeitos, limites peremptórios de duração para cada medida de intervenção coativa prevista como consequência jurídica da realização de uma figura delitiva por meio de um fato¹⁷. Dentro dos limites máximos de duração, as características do autor, ainda que se apresentem como posteriores ao ato delitivo, devem ser tomadas em consideração pelo ordenamento legal como a exclusiva finalidade de permitir-lhe exercer, em regimes diferenciados de detenção, seus direitos à instrução ou aos tratamentos médicos ou psiquiátricos eventualmente necessários, ou possibilitar-lhe o acesso aos distintos benefícios que a lei deve prever com amplitude para limitar ou evitar as consequências negativas da intervenção coativa (suspensão condicional da pena, liberdade antecipada, semiliberdade, medidas alternativas à detenção).

Construir um conceito unitário de responsabilidade que reserve a incapacidade penal de direito aos sujeitos de idade inferior à mínima estabelecida, não pode, por certo, significar estender o âmbito da aplicação da lei penal a comportamentos que, do ponto de vista objetivo, integrem figuras delitivas, porém que não podem ser consideradas como atos cometidos com capacidade de entender seu sentido social. Significa, ao contrário, restringir

¹⁵ A atual discussão sobre o conceito de “periculosidade social” tem exposto o seu caráter problemático, tautológico e amorfo. Para as orientações críticas que surgem nessa discussão, cfr. as “Atas das VIII Jornadas de Criminologia Clínica” (autores vários, 1982) e, entre a abundante literatura, J. W. Harding (1980); Ch. Bebuyst, a cargo de (1981). Por último, cfr. O. De Leonardis (1985); T. Bandini e U. Gatti (1985).

¹⁶ Tais considerações têm sido conformadas no âmbito de um enriquecedor e profundo debate em um recente congresso internacional sobre a relação entre psiquiatria e direito, sustentado em Florença entre 15 e 17 de março de 1985 (“Legislação sanitária e o *status* do enfermo mental”) e no congresso nacional que teve lugar em Castiglione delle Stiviere, em Mantova, entre 23 e 25 de março do mesmo ano (“A instituição psiquiátrica judicial no serviço sanitário nacional e no sistema penal”). Cfr. Também F. Molinari (1980; 1985); M. Bertolino (1981); F. Giberti (1983). Por último, cfr. M. G. Giannichedda (1936).

¹⁷ Nessa direção se move o Projeto de Lei nº 177, dos senadores Grossi, Gozzi e outros, pertencentes ao grupo parlamentar comunista, comunicado à presidência do Senado em 29 de setembro de 1983; logo retirado e atualmente em modificação. Sobre esses projetos e a atual problemática da imputabilidade do enfermo mental, cfr. Também, para ulteriores indicações bibliográficas. T. Bandini e U. Gatti (1985).

a área das sanções previstas pelo direito penal, entendido em sentido amplo, unicamente aos atos responsáveis, pondo termo, de uma vez por todas, à existência anacrônica e ambígua de um sistema primitivo paralelo destinado aos sujeitos que apresentam transtornos psíquicos. Em caso de se admitir a responsabilidade penal pelo comportamento, a presença de transtornos psíquicos anteriores ao fato delitivo deve ser considerada no nível em que se verifica a exigibilidade social do comportamento conforme à lei e seus correspondentes atenuantes. Os transtornos psíquicos antecedentes ou sucessivos ao comportamento delitivo devem ser tomados em consideração segundo a especificação do tipo de regime de detenção ou para a concessão dos benefícios previstos, a fim de limitar ou evitar as conseqüências da internação coativa, que resulta, geralmente, incompatível, como a experiência demonstra, com as finalidades de um moderno tratamento terapêutico. Se, ao contrário, exclui-se a responsabilidade penal, a circunstância de haver levado a cabo um comportamento objetivamente subsumível, em uma figura delitiva, não deve impedir que ao sujeito seja aplicado o normal tratamento médico ou psiquiátrico.

Trata-se, pois, de substituir o atual sistema punitivo paralelo para os sujeitos que apresentam transtornos psíquicos, mediante a extensão a eles da disciplina jurídica normal, elaborada segundo concepções modernas e progressistas, fora de qualquer implicação com o poder punitivo do Estado, e com o mais amplo respeito pela pessoa e as máximas garantias para seus direitos¹⁸.

Nas mais recentes discussões, evidenciou-se claramente a contradição representada pela existência de “manicômios criminais”, instituições verdadeiramente anacrônicas e ainda mais repressivas e destrutivas que o próprio cárcere, situadas em uma zona neutra entre o sistema carcerário e o sistema de direito ao tratamento terapêutico adequado para os

¹⁸ Os sistemas punitivos paralelos que existem atualmente na Itália e em outros países, na área dos adultos com transtornos psíquicos e dos menores, ou seja, os manicômios judiciais, as casas de saúde e de custódia e os reformatórios, devem ser também considerados como sistemas paralelos de ação institucional em relação ao regime das intervenções normais nas áreas cuja realização está prevista sem nenhum tipo de implicação ou com implicações menores no funcionamento dos órgãos da justiça penal. Tais implicações importam uma série de conseqüências no que diz respeito ao quadro institucional e ao conteúdo das intervenções, as quais, como é bem conhecido, fazem com que as intervenções incorram em grandes contradições com suas finalidades oficialmente declaradas, impedindo ou militando a realização de formas e conteúdos em harmonia com as mais progressistas orientações científicas e práticas; em particular, a possibilidade de desinstitucionalização.

No que diz respeito à área dos adultos com transtornos psíquicos, a presença paralela de duas ordens de instituições dentro do sistema da justiça penal poderia, logicamente, justificar-se somente sobre a base de duas condições: a existência de uma diferente natureza jurídica das duas ordens de instituições que resultem do fundamento específico dos dois tipos de internação coativa ou de suas finalidades específicas. A primeira condição se realizaria se se pudesse seguir considerando como válido e consistente, junto com o conceito de responsabilidade penal como fundamento da internação carcerária, um conceito de “periculosidade social” do autor como justificativa da reclusão em manicômios ou em casas de saúde ou de custódia. Não obstante, isso aparece cada vez mais questionável em virtude das experiências científicas e práticas. A especificação, no sentido do “duplo binário”, poderia, então, fundar-se unicamente na substancial diversidade das funções oficialmente declaradas. E vemos que tampouco se realiza essa segunda condição no caso de sistemas penitenciários que oficialmente têm por finalidade tão-somente o tratamento e a ressocialização, como, por exemplo, o sistema italiano depois da reforma do ano de 1975, e o alemão ocidental, depois da reforma de 1974. Em nome da verdade, cabe perguntar-se: se o cárcere deveria ter funções de tratamento e de ressocialização, assim como deveria tê-las as medidas de internação para os sujeitos que apresentam transtornos psíquicos, e se, por outro lado, a legislação prevê a especificação dos regimes de reclusão, de semiliberdade e de liberdade, em razão das características e das necessidades de cura e tratamento dos sujeitos, que sentido tem manter o paralelismo das duas ordens de instituições?

sujeitos que padecem de transtornos mentais, assim como a grave contradição prática e jurídica representada pela acumulação de penas e de medidas de segurança¹⁹.

Da mesma maneira, deve ser eliminado todo o sistema punitivo paralelo para os menores penalmente incapazes pelo fato de não terem alcançado a idade mínima estabelecida. A eles aplicar-se-á a disciplina jurídica normal que deve regular, de acordo com os mais modernos princípios pedagógicos e, no marco do maior respeito à pessoa do menor, os seus direitos e o sistema de educação pública e de assistência aos menores.

c) *Com o princípio da exigibilidade social* do comportamento conforme a lei, indica-se a exigência de definir, em um plano rigorosamente técnico-jurídico, os requisitos normativos apropriados para regular a verificação judicial daquela condição ulterior para a atribuição da responsabilidade penal que corresponde, na dogmática do delito, ao conceito de culpabilidade. Tal exigência se verifica no trabalho, empreendido, há muito tempo, no campo da mais avançada doutrina jurídica, dirigido à depuração do conceito de culpabilidade dos elementos metafísicos e morais que tradicionalmente lhe tem sido atribuídos, como, por exemplo, o do livre-arbítrio e o da reprovabilidade (o desvalor da “*Gesinnung*”, ou seja, da atitude interior do sujeito)²⁰.

Em uma construção dogmática, baseada no contexto situacional da ação, mas que em um “elemento interior”, tão dificilmente operacionável, como demonstra a experiência teórico-prática, teriam que definir-se as seguintes séries de requisitos normativos:

1. Causas de não-exigibilidade social do comportamento, conforme a lei e os critérios para sua verificação em relação ao contexto situacional da ação e aos papéis sociais ou institucionais cobertos pelo sujeito na situação problemática.
2. Critérios de avaliação do espaço de alternativas comportamentais à disposição do sujeito na situação problemática em que se levou a cabo a ação²¹.

Parte II.

Os princípios extrassistemáticos da mínima intervenção penal podem ser divididos em dois grupos:

¹⁹ Cfr.: F. Molinari (1980), A. Margana (1980) e F. Giberti (1983), sobre as recentes orientações para a abolição do manicômio judicial na Itália e a discussão acerca das relações entre psiquiatria e ciência jurídica; cfr. Ademais a monografia de A. Manocorda (1982).

²⁰ São particularmente significativas, nesse sentido, as contribuições aportadas por G. Ellscheid e W. Hassemer. Cfr.: G. Ellscheidt y W. Hassemer (1975); W. Hassemer (1981, 224 ss.).

²¹ A orientação da política da mínima intervenção penal voltadas às idéias de justiça e igualdade impõe considerar a diferente amplitude do espaço de alternativas comportamentais à disposição dos indivíduos em situações problemáticas, também em relação aos seus distintos *status* sociais. Geralmente, são os indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos aqueles que dispõem de um espaço de alternativas mais restrito. A construção dogmática e a lei penal deveriam compensar essa situação de desvantagem, dando conta, por um lado, de que também os espaços de alternativas de condutas são, como também outros recursos, desigualmente distribuídos entre os indivíduos, segundo seus próprios estratos sociais, e, por outro, das causas específicas de exigibilidade de um comportamento conforme a lei, ou das atenuantes vinculadas a situações de pressão em que podem achar-se os indivíduos pertencentes aos grupos mais débeis. Cfr., nesse sentido, a teoria da “co-culpabilidade” desenvolvida por E. R. Zaffaroni, com particular referência às grandes diferenças sociais nas sociedades periféricas, como princípio de graduação da reprovação que se pode fazer dos autores de delitos. Esse princípio da conta do distinto “espaço social” de que gozam aqueles, em correspondência às desiguais condições econômicas e das situações de “carência social”, que devem ser imputadas à sociedade antes que aos indivíduos (E. R. Zaffaroni, 1982, 65 ss., 74; 1983, 314; 1985, 97 ss.).

- 1) Princípios extrassistemáticos de descriminalização.
- 2) Princípios metodológicos da construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais.

1. *Princípios extrassistemáticos de descriminalização.* A maior parte dos princípios intrassistemáticos funcionam também como princípios de descriminalização, porquanto indicam as condições relativas ao respeito dos direitos humanos, sem cuja realização não se justifica a manutenção das leis penais. Impõe-se, portanto, uma tarefa de eliminação parcial ou total das figuras delitivas, bem como a implementação de modificações que reduzam tanto qualitativa como quantitativamente a violência punitiva.

Nesse parágrafo se consideram outros princípios de uma política de descriminalização que, diferentemente daqueles antes indicados, implicam a adoção de um ponto de vista externo aos sistemas penais vigentes.

a) *O princípio da não-intervenção útil* indica que a alternativa à criminalização nem sempre é representada por outra forma de controle social formal ou informal. Como se viu anteriormente, um princípio geral de política alternativa é aquele que designa o mais amplo espaço de liberdade à diversidade, no que seja compatível com as exigências mínimas de uma ordem justa. Uma rigorosa economia do controle social corresponde à idéia de uma sociedade igualitária e livre, e pode constituir um momento importante no processo de emancipação dos indivíduos e dos grupos, que tenda a deter ou a diminuir a “colonização” de seu “mundo de vida” por parte do sistema²².

b) *Princípio da privatização dos conflitos.* Sobre esse aspecto, aludiu-se na parte precedente, em referência ao princípios de proporcionalidade concreta e do primado da vítima. Trata-se, pois, da estratégia de “reapropriação dos conflitos”, que considera as possibilidades de substituir parcialmente a intervenção penal por meio de formas de direito restitutivo e acordos entre as partes no marco de instâncias públicas e comunitárias de reconciliação.

c) *O princípio da politização dos conflitos* marca uma direção oposta, porém complementar, àquela indicada pelo princípio da privatização dentro da estratégia da mínima intervenção penal. Esse princípio toma em consideração uma característica fundamental do sistema penal: seu modo de intervir nos conflitos. O sistema penal geralmente reprime conflitos e propicia sua construção no âmbito técnico que os priva de suas reais conotações políticas. Imagine-se âmbitos maiores, como os da segurança do trabalho, do trânsito, da corrupção administrativa, das relações entre máfia e o poder legítimo em alguns países, dos graves desvios dos órgãos militares e dos serviços secretos. Em âmbitos como esses, trata-se, antes de tudo, de restituir aos conflitos a dimensão política que lhes é própria e, em segundo lugar, de considerar, como alternativa para o seu

²² Para uma utilização do conceito fenomenológico de “mundo de vida” (*Lebenswelt*) de E. Husserl e A. Schutz, nesse sentido, e para os conceitos de sistema (Estado e economia) e de colonização do mundo de vida por parte do sistema, cfr. J. Habermas (1981, 182 ss., 47-47ss.). Uma aplicação desses conceitos para uma análise crítica da tendência tecnocrática no desenvolvimento atual dos sistemas punitivos foi realizada por G. Smaus (1985a). Para os aspectos gerais do problema, cfr. A. Baratta (1987).

tratamento “penal”, formas de intervenção institucional confiáveis não somente aos órgãos administrativos, senão, também e sobretudo, àqueles pertencentes à representação política, assegurando, desse modo, a participação e o controle popular na gestão das contradições mais relevantes do sistema político. São essas algumas das medidas mais adequadas à natureza de tais contradições e são, ademais, as que podem assegurar a transparência pública aos aspectos fundamentais da luta das classes populares contra as relações de exploração e dominação. Geralmente, a construção no âmbito da lógica do sistema penal é inadequada e reduzida em relação a matérias de grande envergadura política como as acima indicadas.

d) O princípio da preservação das garantias formais exige que, em caso de deslocamento dos conflitos fora do campo da intervenção penal para outras áreas do controle social institucional ou comunitário, a posição dos sujeitos não seja reconduzida a um regime de menores garantias em relação aquele formalmente previsto pelo direito penal. Formulando esse princípio, dá-se resposta aos argumentos que, amiúde, utilizam-se contra a descriminalização e que consistem em acentuar os riscos que derivariam, por exemplo, do deslocamento de matérias penais para formas de controle administrativo.

Utilizando essa espécie de argumento, pretende-se afirmar uma prerrogativa do direito penal que procuraria garantir mais extensas aos sujeitos e maior transparência aos conflitos (W. Hassemer, 1981, 224 ss., 299 ss.). Porém, essas prerrogativas do direito penal não são confirmadas pela realidade. Por outro lado, a exigência de garantias e transparências pode ser satisfeita em cada uma das áreas de intervenção não penal, conforme a sua natureza específica, sempre que exista a vontade e a força política necessárias e uma imaginação sociológica adequada às exigências de uma política emancipadora e inovadora do direito.

2. Os princípios metodológicos da construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais implicam a liberação da imaginação sociológica e política a respeito de uma “cultura do penal”, que colonizou amplamente o modo de perceber e de construir os conflitos e os problemas sociais na sociedade. Esses princípios têm a função de enfrentar por contraste a coisificação dos conceitos de criminalidade de pena²³ e de propiciar uma visão inovadora e mais diferenciada dos conflitos e dos problemas sociais.

a) O princípio da subtração metodológica dos conceitos de criminalidade e de pena propõe o uso, em uma função heurística, de um experimento metodológico: a subtração hipotética de determinados conceitos de um arsenal preestabelecido, ou a suspensão (*epoché*) de sua validade. Recomenda-se aos atores implicados na interpretação dos conflitos e dos problemas e na busca de soluções realizar tal experimento, prescindindo, por certo tempo, do emprego dos conceitos de criminalidade e de pena, a fim de que se possa verificar se e como poderiam construir-se não somente os conflitos e os problemas, senão também suas respostas, de uma ótica distinta da punitiva.

²³ A mesma alternativa entre “penal” e “não penal” que preside geralmente a elaboração dos programas de descriminalização, aparece, na realidade, contaminada por uma tal coisificação e limitada pela ótica profissional dos operadores do sistema penal, dado que privilegia, como ponto de partida de toda hipótese, o momento penal, como se isso correspondesse a uma categoria natural.

b) O princípio de não-especificação dos conflitos e dos problemas toma em consideração o fato de que o sistema penal pode ser interpretado sociologicamente como um aglomerado arbitrário de objetos heterogêneos (comportamentos puníveis) que não têm outro elemento em comum que o de estarem sujeitos a respostas punitivas.

Se prescindirmos, hipoteticamente, da existência desse sistema de resposta institucional, ver-se-á que resultam possíveis outros reagrupamentos mais coerentes dos objetos em áreas homogêneas específicas, segundo a diversidade da sua natureza. Surgirão, desse modo, indicações heurísticas mais frutíferas em termos de respostas diferenciadas e mais adequadas à natureza dos conflitos e dos problemas em relação àquelas proporcionadas pelo sistema penal. O que têm em comum, além do fato de estarem sujeitos a uma resposta punitiva, “delitos” tão diferentes entre si, como, por exemplo, o aborto e o funcionamento ilegal das instituições do Estado, a injúria entre particulares e a grande criminalidade organizada, os pequenos furtos e as grandes infrações ecológicas, as calúnias e os atentados contra a saúde no trabalho industrial? Como se pode aceitar a pretensão de um sistema, como o é o penal, de responder, com os mesmos instrumentos e os mesmos procedimentos, a conflitos de tão vasta heterogeneidade?

c) O princípio geral de prevenção oferece uma indicação política fundamental para uma estratégia alternativa de controle social. Trata-se, essencialmente, de deslocar, cada vez mais, a ênfase posta nas formas de controle repressivo para formas de controle preventivo. As primeiras respondem às expressões individuais dos conflitos manifestados por ações definidas como desviadas; as segundas atendem a situações complexas nas quais os conflitos se produzem.

Nesse sentido, a política da justiça social, a realização dos direitos humanos e a satisfação das necessidades reais dos indivíduos representam muito mais que uma política criminal alternativa: constituem a verdadeira alternativa democrática à política criminal.

O sistema penal não é apto para proporcionar a defesa mais eficaz dos direitos humanos, pelo fato de que sua intervenção está estruturalmente limitada à formulação de respostas sintomáticas aos conflitos, ou seja, a uma resposta aos conflitos no lugar e no momento em que esses se manifestam dentro do sistema social. Não obstante, a teoria sociológica nos demonstra que o lugar e o momento em que se manifestam os conflitos podem ser dentro de sistemas sociais complexos, distintos e afastados do lugar e do momento em que esses efetivamente se produzem²⁴. Ademais, o sistema penal, com sua lógica repressiva, acha-se unicamente em condições de responder às ações puníveis de indivíduos (de modo algum se poderia pensar, como já se disse, em estender a resposta punitiva além desse limite). Porém, uma análise correta dos conflitos e dos problemas em que se individualizam ações desviadas, ou seja, infrações às normas sociais ou jurídicas, demonstra, em compensação, que, em geral, as ações individuais não representam variáveis independentes adequadas para compreender a lógica dos conflitos e dos problemas; representam, sim, variáveis dependentes. Para entender essa lógica, é quase sempre necessário que a análise se desloque das ações e das decisões de um ato para as situações em que estão envolvidos vários autores, e para as estruturas objetivas e para os mecanismos sociais complexos nos quais as ações e as decisões de cada ator se inscrevem como funções e não como causas.

²⁴ Sobre o tema, cfr. as observações de N. Luhmann (1974, 42 ss.).

d) O princípio da articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais é, quiçá, o mais importante dos princípios extrassistemáticos. O sistema penal constitui, tradicionalmente, um aspecto da expropriação ideológica que sofremos sujeitos de necessidades e de direitos humanos por parte do sistema e da cultura dominante, com referência à percepção dos conflitos em que se acham envolvidos.

Nenhuma mudança democrática na política do controle social pode ser realizada se os sujeitos de necessidades e direitos humanos não conseguem passar de serem sujeitos passivos de um tratamento institucional e burocrático a serem sujeitos ativos na definição dos conflitos de que formam parte e na construção das formas e dos instrumentos de intervenção institucional e comunitária idôneos para resolvê-los, segundo suas próprias necessidades reais.

A articulação autônoma da percepção e da consciência dos conflitos, das necessidades reais e dos direitos humanos, por parte de seus próprios portadores, em uma comunicação não condicionada pelo poder²⁵, e a idéia da democracia e da soberania popular são os princípios-guia para a transformação do Estado, não somente para um modelo formal de Estado de Direito, senão, também, para um modelo substancial do Estado dos direitos humanos.

São, também, esses os princípios-guia para a transformação e a superação do sistema penal tradicional, passando para um sistema penal de defesa e garantia dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Autores vários (1982): *Atti dele VIII giornate di criminologia clinica. Centre Internacional de Criminologie Clinique. Genova, maggio 1981*, em “Rassegna di Crimilogia”, 13, 2, os. 297-372.

BRANDINI, Tullio, y Gatti, Uberto (1985): *Psichiatria e giustizia. Riflessioni critiche sull'impossibilità Del malato di mente*, em “Dei Delitti e delle pene, III, 2., os. 351-367.

BARATTA, Alessandro (1982): *Criminologia crítica e crítica del diritto penale*, Il Milino, Bologna.

BARATTA, Alessandro (1983): *Sur la criminologie critique et as fonction dans la politique criminelle*, relación al World Congress of the Society of Criminology, Panelists Report, Wien, 1983.

BARATTA, Alessandro (1984): *La teoria della prevenzione-integrazione. Uma “nuova” fondazione della pena all'interno della teoria sistêmica*, em “Dei Delitti e delle Pene”, II, 1, os 5-30.

BARATTA, Alessandro (1985): *Vecchie e nuove strategie nella legittimazione del diritto penale*, em “Dei Delitti e delle Pene”, III, 2, os. 247-268.

BARATTA, Alessandro (1987): *Notas para uma teoria de la liberación*, em “Poder y Control”, II, 1, os. 107-119.

BARATTA, Alessandro (1986): *Criminologia crítica y crítica del derecho penal*, Siglo Veinteuno, México.

BERTOLINO, Marta (1981): *La crisi del concetto di imputabilità*, em “Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, XXIV, os. 190-230.

BLASIUS, Dirk (1976): *Kriminalität im Altg*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.

²⁵ Utilizo o termo no significado que lhe outorga J. Habermas em sua teoria crítica da sociedade (1981, 548 ss.). Cfr. também A. Baratta (1983).

- CHRISTIE, Nils (1977): *Conflict as property*, em “The British Journal Of Criminology”, XVII, 1., os. 1-15.
- DE LEONARDIS, Ota (1985): *Motel ethnologique et criminologie*, Mortaga, Bruxelles.
- ELLSCHIED, Günter, y HASSEMER, Winfried (1975): *Strafe oline Woriourf*, en *Seminar: Alweichendes Verhalten II. Die geselschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, a cargo de K. Lüdersen, F. Sack, Suhrkamp, Frankfurt, ps. 266-292.
- EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS (1980): *Report on Decriminalization*, Strasbourg.
- FIANDACA, Giovanni (1984): *La tipizzazione del pericolo*, em “Dei Delliti e delle Pene”, II, 2, os. 447-72.
- FOUCAULT, Mechel (1975): *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris.
- GALTUNG, Johan (1975): *Strukturelle Gewalt. Beitränge sur Friedensund Konfliktforschung*, Reinbek, Hamburg.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1985): *La dimensione política dell’abolizionismo*, em “Dei Delitti e delle Pene”, III, 3, os. 555-567.
- GLANNICCHEDDA, Maria Grazia (1986): *Modelli di psichiatria e rapporti col sistema penale*, relación al seminário “La perizia psichiatrica tra medicina e giustizia”, Associazione Centro per la Riforma dello Stato e dal Centro di Torre Argentina, Roma, 31 enero 1986.
- GILBERTI, Franco (1983): *Psichiatria, medicina e società*, em *Manuale di psichiatria*, a cargo de F. Giberti e R. Rossi, 3ª ed., Piccin, Padova, os. 3-19.
- HABERMAS, Jürgen (1982): *Strukturicandel der Öffentlichkeit*, Luchterhand, Darmstadt-Neuwied.
- HABERMAS, Jurgen (1981): *Theori des kommunikatizen Handelns*, II, *Zur Kritik der Funktionalistischen Vernunft*, Suhrkamp, Frankfurt.
- HARDING, T. W. (1980): *Du danger de la dangerousité et de l’usage medial de termes affectivement charges*, em “Déviance et Societé”, IV, 4, ps. 331-348.
- HASSEMER, Winfried (1984): *Il bene giurídico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale*, em “Dei Delitti e delle Pene”, II, 1, os. 104-113.
- HENNIS Wilhelm (1957): *Meinungsforschung und repräsentative Demokratie. Zur Kritik polistischer Umfragen*, “Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart”, 200/201. Mohr, Tübingen.
- HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline (1982): *Peines perdues. Le systeme pénal em question*. Le Centurion. Paris.
- HULSMAN Louk (1985): *Critical criminology and the concept of crime*, relación a la Internacional Conference of Prison Abolition. Amsterdam, 24-27 junio 1985.
- JACOBS, Günther (1983): *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen dew Zurechnungslehre*, De Gruyter, Berlin.
- KRAUSS, Deflef (1983): *La vítima del reato nel processo penale*, em “Dei Delitti e delle Pene”, I, 2, os. 283-298.
- KUNZ, Harald (1976): *Die Ökonomik individueller und organisierter Kriminalität*, Heymanns, Köln.
- KUNZ, Harald (1985): *Marktsystem und Information. “Konstitutionelle Unwissenheit” als Quelle con “Ornung”*, Mohr, Tübingen.
- LASCOUMES, Pierre (1983): *Sanction des fontes en question des illégalismes. Un exemple, la répression de la fraude fiscal*, en “Revue Interdisciplinaire d’Études, Juridiques”, 10, ps. 125-156.

- LUHMANN, Niklas (1974): *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 4^a ed., Westdeutscher Verlag, Opladen.
- MANACORDA, Alberto (1932): *il manicomio giudiziario: Cultura psichiatrica e scienza giuridica nella storia de una istituzione totale*. De Donato, Bari.
- MARGARA, Alessandro (1980): *Manicomi giudiziari: ipotesi di superamento*, em *Città, crimine e devianza*, II, 4, ps. IX-XXIX.
- MARRA, Realino (1986): *Il diritto in Durkheim. Sensibilità e riflessione nella produzione normativa*, E.S.I, Napoli.
- MOLINARI, Francesca (1980): “*Lê misure di sicurezza psichiatriche vano abolite*”: *Questa l’opinione unânime dei giudice di sorveglianza e degli psiquiatri intervenuti al congresso di Arezzo*, em “*Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*”, XXIII, os. 147-161.
- MOLINARI, Francesca (1985): *Der Einfluss det modern Psychiatrie auf das Strafrecht Italiens*, in *Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18, Dezember 1985*, a cargo de Hans-Dieter Schwind, DE Gruyter, Barlin-Ney York.
- PETERS, Dorothee (1975): *Richter im Dienste der Macht*, Enke, Struttgart.
- PIRES, Álvaro; BLANKEVOORT, Victor; y LANDREVILLE, Pierre (1981): *Sistema penale e traiettoria sociale*, en “*La Questione Criminale*”, VII, 3, ps. 463-494.
- ROBERT, Philippe (1985): *Au théâtre pénal. Quelques hypothéses sociologique du “crime”*, em “*Deviance et Societé*”, IX, 2., os. 89-105.
- SCHMIDTCHEN, Gerhard (1979): *Die Befragte Nation*, Rombach, Freigurg.
- SMAUS, Gerlinda (1985): *Le legitimazioni tecnocratiche del diritto penale. Fuga in avanti nella prevenzione generale*, em “*Dei Delitti e delle Pene*”, III, 1, os. 93-118.
- SMAUS, Gerlinda (1985^a): *Modelli di societ  nel movimento abolizionista*, em “*Dei Delitti e delle Pene*”, III, 3, ps. 569-590.
- TEUBNER, Günther (1977): *Standards um Direktiven in Generalklauseln*, Athenäum, Frankfurt.
- WALDMANN, Peter (1987): *Strategien politischer Gewalt*, Kohlhammer, Stutigart, Berlin.
- ZAFFARONI, Eug nio Ra l (1982): *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. IV, Ediar, Buenos Aires.
- ZAFFARONI, Eug nio Ra l (1983): *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. V, Ediar, Buenos Aires.
- ZAFFARONI, Eug nio Ra l (1985): *Los derechos humanos y sistemas penales em Am rica Latina*, Buenos Aires.