

DIREITO PENAL E TEORIA DA AÇÃO ENTRE HERMENÊUTICA E FUNCIONALISMO

Raffaele De Giorgi

Doutor em Filosofia. Professor Titular de Teoria Geral do Direito e Sociologia do Direito da Universidade de Lecce. Itália.
Professor do Instituto Max Planck – Frankfurt. Alemanha.

1. Ainda existem histórias possíveis, histórias dignas de um escritor? Era uma pergunta que, meio século atrás, se fazia Friedrich Dürrenmatt, enquanto se preparava para escrever um conto, “A Pane”, a história de um contratempo, de uma banalidade. Um evento do desbotado cotidiano que se torna o prólogo, o pano de fundo de um conto perturbador, de um processo que se realiza de brincadeira no curso de um jantar interminável, de uma condenação punida pelo inocente protagonista com o suicídio.

Onde encontrar a matéria de uma história possível, se perguntava Dürrenmatt: na generalização lírica ou romântica do próprio Eu, na verossimilhança? Como universalizar os significados de eventos vazios de significado, qual um contratempo, uma pane. Sem que haja mais um deus que ameaça, uma justiça, um fado, como na quinta sinfonia, resta o cotidiano vazio de cada um e, diante desse, o público, a multidão de cotidianos singulares, vazios, que esperam a provisão de valores superiores, de considerações morais, de sentenças praticáveis, a narrativa de pequenas mentiras que, reunidas, não fazem mais que uma meia verdade. E, enquanto isso, a realidade subterrânea, sequer digna de observação, se despedaça, se ramifica em labirintos a entrelaçar as sombras dos indivíduos, que esperam controlar racionalmente o seu presente e, ao contrário, se deparam com uma “história possível de juízos e de justiça, talvez mesmo de piedade, captada por acaso, refletida pelo monóculo de um bêbado”.

E do direito, do direito moderno, existe uma história possível, digna de ser contada? Onde encontrar a matéria de uma narrativa do direito? Nas jubilosas declarações universais ou no bestial cotidiano de um Centro de Permanência Provisória para imigrantes ou, se se preferir, em Guantánamo? Ou, como nos sonhos, naquela inconsciente transposição do frustrante coti-

diano para grandes imagens plásticas e sem consistência, diáfanas, imateriais. Por exemplo, na imagem da justiça, da soberania, na representação de casos iguais tratados igualmente, ou do direito que vem depois do direito, ou mesmo antes. Ou na heróica sublimação de um justo processo.

Mas, essa matéria, embora existente, não é arrastada pela banalidade cotidiana do direito, por sua clara trivialização? E por que o direito é trivial? Decerto, não apenas porque se ocupa, seja das lesões culposas, seja da espessura das cascas das maçãs, das células estaminais e do diâmetro das laranjas. Tampouco porque determina a diferença entre a vida e a morte e, ao mesmo tempo, o significado dos números. A trivialidade do direito está simultaneamente vinculada ao fato de que pode ser aplicado a tudo, de que sobre tudo pode determinar se é direito ou não-direito, mas, se aplica a si mesmo essa distinção, faz emergir seu paradoxo constitutivo, o paradoxo de sua circularidade, de sua autofundação.

E um paradoxo não se pode compreender, não se pode narrar. Um paradoxo só se pode esconder, se ocultar. O véu que oculta pode ser uma história heróica, de justiça e de valores, de natureza e de razão. Uma distinção, uma diferença que faz diferença e, portanto, produz informação. Se não se recorre à introdução de uma diferença, a ontologia do direito é a ontologia de um paradoxo. A diferença que mais fez história, por exemplo, é a do ser e do dever ser. Sempre alguma coisa que se subtrai à possibilidade de observação e que, exatamente por isso, torna possível uma história, isto é, a construção de um sentido, uma narrativa que não mergulha na trivialidade do paradoxo. O que é o *Rechtliches*, a coisa-direito, *die Sache Recht*, que busca a hermenêutica, se não uma bem cuidada metáfora da necessidade de estender um véu sobre a insensatez do paradoxo?

Histórias possíveis do direito são contos do direito no direito, narrações do direito que se dá razão por si, percursos da reflexão do direito sobre si mesmo, do direito que começa em si e retorna para si mesmo e que, através desse caminho recorrente, constrói a si mesmo como o próprio objeto, conferindo-lhe existência. Círculos concêntricos, ruínas circulares.

2. Os temas que me foram atribuídos são tramas de histórias possíveis. De histórias já escritas. De realidades comunicativas já construídas. Percursos já indicados por distinções que permitem construir outras distinções. Sentido consolidado, circulante, por assim dizer. A respeito disso espera-se, como se diz, uma crítica. De qual perspectiva? Do ponto de vista de uma outra história possível. Como as outras. Limitar-me-ei, então, a re-

descrever, isto é, a observar os percursos seguidos pelas tramas das histórias possíveis, isto é, das descrições que o direito se prepara para sair das ruínas circulares ou para evitar de entrar nelas, isto é, para evitar de bloquear a si mesmo. Histórias que o direito imprime em sua memória, isto é, que atualiza em cada operação e utiliza continuamente, de modo que a redundância assim produzida lhe permita tratar, com relativa economia informativa, a variedade de eventos que se expõem à sua seletividade. A memória do direito – aquela função de controle da consistência das operações e de contínua adequação do direito a si mesmo – permite-lhe a contínua dilação de suas origens, a condensação de diferenças já aos tempos da vontade divina ou da natureza e da razão. Assim se diferencia uma bem cuidada semântica do fundamento que, na evolução, desloca-se de modo imprevisível e que é concomitante ao emergir de outra semântica, a dos princípios, das conseqüências, da aplicação. Multiplicam-se as distinções e o direito torna possível seu acesso à reflexão com base em observações e descrições que utilizam múltiplas perspectivas. As auto-reflexões se condensam sob a forma de teorias e de um diferenciado saber científico sobre o direito.

Produz-se assim uma diferença entre a estrutura do direito, constituída pelas operações por ela mesma produzidas, e os significados pelos quais o direito representa, para si mesmo, aquelas operações. O paradoxo da autofundação é ocultado por uma semântica que justifica teorias e filosofias contrapostas sobre os fundamentos do direito. Como os fundamentos não podem se apoiar no *Un-gründe*, em não-fundamentos, extrairão sua força da razão. Não importa que a razão não possa provar sua racionalidade, nem possa dizer de si mesma que é uma dentre tantas possíveis. As possíveis diferenças em sua autocompreensão são tratadas como formas de sua historicidade, de sua temporalidade. Como o poder moderno é fundado no direito ao poder, que assim se legitima a produzir direito, e o direito ao poder sempre pode fixar sua origem porque a inventa quando o direito já atua, não é difícil perceber porque se busca a razão do direito – ou mais precisamente a razão do fundamento – na auto-organização do poder.

O poder moderno é um mecanismo reflexivo capaz de auto-referência negativa, isto é, capaz de produzir poder com base no próprio poder e, assim, de se investir no poder de negar poder; compreende-se, pois, que o direito não tem apenas a função de fundamentar o poder e legitimar seu exercício, representando também o *medium* em que este condensa sua sensibilidade em relação ao ambiente. Dentro do direito, o direito penal representa o limiar dessa sensibilidade. Por isso, o direito penal é direito da san-

ção e não um direito orientado para o exercício do direito. Através do direito penal, o direito, por assim dizer, sai de dentro de si e manifesta seu poder de tornar visível o poder. A sanção é uma técnica que estabiliza essa visibilidade no plano temporal, na medida em que inclui o tempo da sociedade no tempo do direito. O vínculo temporal generaliza-se no plano social, então, com a atribuição da culpa e, no plano material, torna possível a individualização da pena. O paradoxo da inclusão do tempo no tempo, da indeterminação do futuro, foi ocultado pela semântica das conseqüências. E como as conseqüências se subtraem a qualquer controle empírico, podem se desenvolver numerosas teorias da reflexão, todas justificadas pelo fato de que o futuro não pode nem ser determinado nem conhecido, e, portanto, todas unidas pela impossibilidade de sua observação empírica. Ressocialização; prevenção, que pode ser positiva, negativa, geral, especial; integração. O caráter abstrato da formulação contida na norma justifica, sob o nome de concretização, o retorno de uma mera valoração que, em outras circunstâncias, não seria tratada sequer como adivinhação. Mas, as conseqüências não se vinculam aos eventos por uma necessidade natural, assim como os eventos devem ser isolados de forma seletiva pelo direito que, por sua vez, se ativa apenas porque os trata como eventos juridicamente relevantes. A atribuição das conseqüências ocorre com base na imputação. A imputação só é possível se o direito puder observar, isto é, indicar: como a comunicação não é diretamente observável, mas apenas, em certo sentido, argüida, ela é reduzida, simplificada – desnaturada, diríamos – como ação. Através deste isolamento, o evento comunicativo torna-se assimétrico, adquirindo uma direção, fixado em um tempo, limitado a uma duração como evento. Essa simplificação não só torna observável o acontecimento comunicativo, mas também torna possível sua auto-observação. Assim, preparando em si mesma uma descrição de si mesma, a estrutura seletiva que, dessa forma se constitui, possibilita sua continuação, isto é, conduz ela própria o processo de sua reprodução. Os instrumentos operativos da comunicação permitem a construção de um sistema social como sistema de ações. As ações se constituem graças a processos de imputação: isso significa, em outras palavras, que as seleções, quaisquer que sejam os motivos, os contextos, as semânticas em virtude das quais se produzem, são atribuídas, imputadas a sistemas, não a seu ambiente. Isso permite determinar destinatários de ulteriores comunicações, coligar às ações outras ações e, assim, reduzir a irritabilidade aberta da comunicação à responsabilidade pelas conseqüências. Uma simplificação que pode ser percebida também no fato de que a

ação é imputada a indivíduos concretos, a indivíduos inteiros, não obstante o fato de ser mais fácil observar situações do que, por exemplo, estados mentais.

A imputação a um indivíduo inteiro, no entanto, reduz de maneira mais drástica ainda a complexidade que, de outra forma, poderia impedir o isolamento do evento como ação. E já que as ações podem ser reconhecidas e tratadas de modo muito mais simples do que a comunicação, compreende-se o interesse do direito penal pela ação. A ação se deixa tratar conforme modalidades, que, de qualquer maneira, estão disponíveis no interior do sistema de direito penal. A ação pode ser tratada como condicionada, incondicionada, querida, não querida; pode ser descrita conforme esquemas causais, naturalísticos, finalísticos. Até o próprio indivíduo que age pode se auto-imputar a ação e, assim, liberar o controle social da comunicação através do autocontrole da ação. A primeira consequência que decorre desse tratamento da ação pelo direito penal consiste no fato de que esse pode abstrair da complexidade dos eventos comunicativos sua completude. A conexão, para os fins da construção de relações, ocorre entre ações e não no espaço dificilmente limitável de complexos eventos comunicativos. Através da ação, o direito penal constrói para si mesmo um início e, assim, uma realidade. E de fato, à diferença da comunicação, a ação mantém a irreversibilidade do tempo, possibilitando uma coordenação cronológica, uma seqüência e, portanto, mais uma vez, pontualização e assimetria. Podem-se representar, assim, cadeias de ações como cadeias de fatos, um possibilitando o outro, sua conexão sendo a realidade que o direito penal constrói. Desenvolve-se uma grandiosa semântica do movimento, da intenção, da causalidade e, afinal, também uma semântica da subjetividade.

A rudeza e a rudimentaridade da simplificação que se pode perceber nos rótulos “ação” ou “sujeito”, simplificação que pode ser decomposta e continuamente recomposta, possibilitam ao direito penal incrementar tanto a variedade, quanto a redundância. A variedade conecta-se ao espectro de variações que a análise da ação torna acessível ao tratamento penal; a redundância reduz as informações necessárias sobre a comunicação social, permitindo uma referência indiferenciada à ação, sem que ninguém coloque em dúvida que se trata exatamente de ação. A centralidade da ação e sua referência individual, em outras palavras, permitem ao direito penal atingir um alto grau de indiferença em relação ao ambiente interno da sociedade e, através das teorias da ação, pactuar, por assim dizer, as formas de sua “reaproximação” com aquele ambiente.

Tal diferença, na realidade, oculta o paradoxo da diferença ou dos princípios. Está claro, para todos, que os princípios não são entidades universais que orientam a decisão. Os princípios, na realidade, são sempre parte de uma distinção, a parte a que se atribui um valor preferencial, um valor positivo. Eles possibilitam ulteriores distinções, das quais ocultam, latente, o ponto cego, o ponto que se subtrai à observação. No caso do direito penal, os princípios o protegem do retorno da distinção entre interior e exterior, isto é, do retorno da distinção entre sistema e ambiente no sistema. No direito penal moderno, a centralidade da ação condensa-se na centralidade da valoração das conseqüências, que são tratadas seja como conseqüências da ação penalmente relevante, seja como conseqüências da sanção. Os princípios possibilitam um tratamento diferenciado, variável, da valoração social do ilícito. Cumprem uma função de imunização, regulam o limiar da sensibilidade do direito penal em relação ao ambiente. Por outro lado, justificam as diferenças que o direito penal produz em seu interior. Diferenças derivadas seja do tratamento variável do ilícito, que pode ser assim ocultado mediante a diferença entre sentença condenatória e comunicação da pena, seja da escassa consistência dogmática do tratamento dos fatos típicos. De tudo isso, brota uma conseqüência relevante. O direito penal pode dispor, em seu interior, do problema da justiça. Para um sistema complexo que opera com base em decisões, a justiça pode ser entendida como racionalidade do sistema, isto é, como congruência do ato de decidir, consistência de sua operação diferenciada na simultaneidade. Mas, uma tal consistência, no sistema do direito penal, atinge níveis muito baixos. Se se observa o sistema desse ponto de vista, ele aparece como um sistema altamente injusto. Tudo isso, incluídas as diferenças no tratamento dos fatos típicos, pode ser ocultado quando as expectativas – e, portanto, a observação – se deslocam da consistência em relação às decisões e passam para a consistência em relação aos princípios. Em virtude do caráter paradoxal dos princípios, o sistema penal confia a si mesmo a administração da justiça que pode conter. Em outras palavras, sempre pode se apresentar como um sistema justo que legitima a crítica de sua injustiça. Desenvolve-se uma refinada semântica dos princípios, que se materializa na justiça do caso concreto e se temporaliza na contínua produção de diferenças, que encontra sua plausibilidade na cada vez mais complexa análise da ação. Trata-se de aquisições evolutivas que se estabilizam com o iluminismo e que contêm e realizam os pressupostos da democratização do direito penal, isto é, da inclusão de todos no próprio direito penal. O requisito dessa inclusão universal constitui-se do fato de que

o acesso ao tratamento penal é reservado aos indivíduos considerados em sua integralidade. Os indivíduos, assim representados, são sinalizados como pessoas que se pressupõem racionais e livres. Um tal pressuposto é encontrado também na economia, no sistema educacional, na política, até mesmo na arte. Trata-se de um pressuposto da diferenciação funcional da sociedade moderna. No direito penal, a indiferenciação que este pressuposto traz consigo, sua associabilidade, constitui o referencial da construção de tipologias da abstrata diferenciação de seus constituintes. Trata-se de construções que encontram sua realidade somente no direito penal e que se justificam pela necessidade de uma operação seletiva de sua estrutura. As diferenças introduzidas no direito penal produzem assimetrias que, privadas de correlatos no ambiente, isolam o evento comunicativo em relação à sua sociabilidade e, na referência à indiferença da pessoa, concorrem para a construção penalista da realidade.

O direito penal pode utilizar ainda um referencial indistinto e indiferenciado em relação à sociedade, seja quanto a seu ambiente interno, seja quanto a seu ambiente externo. Com relação ao primeiro, de fato, podem ser diferenciadas as inconsistências produzidas no tratamento dos fatos típicos, até o ponto em que se consolida uma hierarquia de diferenças. Essas são objetiváveis, podendo orientar, desta forma, tanto a atividade legislativa, quanto a atividade jurisprudencial. Assim se isolam bens jurídicos dos quais se diz serem merecedores de tutela penal. O merecimento é anteposto à diferença de tratamento da qual brota. Com relação ao ambiente externo, em particular aos homens, o direito penal se atribui uma função social-terapêutica, sem que se ativem conseqüências penais para o legislador ou para o juiz, nos casos em que tal função não se cumpra com sucesso.

3. Podemos concluir, então, que o direito penal, assim como todo o direito, imuniza-se em relação ao que acontece no ambiente da sociedade. Isso significa que o direito reage somente a si próprio. Em todas as suas operações, o direito pressupõe e reproduz a diferença entre si próprio e seu ambiente. Uma tal consideração nos permite observar como se coloca o problema da historicidade do direito. A historicidade está ligada à temporalidade, mas de um modo particular. O direito é um sistema determinado por sua estrutura. Isso significa que, em todas as suas operações, o direito parte de si mesmo, isto é, parte do estado em que se colocou com suas próprias operações. Desse modo, o sistema se faz imprevisível a si próprio, exatamente em virtude de sua determinação. Quando o sistema do

direito observa relações entre as transformações de seu estado e as correlaciona, desenvolve uma função que chamamos de memória. A memória não é um lugar que contém as experiências passadas, que o sistema fez consigo mesmo, mas um *modus operandi* que continuamente se re-determina e acompanha as operações do sistema. Um contínuo controle da consistência. A memória permite que o sistema saiba que se faz presente em si mesmo. Na rede de contínuos retornos, simultâneos às transformações de seu estado, a memória permite ao sistema sintetizar aquelas que se revelam capazes de coligamento, isto é, capazes de fazer emergir um novo comportamento. Deste modo, a atemporalidade do contínuo operar é interrompida e esta interrupção constitui o tempo, isto é, a diferença. Isto é, o presente. E com a construção do presente, o direito inventa sua história. Uma consequência: o sistema do direito está sempre adaptado à situação, pois inventa a situação à qual se adapta. Isto se fez possível pela memória, que não é nada além da diferença entre recordar e esquecer. A memória é uma função que se produz na evolução do direito. A evolução não é um processo planificável, mas o resultado da imprevisível forma que adquire a diferença entre variação e seleção. Ou seja, entre eventos que ativam o direito e decisões que, vez por outra, determinam o que é o direito. O fato de o direito ser fixado de forma escrita faz surgir a diferença entre texto e sentido, expondo-o, portanto, à interpretação. Todo direito escrito é um direito que deve ser interpretado. A interpretação permite que o direito aprenda consigo mesmo, observando-se através da diferença de identidade e, assim, operando de modo a tornar visíveis seja a transformação do direito, sejam as distinções em relação ao caso. É evidente, pois, a dominância da interpretação na construção da diferença entre variação e seleção. Em outras palavras, sua dominância em relação à evolução, que subsiste mesmo em um regime no qual a função legislativa pode parecer preponderante, bastando ter em conta que também essa função se condensa em textos. A interpretação é sustentada por argumentos que, por sua vez, se distinguem pelo fato de conterem ou estarem privados de fundamento. Os fundamentos, ainda por sua vez, devem, pois, estar fundados. E, aqui, o saber jurídico dispõe de artefatos históricos, que são os conceitos, de esquemas de tipo dogmático, de textos com caráter normativo, dispondo de conteúdos de sentido que constituem um alto grau de redundância, a orientar a seleção das informações, delimitar o âmbito de pesquisa e permitir que se evitem inconsistências que possam ser reconhecidas. Aqui se ativa a memória do sistema: mais precisamente, aqui se vê que o sistema é sua memória e, ao mes-

mo tempo, o destinatário das operações de sua memória. Essa realiza conexões, que dependem de formas de acoplamento frouxo dentre as informações encontráveis a partir de outras operações do sistema. Se redundância é a informação de que já se dispõe, a informação faltante é constituída pela variedade. Ambas se potencializam reciprocamente e a evolução estabiliza formas jurídicas com um potencial combinatório cada vez mais alto.

Tudo isso deveria possibilitar que se visse como o sistema do direito está apto a reproduzir e reforçar sua capacidade operativa em condições que não prevêm unidades centralizadas, mas apenas referências delimitadas que não remetem à totalidade do sistema. Em outras palavras, constrói ordem a partir de ruídos. Não se trata de uma ordem lógica, entenda-se. A variação é induzida no sistema, em boa parte, também pela política, que persegue fins que se tornam conflitos. Isso leva a uma inconsistente produção de normas. À inconsistência temporal não pode mais corresponder uma consistência material da interpretação, que assim se habitua a uma grande tolerância com a ambigüidade, a um enfraquecimento das figuras dogmáticas e a um contínuo reforço do desvio. A essa situação não se pode fazer frente com o recurso a garantias externas, mas apenas com a contínua reprodução do direito. Em outras palavras, o direito penal é como é.

4. Afirmar que o direito penal “é como é” não significa subtrair-se à crítica, excluir alternativas, soluções diversas para os problemas sociais aos quais se julga que o direito penal possa contribuir apenas para torná-los mais agudos e agravá-los. Significa, ao contrário, reconhecer que o direito penal inventa sua realidade. E que, portanto, esta realidade não é assegurada por ontologias. “É como é” significa, exatamente, que pode ser diferente do que é. Procuramos por toda parte o incondicionado, dizia Novalis, e encontramos apenas coisas. E as coisas são invenções do observador. A ontologia – e, portanto, também a ontologia do direito penal que a hermenêutica julga poder indicar – é atravessada por paradoxos, é ela mesma construída sobre um paradoxo, o paradoxo da compreensão, o paradoxo da identidade. A própria identidade é a construção de um observador que julga poder indicar a manutenção de uma distinção, sem poder observar que sua observação é uma operação que consome tempo e, portanto, é diferente de si mesma. Assim como a compreensão se desontologiza de si, porque pressupõe simultâneas identidades e distinção de quem compreende e de quem é compreendido. Na comunicação social não há um lugar da ontologia, assim como não há um lugar do dever ser. A presença do ser é passível de observação e,

pois, de interpretação apenas como ambivalência, porque o que é pode ser diverso, podia ou poderá estar diferente. O ser inclui o outro e, ao mesmo tempo, a alteridade de si. A ontologia, em suma, não pode se subtrair ao paradoxo de sua constituição. Por outro lado, a sociedade moderna, em sua evolução, destruiu suas premissas ontológicas: só assim tornou possível a diferenciação de um direito penal moderno. A historicidade dessa formação social destruiu toda a ontologia da historicidade. Por isso, abriu o futuro. Um futuro que o sentido não determina, porque o sentido que se produz na comunicação social não tem o caráter do ser, sendo sim um contínuo retorno a outras possibilidades. Sempre abertas. Nessa abertura opera a memória da sociedade e, com ela, a memória do direito e, portanto, a do direito penal moderno. Dessas, nenhuma pode se bloquear ou se sufocar na ontologia.

Nesse sentido, as aquisições da hermenêutica têm grande relevância. A negação da distinção entre sujeito e objeto, de sua dualidade, a compreensão entendida como constituição de uma circularidade, a própria constituição do sentido, tudo isso indica uma clara consciência hermenêutica dos limites e das aporias do pensamento tradicional. Mas, a hermenêutica bloqueia-se nas ruínas circulares de uma ontologia que a sociedade moderna, antes mesmo de qualquer epistemologia, deixou para trás de si. Em sua autodescrição, isto é, na narrativa de uma sua história possível, a sociedade moderna não se orienta mais para a identidade, mas para a diferença. O direito penal evolui junto com a sociedade na qual se diferencia. Dizer o direito, *Recht sprechen*, não pode significar dizer a essência e tampouco predicar o ser e muito menos a verdade. A verdade é invenção de um mentiroso, disse uma vez Heinz Von Foerster. E, aqui, o mentiroso é o direito penal.