

DIREITO PENAL

1. Constituintes fenomenológicos do Direito Penal

O Direito Penal pode ser abordado, tanto numa perspectiva normativa, como conjunto de normas que formam parte da ordem jurídica de uma determinada sociedade, como numa perspectiva cognitiva, como ciência prática que se ocupa dos pressupostos e dos limites da aplicação de tais normas às diversas situações da vida. Como ordem normativa, o Direito Penal pode ser tomado, num sentido restrito, como Direito Penal substantivo ou, numa visão mais ampla, como Direito Penal adjectivo ou processual. A reflexão que se segue versará apenas sobre o Direito Penal substantivo, deixando de fora, quer a dimensão processual, quer a vertente metodológica.

Numa primeira, básica, mas essencial definição, o Direito Penal é o ramo do ordenamento jurídico que trata de um certo tipo de comportamentos, os crimes, e das respectivas consequências jurídicas, as penas. A compreensão do que são os crimes e as penas, das suas implicações ao nível das relações entre pessoa, sociedade e Estado, permitir-nos-á aceder à peculiar natureza e às funções deste ramo do Direito.

De um ponto de vista formal-positivista, crimes e penas são aquilo que a lei, criada de modo processualmente correcto, estabelece ou define como tal. Este paradigma definitório, se é incontornável num Estado de Direito, na medida em que exprime um sentido de garantia resultante do princípio da legalidade (reserva de lei), é insuficiente para caracterizar os constituintes básicos do Direito Penal. Ele revela-nos um aspecto da facticidade, mas não nos conduz à validade jurídico-penal: possibilita a observação ou a descrição do que é considerado como crime e como pena num determinado sistema jurídico, mas não abre a via hermenêutica para a sua compreensão como tal. Nomeadamente, não permite aceder às razões práticas (morais, éticas, pragmáticas) pelas quais são qualificados como crimes e estatuídas como penas aqueles e não outros comportamentos e sanções. A abertura a esta dimensão do problema só é realizável mediante a busca de um conceito de crime e de um conceito de pena orientados para a apreensão dos fundamentos e funções do Direito Penal numa determinada sociedade.

Várias são as concepções que procuraram dar resposta ao problema do conceito material de crime nas sociedades modernas. Podemos agrupar as principais em comunitaristas, liberais, e funcionalistas. Segundo as primeiras, crime é o comportamento lesivo de valores ético-sociais da comunidade (Welzel, 1975, pp.38 e ss); para as segundas, crime é o comportamento ofensivo de bens jurídicos

fundamentais das pessoas na interacção social (Hassemer, 2001, pp.217 e ss; Alcácer Guirao, 2003, pp.91 e ss); segundo as últimas (que, em rigor, não contêm um conceito material de crime) crime é a negação da vigência da norma entendida como expectativa contrafáctica e institucionalizada de comportamento (Jakobs, 2003, pp.59 e ss).

A pena, por sua vez, é um instrumento de controlo social que tem o significado de uma reprovação ou castigo público. Desde a reforma oitocentista do Direito Penal, guiada pelos ideais iluministas e liberais, que esse castigo é entendido sobretudo como privação da liberdade. Apesar da relativização que tem vindo a sofrer, esta ainda hoje é vista como um mal necessário numa sociedade de seres imperfeitos. Mais controversa é a caracterização das funções que a pena em geral desempenha. A par das concepções de prevenção geral positiva, que lhe assinalam a função de restabelecimento do bem jurídico lesado como estrutura reguladora da interacção comunicativa dos sujeitos, adquirem hoje particular relevo as concepções neo-retributivas do funcionalismo sistémico, para as quais a pena é auto-preservação do sistema jurídico-penal ou - o que significa o mesmo - estabilização da expectativa contrafáctica defraudada com a prática do facto punível. Estas não negam que a pena possa desempenhar também uma função de prevenção geral positiva, mas demarcam-se daquelas em três pontos: por um lado, concebem essa função como "aprendizagem da fidelidade ao ordenamento jurídico como atitude natural" (Jakobs, 2003, p.56); por outro lado, subordinam-na ao objectivo mor de confirmação simbólica da vigência das normas, à luz do qual todo o Direito Penal é funcionalmente descrito (Jakobs, 1999, pp.106 e ss); por isso, declaram-na incompatível com o efeito de prevenção especial da pena ou de reinserção social do delinquent (Jakobs, 2003, pp.57 e ss).

A estas diferentes concepções acerca do que materialmente significam o crime e a pena correspondem outras tantas representações sobre o fundamento e as funções do Direito Penal.

2. Direito Penal e teoria da sociedade.

Uma apreciação geral das diferentes concepções expostas revela que cada uma delas tem subjacente uma teoria da sociedade. Este aspecto comum é de capital importância. Mostra que não é possível um entendimento correcto acerca da natureza e funções do Direito Penal sem uma determinada concepção da sociedade e das relações entre sociedade, cidadão e Estado. Consoante a compreensão que se tiver da sociedade e do modo como o Estado se relaciona com os seus cidadãos, assim se adoptará uma ou outra posição acerca do crime e da pena.

A questão que se coloca a montante consiste em saber qual a teoria da sociedade que melhor descreve as sociedades complexas contemporâneas e melhor concebe as tensões nelas existentes entre cidadão e Estado, nomeadamente quando este se apresenta perante aquele no exercício do poder punitivo. O comunitarismo vê a sociedade como um universo de convenções e instituições que formam uma ética substancial "natural" em torno da qual se forja a identidade dos indivíduos. O grupo e as suas representações éticas prevalecem sobre o indivíduo, moldando irreversivelmente o seu carácter. Neste contexto, o crime é a negação ou a infidelidade aos deveres éticos elementares impostos pela dinâmica cultural do grupo, e a pena visa a reintegração simbólica da eticidade violada. O funcionalismo, por sua vez, concebe a sociedade como uma totalidade sistémica, que funciona de forma normativamente fechada e cognitivamente aberta, segundo um código próprio, e é estruturalmente constituída por normas e pessoas, que significam respectivamente expectativas contrafácticas e papéis a elas adequados. Segundo esta perspectiva, os indivíduos (conceito distinto do de pessoas) são meros subsistemas psíquico-físicos, que formam o ambiente do sistema jurídico, e com os quais este não comunica; o crime, esse sim, é comunicação, no sentido em que produz uma frustração de expectativas contrafácticas generalizadas, codificada como ilícito punível; por fim, a pena constitui um mecanismo de integração sistémica, isto é, assegura o funcionamento da totalidade social através da estabilização da expectativa normativa contestada.

Ambas as teorias da sociedade expostas são criticáveis como interpretações da sociedade moderna. Cada uma a seu modo, padece de um défice de legitimidade e de um défice de individualidade e, por isso, estão ambas longe de fornecer interpretações adequadas. A perspectiva comunitarista, porque, estruturando a sociedade com base em valores éticos ou em representações culturais, fragmenta a normatividade numa pluralidade de mundividências e, por outro lado, porque nega a possibilidade de autonomia do indivíduo relativamente ao grupo. Nada mais resta, segundo ela, senão distinguir entre representações valorativas maioritárias e minoritárias, e caracterizar o crime como negação de valores ético-culturais dominantes. A censura dirigida ao autor do crime assenta numa infidelidade a esses valores, numa espécie de perda de substância ética ou de identidade comunitária. A perspectiva funcionalista manifesta ambos aqueles defeitos, não só porque se auto-concebe como pura descrição funcional, destituída de qualquer intencionalidade crítica, mas também porque, distinguindo entre pessoa e indivíduo, entre papel e natureza, acaba por expulsar do sistema social e do subsistema jurídico-penal qualquer referência ao sujeito e ao seu mundo da vida, e por estruturar a atribuição de responsabilidade criminal com base na comunicação com um artefacto.

A teoria da sociedade que melhor corresponde à auto-compreensão das sociedades modernas como sociedades simultaneamente democráticas e pós-industriais, é a que diferencia entre mundo da vida e sistema (Habermas, 1992, pp.37 e ss, 58 e ss, 66 e ss), mais exactamente, entre um espaço de interacção comunicativa de sujeitos que se auto-concebem como cidadãos livres, cooperantes e responsáveis (capazes de imputação), e que constitui o “locus” da experiência normativa da sociedade, e um âmbito de organização social que opera segundo códigos próprios, sistematizando as consequências das acções e escapando assim à produção intersubjectiva de valores e normas. Na medida em que confere primazia à actividade comunicativa dos sujeitos, que concebem normativamente as suas relações como relações de reconhecimento recíproco e cooperam enquanto cidadãos co-legisladores (Habermas, 1992, pp.134 e ss, 153 e ss) na ordenação justa da sociedade, esta teoria tem cariz liberal.

3. Reconhecimento recíproco e validade jurídico-penal.

A teoria da sociedade em último lugar exposta tem importantes implicações prático-éticas e jurídico-penais. No que às primeiras diz respeito, dois aspectos importa destacar. Por um lado, a sede da legitimidade reside na actividade comunicativa de sujeitos que se compreendem como cidadãos e como indivíduos socializados. Por outro lado, as relações entre os sujeitos assim entendidos são configuradas normativamente como relações de reconhecimento recíproco, as quais são mediadas por estruturas valorativas (direitos, bens e normas) que formam a experiência normativa do mundo da vida. O reconhecimento recíproco, proveniente da filosofia prática de Fichte e de Hegel e retomado actualmente por filósofos como Honneth (1992, *passim*; 2000, pp.179 e ss.) e Ricoeur (1995, pp.14 e ss, 29 e ss), constitui uma categoria fundamental da razão prática (e, por isso, também da razão jurídica) moderna.

No que diz respeito às implicações jurídico-penais, sublinhe-se que as normas do Direito Penal, diferentemente de muitas outras normas jurídicas, legitimam-se na protecção de instituições que explicitam socialmente o reconhecimento intersubjectivo e pautam as relações entre as pessoas na vida quotidiana. Esses objectos valorativos adquirem por esta via a qualidade de bens jurídico-penais. A sua vinculação ao reconhecimento recíproco confere-lhes um referente pessoal, melhor, interpessoal. Trata-se, pois, de bens das pessoas, consideradas quer individualmente, como sucede com a vida, a integridade física, a honra ou a propriedade, quer socialmente, como acontece com o ambiente salubre ou com a qualidade de bens de consumo assimiláveis pelo organismo humano. A validade jurídico-penal funda-se, pois, na tutela de bens jurídicos que reflectem e

asseguram as relações de reconhecimento entre os sujeitos. Uma tutela que se pretende subsidiária, já que, atendendo à especial gravosidade das penas, ela só deve ocorrer quando não houver disponíveis outros meios de controlo social tão ou mais adequados e - seguramente - menos onerosos para os direitos e liberdades do que os meios penais. Protecção subsidiária de estruturas normativas do reconhecimento intersubjectivo, eis, em síntese, a função primordial do Direito Penal nas sociedades modernas.

A esta função se devem subordinar a pena e as suas finalidades. Diferentemente do funcionalismo sistémico, que parte do significado da pena como confirmação da vigência da norma para a descrição funcional do ilícito punível e da imputação (Jakobs, 2003, p.23), uma concepção liberal do Direito Penal, permeável a questões de legitimidade, arranca da definição material de um tal ilícito como negação insuportável do reconhecimento recíproco para a caracterização da pena como instrumento de revalidação ou reintegração do reconhecimento negado. Só deste modo a pena se louva nas razões de validade em que assenta o Direito Penal moderno e pode ser entendida como instrumento legítimo.

Augusto Silva Dias

→ Justiça; Legitimação; Norma; Pessoa; Punição; Razão.

Bibliografia

- Guirao, R.A. (2003), *Lesión de Bien Jurídico o Lesión de Deber?: Apuntes sobre el Concepto Material del Delito*, Atelier, Barcelona.
- Habermas, J. (1992), *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 2ª ed., Suhrkamp, Frankfurt.
- Hassemer, W. (2001), *Freiheitliches Strafrecht*, Philo, Berlin.
- Honneth, A. (1992), *Kampf um Anerkennung: zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Suhrkamp, Frankfurt.
- _____ (2000), *Das Andere der Gerechtigkeit: Aufsätze zur praktischen Philosophie*, Suhrkamp, Frankfurt.
- Jakobs, G. (1999), *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Duncker & Humblot, Berlin.
- _____ (2003), *Sobre la Normativización de la Dogmática Jurídico-Penal*, Civitas, Madrid.
- Ricoeur, P. (1995), *Le Juste*, Esprit, Paris.
- Welzel, H. (1975), *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, de Gruyter, Berlin/New York.