

A FUNÇÃO DA PENA NUMA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL NORMATIVISTA

Revista dos Tribunais | vol. 825/2004 | p. 481 - 485 | Jul / 2004
Doutrinas Essenciais de Direito Penal | vol. 4 | p. 131 - 137 | Out / 2010
DTR\2004\486

André Luís Callegari

Doutor em Direito Penal pela Universidad Autónoma de Madrid. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Ulbra. Professor de Direito Penal. Advogado.

Área do Direito: Penal

Sumário:

De acordo com Lesch, as bases de uma teoria jurídico-penal normativista se encontram na teoria da pena de Hegel, pois este autor já referia que o fato penal e a pena não são reconhecidos como uma seqüência de dois males causal-exteriores consecutivos, mas que são interpretados como um plano simbólico comunicador, ou seja, num plano de significado.¹ Nesse sentido, existe uma vontade geral que está constituída pelo direito abstrato e frente a ela se contrapõe uma vontade particular que, com seu comportamento, nega essa vontade geral. A finalidade da pena é restabelecer a vontade geral através de uma negação; é dizer, de uma negação da negação. Quem comete um delito expressa um especial esboço do mundo, uma especial concepção do mesmo, porque para ele não rege o ordenamento jurídico senão sua vontade particular (uma negação). Com a pena, o Estado manifesta que essa concepção concreta não vale e que deve imperar a vontade geral (negação da negação).² Essa vontade geral seria a vontade expressada pelos cidadãos através do Estado, porque somente assim se pode conviver numa sociedade.

Para Jakobs a pena - como infração da norma - não deve ser considerada só como um ocorrido não exterior (dado que então só aparece a sucessão de dois males), mas que também a pena significa algo, é dizer, que a significação do comportamento infrator não é determinante e que o determinante segue sendo a norma. Demonstra-se, assim, que o autor não se organizou corretamente e deste modo se lhe priva de sua liberdade. Esta réplica ante a infração da norma, executada à custa de seu infrator, é a pena.³ Assim, a finalidade da pena é manter a vigência da norma como modelo de contato social. Com seu comportamento o infrator defrauda as expectativas normativas, e a pena tem como função demonstrar que a sociedade, apesar da desautorização da norma (pelo autor-infrator), pode seguir confiando na vigência das mesmas.⁴

Assinala Lesch, ao sintetizar o que propõe Hegel sobre o fundamento e finalidade da pena, que isso se resume num só fato, posto que o ponto de vista de Hegel é retrospectivo; seu olhar se dirige, portanto, para trás, à ordem perturbada pelo delito. Esta ordem permanece vigente de forma que mediante a pena volta-se de novo ao caminho correto.⁵

Assim, para que o homem possa orientar-se na sociedade criam-se expectativas, no sentido de que eu possa esperar algo de alguém e, por sua vez, essa pessoa possa esperar algo de mim. Entretanto, como seu nome o indica, é um conceito contingente, porque se trata de "um esperar algo de alguém", e isto pode acontecer ou não. É dizer que a expectativa pode ser defraudada e por isso o sistema deve criar mecanismos para reagir frente a essas defraudações.⁶ Entre os mecanismos existentes encontra-se a pena criminal, que seria o indicado, em determinados casos, para que se evitasse a expectativa defraudada.

Portanto, seguindo um dos exemplos que consideramos clássicos, quando alguém penetra no mundo da natureza abriga determinadas expectativas cognitivas; por

exemplo: as árvores não caem, as pontes tampouco etc. Estas expectativas radicam em processos de aprendizagem desenvolvidos no tratamento com a natureza. Se alguém não aprendeu a ter confiança em determinadas regras da natureza, por exemplo, se contasse sempre com o fato de que as pontes caem quando as cruzamos, não poderia orientar-se com base na natureza. Na sociedade, isto é, no campo dos contatos sociais, o homem deve poder recorrer a expectativas análogas. Tratando-se de contatos sociais, orientação é tão-somente possível quando em todo momento não se tem que contar com um comportamento qualquer dos outros, posto que assim cada contato se encontraria impregnado de um risco incalculável. Nestes casos, a atenção não é suficiente; aqui também se deve poder, portanto, confiar em algumas regras determinadas. Já a própria existência do contato social mostra que não se espera qualquer fato. Exemplo: quando um estudante senta-se na sua aula, confia que seu companheiro não lhe furtará a carteira, nem lhe cravará uma faca no peito.⁷

Acontece, de todas as formas, que existem casos em que as expectativas que se tem da natureza são defraudadas, por exemplo, quando uma árvore ou uma ponte cai. Em tempos passados se fez a natureza responsável de tais defraudações, v.g., chicoteava-se o mar quando havia afundado um barco.⁸ Num mundo desmistificado como o atual, uma reação assim significa, simplesmente, uma reação não adequada: sabe-se que a natureza se rege segundo determinadas leis e que estas não podem ser modificadas. Assim, hoje se reconduz a defraudação ao próprio comportamento, neste caso equivocado, e o sujeito se acomoda e aprende, por exemplo, a comportar-se no futuro de distinta forma, a tomar precauções etc. A esta forma de trabalhar se denomina de aprendizagem cognitiva.⁹ Não ocorre o mesmo na vida social - com exceção do trato das crianças, doentes mentais etc.¹⁰ Quando se tem em frente um igual, que por sua parte defraudou as expectativas asseguradas juridicamente, não é necessário adaptar-se, isto é, resolver o conflito mediante aprendizagem; por exemplo, não é necessário no futuro andar com um colete a prova de balas quando se sai de casa, nem contratar um guarda-costas etc. Ao contrário, pode-se neste caso reagir de forma distinta: localiza-se o conflito não já no próprio comportamento, mas no comportamento do autor e se deixa a certeza das expectativas contrafaticamente. Contrafaticamente significa: frente ao ocorrido.¹¹

Portanto, a resposta à defraudação de uma expectativa normativa é distinta. Quando outro membro da interação social se comporta de forma diversa ao esperado, o homem pode seguir confiando nessa expectativa apesar de seu descumprimento, porque o sistema social tem um mecanismo para que se mantenha como modelo da orientação social: a sanção.¹² Assim, a pena serve para que se possa confiar que numa sociedade organizada o cidadão que se mantém dentro dos limites estabelecidos (orientação social) pode confiar que também os outros assim se comportarão. Para aqueles que descumprem tal orientação existe a pena, mas quem deve mudar o seu comportamento é aquele que não se comportou corretamente, e o outro pode seguir confiando sem mudar seu comportamento.

Aqui se assenta a função da pena: trata-se de atender e canalizar o desenvolvimento de defraudações de expectativas para conseguir, ante tudo, a possibilidade de um esperar normativo que supere as frustrações contrafaticamente. Não só para a pessoa afetada (defraudada) no caso concreto, mas para qualquer pessoa, em definitivo, para a sociedade em seu conjunto, deve ser demonstrado que a falha se encontrava no comportamento do autor; é por isso que o indivíduo se encontra e para o futuro também em direito (sic), quando se orienta de acordo com a expectativa assegurada mediante a norma jurídico-penal.¹³

Este fenômeno encaixa, falando em termos metafóricos, num simples diálogo; falando teoricamente, em dois esboços diferentes de mundo. Exemplo: X vai andando pela calçada com sua carteira; ele pode esperar - expectativa - que se pode ir pela calçada com uma carteira sem nenhum problema. O autor Z, que rouba a carteira de X, esboça o mundo de maneira distinta: ele diz o contrário, ou seja, que não se pode caminhar pela calçada com carteiras sem qualquer problema. Mediante a pena se demonstra que o

esboço do mundo pelo autor Z não marca a pauta (o comportamento correto) e que a expectativa normativa que orientou o comportamento de X é o vigente, tanto antes como depois do atuar de Z.¹⁴

Formulado de outra maneira: a pena não deve ser vista como reação ante um conflito - assim como ante a violação da norma -, como um ocorrido tão-somente exterior causal, pois neste caso chegaríamos à conclusão já censurada por Hegel da seqüência de dois males. Ao contrário, a pena tem um significado muito concreto que significa esclarecer que o comportamento contrário à norma por parte do autor não marca a pauta (regra de comportamento), não é o correto, e que a norma, em câmbio, mantém sua vigência.¹⁵ Demonstra-se que o autor não se organizou, de acordo com o mundo, de forma correta: por isso retiram-se os meios dele para seguir se organizando. Delito (violação da norma) e pena se localizam no plano do significado e não daquele, tão-somente exterior, empiricamente tangível, dos resultados materiais do delito. Assim, o desvalor do furto cometido por Z, ante o qual reage a pena, não se encontra na perda da carteira por parte de X - esta parte do conflito corresponde ao direito civil -, mas situa-se em que Z afirmou que a norma que protege a liberdade de caminhar pela rua sem impedimentos com a carteira não tem vigência. Ou: o mal especificamente jurídico-penal de um homicídio não é o cadáver da vítima - este dano é, ademais, irreparável -, mas sim o ataque do autor à vigência da norma que proíbe matar. Mediante a pena se refuta esta afirmação do autor e se demonstra para todos que, tanto antes como agora, a norma tem vigência, e que aquele que se orienta de acordo com ela estará atuando corretamente.¹⁶ Em outras palavras, a pena também tem como função a correta orientação social dos cidadãos.

Nos exemplos enunciados fica claro o significado da pena para esta concepção, pois é irrefutável o argumento de que a pena não pode reparar o mal do delito causado. A pena, assim, tem outro significado distinto, é dizer, o de reforço de que o correto é poder seguir confiando que as pessoas respeitem as normas existentes. Se a sociedade se organiza de determinada maneira e estabelece as suas regras, quando ocorre um conflito, pode-se seguir confiando em que as regras serão observadas e quem não as observou é que terá que se reorganizar. Mudar o seu procedimento (pauta), ou seja, estabelecer outro padrão de comportamento, pois somente assim pode-se conviver socialmente.

Nesse sentido, fica claro que a infração de uma norma não representa um conflito penalmente relevante por suas conseqüências externas, já que o direito penal não pode sanar tais conseqüências. A pena não determina uma reparação do dano e, em muitos casos, ao violar a norma sequer se produzirá um dano exterior (tentativa).¹⁷ Uma infração normativa e, portanto, uma desautorização da norma. Esta desautorização dá lugar a um conflito social na medida em que se põe em tela de juízo a norma como modelo de orientação.¹⁸

A pena, no que se expôs até agora e, ao contrário daqueles que defendem uma função intimidatória, não se dirige principalmente a coagir os potenciais autores de futuras infrações, mas tem por destinatários todos os integrantes da sociedade, como potenciais vítimas delas, para que se assegure a todos sobre a vigência da norma infringida. Assim, apesar da infração realizada, serve para demonstrar que a sociedade se mantém firme na vigência de suas normas essenciais e se nega a conceber-se a si mesma de outra maneira.¹⁹

Num pensamento similar, Carrara já defendia esta idéia quando afirmava que a pena não se dirigia propriamente ao delinqüente, tampouco a que se fizesse Justiça. Para Carrara o fim da pena não está dirigido à realização da Justiça, vingança, ressarcimento do dano, expiação do delito ou a própria correção do infrator, pois todas estas coisas podem ser conseqüências acessórias da pena e também podem ser até desejadas, mas a pena seria também incriticável ainda que faltassem todos esses resultados. É que o fim primário da pena seria o "restabelecimento da ordem externa da sociedade".²⁰

Todas essas considerações são corretas na medida em que se verifique que o dano causado com a realização do delito, de fato, não pode ser reparado. O mais clássico exemplo é o caso do homicídio, não há qualquer reparação que se faça com a aplicação da pena neste tipo de crime. Portanto, o que se deve reforçar é que matar é incorreto, e quem assim agiu marcou sua pauta (comportamento) em desconformidade com a norma. Não é a sociedade que deve reorganizar-se, mas o autor que agiu de forma incorreta. Mas isso não significa que a pena deve atuar sobre o culpado, ao contrário, a pena está destinada a atuar mais sobre os outros do que sobre aquele, no sentido de tranquilizá-los tanto a respeito do próprio delinqüente como a respeito de seus temidos imitadores.

Ainda que não seja um estudo profundo do tema, esta teoria da pena, também denominada de prevenção geral positiva, demonstra que a finalidade da pena é bem mais a de manter expectativas normativas, de pautas ou comportamentos sociais adequados, do que intimidar o infrator. A pena tem o caráter de demonstrar que a sociedade pode confiar na ordem estabelecida e que esta, ainda que desautorizada por um sujeito, seguirá tendo vigência.

(1) LESCH, Heiko H. Intervención delictiva e imputación objetiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. p. 27.

(2) MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. "Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs". El funcionalismo en derecho penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 24.

(3) JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Trad. Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 13.

(4) MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., p. 24.

(5) LESCH, Heiko. Op. cit., p. 32; JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 9, assinala que a pena deve ser definida positivamente: é uma demonstração da vigência da norma à custa de um responsável. Daí surge um mal, mas a pena não cumpriu já sua incumbência com tal efeito, tão-somente com a estabilização da norma. Nesse sentido, Eduardo Montealegre Lynett, op. cit., p. 24.

(6) MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., p. 24.

(7) LESCH, Heiko. Op. cit., p. 32-33.

(8) LESCH, Heiko. Op. cit., p. 33; LESCH, Heiko. La función de la pena. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 75.

(9) Nesse sentido, Eduardo Montealegre Lynett, op. cit., p. 25, coloca o seguinte exemplo: "Se alguém que durante anos construiu sua casa de madeira a uma determinada distância de uma fonte de água, baseando-se no fato de que, ainda que transborde o rio, a torrente não alcançará a construção e observa que devido às mudanças atmosféricas a corrente ameaça continuamente a casa e termina por arrasá-la, qual deve ser seu comportamento? Volta a construir a casa no mesmo lugar ou modifica o lugar calculando que a água não a alcançará em caso de trasbordamento? Nestas situações, a pessoa não pode manter a expectativa, e o conflito se resolve modificando a própria conduta".

(10) LESCH, Heiko. Intervención delictiva e imputación objetiva, cit., p. 34.

-
- (11) Idem, ibidem, p. 34.
- (12) MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit., p. 25.
- (13) LESCH, Heiko. Op. cit., p. 34.
- (14) LESCH, Heiko. Op. cit., p. 34-35.
- (15) Idem, ibidem, p. 35. No mesmo sentido, Eduardo Montealegre Lynett, p. 25, quando assinala que com a imposição da pena se mantém a vigência da norma como modelo de contato social.
- (16) LESCH, Heiko. Intervención delictiva e imputación objetiva, cit., p. 35-36.
- (17) JAKOBS, Günther. Op. cit., p. 12.
- (18) Idem, ibidem, p. 13.
- (19) PEÑARADA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO Meliá, Manuel. Um novo sistema de direito penal. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. São Paulo: Manole, 2003. p. 5.
- (20) CARRARA, F. Apud PEÑARADA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO Meliá, Manuel. Op. cit., p. 16.