

O FENÔMENO DO PODER E O DIREITO PENAL: UMA APROXIMAÇÃO ENTRE A TEORIA DE TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. E O SISTEMA PUNITIVO

João Paulo Orsini Martinelli¹

Schleiden Nunes Pimenta²

Resumo: O poder não é exercido por meio da força. Há um processo comunicativo entre Estado e cidadão, pelo qual aquele oferece a este opções de comportamento. Quando o cidadão opta por uma conduta ilícita, a pena mostra-se a resposta do Estado nesse processo comunicativo. Assim, o exercício do poder não é a imposição de uma vontade pela força, mas a emissão de uma mensagem a um receptor, que usará de sua autodeterminação para desenvolver o comportamento que desejar. O uso da força, ao contrário, demonstra a ineficácia do exercício do poder.

Palavras-Chave: Poder – punição – comunicação – criminalização – autodeterminação

Abstract: Power is not exercised by force. There is a communication process between State and citizen, by which State offers some behavior options. When the citizen opts for misconduct, the punishment shows the response of the State in this communication process. Thus, the exercise of power is not the imposition of a will by force, but sending a message to a receiver,

¹ Professor adjunto na Universidade Federal Fluminense (UFF/VR); Doutor em Direito Penal (Universidade de São Paulo); Pós-doutor em Direitos Humanos (Universidade de Coimbra).

² Acadêmico de Direito (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

which uses the self-determination to develop the behavior he want. The use of force, on the contrary, demonstrates the ineffectiveness of the exercise of power.

Keywords: Power – punishment – communication – criminalization – self-determination

INTRODUÇÃO



objetivo do presente trabalho é relacionar o fenômeno do poder, como comunicação, e o direito penal, o instrumento jurídico mais repressor do Estado. Busca-se fundamentar a cominação e a aplicação da pena diante da prática de um ato ilícito como manifestação do poder do Estado.

Partiremos da premissa de que a ninguém é permitido atingir bens jurídicos alheios. Cada um pode atuar livremente na esfera de sua individualidade, porém, a partir do momento em que direitos de terceiros forem lesados, cabe ao Estado reprimir tal comportamento.

Todos têm a opção de se comportarem conforme a norma ou não, sob pena de sofrerem as consequências estatais. Quer dizer, o Estado dá as opções e cabe a cada um escolher entre o comportamento adequado e a reprimenda penal decorrente do comportamento contrário à norma.

O Estado, como detentor do poder de regular a vida em sociedade, participa do processo comunicativo com os cidadãos membros da sociedade. Neste meio de comunicação como exercício do poder, o Estado, como uma parte, dá opções ao cidadão, a outra parte, e cabe a este decidir qual será seu comportamento.

Neste prisma, em que Estado e cidadão estabelecem uma comunicação, como exercício de poder do primeiro sobre o segundo, tentaremos expor nosso posicionamento sobre a fun-

ção da sanção penal no ordenamento jurídico como meio de controle social formal.

1. O FENÔMENO DO PODER COMO MEIO DE COMUNICAÇÃO

Explica Tércio Sampaio Ferraz Jr. que o fenômeno do poder é um meio de comunicação, afastando-se o autor das concepções genéricas que pressupõem o poder como a imposição de uma vontade. O poder, como meio de comunicação, apresenta-se entre duas partes capazes de emitir e receber sinais que se traduzem na demonstração de suas escolhas por meio de ações.³

Os sistemas sociais se formam via comunicação e o poder é um dos fenômenos que formam a estrutura social. Assim, a comunicação deve ser compreendida por seus dois pontos fundamentais: *troca de mensagens* e *seletividade das mensagens*. Muito importante é a compreensão destas duas etapas do processo de comunicação, uma vez que o direito penal faz uso da comunicação na descrição do crime e na cominação das penas.⁴

Desenvolve-se o processo de comunicação pelas seguintes etapas: 1) existência de diversas formas de comunicação, 2) seleção das possibilidades de comunicação, 3) formação de um conflito entre as partes que se comunicam, diante da forma de comunicação escolhida. Enfim, o resultado final é a dupla contingência entre as partes que se comunicam.⁵

Ao considerar que a comunicação é necessária para as relações sociais, é importante eleger um meio para se comunicar. O meio de comunicação é um código de símbolos que regula a *transmissão de performances seletivas*. Quer dizer, o meio es-

³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*. p. 35.

⁴ *Ibidem*. pp. 36-37.

⁵ *Ibidem*. p. 37.

colhido pelas partes deve ser a motivação para que um entenda o que o outro quer transmitir.

O poder, assim, é o meio de comunicação de uma parte com outra, pela qual são oferecidas opções de comportamentos. E é o termo *opção* que diferencia o *poder* da *coação*. O poder proporciona liberdade de escolha, enquanto a coação impõe uma opção escolhida por quem coage. Poder pressupõe liberdade, enquanto a coação reduz as opções a zero.

A sociedade moderna tende a conceber o poder como função *reguladora*, e não como dominação. Aquele que detém o poder abre um leque de opções à outra parte da comunicação. O poder e o direito não impõem uma vontade, mas imputam consequências.⁶

No plano do direito penal é relevante tal assertiva. Quando o Estado comina uma pena à determinada conduta lesiva, não se quer impor uma vontade, mas oferecer uma opção de comportamento a fim de manter a estabilidade social. Se nessa comunicação houver a opção pela ação lesiva, a sanção é a consequência de um comportamento indesejado socialmente.

E, até aqui, temos a seguinte conclusão: o poder é o meio de comunicação entre as partes, por meio da qual uma demonstra à outra as opções de escolha e sua respectiva consequência.

2. A AÇÃO LINGUÍSTICA

A ação relevante ao direito é aquela dirigida a um determinado fim. O discurso é um ato entre homens e deve ser concebido como ação linguística, uma ação dirigida a outros homens, em oposição ao mero agir. Isto significa que “trata-se de uma ação que apela ao entendimento de outrem, sendo esta a sua finalidade primordial”.⁷ Quer dizer, a ação linguística só pode ser assim considerada se puder ser ensinada e compre-

⁶ *Ibidem*. p. 40.

⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. p. 03.

dida.⁸

Na ação linguística a norma é instrumento dos mais importantes. A norma impede ou encerra os conflitos porque ela os institucionaliza.⁹ No direito penal, a norma que determina um comportamento como crime tem por objetivo impedir a prática de um conflito ou encerrá-lo quando já iniciado. É um meio de controle social formal, institucionalizado, pelo qual o Estado busca a manutenção do equilíbrio social.

O poder, como meio de comunicação, pode ser reduzido pelos parceiros às ações destes. A ação do parceiro demonstra a opção deste dentre aquelas oferecidas pelo outro na comunicação. A ação, enfim, representa a escolha das partes. E este ponto é muito importante para a compreensão da legitimidade de punição do Estado.

Na relação de poder, o submetido é alguém de quem se espera uma escolha da própria ação pela possibilidade de autodeterminação. Tanto o detentor do poder quanto o submetido possuem capacidade de autodeterminação¹⁰, a qual utilizam para atingir determinados resultados. Podemos exemplificar essa relação com a sanção. A sanção é um resultado possível para uma ação. Entendemos que, a princípio, a sanção é uma possibilidade que a parte pretende evitar, é uma exceção na relação entre as partes. Ora, a nenhuma das partes interessa a aplicação de uma sanção, nem ao submetido, nem ao detentor do poder.

A partir da compreensão do fundamento da sanção como relação de poder, fica mais claro estruturar o direito penal como meio de comunicação entre o Estado e o cidadão. A aplicação de uma sanção deve ser tratada como exceção, uma vez que esta não interessa a nenhuma das partes. Quando se aplica

⁸ *Ibidem*. p. 57.

⁹ *Ibidem*. p. 65.

¹⁰ Conforme se verá adiante, nem todos possuem capacidade de autodeterminação e isso explica a distinção que a lei faz entre imputáveis e inimputáveis quanto à consequência de seus atos.

uma sanção, o poder se destrói, pois há o esgotamento das alternativas que as partes procuram evitar. Como poder não é coação, é dar opções, a falta de opções destrói o poder.

Quando se diz que a nenhuma das partes interessa o conseqüente esgotamento do poder, com a aplicação da sanção, consideramos dois fatores: primeiro, o cidadão obtém prejuízo com a pena (privação de sua liberdade, restrição de um direito, multa a ser paga etc.)¹¹; segundo, ao Estado não é interessante perder todo seu poder sobre o cidadão.

Como o poder é uma possibilidade sempre presente, não pode ser esgotado de uma vez. Esgotadas as opções, desaparece o poder. Por isso, é necessário distinguir duas dimensões do poder: 1) o poder enquanto potência; 2) o poder enquanto exercício. A primeira dimensão é aquela que impede o esgotamento do poder, a segunda é aquela que dispõe as opções à parte na comunicação.

Diante das colocações, conclui-se, até aqui, que a ação é a manifestação da escolha feita pela parte na comunicação como exercício do poder. A escolha é produto da autodeterminação da parte que pode optar por um comportamento. Na relação Estado-cidadão, na busca da vida social equilibrada, o Estado possui o poder de oferecer opções ao cidadão, que deve escolher o comportamento mais adequado, para evitar o resultado indesejado da sanção.

3. A RELAÇÃO DO PODER COM O DIREITO PENAL

Diante do exposto acima, passamos à próxima fase. Chegamos à relação entre o fenômeno do poder como comunicação e as leis penais. Como visto anteriormente, na comunicação entre Estado e cidadão, aquele oferece a este opções de com-

¹¹ As principais sanções penais previstas no ordenamento jurídico brasileiro são a privação da liberdade, a restrição de um direito e o pagamento de multa, todas de acordo com a Constituição Federal, que proíbe penas de caráter perpétuo, cruel ou vexatório.

portamento, cada qual com uma consequência.

Crime é fato típico, antijurídico e culpável. Como tipicidade, entendemos que esta seja a adequação do fato à descrição legal de um comportamento proibido; antijuridicidade é a contradição entre o fato e o ordenamento jurídico (como sinônimo de antijuridicidade temos *ilicitude*); e, por fim, culpabilidade é a reprovabilidade da conduta do autor, sendo que, quanto mais reprovável seu comportamento, maior o juízo de culpabilidade.¹²

A consequência de um comportamento que preenche os requisitos do crime é a punição. A punibilidade é a característica do crime que legitima a imposição de uma sanção gravosa a quem fere o mandamento de se comportar de maneira minimamente tolerável na sociedade.¹³

Compreendendo o poder como meio de comunicação, temos que a lei penal é um símbolo que o Estado utiliza para comunicar-se com o cidadão, imputando-lhe consequências por seus atos. Assim, quando uma lei penal tem vigência, ela assume a função de advertir alguém de que uma conduta proibida pode gerar sanções. O Estado dá a opção ao cidadão de comportar-se conforme a norma ou desobedecer ao comando legal e sofrer a pena respectiva.

A partir desta concepção, afirmamos que a pena assume algumas funções. A doutrina predominante entende que a pena tem por finalidade prevenir a prática de novos crimes, atuando tanto sobre o criminoso quanto sobre a população em geral. Na primeira hipótese temos a prevenção especial; no segundo, a prevenção geral.

Para a teoria da prevenção geral, a pena aplicada ao criminoso serve como exemplo à população em geral, para que todos vejam o que acontece com aqueles que praticam crimes.

¹² Esta é a estrutura do delito predominante na doutrina atual. Por exemplo: ROXIN, Claus. *Strafrecht, allgemeiner Teil*. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões de direito penal revisitadas*. REALE JR. Miguel. *Instituições de direito penal*.

¹³ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. pp. 91 e ss.

O condenado é objeto de demonstração daquilo que o Estado pode fazer com os infratores da lei penal.

A teoria da prevenção especial enxerga a pena por outro ângulo. A finalidade da pena é atuar sobre o criminoso para que o mesmo não volte a delinquir. O condenado é o objeto principal da sanção penal, é sobre ele que a pena deve desenvolver sua finalidade preventiva.

Outra corrente, a eclética, entende que a finalidade preventiva da pena atinge, ao mesmo tempo, a população em geral e o agente criminoso. Seu papel simultâneo é de servir de exemplo à comunidade e de evitar a reincidência do sujeito individual. A pena age coletiva e individualmente quando alguém infringe uma norma penal.¹⁴

Assim, diante da finalidade preventiva da pena, seja a prevenção geral, seja a prevenção especial, a sanção consiste na resposta do Estado a uma infração que a lei proíbe. A manifestação do poder do Estado é o conjunto de opções que este proporciona aos cidadãos. Pode o cidadão agir como quiser, não obstante, se seu comportamento lesar interesses de terceiros, haverá a resposta em forma de pena.

Temos, pois, que a pena é a concretização da manifestação de poder do Estado quando o cidadão opta por um comportamento lesivo a interesse de terceiro. Cumpre ao direito penal a defesa de interesses relevantes contra condutas lesivas ou perigosas. No entanto, não é qualquer conduta que pode ser criminalizada, pois há critérios rígidos de legitimação do direito penal, conforme se verá adiante.

4. CRITÉRIOS DE CRIMINALIZAÇÃO

O direito penal é o ramo mais repressor do ordenamento jurídico. Por tratar de possível restrição à liberdade de alguém e de sua estigmatização, pois o suspeito recebe o rótulo de *cri-*

¹⁴ ROXIN, Claus. *Strafrecht, allgemeiner Teil*. pp. 105 e ss.

minoso, há limites para o processo de criminalização e aplicação das leis penais. No Estado democrático de direito, de cunho liberal, o direito penal deve ser construído de forma racional, a fim de impedir o abuso do Estado.¹⁵

Nossa legislação penal é problemática. Temos um Código Penal, um Código de Processo Penal e uma Lei de Contravenções Penais elaborados à luz da Constituição “polaca” de 1937, na vigência do Estado Novo. O país vivia a ditadura Vargas e esta situação política é essencial para a compreensão dos valores regentes de nosso ordenamento.

O exercício do poder pelo ditador encontra seu porto seguro na legislação. Significa que as leis de um país têm capacidade de dar a legalidade suficiente ao exercício de uma ditadura. O ditador, por meio da lei, exerce seu poder sobre a população e oferece as opções que mais lhe agradarem.

Algumas características de nossa legislação penal demonstram bem a situação política ditatorial pela qual passava o Brasil à época. Nosso Código Penal possui vasto rol de crimes contra a Administração Pública, de modo a fornecer excessiva proteção penal contra eventuais condutas lesivas ao Estado. Também se destacam os crimes contra os costumes, muitos deles condutas que dizem respeito apenas à vida privada do cidadão, mas que recebem mandamentos de proibição do Estado.

O Estado precisa ter critérios para criminalizar uma conduta. Primeiramente, deve o direito penal proteger apenas os interesses mais relevantes à vida social. O direito penal é subsidiário, ou seja: só se legitima quando não houver outros meios de se resolver um conflito. Também devem ser observados os princípios da lesividade e da proporcionalidade. O primeiro impõe como condição necessária uma conduta que represente uma lesão efetiva ou um perigo real de lesão ao bem jurídico tutelado; o segundo determina a necessidade e a adequação do

¹⁵ ROXIN, Claus. *op. cit.* p. 117.

direito penal ao caso concreto.

A obediência aos princípios de criminalização é fundamental na relação de poder do Estado com o cidadão. Como o exercício do poder é o oferecimento de opções, e não a imposição de uma vontade, quanto maior o conjunto destas opções, mais efetiva e democrática a comunicação entre as partes. Criminalizando diversas condutas, sem limites precisos, o Estado reduz as possibilidades de comportamento da parte submetida a seu poder e a relação de poder aproxima-se de uma verdadeira imposição de vontade (e, por consequência, instala-se uma ditadura).

Portanto, num Estado democrático, o direito penal deve reprimir apenas condutas que atinjam direitos de terceiros de modo grave, quando nenhum outro meio for suficiente para resolver o conflito social. É o princípio da *ultima ratio*, segundo o qual a reprimenda penal deve ser evitada ao máximo.

5. A PENA NA COMUNICAÇÃO “ESTADO–CIDADÃO”

Na relação de poder entre Estado e cidadão, a pena assume papel de enorme relevância. É a pena a consequência da prática de um fato definido em lei como crime. Por isso, o princípio da legalidade, vetor do Estado democrático de direito, impõe que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem lei anterior que a comine.

Trata-se de uma garantia do cidadão no processo de comunicação com o Estado. A lei anterior à conduta mostra ao cidadão que seu comportamento é considerado lícito ou ilícito pelo ordenamento jurídico. Desse modo, são possíveis a compreensão de eventual proibição e uma escolha consciente para praticar uma ação. No diálogo do poder, a parte submetida tem que saber se sua escolha é lícita e, caso seja ilícita, qual a sua consequência.

O princípio da legalidade no direito penal vai além da an-

terioridade da lei e da pena. A lei penal deve ser estrita, a fim de não permitir interpretação extensiva. Assim, permite-se ao cidadão saber os limites da licitude e optar conscientemente por um comportamento.

Também deve a lei penal ser clara, para evitar interpretações dúbias. O Estado deve estabelecer regras isentas de dúvidas para que o cidadão possa fazer sua opção sem correr o risco de receber reprimenda pela qual não esperava. Ao oferecer as opções ao cidadão, o Estado tem que esclarecer exatamente o que é proibido e o que é permitido. Justamente por ser o Estado a parte mais forte na comunicação, pois é ele que elabora a norma, julga o fato e aplica a pena, é seu ônus estipular com clareza as condutas ilícitas.

Portanto, para que a lei penal seja instrumento legítimo de comunicação na relação de poder entre Estado e cidadão, deve-se obedecer ao princípio da legalidade, com uma norma anterior ao fato, clara e estrita. Somente assim o cidadão terá condições de participar da comunicação com o Estado e compreender quais opções estão à sua disposição.

Nesse contexto, retomando as finalidades da pena, afasta-se a pura retribuição como fim primordial. Discordamos dessa posição, defendida, inclusive, por Kant. Segundo o autor, a pena é a retribuição de um mal causado pelo criminoso. A aplicação da pena é uma resposta do Estado a uma conduta lesiva, com a finalidade de devolver o prejuízo causado ao meio social.¹⁶

Se considerarmos que a pena possui finalidade meramente de retribuição aceitaríamos que sua importância aparece apenas em momento posterior ao cometimento do delito. Teríamos uma função vingativa do Estado, nada mais. É claro que a função retributiva da pena tem seu valor, pois o mal retribuído deve ser proporcional ao mal causado pelo criminoso. Isso impediria a aplicação de uma pena desproporcional à lesão

¹⁶ ROXIN, Claus. *op. cit.* p. 50.

provocada pela conduta criminosa.

No entanto, na relação de poder entre Estado e cidadão, a função preventiva assume enorme importância. Prevenir o crime é o mais interessante tanto ao Estado quanto ao cidadão. A aplicação da sanção, conforme exposto acima, representa o esgotamento do poder e, por isso, é um resultado a ser evitado pelas partes na comunicação. Dessa forma, a função da pena revela-se anteriormente ao crime.¹⁷

Em sua função de prevenção geral, a pena tem por objetivo atingir a população em geral, como um exemplo às demais pessoas. O agente recebe a sanção como forma de demonstrar o que acontece com aqueles que violam a norma que proíbe a prática da infração.¹⁸ Dentro de uma concepção mais radical, a pena é a afirmação da vigência da norma. Ao praticar um ato ilícito, o Estado deve aplicar a pena para mostrar aos demais que a norma ainda está em vigência e há uma grave consequência àquele que molestar o sistema jurídico. Enfim, a norma tutela o próprio ordenamento.

A prevenção geral é aquela que mais consolida a comunicação entre Estado e cidadão no exercício do poder. A pena assume um papel de transmissão da mensagem que o Estado direciona às pessoas para estabelecer um padrão mínimo de comportamento. Não se impõe um comportamento adequado, mas são dadas opções e a cada uma comina-se uma consequência. Cabe a cada um optar por uma ação e considerar o possível resultado de sua escolha.

Também a prevenção especial apresenta sua importância na relação de poder. A pena tem como função impedir que o condenado reincida no crime. Numa dimensão positiva, a pena é responsável pela reeducação e ressocialização do criminoso. Pela dimensão negativa, enxergamos a pena como meio de

¹⁷ MURPHY, Jeffrie G., COLEMAN, Jules L. *Philosophy of law, and introduction to jurisprudence*. p. 109.

¹⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *op. cit.* pp. 176 e ss.

isolar temporariamente o sujeito do convívio social.¹⁹

Aqui a comunicação é individual entre Estado e sujeito determinado, ou seja, aquele que praticou o crime. No entanto, a relação de poder aqui é diferente. O Estado não dá opções, mas impõe uma medida derivada da escolha por um comportamento. A pena é a confirmação da comunicação, pois o Estado dá as opções e deve confirmá-las. É o meio pelo qual o cidadão recebe a confirmação da consequência de um comportamento pelo qual optou.

Enfim, a pena, em sua função preventiva, assume papel fundamental no processo de comunicação como exercício do poder entre Estado e cidadão. A pena, exclusividade do Estado, é a base da comunicação do Estado com a sociedade, de modo a informar a todos que a opção por condutas lesivas gera consequências drásticas. A afirmação da vigência da norma é a garantia da estabilidade social.

6. AUTODETERMINAÇÃO DO CIDADÃO

Para legitimar a pena como consequência por uma escolha lesiva à vida em sociedade devemos considerar a capacidade de compreensão do cidadão acerca da gravidade do crime. Quando o Estado dá as opções de comportamento e comina uma pena aos mais lesivos, a sanção só tem legitimidade sobre aqueles que compreendem a ilicitude do fato e a possibilidade real de pena.

No fenômeno do poder como comunicação, as partes legitimadas precisam ter a capacidade de compreensão. Desde o início o cidadão precisa ter consciência da ilicitude do fato, caso contrário, não poderá ser responsabilizado por sua escolha. A capacidade de conhecer a ilicitude do fato é o que o direito denomina *imputabilidade*.²⁰

¹⁹ *Ibidem*. pp. 179 e ss.

²⁰ REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*, vol. 02. p. 103.

Se o Estado impõe a sanção quando o fato é ilícito, obviamente não se pode desconsiderar a capacidade de compreender a ilicitude, ou seja: aquilo que é contrário ao direito. Não há função preventiva da pena quando o autor da infração não sabe o que faz. Primeiro, o autor da infração não pode ser reeducado porque a aflição da sanção não lhe é sentida; segundo, aqueles que não possuem capacidade de discernimento não terão a pena como exemplo para não delinquirem.

Aqueles que não possuem capacidade de discernimento quanto à ilicitude da conduta são os *inimputáveis*. A legislação brasileira adotou dois critérios quanto à inimputabilidade do cidadão. O critério cronológico determina que os menores de 18 anos não possuem discernimento suficiente para compreender o caráter ilegal de seu comportamento lesivo. Já o critério psicológico isenta de responsabilidade penal aqueles que possuem desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Se não houvesse a isenção de responsabilidade penal para estas pessoas a comunicação com o Estado seria falha. A comunicação válida é aquela em que ambas as partes possuem conhecimento suficiente para suportar as consequências de seus atos. Aquele que não pode refletir sobre a eventual aplicação de uma pena derivada de um ato ilícito não pode ser receptor da sanção.

Outra questão importante é a ilegitimidade do Estado na criminalização de condutas autolesivas. O exercício do poder somente se faz necessária e adequada quando a lesão incidir sobre interesses alheios ao sujeito. A lesão limitada a bens próprios não pode ser punida criminalmente, isto é: não pode haver interferência do Estado nas hipóteses de autolesões.

No entanto, há hipóteses em que o Estado pode interferir em condutas autolesivas: quando o sujeito não possuir capacidade de discernimento. Somente nesses casos pode haver intervenção estatal para proteger o cidadão, pois sua conduta, apesar de não atingir terceiros, não é consentida satisfatoriamente.

Crianças e adultos com problemas mentais, por exemplo, devem receber proteção do Estado para que se evitem lesões a seus próprios direitos. E nessas hipóteses a comunicação entre Estado e cidadão fica prejudicada, pois há necessidade de imposição da norma como forma de proteção. Quer dizer que a relação de poder como comunicação se torna uma imposição, uma vez que aquele que não tem consentimento válido não é capaz de avaliar a gravidade da sua conduta e suas consequências.

Liberais e moralistas neste ponto convergem: pode o Estado intervir em condutas autolesivas de pessoas desprovidas de discernimento. A lei é imposta porque é vontade do Estado proteger estas pessoas e eventual comunicação não passaria de mera tentativa de oferecer opções a quem não pode escolher.

Os liberais entendem que só pode o Estado criminalizar condutas lesivas a terceiros. Aquilo que diz respeito unicamente à esfera individual do cidadão não merece reprimenda penal, mesmo que exista uma autolesão.²¹ Abrem-se exceções somente quando o sujeito for criança ou adulto sem capacidade de discernimento. Se for um adulto responsável, pode-se fazer o que quiser de seus bens, pois existe capacidade de discernimento sobre o caráter prejudicial da conduta.

Por outro lado, os moralistas defendem a criminalização de condutas que possam ferir a moral pública, considerando que esta por si mesma já seja um bem jurídico a ser tutelado.²² O conjunto de valores dos membros de uma comunidade precisa ser preservado pelo direito penal, punindo-se até mesmo as condutas que digam respeito apenas à vida particular do cidadão.

Entendemos que tutelar penalmente condutas autolesivas praticadas por adultos responsáveis não é função legítima do

²¹ FEINBERG, Joel. *Harm to others*. p. 12 e ss.

²² DEVLIN, Lord Patrick. *Morals and criminal law*. p. 71.

direito penal.²³ O processo de comunicação como exercício de poder no Estado democrático de direito não pode fazer uso da repressão penal para interferir na vida privada de alguém. A pena fica esvaziada de sua finalidade preventiva, pois não se pode prevenir autolesões validamente consentidas.²⁴

O exercício do poder é processo de comunicação em que as partes podem livremente optar por um comportamento, desde que cientes de suas consequências. Assim, condutas meramente imorais não podem se submeter ao exercício do poder por meio do direito penal, uma vez que a simples moralidade diz respeito apenas ao sujeito que a concebe. O que é moral para um pode não ser para outro²⁵ e essa indefinição quanto aos parâmetros da moralidade torna impossível a comunicação. As partes nunca se entenderiam para afirmar uma escolha.

Portanto, o direito penal só é legítimo quando aplicado entre partes capazes de consentir sobre as consequências de seu comportamento. Os inimputáveis ficam fora do processo de comunicação com o Estado, que criminaliza e comina penas, pois não possuem capacidade de compreender a ilicitude de seu comportamento. Além disso, não pode o Estado utilizar o direito penal para evitar condutas autolesivas se o sujeito tem discernimento do quanto seu comportamento é prejudicial a si mesmo.

7. A COMUNICAÇÃO NA EFICÁCIA DA PENA

Antes de qualquer comunicação, há aquele ou aqueles que desenvolvem a comunicação, sem os quais a comunicação não precisaria existir. Ou seja: a comunicação apenas existe porque determinada situação exigiu que ela fosse criada e, se criada, logo foi criada por alguém. Referido alguém, em pauta,

²³ FEINBERG, Joel. *Harm to self*. p. 95.

²⁴ NAGEL, Thomas. *Moral conflict and political legitimacy*. pp. 67-70.

²⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to self*. p. 112.

é a própria sociedade, seus agrupamentos e que por interesses diversos aglomeraram-se em prol da paz e de conveniências ademais. Para garantir seus corolários, no entanto, foi necessário o surgimento de regras e, para quem subvertesse tais regras de conduta, de sobrevivência intragrupos, a aplicação de punições. O que se indaga é: de que modo a não adequação da punição se comunica com a sociedade?

Percebe-se que a punição é a “ultima ratio” de um sistema social; eis o último meio, a última demonstração e a mais violenta manifestação das convenções que um grupo se autoimpôs. Em seu bojo, podemos encontrar princípios, costumes, leis, ritualísticas, direitos e deveres que são caros aos seus instituidores e aos seus cidadãos. O que a punição faz não é outra coisa que bradar ao infrator que naquele instituto, que naquela peça da sociedade, que naquele bem jurídico ninguém toca, ninguém macula e ninguém contraria. Embora a pena também tenha naturalmente um caráter educador e lhe seja necessária o objetivo da reeducação prisional, ressalta-se que tais evidências são posteriores à ideia da punição, já que a punição é a primeira ideia – ela que interrompe o ato delituoso, ela que vem às pressas para dizer que o criminoso está errado, ela que vem demonstrar quem detém o poder e que o bem atingido está protegido por aquelas convenções²⁶. E novamente se pergunta: o que acontece, então, acaso a punição não seja adequada?

Ora, uma vez que a educação preventiva falhou²⁷, uma vez que a sociedade não preparou pertinentemente o seu cidadão para a convivência sob regras pré-acordadas ao nascimento daquele infrator, uma vez que o sistema social negligenciou os sintomas e as fontes que deram origem ao crime, o que resta é a punição. Não há outro meio, não existe outro fim, não subsiste qualquer outra possibilidade de demonstração de que o ato praticado é criminalizado e que não se deve fazer; a reeducação é

²⁶ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. pp. 90 e ss.

²⁷ KANT, Immanuel. *Über Pädagogik*. p.11.

o objetivo mais importante, decerto, mas ela somente é possível quando do controle estatal sobre o criminoso para que assim, sob seu poder, a reeducação se faça. De ambas as formas – note-se – o poder se faz, o martelo do Estado recai à frente do cidadão, servindo de exemplo não apenas para ele como também para toda a sociedade. Tais são os objetivos da pena: para o criminoso e para a sociedade, no ideal da reeducação e no objetivo de demonstrar e de comunicar aos demais que aquilo não se faz e que há uma lei a ser seguida, bem como uma entidade para lhes punir.

A lei não cumprida, enfim, é a ruína do Estado, de todo o sistema jurídico, de todo aquele arcabouço principiológico e convencional acordado, revelando-se ser um jogo de interesses falidos e de meras ameaças que não se cumprem. Esta é a comunicação que o Estado tem para com a sociedade. A ideia é a de que, se a pena for considerada propícia de existir, de ser criada, e se for estabelecido um “quantum” para o seu cumprimento, tal “quantum” deve ser rigidamente cumprido. Não há que se partir em busca do Direito Penal Máximo ou Mínimo – pois o debate não repousa aqui –, mas, se uma pena é estabelecida, o seu não cumprimento significa ao cidadão a falibilidade do Estado e gera o desrespeito e a descrença em si mesmo, em seu próprio meio, fazendo com que a lei – primariamente intuitiva em manter o poder e a ordem – siga um caminho inverso e impila o cidadão a subvertê-lo ainda mais. Vai contra a máxima de Ovídio, a título exemplificativo, já que “Os que merecem a punição aceitam-na com o espírito sereno”.

Tércio Ferraz Sampaio Jr. nos remete ao referido pensamento quando se pergunta da existência de uma espécie de *código doador de sentido*²⁸. Quer dizer: de que maneira o direito se legitima? Parte do sentimento, do subjetivo, do racional, de uma estrutura universalmente reconhecida? E, logo, não se

²⁸ FERRAZ JR. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. p.345.

priva de síntese ao afirmar que “[...] a perda ou a ausência do sentido de justiça é, por assim dizer, o máximo denominador comum de todas as formas de perturbação existencial, pois o homem ou a sociedade, cujo senso de justiça foi destruído, não resiste mais às circunstâncias e perde, de resto, o sentido do dever-ser do comportamento”. Sendo claro que, aqui, não há referência a um senso de justiça sobrenatural, divino ou natural, mas sim uma justiça simples, de justeza, criada pela própria sociedade naquilo que ela compreende ser adequado e que, não sendo respeitada, perde todo o sentido. Digamos que, noutras palavras, trata-se de um comunicador que perde contato com o seu interlocutor.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito penal, como o instrumento mais rigoroso de controle social formal, deve agir apenas sobre condutas lesivas ou perigosas a bens penalmente relevantes. Alguns critérios devem ser seguidos para não transformar o direito penal em arbitrariedade e permitir seu uso à vontade do detentor do poder.

Na relação de poder entre Estado e cidadão, o processo de comunicação que se desenvolve encontra na pena seu ponto central. Ao oferecer um leque de opções ao sujeito, o Estado deixa claro que determinados comportamentos levam a consequências drásticas, ou seja, as sanções penais. Portanto, a lei penal deve ser clara e taxativa.

A autodeterminação do cidadão também é fundamental. Somente aqueles que possuem capacidade de discernimento podem se submeter ao direito penal, pois a compreensão da ilicitude de seu comportamento legitima eventual aplicação da pena pelo Estado. Também a autodeterminação tem sua importância para permitir comportamentos autolesivos de adultos responsáveis, quando interesses de terceiros não forem atingi-

dos.

E, por derradeiro nas palavras de Leon Frejda Szklarski, “a impunidade é a matriz e a geratriz de novos e insensatos acontecimentos e o desmoroamento do que ainda resta de bom na alma humana”, significando a estreita relação que o Direito Penal possui com a sociedade e com os seus valores, sendo a sua eficácia a gravidade existente entre a sociedade e a sua própria razão de existir e que delinea o senso do que seja a justiça simples.



REFERÊNCIAS:

- DEVLIN, Lord Patrick. *Morals and criminal law*. in Dworkin, R. M. (coord.), *The philosophy of law*. Nova Iorque/Oxford: Oxford University Press. 1977. pp. 72-86.
- DWORKIN, Ronald (coord.). *The philosophy of law*. Nova Iorque/Oxford: Oxford University Press. 1977.
- FEINBERG, Joel. *Harm to others*. Nova Iorque/Cambridge. Cambridge University Press. 1984.
- _____. *Harm to self*. Nova Iorque/Cambridge. Cambridge University Press. 1986.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva. 1997.
- _____. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas. 2003.
- _____. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas. 2003.

- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2003.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Madri: Comares. 1997.
- KANT, Immanuel. *Über Pädagogik*. Nicolovius. 1803.
- MURPHY, Jeffrie G., COLEMAN, Jules L. *Philosophy of law - an introduction to jurisprudence*. Boulder: Westview Press Inc. 1990.
- NAGEL, Thomas. Moral conflict and political legitimacy. in DWORKIN, Gerald (coord.). *Morality, harm and the law*. Boulder, São Francisco e Oxford: Westview. 1994. pp. 60-76.
- REALE JR. Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense. 2002.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht, allgemeiner Teil, vol. 1*. 4. ed. Munique: C. H. Beck. 2006.