

INFLUXO ÉTICO-SOCIAL NA NORMA PENAL

Leonardo Pache de Faria Cupello

RESUMO

Afirma que o estudo da influência ético-social no ordenamento jurídico – em especial na legislação penal – faculta a valoração da legitimação da norma e seu conteúdo substancial, bem como conceitua o bem jurídico-penal tutelado numa perspectiva sociojurídica. Entende que a norma é o reflexo do interesse público concretamente manifestado e, sendo assim, propõe a imposição de normas penais que correspondam à vontade da consciência coletiva, as quais não somente proporcionem o bem-estar comum, mas garantam a evolução do Estado, com a concretização de suas propostas de desenvolvimento e a eficiência no controle ético-preventivo da violência.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Penal; influência ético-social; consciência coletiva; justiça – formal, estática, institucional; eficiência; bem jurídico-penal.

1 OS TRÊS ELEMENTOS DA JUSTIÇA

A valorização do ser humano pelo Estado ocorre quando há, da parte deste, o interesse em criar um sistema político apto a realizar o bem-estar social. Para tanto, é necessário o respeito aos valores ético-sociais, ponto que harmoniza e sustenta o próprio ordenamento jurídico de que é decorrente¹. Portanto, no afã de criar um modelo de conduta normativamente exigível, o Estado deve amparar suas decisões políticas primordialmente no valor ético-social, e o motivo reside no surgimento do fato reconhecido pela comunidade como relevante a se tornar substrato de integração ao ordenamento jurídico. Assim, a idéia de valor ético-social se consubstancia no bem-estar social e poderá ter uma dimensão mais abrangente se considerarmos que o sistema social é vivente e se pauta pelos valores humanos, ou seja, funda-se na reconhecida bioética². Portanto, é nas ações do homem em sociedade que se torna possível a concretização do sistema jurídico, e a evolução do Direito consolida essa dependência.

Afastar-se da justiça formal exclusiva, mesmo sendo estática, é ato que merece reflexão³; entretanto, dá-se realce à distinção entre os três elementos da justiça, citada por Perelman: o valor que a fundamenta, a regra que a anuncia e o ato que a realiza⁴. O valor provém da escolha da **consciência coletiva**; a regra que a anuncia se completa na **justiça estática**; e a aplicação correta da norma consubstancia-se na **justiça formal**, pela qual a lógica tem seu melhor instrumento de concretude. Dessa forma, podemos assentir que a norma (inclusive a penal) é o resultado de um processo de escolha de valores éticos advindo da **consciência coletiva** – vetor ético-social V_1 –, que, com a sua valoração, contribui para o surgimento da **justiça estática** – vetor de regulação V_2 –, a fim de atender à consolidação do intento da norma: a **justiça formal** V_3 –, vetor aplicativo.

Ao atuar, portanto, essa tríplice e integrada dimensão constrói a justiça institucional (JI), que perfaz o dinamismo evolutivo da norma. Dá-se, por conseguinte, o axioma: $JI = (V_1 \cdot V_2 \cdot V_3)$. Enfim, o parâmetro da justiça institucional tem nesses elementos a relação entre a proposta social relevante e o alcance do resultado objetivo da norma.

2 LINEAMENTOS DA TEORIA ÉTICO-SOCIAL

A formulação de uma teoria parte do pressuposto de que os seus princípios regentes sejam adequados ao sentido de legitimação que leva à comprovação de uma fórmula doutrinária em seu sentido formal e também substancialmente concreto. A razão está em estabelecer um liame entre o interesse meramente particular do estudioso e o interesse socialmente relevante. Nesse diapasão, as escolas de estudo do Direito contemporâneo têm sido criativas na abrangência de suas proposições dogmáticas. A propósito, em especial no estudo das ciências jurídico-criminais, a reflexão sobre determinado instituto bem realça a possibilidade da construção de uma diversidade de raciocínios que ajusta ou tempera o seu significado jurídico. Nessa compreensão, por exemplo, a valência do substrato do bem jurídico-penal e sua relevância para a compreensão da difusão da norma penal segmentam vetores capazes de instruir e confeccionar o modelo de conduta social repugnada pela **consciência coletiva**. Para tanto, devemos acentuar no Estado o seu ideal ético-social, justificando a sua criação, e, diante da realidade em que opera, erigir meios – com volição democrática – capazes de perseguir uma tendência de avanço em suas diversas áreas de atuação.

A técnica jurídica usada para atingir tal objetivo varia entre os diversos Estados, e sua implementação dependerá da vontade política e da legitimidade das propostas a serem apresentadas à população. Assim, não acreditamos na dissociação entre o pensamento teológico, moral ou político do Estado e o positivismo implantado direta ou indiretamente por aquele grupo ou indivíduo que detém o poder. Isolar o ordenamento jurídico da vida social é torná-lo distante da consciência ética.

O modelo escolhido na formação da instituição estatal cria a concepção de governo que se pretende exercer, e a conservação dos princípios democráticos dependerá do surgimento dos fenômenos sociais que influirão nas ulteriores decisões políticas dos seus dirigentes. A propósito, pergunta-se: que técnica teria o condão de compatibilizar, v.g., o pensamento ético-social e a vontade dos dirigentes? A resposta advém da descoberta dos valores essenciais cuja discussão a sociedade conside-

ra inevitável. Se o esforço comum é realizar o bem-estar social, crê-se na indeclinável submissão da vontade individual em benefício da vontade coletiva. No entanto, o programa a ser instituído em favor da sociedade deverá ter em seu contexto o sentido ético, a fim de não menosprezar o universo subjetivo do ser humano.

A cooperação entre os vários setores organizados da sociedade – **equidade** – fornecerá as imprescindíveis informações para a implementação de um programa que viabilize politicamente a construção de um ordenamento jurídico capaz de corresponder à vontade coletiva. Daí a importância do engajamento de cada pessoa per si, atendendo à meta única: o desempenho individual voltado ao desenvolvimento comum. A tarefa é atingir a estabilidade social, e o sacrifício individual é natural, porém há limites quanto ao império da vontade coletiva.

A partir da investigação do padrão de comportamento dos indivíduos, haverá a seleção de ações sociais que evitem produzir efeitos contrários aos valores fundamentais enraizados na própria comunidade. A função social é valorar os fatos e adequá-los ao comportamento solidário das pessoas, proporcionando o Estado a **eficiência** na execução de suas decisões políticas. Por outro lado, o experimento da vida social cria uma interdependência entre as pessoas, de modo a conduzir cada fato uma questão de conseqüências gerais, e a abstração do alcance dessa decisão política dependerá da ponderação de todos os envolvidos. Diante de tal fenômeno social articulado, gera-se a decisão política fundamental da criação do Estado. Nos Estados em que se optou pela concentração dessa decisão política em um único documento, a Constituição escrita, esta reflete a decisão política daqueles que representam, em determinado momento histórico, a vontade de um povo. A partir de então, valores ético-sociais impregnam todo o contexto da Carta fundamental, possibilitando a cada cidadão interpretar o exercício de sua participação solidária.

Cada Estado convive com a sua realidade social, e o seu plano de orientação jurídica – modelo ideal – está no supedâneo da valoração permanente dos fatos que se apresentam, e o surgimento desses valores éticos constitui o resultado daquela valoração. Dentre os valores éticos considerados in concreto pelo orde-

namento jurídico, enfatiza-se aqui a tutela do bem jurídico-penal. Portanto, a ordem natural, a valorização do ser humano e o respeito aos valores essenciais à sua própria existência frente ao universo que o cerca, bem como a regulação desse desdobramento que extravasa o sentido individual-subjetivo, alcançando o coletivo, levam-nos, afinal, a concordar com a conversão do valor natural num valor ético-social a ser tutelado pela ordem normativa.

O fundamento da tutela desse valor ético-social concentra-se na visão de defesa do bem jurídico, proporcionando objetivamente um bem-estar social, consagrado numa ordem imperativa global. Nesse sentido, a evolução ética em destaque pressupõe a influência do direito natural sobre o direito positivo, possibilitando, conseqüentemente, a fixação de uma efetiva coercibilidade na proteção desse direito material. Temos então a configuração de um bem jurídico tutelado pelo Estado, contendo, no contexto normativo, a coercibilidade correspondente: a valoração do interesse ético-social perante o direito individual, e este perante a conexão causal naturalística.

O assento desse enfoque é extensivo a qualquer panorama jurídico instituído, considerando-se o princípio da racionalidade das ordens jurídicas, firmado pela lógica e harmonia dos padrões normativos, e adotando-se o sentido teleológico do Direito: sem uma base jusnaturalista, os critérios de opção normativa do constituinte ou do legislador quedar-se-iam ilegítimos, tornando-se ineficientes os objetivos do Estado na consecução do bem comum⁵. Portanto, independentemente da “teoria da imputação” – o Estado como “centro de convergência” de todos os atos qualificados como estatais e com reflexo independente da pessoa que o emanou diante da sua autonomia jurídica abstratamente considerada –, o que releva é o resultado da regulação normativa, e não a fonte natural ou moral de que emanou. Se, por exemplo, o ato legislativo é da instituição governamental (fonte moral) ou de uma pessoa (fonte natural), concretizando o poder governamental, não importa, a ordem jurídica deverá imprimir racionalidade a suas ações.

A gênese do Estado concentra-se na sua particular razão de ser: se pensarmos que o Estado é um fim em si mesmo e o indivíduo está na coletividade para exclusivamente ser-

vir-lhe, sendo sua subordinação ilimitada, seu fundamento, afinal, encontrar-se-á numa razão subjugada ao **pan-estatismo**. Se, ao contrário, reconsiderarmos a determinação do Estado de atuar não para atender a si próprio, mas às necessidades da pessoa em sociedade, com o único propósito de fazê-la feliz, obteremos um senso ético-social consubstanciado nesse fim determinado. Assim, a presente acepção sociológica do Estado torna-se força motriz na condução do seu desempenho no plano diretivo de eficiência. No âmbito jurídico, consiste numa instituição social que tem como compromisso impor normas de conduta e regular interesses em benefício da eficiência – técnica de execução jurídica –, interesses destinados ao bem-estar do ente coletivo sem, entretanto, poder-se descuidar em nenhum momento da tutela dos direitos individuais. Na realidade, esses campos de atuação científica do Estado se interpenetram todo o tempo, confluindo para uma só realização, o bem comum. Assim, as normas formuladas pelo Estado têm o seu apoio informativo fundamentalmente nos planos: sociológico, histórico, cultural e político. Quando do estudo dos fatos sociais, preconiza-se uma óptica de aperfeiçoamento jurídico com base nessas informações, perfazendo a concretização da natural dinâmica da sociedade política.

No exame do conteúdo da norma jurídica, seja ela substancial ou instrumental, deve-se determinar a sua valência ético-social segundo valores assim considerados pela vontade da consciência coletiva. Desse modo, a norma, ao ser entronizada no ordenamento jurídico, tem um plano de atuação definido, que predispõe a declarar, instituir ou extinguir uma situação de fato ou de direito que o interesse social exige – salvo, excepcionalmente, se dirigida ao interesse pessoal ou de efeito pessoal prevalente –, e sua realização transforma ou mesmo esclarece a realidade, contribuindo para a satisfação do ente coletivo. Assim, se o fim da norma é o bem comum, deve ser interpretada segundo a formulação substancial de gênese social acentuada, com regulação própria e de manifestação apta a produzir efeitos. Nessa magnitude, o legislador, ao instituir a norma, deve pautar-se pela síntese da vontade da consciência coletiva, conferindo, assim, legitimidade à valoração de seu alcance. A norma é o reflexo do interesse público concre-

(...) a presente acepção sociológica do Estado torna-se força motriz na condução do seu desempenho no plano diretivo de eficiência. No âmbito jurídico, consiste numa instituição social que tem como compromisso impor normas de conduta e regular interesses em benefício da eficiência (...) interesses destinados ao bem-estar do ente coletivo sem, entretanto, poder-se descuidar em nenhum momento da tutela dos direitos individuais.

tamente manifestado, pois caberá ao Estado instituir um sistema de governo apto a compatibilizar-se com o universo da pessoa, com a transmissão de segurança jurídica ao corpo social, e, por conseqüência, proporcionar eficiência a suas ações. A propósito, o atendimento aos princípios democráticos como concepção de governo dependerá dos fenômenos sociais que influirão nas ulteriores decisões políticas proferidas pelos seus dirigentes. Dessa forma, parte-se do pressuposto da cooperação entre os vários setores organizados da comunidade, para fornecer imprescindíveis informações geradoras de um programa social que viabilize politicamente a construção de um ordenamento jurídico conforme a vontade ético-coletiva⁶. Portanto, as normas a serem formuladas pelo Estado submetem-se a essas informações, emanadas fundamentalmente dos planos sociológico, histórico, cultural e político. Por conseguinte, após serem selecionadas pelo legislador, alcançam uma diretriz de interesse ético-social envolvente. Nesse perfil, a ética normativa conduz especificamente ao estudo de regras para o comportamento humano. Leva em conta todos os demais conhecimentos, tradições, usos e costumes, mas seu objetivo é enunciar as regras

dentro das quais o ser humano deve ou pode desenvolver-se. Assim, a ética normativa responde não só a uma vontade individual, mas, sobretudo à vontade social⁷.

Conclui-se que, no conjunto dessa obra social, o Estado-Legislativo deve propugnar, segundo as metas de desenvolvimento nas áreas de atuação, a imposição de normas que correspondam à vontade da consciência coletiva, e a maneira de atender a tal objetivo é guiar-se por uma ação permanentemente voltada ao conteúdo ético-social da norma.

3 VALORAÇÃO ÉTICO-SOCIAL DO BEM JURÍDICO-PENAL

Na compreensão das várias perspectivas da valoração substancial da norma penal – natural, ético-social, cultural e política –, propõe-se uma missão: atender à tutela do **bem jurídico-penal**. No entanto, a primeira idéia de bem jurídico-penal, a partir do séc. XIX, quanto ao seu substrato, correspondia a um direito que é lesionado quando da ocorrência de um crime, e a lei penal atuava na defesa da ordem externa e não para o aperfeiçoamento interno do indivíduo⁸. Birnbaum, contudo, obtempera ao dispor que não via o bem jurídico como um direito, mas sim como um bem natural garantido pelo poder do Estado, que podia corresponder tanto ao indivíduo como à comunidade e que foi concebido como vulnerável em sentido naturalístico. Assim, constitui-se crime, imputável ao homem, segundo a natureza das coisas, a lesão ou o pôr em perigo determinado bem garantido uniformemente a todos por parte do Estado⁹. Nesse sentido, dá-se início a uma perspectiva de visão dogmática do conceito de bem jurídico tutelado, pois este tinha o seu conceito na própria norma.

Em desenvolvimento dessa premissa, Binding, ao ponderar sobre a essência do positivismo jurídico, proclama que o bem jurídico não é reconhecido pela norma jurídica, mas, sim, se encontra estabelecido na norma jurídica, fazendo parte dela. Inexistiria, assim, separação entre norma jurídica e bens jurídicos, posto que a norma levaria em si o seu próprio bem jurídico¹⁰. Nessa concepção positivista, podemos ainda destacar Rocco e Liszt. Rocco elaborou a **teoria objeto do crime**, estabelecendo a distinção entre **objeto formal e material**. No **objeto material**, incluiu uma subdivisão: genérico e específico. O **objeto formal** na nor-

ma definiu como sendo a construção desta segundo os preceitos penais. De acordo com essa classificação, o substancial genérico é o interesse do Estado em assegurar as condições da vida em comunidade, ou seja, a sua conservação. No substancial específico, o bem jurídico se confunde com o interesse do ofendido pelo crime: sujeito passivo da relação jurídica material¹¹. Todavia, essa subdivisão do objeto material foi contestada por Carnelutti, ao dispor que o objeto material genérico não é objeto, mas pressuposto da norma, pois compreende a própria razão da existência dela: o interesse em criar um bem-estar social é fundamento para a criação da norma e não objeto de tutela jurídica¹². Por sua vez, Liszt constrói um sistema político-criminal legislativo dogmático crítico em torno da noção de bem jurídico, conforme acentuou o professor Paulo Vinicius S. de Souza¹³, e acrescenta: Segundo Liszt, este se traduz como um conceito limite da abstrata lógica jurídica. O conteúdo material anti-social do ilícito é independente da definição considerada pelo legislador. A norma jurídica, ao invés de criar o bem jurídico, o encontra¹⁴.

Em seqüência, numa visão positivista-sociológica, Enrico Ferri argumenta que admitir que o crime seja apenas lesão “de um bem-interesse público” e que os bens jurídicos individuais sejam tutelados pela norma penal “enquanto são interesses de todos” é atender somente à razão abstrata, em virtude da qual a norma foi imposta; mas é esquecer que esta protege – e não só “por via reflexa, mediata” mas por modo concreto e direto – os direitos e bens pessoais, enquanto são atributos e condições necessárias à vida social de cada indivíduo¹⁵. De outra feita, na tarefa de difundir o bem jurídico-penal numa perspectiva distinta, ou seja, quanto à teleologia da norma incriminadora e à estreita conexão com o objeto da tutela jurídico-penal, realça a visão de Honig: Os singulares objetos de tutela não existem como tais, só ganhando vida no momento em que valores da coletividade expressam-se para nós como objeto do fim das disposições penais¹⁶.

Welsel, entretanto, encontra na valência do valor social o pressuposto fundamental para a construção do bem jurídico-penal: corresponde a todo o estado social desejável que o Direito Penal quer proteger de lesões¹⁷. Hassemer, também numa visão social, afirma que os bens jurídicos

cos não são produto de processos naturais, senão de acordo social baseado na experiência, e acrescenta: os bens não existem, mas são produzidos¹⁸. Atualmente, nessa perspectiva social do bem jurídico tutelado, tem sido ventilada a **teoria da tutela das funções: dirigida aos fins da norma penal**. Assim, desloca-se o fulcro da atenção na proteção dos bens-interesses para a tutela das funções da norma penal. Jakobs, ao adotar o conceito de bem jurídico-penal como unidade funcional, sustenta: nem todo objeto de regulação de uma norma consiste em bem jurídico, mas somente aquele que desempenha uma função para a sociedade, ou para um dos subsistemas, incluindo o cidadão (...); o comportamento jurídico-penalmente relevante não é caracterizado pela lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos, uma vez que isto também se produz por catástrofes naturais, animais etc., mas, sim, pelo seu significado. Esse significado há de averiguar-se através de uma interpretação que parta da compreensão geral e proceda, nesse sentido, de modo objetivo. Somente então as conclusões alcançadas resultarão compreensíveis na vida social¹⁹.

A partir dessa dogmática jurídica, teve impulso a **teoria da imputação objetiva**, da qual Claus Roxin é um dos principais defensores²⁰. Ao tratar sobre o tema do bem jurídico-penal, contrapõe Jakobs: a vinculação do Direito Penal à proteção dos bens jurídicos não exige que somente haja punibilidade em caso de lesão de bens jurídicos, sendo suficiente a colocação em perigo de bens jurídicos. Igualmente, o fato de o Direito Penal, através das suas proibições, pretender assegurar valores da ação (como o respeito à vida, à propriedade alheia etc.) não afasta a exigência de proteção de bens jurídicos a que os mesmos se referem e, afinal, conclui: a evolução social e o asseguramento do futuro em face dos riscos que determinadas condutas trazem para a vida em sociedade serão objeto de grande importância para o Direito Penal do século XXI e, portanto, este deverá ser chamado a intervir nesse campo das relações sociais, não sendo possível o abandono da referência ao bem jurídico e dos demais princípios do Estado de Direito, e onde isto não seja possível o Direito Penal deve se abster de intervir²¹.

Em resumo, ao avaliarmos essas interpretações doutrinárias quanto ao sentido de bem jurídico tutela-

do pela norma penal, temos a nítida intelecção de sua vital importância como valor ético-social, diante da opção da consciência coletiva de transmudá-lo em um interesse penalmente relevante, fazendo resultar em exigência sócio-política, dirigida ao legislador, a inclusão desse valor como objeto tutelado na norma penal reguladora, com o fito de justificar a sua funcionalidade ou o significado da norma penal e, por corolário, paralelamente buscar obliterar a lesão ou o perigo de lesão, atendendo enfim à ordem jurídica e à paz social.

4 CONTEÚDO SUBSTANCIAL DA NORMA PENAL

A norma penal, via de regra, predispõe-se a infligir um ditame de conteúdo imutável em face do seu sentido social abrangente²². Por conseguinte, na valoração da ação criminosa do agente, as considerações relativas à gravidade da conduta têm sua razão de ser: a repercussão ético-social envolvente que fomenta a aplicação de um castigo ou sanção. O conteúdo axiológico da norma penal impõe a reflexão sobre as razões de sua entronização e de sua execução como fator não só de justiça, mas de eficiência como medida preventiva e também repressiva imposta pelo Estado. O desafio do Estado é tornar legítima essa medida legiferante compulsória, como resultado de sua aceitação pela comunidade no atendimento à vontade da consciência ético-coletiva. Assim, por exemplo, a disputa entre os valores ético-sociais positivos, como a ordem e a segurança públicas, e o direito à liberdade inerente à personalidade deve ter como resultado a vontade pública, embora limitada ao ambiente ético-social indispensável ao exercício do Estado democrático de Direito.

O conteúdo material da norma penal regula o alcance da implementação de sua diretriz e, para tanto, o Estado deve manter-se na órbita de sua teleologia: atender ao ideal de bem-estar social, sem que a sua ingerência no plano pessoal seja calcada numa motivação injustificada, assim considerada pela própria vontade social preponderante. Dessa forma, tem-se como estrutura substancial da norma penal a vontade consciente do indivíduo, representado pelo legislador que, por sua vez, representa a vontade coletiva – valor natural, conjugado com o valor ético-social fundamental – o bem comum no exercício do Estado de Direito – valor po-

lítico. Nesse diapasão, ocorre a fragmentariedade da fluência do Direito Penal mínimo quanto à tutela do ilícito, ou seja, nem todos os fatos socialmente danosos, lesivos de bens jurídicos, constituem crimes, mas só aqueles que o legislador qualifica como tais, aqueles que o legislador considera de tal modo graves para a vida social que justificam a sanção penal para quem os praticar²³. Portanto, a razão da densidade ético-social do resultado do dano sofrido pela ação do agente leva à geração de um modelo de conduta a ser combatido pela consciência coletiva, que proporciona repulsa, mas estabelece uma perspectiva de limitação à atuação do legislador ao estabelecer qual fato deverá criminalizar.

Se, por um lado, a ocorrência de um dano permite a combatividade de seus efeitos, de outro, gera a responsabilidade social do legislador no confronto entre o poder do Estado de legislar e o exercício pleno dos direitos de personalidade de cada indivíduo no respectivo ambiente social. Nesse sentido, o juízo crítico é o vetor a ser contemplado pelo legislador na formulação da norma, erigindo um padrão moral capaz de atender à exigência social de segurança e ordem pública, sem descuidar-se do respeito aos valores essenciais inerentes à pessoa, tais como: a liberdade de consciência, o direito à vida digna e a autonomia da vontade – tridimensionalidade vital da personalidade.

O citado contributo axiológico do legislador está na observância da proporcionalidade dos valores a serem considerados no âmbito material da norma, resultante da captação sensível do fenômeno garantidor de justiça social: a busca incessante do equilíbrio nas relações interpessoais e entre as pessoas e o Estado. Para tanto, procede-se à divisão sistemática dos valores, em naturais e ético-sociais – taxologia, pela qual se concretiza a valoração de seu grau de exigência. Se, por exemplo, uma empresa desrespeita as ordens administrativas de controle da poluição, deverá o legislador atentar não apenas para sua desobediência civil, mas também valorar o seu grau de exigência, como fator gerador de lesão a ser subsumida pela norma penal. Portanto, a valoração natural está no respeito ao meio ambiente, como bem decorrente da natureza; o valor ético-social, no atendimento à consciência coletiva de que todos têm o direito de usufruir do meio ambiente – direito difuso dirigido erga omnes – sem

Se, por um lado, a ocorrência de um dano permite a combatividade de seus efeitos, de outro, gera a responsabilidade social do legislador no confronto entre o poder do Estado de legislar e o exercício pleno dos direitos de personalidade de cada indivíduo no respectivo ambiente social. (...), o juízo crítico é o vetor a ser contemplado pelo legislador na formulação da norma, erigindo um padrão moral capaz de atender à exigência social de segurança e ordem pública, sem descuidar-se do respeito aos valores essenciais inerentes à pessoa (...)

a geração de poluição, por tratar-se de bem de uso comum e de exigência plena, acrescentando-se a isso o vetor político, que consiste na elaboração legislativa de normas penais voltadas à defesa do meio ambiente e consagra esse bem jurídico de vital importância na salvaguarda do exercício do Estado de Direito. Essa tríplice valoração constitui elemento significativo na construção substancial da norma penal, que repercute no meio social, além do seu efeito de limitar o exercício das liberdades individuais de forma justificada.

Por fim, deve-se ponderar que a norma penal não se circunscreve tão-somente aos seus aspectos formais, mas deve preponderantemente adequar-se ao interesse maior, que é criar um bem-estar social que é fundamento para a criação da norma e não objeto de tutela jurídica²⁴. Nesse mister, acreditar que o ortodoxo positivismo jurídico responde à aferição da norma quanto a sua substância – visão dogmática – por tratá-la como elemento integrante da norma²⁵, sem pautar-se pela influência dos vetores acima descritos, é desconsiderar ser ela um produto da vontade humana, do legislador, o qual está envolvido na relação permanente com as demais pessoas em sociedade e com as instituições que o cercam.

5 CONTROLE PREVENTIVO E ÉTICO-SOCIAL DA VIOLÊNCIA

O Estado, na leitura dos fatos socialmente relevantes, impõe constantemente medidas ético-sociais abstratas, genéricas e coercitivas de controle da liberdade individual – normas penais – na premissa de sustentar a ordem pública, e, portanto, com o escopo de preservar o bem-estar da comunidade. A intenção é criar um ambiente social propício à efetividade do **direito à objeção** ao fato injusto ou antiético manifestado pela pessoa no desempenho da autonomia da vontade, e submeter ao controle social a ação ilegítima da pessoa na sua relação com terceiros ou com o próprio Estado. Desse modo, na formulação de uma norma de atuação concreta, pressupõe-se uma sociedade solidária, imbuída do propósito de afastar do meio politicamente organizado aqueles que agem em desconformidade com os valores substanciais enraizados no ambiente em que vivem. Todavia, uma demonstração de desajuste social encontra no fenômeno da **violência** a sua face mais aparente. Assim, existem várias formas de violência: de origem difusa (violência moral ou ética); institucional (nos planos econômico ou político); familiar (violência sexual); urbana ou rural, criando uma esfera de intimidação da ordem social e promovendo, enfim, um desequilíbrio ético nas ações legítimas do Estado.

O atentado ao pensamento ético-social por parte de toda a coletividade reflete-se no maior ou menor grau de repressão contida na medida coercitiva imposta pelo Estado com a intenção de prevenir abstratamente a ocorrência desse fenômeno social de âmbito universal. A crescente criminalização de condutas espelha a concretização dessa realidade, e a maior distribuição de cânones penais versados na limitação da liberdade da pessoa expõe essa tendência. Essa multiplicidade de condutas desajustadas forma verdadeiro labirinto, a desencadear a construção de um complexo sistema de normas jurídicas, exigindo do intérprete o sopesamento constante dos valores de natureza individual-subjetiva e ético-social em conflito.

O princípio da proporcionalidade na gradação das penas torna-se um vetor necessário, e à mercê do legislador na formulação de normas que alcancem um ponto de equilíbrio na tutela dos citados valores²⁶. A impulsão da violência gera paralela-

mente um arcabouço jurídico-penal que tenta acompanhá-la no seu avanço, porém de eficácia desproporcional à ação serôdia do Estado, ao efetuar uma política ético-social de conscientização da comunidade e de prevenção contra a prática de delitos. Assim, não basta reprimir a violência com a formulação de normas penais mais rígidas que aumentem as penas endereçadas àqueles que praticaram fato típico e antijurídico, objetivando afastar a reincidência – prevenção especial ou individual – e servir de exemplo intimidatório às demais pessoas, caso estas pensem em seguir esse curso orientado pelo desvalor ético e moral da conduta – prevenção geral; cabe ao Estado desenvolver também políticas públicas adequadas a obliterar a consecução do próprio fato antiético: encontra-se no princípio da prevenção ética o melhor argumento, independentemente das espécies exclusivas de prevenção técnico-jurídicas referidas no âmbito penal.

Vários fatores conhecidos justificam a violência generalizada, por exemplo: a enorme desigualdade na distribuição da renda entre as pessoas da comunidade, a desorganização do Estado nas esferas econômica, política e/ou social etc. No entanto, a ausência de uma consciência ética na sociedade põe em risco a própria potestade do Estado. A preocupação está no suporte dos valores éticos que sustentam o Estado em seu plano de eficiência, e, por corolário, no influxo desses valores sobre a ordem jurídico-constitucional. Assim, o propósito é elevar o conceito ético-social de um fato, que constitui o elemento principal na tarefa do legislador de valorar e descrever penalmente a conduta ilícita.

A violência tratada afinal é a violência ilegítima e de substrato antiético para diferenciar daquela que substancialmente é sinônimo de força na medida da imposição de uma coercibilidade legítima na defesa de um direito legalmente amparado²⁷. Aliás, a justificação da pena, consoante assertiva de Günther Jakobs, consiste num fator de coesão do sistema político-social em razão de sua capacidade de restabelecer a confiança coletiva abalada pelas transgressões, a estabilidade do ordenamento e, portanto, de renovar a fidelidade dos cidadãos no que tange às instituições²⁸. Ademais, o Direito Penal tem objetivamente uma dupla tutela de caráter proporcional ao defender a pena como medida coercitiva, no

alcance interpretativo de Luigi Ferrajoli: é sob esta base que as duas finalidades preventivas – a prevenção dos delitos e aquela das penas arbitrárias – são, entre si, conexas, vez que legitimam, conjuntamente, a “necessidade política” do Direito Penal enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, os quais lhe definem, normativamente, os âmbitos e os limites, enquanto bens que não se justifica ofender nem com os delitos nem com as punições²⁹.

O que importa é a pacificação social, e o garantismo penal pode conviver perfeitamente com a idéia macrovalente e cósmica da **prevenção ética**: antecipar a ocorrência do fato ilícito antiético e, em consecução de política criminal, estabelecer um processo de conscientização legítima e geral da comunidade, difundindo a mensagem positiva da importância da não-violência.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Nesse sentido, ao contrapor a orientação de KELSEN, Zipellius argumenta: *O par de conceitos “norma” e “fato” não nos surge apenas quando comparamos a realidade política com modelos ideais, antes desempenha também um papel já na própria construção da “realidade do Estado”. Como se vai verificar, esta não pode de forma alguma ser suficientemente concebida como fato normativamente desvinculado. Tão pouco, o Estado pode ser construído como “puro” sistema de normas, isto é, livre de quaisquer fatos sociológicos, tal como propôs Kelsen, que pensava poder conceber-se o Estado, sob o ponto de vista da ciência jurídica, como pura ordem normativa, e, sob o ponto de vista da sociologia, como mero fato (Kelsen 1928, 105s., 114 ss.). Isto, no entanto, não é viável.* ZIPPELLIUS, Renhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p.10.
- 2 O professor FABRIZ, Dauri César ao dispor sobre a bioética, preceitua: *está relacionada a todas as atitudes humanas, a tudo que cerca o homem ou a ele diz respeito, a Ética fornece as indicações mais condizentes no que se refere às ações do homem em sociedade.* *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos. p.78.
- 3 A justiça formal, na acepção de PERELMAN, *Chaim consiste em observar uma regra que contém uma obrigação de tratar de certa maneira todos os seres de uma determinada categoria, ou seja, se resume, pois simplesmente à aplicação correta de uma regra. Por sua vez, a justiça estática é a regra das regras de uma sociedade; ela é que vem dar um valor moral ao respeito por regulamentos de todas as espécies, mesmo quando estes não são ainda, por si sós, regras especificamente morais. Logo, ela é, por excelência, a regra moral responsável pela própria existência do*

- grupo social, uma vez que ela é o que acarreta um demérito moral do autor de qualquer infração às regras desse grupo, de qualquer natureza que sejam, aliás, essas regras. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes. p. 44 -50.
- 4 PERELMAN, op. cit., p. 63.
- 5 Martínez Soares, ao citar Espinosa: *Tendo o homem transferido para a sociedade política todos os seus direitos, deveriam obediência ao poder por ela estabelecido, e mesmo às ordens absurdas dele dimanadas. Contudo, raramente o poder determinaria coisas absurdas, porque se acha interessado em velar pelo bem-comum, em obediência a princípios de racionalidade, sendo quase impossível que uma assembléia numerosa se ponha de acordo na base de um absurdo. Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 382.
- 6 Em alusão a esse tema, NOGUEIRA, Ataliba argumenta: *Não existem os homens para o Estado, mas o Estado que existe para os homens, isto porque é o Estado meio natural, de que pode e deve servir-se o homem, para consecução do seu fim, sendo o Estado para o homem e não o homem para o Estado. Assim, o Estado é meio, visa a ordem para a prosperidade comum dos homens. O Estado é meio e não fim*. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 21, 67, 150 e 154.
- 7 KORTE, Gustavo. *Iniciação à ética*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p.107.
- 8 CARRARA, Francesco nesse sentido argumenta: *Il giure penale non avendo altra base di leggitimità che la tutela giuridica, non può convertirsi in uno strumento di santificazione dell'anima. Non si punisce la violazione del dovere morale, mas la violazione del dovere giuridico, cioè, la offesa del diritto. Programma del corso di Diritto Criminale – Parte Generale*. 1871. p.32.
- 9 BIRNBAUM. *Archiv des Criminalrechts*, p.179; RAMIREZ, Juan Bastos. *Manual de Derecho Penal español – Parte General*, Ariel Derecho, 1984. p. 5; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Bem jurídico-penal e engenharia genética humana. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2004. p. 48.
- 10 BINDING, apud Juan Bastos Ramirez, op. cit., p. 52-53. Nessa concepção positivista podemos destacar também Rocco.
- 11 ROCCO, Arturo. *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, apud Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*. 14. ed. Milano: Giuffrè, 1997. p. 173-174.
- 12 CARNELUTTI, F. *Il dano e il reato*. Padova: [s.n], 1926. p.5.
- 13 SOUZA, op. cit., p. 60-61.
- 14 LISZT, Lehrbuch. p.140.
- 15 FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal – O criminoso e o crime*. Campinas: Bookseller, 1996. p. 381.
- 16 HONIG. *Die Einwilligung*, p.106; SOUZA, op. cit., p. 66-67; FIGUEIREDO DIAS, *Questões fundamentais*, p. 64.
- 17 WELSEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Parte general. 1970. p.15.
- 18 HASSEMER. *Theorie und Soziologie*, p. 151 e ss.; Hassemer/Munõz Conde, *Introducción*, p.111; SOUZA, op. cit., p. 77.
- 19 GÜNTHER, Jakobs. *Derecho Penal – Parte general*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 52.
- 20 Ao interpretar essa teoria da imputação objetiva, JESUS, Damásio E. de, pondera: *o juízo de imputação objetiva exige a consideração de o comportamento haver criado um perigo juridicamente desaprovado ao bem jurídico e de o resultado produzido corresponder à realização desse risco (relação risco-resultado). Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 23.
- 21 Apud SMANIO, Giampaolo Poggio, in artigo cit., *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 39, p. 137-138; ROXIN; Claus. *Derecho Penal – Parte General*. Madrid: Civitas. 1997. t. 1. p. 60-62.
- 22 Ao referir-se sobre o conteúdo da norma penal, HART, Herbert L.A. pondera que o cumprimento de sua função social é a de prescrever e definir certos tipos de conduta como algo que deve ser evitado ou feito por aqueles a quem se aplica, independentemente dos seus desejos. In: *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 34. A imutabilidade é uma característica ortodoxa do conteúdo da norma penal, porém a norma penal em branco constitui exceção a ser destacada: estruturalmente imprecisa e mutável – CUPELLO, Leonardo de Faria. *Derecho Penal e Processual Penal luso-brasileiro: breves reflexões*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 29.
- 23 SILVA, Germano Marques da. *Derecho Penal português: parte geral, introdução e teoria da lei penal*. Lisboa: Verbo, 1997. p.75.
- 24 CARNELUTTI, F. *Il dano e il reato*. Padova: [s.n], 1926. p.51.
- 25 Binding afirma que o bem jurídico não é reconhecido pela norma jurídica, mas sim, se encontra estabelecido na norma jurídica, fazendo parte dela. *Inexistiria, assim, separação entre norma jurídica e bens jurídicos, posto que a norma levaria em si o seu próprio bem jurídico*. Apud RAMIREZ, Juan Bastos. *Manual de Derecho Penal español*. Parte general. Ariel Derecho, 1984. p.5.
- 26 Nesse sentido, SILVA, Germano Marques da, alude: *No Estado de Direito a restrição legítima da liberdade pressupõe a proibição de excesso dessa restrição e, em consequência, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade das sanções penais aplicáveis e aplicadas ao crime previsto e cometido, respectivamente*. SILVA, Germano Marques, op. cit., p. 75.
- 27 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília. v. 2. p. 1292.
- 28 GÜNTHER, Jakobs. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlin: De Gruyter, 1983.
- 29 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ABSTRACT

The author states that the study of the ethical-social influence on the legal system – particularly the penal legislation – allows recognition of the rule and its fundamental content as lawful, placing the protected juridical property under a socio-juridical perspective.

He understands that the rule is a reflection of public interest, concretely declared;

therefore, he proposes to enforce penal procedures that correspond to the will of collective awareness. Such procedures should not only provide the common welfare, but also guarantee the evolution of the State, through the fulfillment of its development proposals and the ethical-preventive control of violence in an efficient manner.

KEYWORDS – Criminal Law; ethical-social influence; collective awareness; justice - formal, static, institutional; efficiency; juridical property.

Leonardo Pache de Faria Cupello é Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima.