UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E
MEDICINA FORENSE

*Apreciação crítica dos fundamentos da culpabilidade a partir da Criminologia:
contribuições para um Direito penal mais ético.*

Tese de doutoramento apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor junto ao Departamento de Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Parte da pesquisa foi patrocinada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) em convênio com o Deutscher Akademischer Austausch Dienst (DAAD) por meio de bolsa de estágio de doutorando.

Orientador: Prof. Dr. Alvino Augusto de Sá

Candidato: Davi de Paiva Costa Tangerino

Janeiro de 2009

Todos (...) deveriam desenvolver valores e crenças que (n)os levem sempre mais a reconhecer, entre outras coisas, que: no forte também existe fragilidade, assim como frágil também existe força; no justo também existe o delinqüente, assim como no delinqüente também existem virtudes; no civilizado também existe o primitivo, assim como no primitivo existe, ao menos, a vocação para o civilizado; no inimputável, também existe a imputabilidade, assim como em todos os imputáveis existem muitas vezes parcelas de inimputabilidade.

(Alvino Augusto de Sá)

AGRADECIMENTOS

Parece inescapável afirmar que esta tese não teria sido possível sem o concurso de uma série de pessoas e de instituições. Quiçá a frase seja tão recorrente por se tratar da mais límpida e incontornável verdade. Seguramente sem o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) em parceria com o Deutscher Akademischer Austausch Dienst (DAAD), consubstanciado em bolsa de estágio de doutorando, não se poderia ter pesquisado nas bibliotecas, nomeadamente a da Faculdade de Direito da Humboldt Universität zu Berlin, nela inclusa o acervo particular de Franz von Lizst, a Staatsbibliothek de Berlim, a do Ibero-Amerikanisches Institut e do Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht und Kriminologie, em Freiburg.

De igual modo, muitos dos nós não teriam sido desatados sem a próxima, dedicada e atenciosa orientação do Prof. Alvino Augusto de Sá. Em raro momento em que a língua alemã supera a portuguesa em beleza, tenho-o como verdadeiro *Doktorvater*, vocábulo empregado para designar o orientador, mas cuja tradução literal é pai do doutor. Igualmente, sem as contribuições dos Profs. Yves de La Taille, Sergio Salomão Shecaira e Renato de Mello Jorge Silveira, as dificuldades teóricas teriam obstado o resultado final. Pelas críticas e sugestões na Alemanha, de se agradecer ao Prof. Bernd Heinrich, tutor da pesquisa executada junto à Humboldt Universität zu Berlin, ao Prof. Dr. Bernd Schünemann e ao o Dr. Luis Greco, ambos da Universidade de Munique.

À rede de amigos há que se agradecer sempre e muito. Suas presenças, ombros e torcidas foram combustível deste trabalho: Daniel Arbix, Denise Garcia, Fábio Floh e Flávia, Gamil Föppel, Guilherme Paiva, Gustavo Bambini, Helena da Costa, Heloísa Estellita, Ivo Corrêa e Joana Zylbersztajn, Joyce Roysen, Leonardo e Ana Sica, Maíra Machado, Marta Machado, Marta Saad, Patrícia Landi, Paulo Garcia, Pedro Abramovay, Rafael Queiroz e Tathiane Piscitelli e Rafael Canterji. Também, os novos amigos amealhados em Leipzig, Berlim e Freiburg: Alexandre e Keylane, Brand, Carlos, Duda e Janaisa, Fabiano, Felipe e Rapha, Flávio, Juliano e Dani (cujo apoio informático foi decisivo), Luis e Thiago, Marina, Osmar e Ximena.

Palavras seriam insuficientes para dar conta de expressar minha gratidão à minha família. Eu nada seria sem o amor e o cuidado de meus pais Lauro e Yara, e de minha irmã, Denise, minha consultora em editoração e assuntos gráficos. A perene confiança e a certeza do amparo foram ingredientes fundamentais de todos os meus projetos de vida. À minha avó Cida, meu muito obrigado, que estendo à minha nova família, Sergio, Eloísa, Adriana e Fernanda pelo apoio e carinho.

O que dizer, por fim, a quem esteve do meu lado desde o primeiro minuto, abdicando, por duas vezes, de sua cidade natal, da proximidade de seus familiares e amigos, em prol deste trabalho? Haverá agradecimentos bastantes para quem me apoiou incondicionalmente na secura do cerrado e na frieza germânica? Resta-me apenas reafirmar meu amor e dedicar a minha esposa Daniela este doutorado, como um muito obrigado por tudo que ela representa em minha vida. Obrigado por existir.

RESUMO

A idéia de culpa está impregnada no pensamento ocidental, permeando todos os âmbitos das ciências humanas. Em sede de Direito penal, surge como forma de restrição da responsabilidade pelo resultado delitivo. Com a consolidação da racionalidade penal moderna, todavia, associa-se fortemente com a pena afliativa, servindo a um só tempo como requisito e medida da mesma, isto é, porque o Direito penal administra uma sanção particular, a pena afliativa, mister que o delito contenha um requisito a mais que os demais ilícitos – a culpabilidade –, cuja intensidade terá repercussão direta na fixação da reprimenda. A primeira noção acabada de culpabilidade no seio da teoria do delito, conseqüentemente, é da atribuição de uma pena a quem agiu livremente em contradição ao ordenamento jurídico, situação que torna do condenado um merecedor da mesma. Está calcada em uma imagem iluminista de ser humano: livre, igual e racional; em uma imagem consensualista de sociedade, cujos bens jurídicos essenciais, em grande parte herdados do Direito natural, seriam igualmente valorados por seus membros; e, finalmente, em uma percepção da pena como espelho do mau uso da razão representado no delito. Em que pese a evolução doutrinária da culpabilidade, tais premissas, aqui denominadas ilustrativamente de pilares, mantém-se inalterados. A Criminologia, porém, demonstra que tal imagem de sujeito não se sustenta; que a sociedade é heterogênea; que os bens jurídicos são escolhas políticas e que a pena afliativa tem efeitos deletérios tão ou mais graves quanto os do crime. Tem-se, assim, uma contradição entre o discurso e a prática do Direito penal, com um superávit punitivo, anverso de seu déficit ético. Possível correção de rota estaria na desvinculação entre delito e pena afliativa, redefinindo-se o Direito penal, a culpabilidade e o processo penal com vistas à recomposição dos danos de relacionamento, com explícito desprezo à pena afliativa. Dentro do marco da racionalidade penal moderna, todavia, é possível vislumbrar o fortalecimento da culpabilidade em vista das críticas criminológicas, sobretudo em sede de erro de proibição e de inexigibilidade de conduta diversa. Limitando o poder punitivo, a dogmática cumpriria a única missão viável no Estado Democrático de Direito, com resgate ético do Direito penal.

ABSTRACT

The idea of guilt is deeply rooted in western thinking, permeating all areas of humanities. In criminal law, it appears as a restriction of liability by the offense result. With the consolidation of modern criminal rationality, however, it is strongly associated to a painful penalty, serving at the same time as its requirement and extent, that is, because Criminal Law manages a particular penalty, the painful penalty, it is necessary that the offense contains an additional requirement to other illegal acts - guilt - whose intensity will have direct impact on the setting of the reprimand. The first built notion of guilt within the theory of Criminal Law, therefore, is the award of a penalty to those who freely acted in contradiction to the legal system, which makes the criminal someone who deserves such punishment. This is based on the Enlightenment Age image of a human being: free, equal and rational; on a consensual society image, whose legal essential goods, largely inherited from Natural Law, would also be valued by its members; and finally, on the perception of the penalty as the mirror image of the misuse of reason, represented by the crime. Despite the doctrinal evolution of guilt, such assumptions, here called pillars, remain unchanged. Criminology, however, demonstrates that such image does not hold; that society is heterogeneous; that legal assets are political choices and that the painful penalty has side effects possibly far more serious than the crime itself. Thus there is a contradiction between the discourse and practice of Criminal Law, with a punitive surplus, opposite to its ethical deficit. A possible track correction would be the untying of crime and punishment, redefining Criminal Law, guilt and criminal prosecution with the purpose of rebuilding the relationship damages with explicit contempt with respect to the painful penalty. Within the framework of modern criminal rationality, however, it is possible to see the strengthening of guilt in the presence of criminological criticism, especially in the presence of the error as to prohibition and exculpation. Limiting punitive power, the dogmatic would meet the only viable mission in a Democratic State of Law, with the rescue of an ethical criminal law.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Schuldidee, die im westlichen Denken tief verwurzelt ist, durchdringt sämtliche Bereiche der Geisteswissenschaft. Sie erscheint im Strafrecht als einschränkende Form der Verantwortlichkeit für das Resultat des Delikts. Allerdings wird sie aufgrund der Konsolidierung des modernen, strafrechtlichen Gedankenguts stark mit der peinlichen Strafe in Verbindung gebracht, wobei sie gleichzeitig als deren Voraussetzung und deren Maßnahme dient; d.h. da im Strafrecht eine besondere Sanktion – die peinliche Strafe – auferlegt wird, ist es notwendig, dass im Delikt eine im Vergleich zu den übrigen Vergehen zusätzliche Bedingung enthalten sein muss, nämlich die Schuld, deren Ausmaß sich direkt auf die Strafzumessung auswirkt. Als erster, abgerundeter Begriff von Schuld innerhalb der Theorie des Delikts stellt sich folglich die Strafzumessung für denjenigen dar, der aus freiem Willen rechtswidrig handelte; der Verurteilte hat also seine Strafe verdient. Diese Vorstellung des Menschen stammt aus der Zeit der Aufklärung: er, ein freies, gleichberechtigtes und rationelles Wesen innerhalb eines gesellschaftlichen Komplexes der Übereinstimmung, dessen wesentliche Rechtsgüter größtenteils Erbe des Naturrechts und also von seinen Mitgliedern ehrenvoll zu behandeln waren. Sie fußte schließlich ebenfalls auf der Perzeption von Strafe als einer mit dem Verbrechen zum Vorschein gekommenen Widerspiegelung des böswilligen Gebrauchs der Vernunft. Selbst unter Berücksichtigung der Entwicklungsschritte der Schuldoktrin verbleiben derartige Prämissen, wie sie in dieser Arbeit in anschaulicher Weise als Stützpfeiler bezeichnet wurden, unverändert erhalten. Allerdings beweist die Kriminologie, dass solch ein Menschenbild nicht beibehalten werden kann; dass die Gesellschaft heterogen ist; dass sich die Rechtsgüter aus politischen Entscheidungen ergeben und die peinliche Strafe gleichwertige zerstörerische Auswirkungen besitzt wie das Verbrechen oder noch schwerwiegendere. Folglich besteht im Strafrecht ein Widerspruch zwischen Theorie und Praxis, denn einerseits hat man es mit einem punitiven Exzess und andererseits mit einem ethischen Defizit zu tun. Eine mögliche Korrektur würde diesbezüglich darin bestehen, eine Trennung zwischen Delikt und peinlicher Strafe vorzunehmen, das Strafrecht, die Schuld und den Strafrechtsprozess neu zu definieren und zwar im Hinblick auf die Wiedergutmachung der geschädigten Beziehungen, insbesondere jedoch bezüglich der Missachtung der peinlichen Strafe. Angesichts kriminologischer Kritiken, die vor allem im Rahmen des Verbotsirrtums

und der Schuldausschließung in diversen Verhaltenssituationen erhoben wurden, ist es innerhalb der modernen strafrechtlichen Rationalität durchaus möglich, einer Stärkung der Schuldfrage entgegenzusehen. Mit der Einengung der punitiven Macht würde die Dogmatik die für einen demokratischen Rechtsstaat einzige gangbare Mission erfüllen: die ethische Wiedergewinnung des Strafrechts.

PALAVRAS-CHAVE

Culpabilidade – Fundamentos – Erro de proibição – Excludente de culpabilidade - Pena

KEYWORDS

Guilt - Bases - Error as to prohibition - Exculpation – Punishment

SCHLÜSSELWÖRTER

Schuld – Grundlagen – Verbotsirrtum – Schuldausschließungsgründ - Strafe

ÍNDICE

1. Introdução.

1.1. Panorama atual da doutrina brasileira quanto à culpabilidade: apresentação do objeto de pesquisa.

1.2. O delito sob a lente da criminologia: apresentação do método.

1.3. Mal estar na dogmática jurídico-penal: apresentação da inquietude e da hipótese de trabalho.

2. Os pilares da culpabilidade.

2.1. Considerações iniciais.

2.2. História interessada do delito e da culpa.

2.3. Karl Binding e o nascimento da culpabilidade

2.4. O sistema Liszt-Beling

2.5. *Intermezzo*: reações ao método positivista

2.6. Welzel e teoria normativa pura da culpabilidade

2.7. Culpabilidade após o finalismo

2.7.1. Considerações iniciais

2.7.2. Primeira variação: culpabilidade como limite à prevenção

2.7.3. Segunda variação: culpabilidade como infidelidade ao Direito

2.7.4. Terceira variação: culpabilidade como motivabilidade

2.7.5. Valoração

2.8. A indissociabilidade entre injusto culpável e pena: o terceiro pilar da culpabilidade

2.9. Considerações Finais

3. Apreciação criminológica dos fundamentos da culpabilidade.

3.1. Considerações iniciais.

3.2. Apreciação psicológica do ser humano iluminista.

3.2.1. Abordagem da psicologia moral

3.2.2. Abordagem psicanalítica

3.2.3. Conclusão

3.3. Apreciação criminológica da universalidade axiológica dos bens jurídico-penais

3.3.1. Considerações iniciais

- 3.3.2. As teorias das subculturas criminais
- 3.3.3. A teoria do etiquetamento (*labeling approach*)
- 3.3.4. Considerações finais
- 3.4. A expansão do Direito penal
- 3.5. Considerações críticas à relação entre delito e pena
- 3.6. Conclusão
- 4. Contribuições político-criminais para um direito penal mais ético
 - 4.1. Considerações quanto ao conceito de Política criminal
 - 4.2. Proposta de culpabilidade no marco da racionalidade penal moderna
 - 4.2.1. Função da culpabilidade
 - 4.2.2. Erro de proibição invencível
 - 4.2.3. Falta de motivabilidade como modalidade de “inexigibilidade de conduta diversa”
 - 4.2.4. Excurso: notas quanto à aplicação da pena em sentido forte
 - 4.2.4.1. Pena mínima
 - 4.2.4.2. Reincidência
 - 4.3. Alternativas à racionalidade penal moderna
 - 4.3.1. Por uma nova semântica do delito
 - 4.3.2. Por um novo *locus* da culpabilidade
 - 4.3.3. Por uma nova semântica do Processo penal
 - 4.3.3.1. Primeiro filtro: detecção da situação problema
 - 4.3.3.2. Segundo filtro: a paz por meio da reparação
 - 4.3.3.3. Terceiro filtro: a paz por meio da condenação sem pena
 - 4.3.3.4. Quarto filtro: a paz perdida e a subsequente redução de danos no cumprimento da pena
 - 4.4. Considerações finais
- 5. Conclusões
- 6. Bibliografia citada

1. INTRODUÇÃO

1.1. Panorama atual da doutrina brasileira quanto à culpabilidade: apresentação do objeto de pesquisa

A palavra culpa encerra uma infinidade de significados possíveis e é empregada nos mais diversos âmbitos do saber (a exemplo da filosofia, da psicologia, do direito, da moral e da religião), sendo inclusive de usual emprego popular.

De maneira ainda genérica e introdutória, pode-se afirmar que a idéia de culpa está associada à de responsabilidade, de caráter duplo: trata-se de tornar o agente responsável por sua ação e, conseqüentemente, pelos resultados dela advindos.

Com efeito, como se verá abaixo, a primeira noção de culpa no âmbito do Direito penal nasce com a necessidade de excluir do âmbito de responsabilidade dos sujeitos aqueles resultados gerados pelo acaso, isto é, aqueles que estão fora do âmbito de vontade do agente. Exemplificativamente, não deveria o dono de um boi responder pelos “delitos” que este viesse a cometer. *Nulla crimen sine culpa*. Esse primeiro caráter da culpa vai se manter presente ao longo de toda a história do Direito penal, fazendo-se sentir nos temas da inimputabilidade, menoridade penal, circunstância modificativas da responsabilidade, medição da pena etc.

Como efeito direto da definição dos inculpadados, há um reforço da definição de culpado e nesse processo se manifesta a segunda dimensão da culpa: a de atribuir ao responsável os resultados decorrentes da sua ação. Em outras palavras: a atribuição de culpa tem sempre em vista a busca de *status quo ante*. No âmbito da religião, o reconhecimento da culpa inspira o pedido de perdão, que conduz o pecador novamente ao estado de pureza; no da psicologia, a culpa conduziria o autor à busca inconsciente de uma punição, por meio da qual a equação seria novamente equilibrada; no Direito penal, a culpa é a porta para a pena que serve como uma compensação. Salo de Carvalho, a esse propósito, aponta que em Nietzsche o conceito moral de culpa está intrinsecamente ligado ao de dívida:

se a civilização exige do homem a capacidade de empenhar sua palavra, de prometer e de se responsabilizar pelos valores morais criados, nasce desta imposição o binômio culpa-dívida, credor-devedor. Por isso o criminoso é em regra aquele que descumpre a promessa e realiza o ato proibido e contrário ao pactuado na invenção do estado civil.¹

Em sentido técnico-jurídico culpa é sinônimo de negligência, fiel à tradição romana que conhecia três modalidades de produção de resultado: a título de dolo, culpa e acaso. O juízo de responsabilidade em face da ação e das suas conseqüências, assim, acabou recebendo outra denominação: a de culpabilidade. O sufixo “-dade”, a propósito, designa “condição de”, ou seja, maturidade designa a condição de maduro; racionalidade, a de racional e assim sucessivamente. Culpabilidade é a condição de culpa, isto é, a condição de responder pela prática de uma ação e pelas conseqüências dela advindas.

Trata-se de conceito tão amplo e arraigado no pensamento ocidental que mesmo em sentido técnico mostra-se plurívoco. Em sentido amplo, fala-se em princípio da culpabilidade, amalgamado na máxima *nullum crimen sine culpa*, segundo o qual só se pode tornar alguém responsável quando há algum nexo subjetivo, volitivo, entre a ação e o resultado. Também no âmbito da fixação da pena, é corrente a expressão de que a reprimenda deverá ser proporcional à culpabilidade, ou seja, quanto maior o mal causado, maior a intensidade da medida a ele correspondente.

Por fim, e é disso que trata o presente trabalho, culpabilidade designa, ao lado da tipicidade e da antijuridicidade, uma das categorias do delito. A tipicidade e antijuridicidade são juízos de desvalor sobre um fato, isto é, se o fato se mostra em oposição ao Direito. Vencida essa constatação, é preciso aferir se ao autor do fato se pode opor reprovação diante de sua conduta. Eis o conteúdo central da categoria dogmática da culpabilidade: um juízo de censura endereçado ao agente por não ter agido conforme a norma, quando podia fazê-lo.² Os

¹ CARVALHO, Salo de. *Anti-manual de criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 196-197. No vernáculo alemão culpa e obrigação são designadas pelo mesmo vocábulo (*Schuld*), a reforçar a referida ambigüidade.

² PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, vol. I, p. 425; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 408 e ss.; MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito penal*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, vol. I, p. 98; JESUS,

percursos da culpabilidade até essa formulação e as incontáveis réguas para censurar o agente serão detalhados oportunamente.

Na doutrina brasileira prepondera que seja composta pela imputabilidade, pelo potencial conhecimento da ilicitude, pela inexigibilidade de conduta diversa.

Imputabilidade é “capacidade de entender e de querer, isto é, (...) o conjunto das condições de maturidade e sanidade mental que permitem ao agente conhecer o caráter ilícito do seu ato e determinar-se de acordo com esse entendimento”.³ São causas que excluem a imputabilidade: (i) doença mental; (ii) desenvolvimento mental incompleto ou retardado; (iii) menoridade; (iv) embriaguez acidental completa; e (vi) embriaguez patológica completa. A semi-imputabilidade reduz o montante de pena.

O potencial conhecimento da ilicitude, por sua vez, é a consciência ou conhecimento atual ou possível da ilicitude da conduta: “trata-se, então, da possibilidade de o agente poder conhecer o caráter ilícito de sua ação”.⁴ Introduzido pela primeira vez pelo Tribunal Federal Alemão, em 1952, para tal conhecimento “basta que o autor tenha base suficiente para saber que o fato praticado está *juridicamente proibido* e que é contrário às normas mais elementares que regem

Damásio de. *Direito penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 403; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito penal*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 1990, p. 197. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 276; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol. I, p. 188.

³ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, vol. II, p. 44. No mesmo sentido: PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, vol. I, p. 441; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 408 e ss. e 437-438; MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito penal*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, vol. I, p. 98; JESUS, Damásio de. *Direito penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 403; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito penal*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 1990, p. 198; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 288 e ss.; QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 221..; no sentido de que a imputabilidade é pressuposto da ação: REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol. I, p. 189.

⁴ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, vol. I, p. 425; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 434; MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito penal*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, vol. I, p. 100; JESUS, Damásio de. *Direito penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, 404; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito penal*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 1990, p. 197; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol. I, p. 190. Sobre as posições mais modernas sobre o tema: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 304 e ss.

a convivência”.⁵ Não se trata, afirma Jorge de Figueiredo Dias, de um “conhecimento atual e efectivo do dever jurídico concreto de omitir a realização do facto proibido (ou de levar a cabo o facto imposto), mas no seu conhecimento potencial, da sua cognoscibilidade, de uma capacidade do seu conhecimento”.⁶ Faltando tal conhecimento, dar-se-á um erro de proibição que, sendo inevitável, exclui a culpabilidade e, evitável, atenua a pena.

A inexigibilidade de conduta diversa, por última, consiste na exigibilidade de o agente, dadas as circunstâncias, obedecer à norma. Em outras palavras: “o conteúdo da reprovabilidade repousa no fato de que o autor devia e podia adotar uma resolução de vontade de acordo com o ordenamento jurídico e não uma decisão voluntária ilícita”.⁷ São causas de exclusão da culpabilidade em virtude da exclusão de exigibilidade de conduta diversa: (i) coação moral irresistível; (ii) obediência hierárquica ou devida; (iii) estado de necessidade exculpante.

1.2. O delito sob a lente da criminologia: apresentação do método

Há muito se abandonou, ao menos em sede das ciências humanas, o hoje referido como “mito da neutralidade científica”, que poderia ser sintetizado na crença de que a aplicação rigorosa dos métodos científicos levaria a conclusões neutras, válidas universalmente, isto é, invariáveis conforme o pesquisador que a executa.

O abandono deu-se em face da incontornável contestação de que o pesquisador terá sido talhado em um determinado momento histórico, inserido em uma dada condição social, marcado por sua história de vida de tal sorte que sua mundividência marcará sua condução de vida, abrangida inclusive a produção científica.

⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, pp. 157-158.

⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em Direito penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 220.

⁷ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, vol. I, p. 425 com esteio em WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, pp. 202-203; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 435; MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito penal*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, vol. I, p. 100; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito penal*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 1990, p. 198; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 324 e ss.; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol. I, p. 191.

Assim, por exemplo, são explicáveis as diferentes reações vivenciadas por um alemão e por um brasileiro perante a seguinte afirmação funcionalista: o juiz, ao aplicar a pena, reafirma a validade da norma transgredida. Tal necessidade constitui a própria justificação e medida da pena, quando não mesmo a missão do Direito penal. O alemão foi criado no mesmo ambiente de seu mestre funcionalista: é um membro da classe média, como a quase totalidade de seus concidadãos, estudou em escola pública, como a esmagadora maioria dos estudantes alemães, foi submetido a uma rigorosa supervisão parental, marcada pela ética da obediência e da não-admoestação do próximo. Desenvolveu um apego pela burocracia e pelos papéis: sabe que todos os âmbitos da vida social estão regrados e, muito provavelmente, por escrito. Quem se registra na biblioteca estatal de Berlim ganha um modesto marcador de livros com seus horários de abertura e uma cópia bilíngüe das regras da casa. O controle social é tão efetivo que se pode mesmo acreditar que as normas sejam compartilhadas pelo corpo social de maneira tão homogênea que o discurso funcionalista faça sentido.

O mesmo não se pode esperar do latino-americano. A primeira dificuldade seria a de precisar sua classe social, considerando as variáveis, por exemplo, do Brasil: sul *versus* norte; cidade *versus* campo; elite *versus* excluídos. Cidadão de um país de renome internacional em matéria de desigualdade social, o brasileiro está principalmente separado em três grandes camadas: miseráveis, pobres e ricos. Os primeiros não frequentarão nenhum sistema educacional, não terão contato com o Estado senão em órgãos desaparelhados de assistência social ou quando apreendidos pela Polícia; os segundos frequentarão as depauperadas escolas públicas, cujo corpo docente é mal remunerado e desestimulado à docência; os últimos gozarão das instituições particulares, veículos transmissores da ideologia daquela classe. A violência segrega ainda mais os diferentes grupos que se encasulam fisicamente, epifenômeno do *apartheid* social. Um brasileiro reagirá com maior estranheza do que um alemão à apontada afirmação funcionalista: qual regra? Qual expectativa social? De quem? Para com quem?

Pode-se então afirmar que a produção teórica no campo do Direito não está imune a essa situação. A doutrina européia mostra-se muito madura e serve de inspiração para os trópicos; todavia, foi e é elaborada sob bases diversas, sendo inevitável que, quando aplicadas, revelem discrepâncias.

Inescapável, portanto, a fixação de uma margem, tomando de empréstimo a comparação de autoria de Eugenio Raul Zaffaroni. Por franqueza e coerência acadêmica, é preciso explicitar que o presente trabalho tem como *locus* o Brasil, centrando a presente aproximação criminológica “sua atenção no poder e que, dentro da estrutura geral do poder mundial, nosso rincão se encontra em uma parte marginal do mesmo”.⁸ E no capitalismo marginal vivenciam-se, evidentemente, relações locais de poder, em parte caudatárias daquelas ditas mundiais. Uma forma específica que interessa particularmente é o Direito penal que, como manifestação na vida sensível, nada mais é do que poder, cumprindo a ele, como saber científico, o papel de limitar ao máximo o referido poder, sempre atento à posição dos atores em suas margens. Em outras palavras: a legitimidade do Direito penal como saber estará, precisamente, radcada na capacidade de limitar o poder punitivo.⁹

Atende, observadas as limitações, à seguinte exortação do mestre argentino:

em nossa margem é necessário um saber que nos permite explicar o que são nossos sistemas penais, como operam, que efeitos produzem, por que e como se nos ocultam esses efeitos, que vínculos mantêm com o resto do controle social e do poder, que alternativas existem para essa realidade e como se podem instrumentalizar.¹⁰

Com isso não se subverte a percepção de criminologia como saber empírico e, nessa medida, atrelada aos fatos. O conhecimento criminológico, todavia, há de ser traduzido em um corpo de medidas a que se denomina Política criminal que, “como a própria denominação indica”, é “uma disciplina ‘política’, essencialmente valorativa, dependente das ideologias políticas e penais, razão pela qual não faz sentido exigir uma postura apolítica ou mesmo imparcial por parte do estudioso”.¹¹ Os conteúdos políticos, já explicitados no marco metodológico, reforçam-se quando da explicitação das inquietudes que inspiram a pesquisa, no item abaixo.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Criminologia: aproximación desde un margen*. Segunda reimpressão. Bogotá: Temis, 1998, p. 2.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Culpabilidad por vulnerabilidad*. Barcelona: Revista Anthropos, n. 204, 2004, pp. 136-151, p. 142.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Criminologia: aproximación desde un margen*. Segunda reimpressão. Bogotá: Temis, 1998, p. 2.

¹¹ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *O estatuto teórico da Política criminal*. In: FÖPPEL, Gamil (coord.). *Novos desafios do Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 801-822, p. 819.

1.3. Mal-estar na dogmática jurídico-penal: apresentação da inquietude e da hipótese de trabalho

A definição de delito oferecida como fato típico, antijurídico e culpável poderá gerar, assim como ao autor deste trabalho em seu segundo ano de faculdade, a seguinte inquietude: não se quer saber como se divide o delito; quer-se saber o que o constitui. O Código Penal não oferece resposta a essa indagação. O que há de comum entre o homicídio, o furto e a falsificação ideológica? Que elementos hão de estar presentes em uma determinada conduta para ser considerada criminosa? Uma primeira abordagem foi encontrada na obra de Zaffaroni que, com sua sagacidade particular, afirmou:

parece-nos claro que um conjunto de requisitos não chega a constituir um conceito: ninguém se atreveria a afirmar que o atestado de óbito e a condição de representante da família, enquanto requisitos exigidos pela autoridade administrativa para o sepultamento em um cemitério, sejam suficientes para construir um ‘conceito de morto’ apropriado à administração dos cemitérios; e nem que a vacinação, a corrente, a focinheira e demais apetrechos utilizados quando levamos um cão a passear fundem um conceito de ‘cão’ adequado à administração municipal.¹²

É o que Sergio Salomão Shecaira buscou exprimir em suas aulas introdutórias de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, aqui sintetizado da seguinte maneira: o crime não existe *per se*; é apenas um rótulo aplicado sobre determinadas condutas humanas.

A primeira definição de delito origina-se do autodiscurso do Direito penal, ou seja, naquilo que o Direito penal afirma ser. A segunda, de outro lado, tem matriz empírica e busca apreender o Direito penal como fenômeno social, como ocorre no mundo sensível. De maneira simples: a dogmática é vetor do Direito penal como ele diz ser; a Criminologia, do Direito penal como ele é.

Uma e outra, na margem do capitalismo periférico, estão em conflito evidente.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 247.

Eis, em síntese, o embate mental aqui proposto:¹³ no plano do discurso, o Direito penal teria por missão proteger os bens jurídicos essenciais, restrito pelos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima, contra aqueles cidadãos que escolhem agir em contrariedade ao ordenamento jurídico, afetando assim a paz social, por meio da pena, tão amargo quanto inevitável remédio que, por isso mesmo, não pode gerar sofrimento desnecessário, sendo certo que o apenado apenas perde sua liberdade, e não sua dignidade.

No mundo dos fatos, vê-se um Direito penal orientado a uma missão de manutenção do *status quo*, ou, na formulação de Nilo Batista, a de “estruturar e garantir determinada ordem econômica e social”, isto é, uma “função conservadora ou de controle social”¹⁴. Juarez Cirino dos Santos, aderindo a uma análise sensível à luta de classes, afirma que “os sistemas jurídicos e políticos de controle social do Estado (...) instituem e produzem as condições da vida social, protegendo interesses e necessidades dos grupos hegemônicos da formação econômico-social, com a correspondente exclusão ou redução dos interesses e necessidades dos grupos sociais subordinados”;¹⁵ assim, por detrás da função auto-assumida pelo Direito penal (a que denomina de declarada), há de se encontrar um significado político: criminalização primária (definição legal de crimes e de penas) e secundária, “realizada pelo sistema de justiça criminal constituído pela polícia, justiça e prisão (aplicação e execução de penas criminais)”, que “garantem a existência e a reprodução da realidade social desigual das sociedades contemporâneas”. Exsurgem, assim, as funções de criminalização da pobreza e eliminação de determinados contingentes humanos por meio das violências estrutural (relações de produção) e institucional (controle social).¹⁶ Alessandro Baratta definia de modo semelhante o referido

¹³ A pesquisa referente ao presente trabalho revelou, já às vésperas de sua conclusão, que outros autores explicitamente compartilhavam dessa inquietude. Registre-se aquela de Amilton Bueno de Carvalho: “Temos profunda desconfiança no direito penal: não cumpre suas promessas, suas funções declaradas, há espetacular descompasso entre sua retórica justificadora e o resultado que alcança: não atemoriza ninguém e não recupera aqueles que violam suas determinações. Da mesma forma, não pode, no plano ético, servir de instrumento de vingança”. *O (im)possível julgar penal*. In: FÖPPEL, Gamil (coord.). *Novos desafios do Direito penal no terceiro milênio*: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 235-245, p. 238.

¹⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 21.

¹⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 7.

¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 10.

objetivo: “imunizar com o processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos” pertencentes às classes subalternas.¹⁷

A realidade também desafia a idéia de bem jurídico essencial: o Direito penal vem sofrendo espantosa expansão, imiscuindo-se em todas as áreas do Direito e da vida social; a produção legislativa criadora de normas penais incriminadoras é infinita. Quem, valendo-se do Sistema de Informações do Congresso Nacional,¹⁸ pesquisar todas as leis complementares e ordinárias promulgadas após 1988 que contenham o vocábulo “pena” deparar-se-á com 215 resultados, em que – exemplificativamente –, os seguintes bens jurídicos são eleitos como penalmente relevantes (ou mantidos, com alteração de reprimenda ou de âmbito de abrangência): pesca (Lei 7.679/1988), preconceito de raça e de cor (Lei 7.716/1989), redução fraudulenta de imposto de renda (Lei 7.752/1989), manejo de agrotóxico (Lei 7.802/1989), extração de minerais (Lei 7.805/1989), discriminação à pessoa portadora de deficiência (Lei 7.853/1989), arguição de ineligibilidade ou impugnação de registro de candidatura em razão de poder econômico ou abuso de autoridade (LC 64/1990), Estatuto da criança e do adolescente (Lei 8.069/1990), relações de consumo (Lei 8.078/1990); desvio de recursos do SUS (Lei 8.080/1990), ordens econômica, tributária e econômica (Lei 8.137/1990), sistema de estoque de combustíveis (Lei 8.176/1991), locação de móveis urbanos (Lei 8.245/1991), discriminação política contra a liberdade de expressão, de atividade intelectual e artística, de consciência ou de crença, no andamento de projetos do Programa Nacional de Apoio à Cultura (Lei 8.313/1991), licitações públicas (Lei 8.666/1993), redução fraudulenta de impostos em sede de mecanismos de fomento à atividade audiovisual (Lei 8.685/1993), eleições (Lei 8.713/1993), ordem econômica (Lei 8.884/1994), cédula de produto rural (Lei 8.929/1994), manipulação genética (Lei 8.974/1995), proibição de exigência de atestado de gravidez e esterilização (Lei 9.029/1995), eleições municipais de 1996 (Lei 9.100/1995), planejamento familiar (Lei 9.263/1996), propriedade industrial (Lei 9.279/1996), interceptação telefônica (Lei 9.296/1996), remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento (Lei 9.434/1997), tortura (Lei 9.455/1997), trânsito (Lei 9.503/1997), eleições (Lei 9.504/1997), meio ambiente (Lei 9.605/1998), propriedade intelectual (Lei 9.609/1998),

¹⁷ BARATTA, Alessandro. *Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad*. Nuevo Foro Penal, n. 15, 1982, jul/set, pp. 737-749, p. 741.

¹⁸ Pesquisa realizada em 8/9/2008 no sitio www.senado.gov.br/sicon.

lavagem de capitais (9.613/1998), desporto (Lei 9.615/1998), microempresa e empresa de pequeno porte (Lei 9.841/1999), sigilo bancário (LC 105/2001), minas terrestres antipessoais (Lei 10.300/2001), mercado de capitais (Lei 10.303/2001), entorpecentes (Lei 10.409/2002), Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), armas de fogo (Lei 10.826/2003), violência doméstica (Lei 10.886/2004), tráfico interno de pessoas e outros delitos sexuais (Lei 11.106/2005), armas químicas (Lei 11.254/2005), violência doméstica (Lei 11.340/2006), tóxicos (11.343/2006), bioma mata atlântica (Lei 11.428/2006) e trânsito (Lei 11.705/2008).

Conclua-se com o contraste em sede de pena: qualquer menção ao falido e violador de direitos sistema carcerário faz-se desnecessária. Alvino Augusto de Sá chega mesmo a denominar a prevenção por intimidação e a ressocialização (ao lado da proteção dos bens jurídicos) de verdadeiros apaziguadores de consciência, todos contraditos por sua experiência no sistema carcerário, sintetizada no episódio de um preso que lhe afirmou: “Doutor, quando a gente sair pra rua, alguém vai ter que pagar pelo que a gente está passando aqui”; foi secundado por um coro uníssono de outros detidos: “pode crer, Doutor”.

o resultado da aplicação da pena está sendo a prática de novas violências, que vão gerar outras violências futuras, conforme declarado pelos presos, pelo que cai por terra qualquer pretensão de proteção dos bens jurídicos, de prevenção por intimidação ou de ressocialização, ao menos levando-se em conta, é claro, as condições em que aqueles presos estavam cumprindo suas penas, as quais não são muito diferentes, por certo, das dos demais distritos.¹⁹

Quando o mundo do dever ser difere tão vertiginosamente do mundo do ser, tem-se, em regra, um mero problema teórico. Quando se está no campo do Direito penal, todavia, há um extenso número de pessoas vivendo na pele essa contradição, tema central das lições de criminologia de Alvino Augusto de Sá. O autor buscou sensibilizar um grupo de formandos engravatados para o fato de haver uma miríade de fatores que convergem rumo a uma situação delitiva; entre eles, o próprio sistema de justiça criminal que seleciona os mais vulneráveis e, sob pretexto de “melhorá-los”, reforça ainda mais as diferenças entre os que estão do lado de cá os que estão do lado de lá dos muros do cárcere. Alvino colocou seus discípulos em cima do muro, em oposição ao conteúdo clássico dessa expressão popular. De lá, não se avista com

¹⁹ SÁ, Alvino Augusto de. *Razões e perspectivas da violência e da criminalidade: análise sob o foco da criminologia clínica*. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 47.

facilidade aquele homem que escolheu, senhor de seus atos, agir deliberadamente em contrariedade ao Direito, revelando todo o seu desprezo pelas normas a que ele compreende com clareza hialina, merecendo, assim, uma severa reprimenda. Ao revés; vislumbram-se pessoas de origem social muito semelhante, a quem sempre foram dadas poucas escolhas. Ironicamente, quem nunca pôde escolher nada (onde morar, que carreira seguir, que procedimentos médicos adotar, que *hobbies* cultivar etc.) é encarado como executor consciente de uma decisão lamentável: a de agredir aqueles valores compartilhados, com a mesma intensidade, por todo o corpo social. O cinismo revela-se evidente.

Eis, portanto, a inquietude que inspira o presente trabalho: punem-se diária e volumosamente cidadãos em nome de uma escolha racional e consciente de agressão a valores socialmente compartilhados. De outro lado, reconhece-se que o Brasil ocupa lastimável posição no *ranking* mundial de desigualdade social; que em uma cidade como São Paulo coexistem regiões com qualidade de vida européia e outras comparáveis a regiões em guerra; que grupos sociais distintos tenderão a valorar bens jurídicos de maneiras diferenciadas; que o ser humano raramente é senhor todo-poderoso de suas decisões.

O discurso punitivo encontra sua justificativa em uma escolha individual que, a julgar pelos *inputs* do mundo sensível, não se dá na realidade. Do ponto de vista dogmático, a apreciação dessa escolha está na categoria denominada culpabilidade. Eis, então, a hipótese do presente trabalho: a culpabilidade, como conceito, foi erigida sobre as bases de uma determinada visão tanto de sujeito, senhor todo-poderoso de suas escolhas, como de bem jurídico, valor universalmente compartilhado pelo corpo social. O avanço das ciências humanas parece ter revelado, todavia, que esses modelos de sujeito e de bem jurídico, se é que existem, não podem ser tomados como regra, como tipos ideais. A dogmática, contudo, não os teria atualizado, causando o prejudicial contraste revelado acima.

Intui-se que a não atualização não há de ser explicada em uma ignorância dos avanços das ciências empíricas: como a culpabilidade está umbilicalmente unida à pena aflitiva, o apego à segunda faz com que se temam alterações na primeira (salvo com vistas à expansão punitiva, como no funcionalismo radical de Günther Jakobs).

Para verificar tal hipótese, será primeiramente preciso delinear o surgimento da idéia de culpabilidade, localizando seus pilares de sustentação, e acompanhar o desdobramento dogmático, com vistas a aferir a permanência ou não deles . Em seguida, localizados tais pilares, será mister submetê-los ao crivo da Criminologia que, ciência empírica que é, pode aferir-lhes a validade fática. Nesse momento, poder-se-á ter uma medida de sustentabilidade do conceito. Por fim, tecer-se-ão sugestões de como a culpabilidade poderia ser o mais condizente possível com seus pressupostos fáticos, maximizando, assim, seu conteúdo ético.

2. OS PILARES DA CULPABILIDADE

2.1. Considerações iniciais

O presente trabalho parte, como se viu, da seguinte hipótese: o conceito de culpabilidade, cuja aparição como conceito autônomo deu-se pela primeira vez no final do século XIX, foi erigido sobre determinadas bases teóricas e filosóficas. Se, todavia, ao longo dos últimos cento e cinquenta anos, tais pressupostos tiverem sido alterados sem a correspondente “correção de rota” do conceito de culpabilidade, teria havido possíveis prejuízos teóricos e, dadas as características do Direito criminal, correspondentes efeitos deletérios a quem a justiça penal é administrada.

Para sua verificação, mister, em primeiro lugar, situar temporal e teoricamente o surgimento da culpabilidade com vistas a identificar seus pressupostos teóricos, aqui denominados ilustrativamente de pilares. Em seguida, será preciso apontar, em grandes linhas, os principais desenvolvimentos teóricos do conceito, não apenas para que se possa aferir o estado da arte, como também para que se possa nele identificar eventual pilar que tenha se somado em sua sustentação.

O primeiro bloco será, assim, conduzido pela noção de que na segunda metade do século XVIII formou-se uma determinada imagem de Direito penal que se petrificou, cujos limites e parâmetros não foram superados e definem a essência da concepção reinante de Direito penal. A tal imagem, Álvaro Pires denomina de racionalidade penal moderna²⁰ e, na busca das tramas que culminaram em sua formação, percorre caminhos que jogam luz ao objetivo do presente trabalho e, mais especificamente, do presente capítulo.

O segundo bloco, uma vez delineado o berço da culpabilidade, será dedicado aos principais teóricos que dela cuidaram. Na impossibilidade (e desnecessidade metodológica) de revisitar todas as obras importante sobre o tema, dedicar-se-á atenção a cinco momentos decisivos para

²⁰ DEBUYST, Christian, DIGNEFFE, Françoise, LABADIE, Jean-Michel, PIRES, Álvaro P. *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*. vol. I. Montreal: De Boeck, 1996, pp. 4-51.

o conceito: (i) seu nascimento, como conceito autônomo, na obra de Karl Binding; (ii) a formulação causal-naturalista do assim batizado sistema Beling-Liszt; (iii) as alterações propostas rumo a um conceito normativo; (iv) a teoria normativa pura da culpabilidade de Hans Welzel, pai do finalismo; e (iv) a culpabilidade no funcionalismo.

2.2. História interessada do delito e da culpa

Por que denominar o tópico de história interessada? Percorrer uma trilha histórica é sempre escolher alguns fatos em detrimento de outros, sob pena de ser preciso sempre recontar todas as tramas humanas desde tempos imemoriáveis. Raramente, assim, os juristas resistem à tentação de iniciar suas reflexões no Código de Hamurabi ou no de Manu. O retorno ao passado serve à presente análise como tentativa de entender como a idéia de culpa surgiu, sendo impossível deixar de inseri-la no óbvio contexto da formação do próprio Direito penal.

Qual deveria ser seu marco inicial? Ao contrário das demais ciências, cujos objetos são relativamente concretos, o Direito penal se ocupa de uma figura completamente esvaziada de conteúdo real, sendo antes uma abstração jurídica, e não podendo, assim, ser definido em sua essência. Ele não é nada, na exata medida em que ninguém conseguirá agrupar uma quantidade de elementos que, reunidos, configurem sempre um crime.²¹

Exemplifica-se. A reunião de dois sujeitos capazes, em torno de um objeto lícito, valendo-se de uma forma preestabelecida e estipulando um punhado de circunstâncias redundará em um contrato; o exercício de atividade periódica, executada a título pessoal, mediante pagamento, submetido à subordinação hierárquica engendrará uma relação trabalhista; a execução de ato que gere comoção social, reputado como socialmente indesejado, poderá ser uma série de coisas: uma ação meramente anti-social, uma imoralidade ou eventualmente um crime.

²¹ Claro está que a ausência de um conteúdo axiológico não impediu que tanto o Direito penal quanto a Criminologia buscassem defini-lo. Ao primeiro não restou outro recurso senão o de explicar o crime por meio de categorias jurídicas (ação típica, antijurídica e culpável, como tem prevalecido); a Criminologia buscou, valendo-se de traços empíricos, agrupar condutas sob o rótulo de crime. Justamente, todavia, por permanecer no plano empírico, sua definição não serve para fins de Direito penal que não poderá escapar, por força do primado da legalidade, do *nullum crime sine lege*. Ao fim e ao cabo, resta o crime sem uma definição ontológica, até porque seria missão impossível. Para um conceito criminológico de crime, SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, pp. 43-47.

Problematicamente, a operação inversa também não é verdadeira: é possível pensar em uma ação que não gere nenhum desassossego social, não tenha nenhuma lesividade concreta e seja, mesmo assim, um delito. É o caso da mera remessa de valores para o exterior sem comunicação ao Banco Central; a rigor, após a liberação do teto de valores passíveis de remessa ao estrangeiro, trata-se de mera inobservância de dever administrativo. Não obstante, é tão crime, do ponto de vista conceitual, quanto o mais bárbaro dos homicídios.

Crime não traduz, portanto, um conceito, porém um rótulo, um julgamento, uma atribuição, como aliás se encontra marcado em sua etimologia: Álvaro Pires chama atenção para a semântica da palavra crime, que se origina do vocábulo latino (*crimen*), que significava, em sua origem, decisão judicial. *Crimen*, por sua vez, remonta ao *krimein* (grego), cuja tradução é julgar, escolher, separar. “A palavra crime não designa diretamente uma *ação*, um *ato* ou um *comportamento* particular, mas sobretudo o ato de *julgar* um comportamento dentro dos contornos de um processo institucional de natureza judiciária”.²²

Nesse diapasão, na medida em que ele não existe senão como construção jurídico-social, o crime terá seus contornos forçosamente sujeitos ao tempo da sua definição. Mister, porém, reconhecer que há, em sentido amplo, alguma coisa que autoriza denominar de Direito penal a castração do estuprador, na China antiga,²³ ou a subtração da vida do homicida, na Suméria. Trata-se, sem dúvida, da resposta dada à transgressão então sentida como particularmente grave, isto é, uma pena, assim entendida aquela sanção que impinja dor ou sofrimento.

Essa indissociabilidade entre crime e pena aflitiva, registre-se, constitui um elemento central da referida racionalidade penal moderna²⁴, superconceito que poderia ser sintetizado como a inabalável auto-imagem do Direito penal, no que toca à sua essência. Forma-se na segunda metade do século XVIII e tem como provável marco inicial a obra *Dos delitos e das penas*, de Cesare Beccaria. Com isso, conclui-se que os chineses e os sumérios não concebiam o estupro e o homicídio da mesma forma que hoje se faz vestindo-se a lente da racionalidade penal

²² DEBUYST, Christian, DIGNEFFE, Françoise, LABADIE, Jean-Michel, PIRES, Álvaro P. *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*. Vol I. Montreal: De Boeck, 1996, pp. 16-17.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal*. Parte general. Buenos Aires: EDIAR, 1999, p. 143.

²⁴ DEBUYST, Christian, DIGNEFFE, Françoise, LABADIE, Jean-Michel, PIRES, Álvaro P. *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*. vol. I. Montreal: De Boeck, 1996, pp. 4-51.

moderna; muito provavelmente tais problemas eram sentidos como agressões interindividuais que autorizavam respostas legítimas, no mais das vezes a vingança.

A obra *História do Direito* de Uwe Wesel corrobora o argumento. O referido professor localizou, entre os sumérios, a necessidade de o autor de uma lesão corporal de, além de indenizar a vítima, pagar-lhe um valor que em nada dependia do dano causado, a título de multa. Para ele, ter-se-ia aí claro exemplo de confusão entre os Direitos privado e penal, na medida em que a sanção patrimonial, tipicamente privada, era imposta a um crime. Em outras palavras, para ele, a reparação do dano está no âmbito civil, e a dor, no penal.²⁵

Um marco temporal útil, portanto, seria aquele imediatamente anterior à primeira separação, em termos amplíssimos, do crime em face das demais infrações. Álvaro Pires, com esteio em Foucault, elege o século XII, na Europa continental, para essa primeira clivagem, cabendo, assim, brevemente, descrever o direito até então vigente como parâmetro analítico inicial.

I – Delito como não-conceito

Vincenzo Manzini afirma que “as noções de delito e de pena, na sociedade romana, (...), são contemporâneas ao surgimento da sociedade mesma, mas não nascem com o direito penal, isto é, com a lei penal”. Prossegue ensinando que Direito penal designaria, nesse contexto, aquela situação em que

a vontade do Estado, isto é, a lei, consuetudinária ou escrita, intervém para estabelecer limitações à descrição das pessoas revestidas do poder de punir, determinando objetiva e preventivamente quais fossem os fatos puníveis no interesse da coletividade (...), quais garantias de justiça deveriam ser observadas e quais sanções impostas.²⁶

Dito de outro modo: a primitiva coerção, que era exercida diretamente pelos interessados, vem a substituir-se pelo direito penal, isto é, “a coerção (indireta) jurisdicionalmente garantida”.²⁷ Ao defender a existência de um Direito penal romano, todavia, emprega as lentes modernas para lá identificar o que hoje se define como lei penal: (i) vontade do Estado; (ii) que intervém

²⁵ WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2006, p. 79.

²⁶ MANZINI, Vincenzo. *Tratatto di diritto penale italiano*. 5. ed. Torino: UTET, 1981, t. I, pág. 63.

²⁷ *Idem, ibidem*, p. 64.

no lugar das partes; (iii) que define os fatos que afetam a sociedade; (iv) e que por causa disso devem ser punidos; (v) observando-se um conjunto de regra e de garantias.

Ocorre que delito, pecado, crime, pena, castigo, vingança são conceitos intercambiáveis até tempos bem mais recentes que o de Roma e são, nessa medida, muito porosos indicando antes a existência de condutas tidas como indesejáveis e que ensejavam contramedidas do que propriamente se toma hoje por delitos. Com efeito, Lydio Machado Bandeira de Mello afirma que “os antigos não consideravam o ilícito penal como uma forma especial de ato ilícito. (...) Eis por que os romanos (...) nem sequer tiveram palavras equivalentes a nossos termos crime, delito, contravenção ou falta”.²⁸

II - Direito europeu primitivo

Seria apenas com a queda do Império romano do Ocidente que uma primeira dicotomia entre as leis se faria sentir com maior intensidade. Com as sucessivas invasões bárbaras, diversos direitos passaram a coexistir com o romano. Além disso, a Igreja passaria a ter poderes temporais por ocasião da entrega ao Papa Estevão II, por Pepino, o breve, em 755, dos territórios lombardos reconquistados. Com isso, o Papa teria inclusive “jurisdição penal por delegação soberana, também em relação aos delitos comuns”.²⁹ Nesse contexto, seria preciso separar as leis civis, de um lado, e as leis senhoriais e eclesiásticas, de outro.³⁰

Delito, portanto, no direito germânico primitivo, era apenas aquela ação que causava um dano objetivo a uma vítima determinada. Nas palavras de Carl von Bar, “a essência de um crime não é a infração de uma lei formal ou de uma ordem, mas precipuamente a violação de um direito substantivo”. Com isso, está a se realçar duas características fundamentais dessa noção germinal de delito: (i) ela traduz a realização de um dano, de um resultado lesivo e (ii) revela

²⁸ MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *O direito penal hispano-lusitano medieval*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1961, p. 19.

²⁹ MANZINI, Vincenzo. *Tratatto di diritto penale italiano*. 5. ed. Torino: UTET, 1981, t. I, pág. 64.

³⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *170 anos e legislação penal brasileira: as luzes na Constituição de 182 e no Código Criminal do Império*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 8, v. 32, out-dez, 2000, p. 167.

que era fundamentalmente uma relação inter-partes e não “a quebra da paz com a comunidade como um todo”.³¹

Como consequência direta dessa primeira concepção de delito, tem-se que à própria vítima incumbia fazer reparar o dano sofrido por meio do instituto da vingança (*Rache*). Claro está que o estatuto do ser humano como indivíduo é fruto da modernidade e que nesse momento histórico as relações eram realizadas em nome do clã e o primitivo poder judiciário, em cuja presença a vingança se desenrolava, tinha a mera função de zelar pelo procedimento, cabendo às partes rumar a um ponto de consenso. A vingança, portanto, tinha menos por objetivo a imposição de dor ou de agonia, servindo antes ao propósito de humilhação do adversário e de seu clã. Seu pano de fundo, segundo Clarence Ray Jeffery, era a idéia de responsabilidade coletiva: “o clã como um grupo era responsável pelas ofensas de seus membros e pela recolha e pagamento do *wer*”.³²

Diferentemente da concepção moderna de crime, no direito germânico primitivo as partes poderiam (e no mais das vezes de fato conseguiam) obter a paz. E o faziam por meio da composição: “para todos os tipos de lesão a direitos, ordenavam-se verdadeiros catálogos de penalidades (*Büßkataloge*), muitas vezes com minuciosas gradações dentro de cada grupo de delitos”.³³ Na prática, tratava-se da compra do direito de vingança, por meio da quitação do injusto com os bens mais preciosos: armas, cavalos e gado; daí o nome que se lhe deu: *friedensgeld* (dinheiro de paz). Jeffery aponta que entre os saxões havia três sistemas de compensação: o *wer* (ou *wergild*), que consistia no pagamento em razão do homicídio ou lesão corporal de um membro do clã; o *bot*, sistema geral aplicado a outros tipos de dano e o *wite*, multa pública pagável ao senhor ou ao rei.³⁴

³¹ VON BAR, Carl. *History of continental criminal law*. New York: Augustus M. Kelley, 1968, p. 65. A comunidade, todavia, poderá ser a “parte” lesada quando o crime, por exemplo, atentar contra a paz geral. Mesmo nesse caso, a comunidade não substitui a vítima, como ocorrerá posteriormente, porém é uma vítima difusa, por assim dizer. A relação continua concreta.

³² JEFFERY, Clarence Ray. *Crime in early English society*. Chicago: The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, vol. 47, n. 6, mar/abr, 1957, pp. 647-666.

³³ SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1965, pp. 24-25.

³⁴ JEFFERY, Clarence Ray. *Crime in early English society*. Chicago: The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, vol. 47, n. 6, mar/abr, 1957, pp. 665.

A indistinção entre o que hoje se reconhece como direitos penal e civil também se fazia sentir nos procedimentos judiciais, na lição de Esmein: “o processo criminal não sendo, portanto, mais do que um debate entre dois particulares, nota-se que não era necessário criar para ele uma forma especial de procedimento”.³⁵ A leitura mais coerente da afirmação do processualista francês parece ser aquela segundo a qual, em não havendo, à época, distinção forte entre os ilícitos, todos eram tratados com um mesmo procedimento, inter-partes. A reforçar o argumento, o fato de todas as jurisdições então existentes (senhorial, real e eclesiástica) administrarem, concomitantemente, leis hoje percebidas como civis e criminais.³⁶ Tratar-se-ia de um modelo não vertical de judiciário em que a autoridade não remove nem substitui a parte lesada.

Nas palavras de Foucault:

uma vez que o indivíduo se declarava vítima e reclamava a reparação de outrem, a liquidação judicial deveria se dar como uma espécie de continuação da luta entre indivíduos. Uma espécie de guerra particular, individual, se desenvolve e o processo penal não será mais do que a ritualização dessa luta entre os indivíduos. *O direito germânico não opõe a guerra à justiça, nem identifica justiça e paz.* Ao contrário, supõe que o direito é uma certa maneira singular e regrada de conduzir a guerra entre os indivíduos e de encadear os atos de vingança. *O direito é, assim, uma maneira regrada de fazer a guerra.*³⁷

Tanto era regrada que conhecia limites. Tissot exemplifica que a vingança de um homicídio deveria respeitar a inviolabilidade do domicílio do assassino, barreira que, se franqueada, deveria ser punida com a sanção pecuniária reservada ao homicídio cometido sem premeditação. Havendo indícios de que a vingança tivesse sido premeditada, dobrava-se a reprimenda.³⁸

O juiz era, portanto, “apenas um *fiscal do combate* (um aplicador do direito processual consuetudinário) a quem incumbia reger a luta, proclamar o vencedor e impor e fazer

³⁵ ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France: et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu'à nos jours*. Topos Verlag AG: Vaduz e Librairie Edouard Duchemin: Paris, 1882, p. 44.

³⁶ *Idem, ibidem*, p. 3.

³⁷ FOUCAULT, Michel. *La vérité et les formes juridiques*. In: *Dits et écrits*, t. II, pp. 538-646. Paris: Gallimard, 1974, pp. 572-573. Não realçado no original.

³⁸ TISSOT, J. *Le droit penal*. 3. ed. Paris: Arthur Rousseau, 1888, p. 529.

executar as penalidades decorrentes da vitória”.³⁹ Montesquieu, em *O espírito das leis* (Livro XXVII, Capítulo XVI), afirma que

os germanos, que jamais tinham sido subjugados, gozavam de extrema independência. As famílias faziam a guerra em razão de mortes, roubos e injúrias. Modificou-se esse costume, submetendo-se essas guerras a regras: elas se fizeram por ordem e sob os olhos do magistrado, o que era preferível a uma licença geral de se prejudicarem.⁴⁰

O modelo aqui exposto deixa pouco espaço para a idéia de culpa.

Jiménez de Asúa afirma categoricamente que “o Direito dos povos antigos fulminava o castigo pela mera produção de resultado danoso: todos conheceram a responsabilidade sem culpa”.⁴¹ E prossegue: “no Direito sagrado de Roma a infração jurídica ocasionada por azar provocava, em igual intensidade da causada intencionalmente, a cólera dos deuses, que deveria ser aplacada pela expiação”.⁴² Com efeito, na história do delito, o primeiro elemento a nascer com clareza foi o resultado danoso, cuja ocorrência, a qualquer título, fazia surgir para a vítima o direito de se vingar do autor.

Ter culpa, portanto, era equivalente ao emprego popular da expressão. Ao afirmar-se que fulano foi o culpado de um acidente de trânsito, está-se apenas a afirmar que a ele é atribuível o resultado. Eberhard Schmidt, ao comentar o primitivo direito germânico anota que “a vingança era cega em relação ao autor e não se perguntava muito se ele tinha culpa”⁴³ ou se, no linguajar técnico vigente, atuou de maneira culpável”. O essencial nesse período era a responsabilidade pelo resultado (*Erfolgshaftung*); e brinca: “o fato matou o homem”.⁴⁴ Nesse

³⁹ MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *O direito penal hispano-lusitano medieval*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1961, p. 30.

⁴⁰ MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: Bordas, 1990, t. II, p. 228.

⁴¹ JIMÉNES DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956, t. V, p. 102.

⁴² *Idem, ibidem*, p. 20.

⁴³ O vocábulo culpa, em português, como já apontado, é especialmente polissêmico. No linguajar popular emprega-se muito comumente a palavra “culpado”, a denotar, via de regra, a situação daquele que gerou um determinado resultado. No texto original, o autor empregou a expressão “etwas dafür gekonnt”, expressão não técnica que é assim definida: ter sido alguém culpado por alguma coisa. Como se vê, trata-se do emprego popular da palavra, motivo pelo qual, à mingua de correspondente mais adequado, preferiu-se pelo emprego – ainda que soando pleonástico – do vocábulo “culpado”.

⁴⁴ SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1965, p. 31.

contexto, não se podia falar em culpa, senão no amplíssimo sentido de responsabilidade advinda da imputação física⁴⁵, tanto assim que se devia indenização à família da vítima de homicídio (*Wergeld*) quer fosse o ato doloso, culposos ou mesmo casual.⁴⁶

O hoje consolidado conceito de intencionalidade aparecia com contornos muito pálidos. Jiménez de Asúa adverte que já no Código de Hamurabi (século XXXIII a.C.) podia-se encontrar divisão entre atos intencionais e não intencionais (ou ainda voluntários e involuntários). Reproduz, porém, a ressalva de Alfredo Tosti⁴⁷, no sentido de que embora se conhecesse tal distinção, o decisivo para a fixação do castigo eram considerações de fato, “pelo que se faz preponderar o resultado danoso sobre o aspecto subjetivo do delito”.⁴⁸ Por meio desse filtro é que se deve ler a afirmação que na Lei das Doze Tábuas (séc. V a.C.) poder-se-ia encontrar distinção entre o dano causado voluntária e involuntariamente: “a pena de atear fogo em alguém até sua morte, cominada (segundo Gaio) para o incêndio, era aplicada, sob as Doze Tábuas, apenas ao incendiário que tenha atuado *sciens prudensque* (conscientemente e com previsão das conseqüências); mas, afirma Gaio, se o incêndio tiver sido um acidente, ele deve apenas ressarcir as perdas ou, se não puder fazê-lo, receber espancamentos leves”.⁴⁹

Ao revés. Ainda no século XIX Tissot apontava que embora o homem sempre tenha sabido distinguir entre os atos voluntários dos fortuitos, tal distinção não foi firmemente aplicada aos atos de seus semelhantes, de sorte que em geral delitos involuntários eram punidos como se quistos fossem: “aquele que matasse por caso fortuito um animal sagrado era punido de morte entre os egípcios. No Japão o suplício por fogo era reservado ao homicida involuntário”.⁵⁰

III – Primeiras inflexões

⁴⁵ JIMÉNES DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956, t. V, p. 20.

⁴⁶ MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *O direito penal hispano-lusitano medieval*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1961, p. 36. No mesmo sentido: VON BAR, Carl. *History of continental criminal law*. New York: Augustus M. Kelley, 1968, p. 68.

⁴⁷ TOSTI, Alfredo. *La culpa penale*. Turin: Bocca, 1908, p. 32.

⁴⁸ JIMÉNES DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956, t. V, p. 683.

⁴⁹ KELLY, J. M. *A short history of western legal theory*. Oxford: Clarendon Press: 1992, p. 74.

⁵⁰ TISSOT, J. *Le droit penal*. 3. ed. Paris: Arthur Rousseau, 1888, p. 36.

Esse retrato jurídico inicial vai sofrendo paulatina alteração com o avançar da Idade Média. As três jurisdições mencionadas deixam de apenas coexistir para patrocinar um movimento de expansão umas contra as outras.⁵¹ Álvaro Pires aponta dois motores para tanto: um econômico, eis que a acumulação de riquezas só se poderia fazer por meio da guerra ou dos negócios judiciais (transmissão hereditária, confisco, *peace money*) e outro político, na medida em que o rei buscava a centralização do poder de governar.⁵² Os teóricos do rei engajavam-se, assim, na elaboração de discursos que o colocassem como representante do interesse comum, a quem incumbia a segurança e a justiça.

Manzini aponta a importância da escola de Pavia (séculos X e XI) rumo ao “objetivo de adaptar o velho direito aos tempos novos” que produziu o “*Tractatus criminum*” aparecido na primeira metade do séc. XII e escrito provavelmente por Tiago, morto em 1178, discípulo de Irnério e companheiro de Búlgaro, Martino e Ugo”. Tratava-se de um claro esforço de superar as leis bárbaras, batizadas de “leis bestiais, direito asinino e antes excremento do que leis”.⁵³ Esmein, por sua vez, afirma que já no século XIII surge a idéia de que fatos especialmente graves deveriam ser de conhecimento exclusivo da jurisdição real. Importa-se a perspectiva de um direito imperial diretamente do *Corpus juris civilis*: “o rei pode geralmente fazer tudo quanto pertença ao direito imperial”.⁵⁴

Em princípio o rei só tinha jurisdição por sobre os domínios reais e apenas se ocupava dos delitos particularmente graves. Com o tempo, todavia, “a lista (de casos reais) se alonga constantemente e não finda jamais”. O Édito de Crémieu (1536), em seu artigo 10, prevê ser de competência real: “os crimes de lesa-majestade, falsificação de moeda, assembléias ilícitas, emoções populares e porte de armas, infrações de salva-guarda e *outros casos reais*”.⁵⁵ A amplitude da expressão *e outros casos reais* serve ao intento de ampliar o quanto possível o

⁵¹ Jeffery afirma que já no século XII, na Inglaterra, o camponês se dirigia ao Rei e não mais ao senhor para pedir justiça. JEFFERY, Clarence Ray. *Crime in early English society*. Chicago: The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, vol. 47, n. 6, mar/abr, 1957, pp. 660.

⁵² DEBUYST, Christian, DIGNEFFE, Françoise, LABADIE, Jean-Michel, PIRES, Álvaro P. *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*. vol. I. Montreal: De Boeck, 1996, pp. 19-20.

⁵³ MANZINI, Vincenzo. *Tratatto di diritto penale italiano*. 5. ed. Torino: UTET, 1981, t. I, pág. 70-71.

⁵⁴ ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France: et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu’à nos jours*. Topos Verlag AG: Vaduz e Librairie Edouard Duchemin: Paris, 1882, p. 22.

⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 23, não grifado no original.

alcance do rei, sobretudo em matéria considerada modernamente como criminal. Isso porque a prática de um delito já não suscitava apenas o dever de ressarcir à vítima lesada; haveria também que se dar conta de um novo âmbito de punição: o delito passa a ser considerado como uma agressão ao rei e a ele será também devida uma compensação, por vezes pecuniária.

No mesmo sentido, Schmidt, para os povos germânicos:

o *Reichlandsfrieden* de Heinrich VII (1224) previa punição aflitiva para: homicídio, invasão, crimes sexuais, roubo (em especial em vias públicas), bruxaria e feitiçaria. Rapidamente, porém, o número começa a aumentar, acabando por abarcar: invasão de propriedade privada, traição, falsificação de moedas, falsos, adultério, relações sexuais extraconjugais, alteração de fronteiras, destruição dolosa de árvores, etc.⁵⁶

É nessa época que surge figura até então desconhecida em Roma: a do procurador do rei, o *praeposti in potestatibus nostris*, como já se lia no documento denominado de Testamento de Philippe-Auguste, de 1190:

de acordo com a leis dos Estados nascentes, os procuradores reuniam em suas mãos a administração e a justiça. (...) À medida que a realeza estendia seus domínios, o número de procuradores aumentava. Segundo Brussel, até 1202 havia 49 procuradores reais; ele mostra também com que rapidez se desenvolveu o número deles.⁵⁷

O procurador representava a porção vítima do rei em cada delito e era também a ele que o autor de um delito deveria reparar (além da vítima). Em se tratando de uma ofensa ao rei, não fazia mais sentido empregar um mesmo rito para as demandas civis e penais, nascendo a ação penal pública e, via de consequência, uma forma primitiva de Ministério Público.

A Inglaterra vivencia história semelhante: à medida que a jurisdição real se expande, o Rei Henrique II submete os xerifes, por meio do *Inquest of Sheriffs*, à Coroa, tornando-os oficiais menores que representam os seus interesses nas cortes locais. Desde aquela época, não mais se

⁵⁶ SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. 3. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1983, pp. 59.

⁵⁷ ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France: et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu'à nos jours*. Topos Verlag AG: Vaduz e Librairie Edouard Duchemin: Paris, 1882, p. 8.

admitem apelos privados, sendo o início das ações criminais exclusividade da Coroa.⁵⁸ Nas palavras de Holdsworth: “o novo procedimento, embora acusatório, era um verdadeiro procedimento criminal a que o rei processava, a cada alegado indicio de que o acusado havia agido contra a paz do senhor, o rei, a coroa e sua dignidade”.⁵⁹

A concepção de delito sofre, assim, importante inflexão.

Em primeiro lugar, deixa de ser um dano causado a uma vítima específica e passa a ser um ato que, para além do ofendido, atinge o rei. Deixa de ser uma ação, passando a ser uma infração, uma das maiores invenções do pensamento medieval, na opinião de Michel Foucault. Quando o soberano, diretamente ou por meio de seu representante, o procurador, afirma que também ele foi atingido pelo injusto, o ataque passa a ser não mais dirigido a um indivíduo, porém contra a própria lei do Estado⁶⁰

como consequência de o crime agora ser encarado como uma violação do *Landfrieden*⁶¹, surgiu a concepção de que o crime era essencialmente a quebra da paz, e portanto em primeira instância deveria ser encarado não como a violação de um direito individual, mas antes como rebelião contra a lei geral e a ordem.⁶²

O delinqüente, por via reflexa, deixa de ser o inimigo do clã para ser o inimigo do rei. Embora sua ação seja dirigida contra um outro sujeito, sua infração (conceito importado do pensamento de Francesco Carrara) é perpetrada contra uma autoridade central que se toma também ela como vítima. Nas palavras de Foucault:

o crime, além de sua vítima imediata, ataca o soberano; ele o ataca pessoalmente porque a lei vale como a vontade do soberano; ele o ataca fisicamente porque a força da lei é a força do príncipe (...). A intervenção do soberano não é, portanto uma arbitragem entre dois

⁵⁸ JEFFERY, Clarence Ray. *Crime in early English society*. Chicago: The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, vol. 47, n. 6, mar/abr, 1957, pp. 657.

⁵⁹ HOLDSWORTH, W. S. *A history of English Law*. Boston: Littell, Brown and Co., 1923, vol. II, p. 47.

⁶⁰ FOUCAULT, Michel. *La verité et les formes juridiques*. In: *Dits et écrits*, t. II, pp. 538-646. Paris: Gallimard, 1974, pp. 580.

⁶¹ Estatutos celebrados entre os reis e imperadores, e para as províncias pelos príncipes com a aprovação dos oficiais imperiais e das pessoas proeminentes da província. São pactos regionais de paz. VON BAR, Carl. *History of continental criminal law*. New York: Augustus M. Kelley, 1968, p. 98.

⁶² VON BAR, Carl. *History of continental criminal law*. New York: Augustus M. Kelley, 1968, p. 99.

adversários; é mesmo antes uma ação para fazer respeitar os direitos de cada um; é uma réplica direta a quem o ofendeu.⁶³

De maneira sintética, arremata: “em toda infração há um crime de lesa majestade e no menor dos criminosos, um pequeno regicida em potencial”.⁶⁴

Em segundo lugar, não pode mais ser pacificado por meio da composição. Nas palavras de Harry Barnes, “o crime agora visto como uma revolta contra a autoridade pública, foi encarado como um desafio aos poderes civil e eclesiástico e uma afronta ao rei. Logo, deveria ser combatido com severidade tremenda”.⁶⁵ Como efeito, Schmidt⁶⁶ delineia com clareza tal inflexão nos reinos germânicos: tome-se como exemplo o *Landfrieden* de 1103, que pune os grandes roubos (superiores a cinco soldos) com a perda das mãos ou dos olhos e os pequenos com penas que incidam sobre a pele ou pêlos.⁶⁷

No campo da culpa, nota-se, por via reflexa, a insuficiência da mera causação de resultado, em tudo incompatível com a percepção do autor de delito como a de um inimigo, isto é, como a de alguém que age intencionalmente contra os interesses do rei.

José Orlandis, analisando *Fueros*⁶⁸ do século XII, afirma que “a responsabilidade pelo resultado como um estágio da evolução jurídica superada amplamente”, pois “o elemento subjetivo conseguiu uma importância decisiva no conceito de delito e os textos refletem

⁶³ FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1975, p. 51.

⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 57.

⁶⁵ BARNES, Harry Elmer. *The story of punishment*. Boston: The Stratford Company, 1930, p. 52.

⁶⁶ SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. 3. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1983, pp. 57. Para o caso francês, esclarece Esmein que para o retorno ao *status quo ante* seria preciso a punição rigorosa do inimigo: “o sistema de composições pecuniárias havia desaparecido; os delitos eram, de acordo com sua gravidade, punidos com penas aflictivas cruéis, ou com multas que aproveitavam aos senhores”. ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France: et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu’à nos jours*. Topos Verlag AG: Vaduz e Librairie Edouard Duchemin: Paris, 1882, p. 43.

⁶⁷ Previsão muito semelhante no Espelho da Saxônia (II, 13, § 1), do século XIII.

⁶⁸ Forais, ensina Cândido Mendes de Almeida, “eram leis e estatutos que o conquistador, ou fundador, dava à cidade ou povoação conquistada, ou edificada, quanto à policia, tributos, juízo, privilégios, condição civil dos habitante, etc. Esses estatutos eram outorgados não só pelo Rei ou Chefe da mesma nação conforme a jurisprudência em voga na Idade Média como também pelos senhores territoriais nas cidades, vilas, concelhos e julgados e sua dependência (*Código Filipino*, 14. ed., Rio de Janeiro, 1870, p. 443 *apud* MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *O direito penal hispano-lusitano medieval*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1961, p. 133.

claramente este fenômeno ao dar relevância sempre maior à vontade do autor”, isto é, “aos móveis que o induziram a agir no caso concreto”.⁶⁹ No mesmo sentido, as observações de Zaffaroni quanto ao *Fuero Juzgo* (originalmente chamado de *Liber Judiciorum* – Livro dos Juízes), mais importante corpo jurídico dos visigodos.⁷⁰

Também nos reinos germânicos enfraquece-se a pura responsabilidade pelo resultado. Schmidt relata que a Saxônia conheceu, no século XIII, o *Sachsenspiegel*, o mais antigo registro de direito comum em língua alemã, levado a cabo por Eike von Repgow (1180-1233)⁷¹. No referido documento, reconhecem-se formas embrionárias dos institutos do dolo, da culpa e do acaso, ainda sem profunda sistematicidade e delimitação. O então existente conceito de culpa (*Verschulden*), autônoma do mero acaso e diferenciada entre dolo e negligência, não tem um significado tão abrangente, representando apenas a diferenciação, em alguns delitos, entre os desejados e não-desejados. Ilustrativamente: “atropele alguém a outrem enquanto estiver sentado sobre o cavalo da carruagem ou caminhando ao lado dela, então tem-se seu ato como *Ungefährwerk*”⁷²; estando ele sobre a carruagem, considera-se seu ato como desejado”.⁷³

Outro passo rumo ao estabelecimento de um liame subjetivo entre autor e fato pode ser identificado na exclusão da responsabilidade penal das crianças (II, 65, § 1º) e dos loucos (III, 3).⁷⁴ Quanto ao último grupo, a exclusão vai se manter ao longo da evolução da História do Direito penal consignando-se, apenas, que a não aplicação de pena não exclui, por exemplo, a determinação da custódia do louco, como aponta Schaffstein para o período da Alta Idade Média.⁷⁵

⁶⁹ ORLANDIS, José. *Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*. Madri, 1945, pp. 7 e ss. *Apud*: JIMÉNES DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956, t. V, p. 113.

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 154.

⁷¹ A tradução literal da expressão *Sachsenspiegel* seria espelho (Spiegel) da Saxônia (Sachsen). O autor procurava oferecer àqueles que buscavam um aconselhamento jurídico na obra um verdadeiro espelho da prática do Direito da época. Fonte: <http://www.tu-dresden.de/slub/proj/sachsenspiegel/sachs.html#vier>, consultado em 10/5/2008.

⁷² “A História do Direito penal denomina com esse conceito o fato sem intenção, não desejado”. ERLER, Adalbert; KAUFMANN, Ekkehard (orgs.). *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. Berlin: Erich Schmidt, 1998. vol. 5, p. 480.

⁷³ SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. 3. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1983, pp. 71.

⁷⁴ *Idem*, *ibidem*, pp. 70-72.

⁷⁵ SCHAFFSTEIN, Friederich. *Die allgemeine Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die wissenschaft des gemeinen Strafrechts*. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1930, p. 101.

O labor jurídico dos italianos (glosadores e pós-glosadores)⁷⁶ fez-se sentir fortemente nos reinos germânicos, em especial no tocante ao desenvolvimento da idéia de culpa, e produziram, no século XVI, entre outros, o *Halsgerichtsordnung* de Bamberg (*Constitutio Criminalis Bambergensis* – 1507) e o *Peinliches Gerichtsordnung* do Imperador Carlos V (*Constitutio Criminalis Carolina* – 1532), ambos nascidos da pena de Johann Freiherr von Schwarzenberg (1463-1528), major-domo dos Príncipes-bispos de Bamberg.⁷⁷ Tratava-se de estatutos que vigeram ao lado dos direitos romano, canônico e germânico, mas que a eles se sobrepunham, em caso de colisão.⁷⁸

A *Carolina*, afirma Friedrich Schaffstein, conhece apenas a imputação de resultado a título de dolo ou de culpa. “A atos despidos de culpa ela não atribui pena”.⁷⁹ Muito embora o conceito da culpa ainda não tenha, nesses diplomas, alcançado sua plenitude, consagra-se a necessidade de um “ter-culpa”⁸⁰ no agir como premissa de uma punição justa.⁸¹ Para que a polissemia da culpa não gere leituras equivocadas, explicita Schaffstein que: “a culpa como elemento do delito nas definições de direito comum não cuidava de uma descrição do delito como *actio culposa*, porém como *actio spontanea* ou *actio voluntaria*, ou seja, como ação livre, desejada”.⁸²

O debate acerca da liberdade da ação, a propósito, é central para o direito canônico e influenciou o pensamento penal da época. Com efeito, Woldemar Engelmann aponta que a culpa, como conceito amplo, era compreendida, no século XVI, na esteira das lições de São Tomás de Aquino como “a declinação voluntária do bem, seja por malícia, seja por

⁷⁶ Tais autores, ensina Heleno Fragoso, “eram chamados práticos ou praxistas, pois suas obras tinham sentido prático, comentando o direito comum vigente, sem obedecer a qualquer sistema. A opinião dos práticos foi, muitas vezes, considerada fonte de direito, e a influência que exerceram foi imensa. Embora tivessem por base o direito romano, consideravam também as fontes germânicas, o direito canônico e os costumes judiciários (*generalis consuetudo*)”. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 35.

⁷⁷ SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. 3. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1983, pp. 108-109.

⁷⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 36.

⁷⁹ SCHAFFSTEIN, Friederich. *Die allgemeine Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die wissenschaft des gemeinen Strafrechts*. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1930, p. 95.

⁸⁰ Mais uma vez, no sentido popular.

⁸¹ SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. 3. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1983, p. 117.

⁸² SCHAFFSTEIN, Friederich. *Die allgemeine Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die wissenschaft des gemeinen Strafrechts*. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1930, p. 95.

negligência”.⁸³ Tratar-se-ia, assim, de uma falha de vontade que, no seio do direito canônico serviria para condenar não só as más obras, como também os maus desejos.⁸⁴ Manzini, a esse propósito, ressalta que “enquanto no romano direito clássico a imputação física prevalecia sobre a imputação moral, já nas mais antigas fontes eclesiásticas conferiam importância essencial aos conceitos de dolo, de culpa e de caso fortuito, e distinguiram entre *peccatum* e *crime* ou *delictum*”.⁸⁵

O ilícito, segundo o pós-glosador Deciano, teria, assim, causas formais e materiais. A causa formal seria a lei, mais precisamente, “a proibição legal sob ameaça de pena”. Dessa forma, sem lei, não haveria delito. Sua causa material seriam a vontade e sua execução, excluída a punibilidade da *nuda cogitatio*; por fim, seria *causa efficiens* do ilícito a própria pessoa. Define, assim, ilícito como “fato humano dito ou escrito, doloso ou culposos, proibido por lei vigente e ameaçado com pena, ao qual justa causa não pode escusar”.⁸⁶ Muito semelhante, a propósito, daquela oferecida por Hobbes, em 1651, no *Leviatã*: “crime é uma falta que consiste em cometer, por ação ou por palavra, aquilo que a lei proíbe, ou em omitir aquilo que ela ordenou”.⁸⁷

O conceito de culpa serve, assim, até esse momento, apenas para designar um vínculo subjetivo entre o autor e o fato, descartado o acaso. Os limites entre *dolus malus* e *culpa*, todavia, à época, não encontravam consenso entre os próprios juristas.⁸⁸

Schaffstein localiza, a esse propósito, três correntes de pensamento na Alta Idade Média. O primeiro encara a negligência como uma espécie de falha da vontade e tem entre seus representantes Jacob Ayrer⁸⁹, Petrus Theodoricus⁹⁰ e Johann Böhrer⁹¹ que “classificam,

⁸³ ENGELMANN, Woldemar. *Die Schuldlehre der Postglossatoren*. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1965, p. 22.

⁸⁴ FERNANDEZ, Gonzalo. *Culpabilidad y teoría del delito*. Montevideo: B de f, 1995, p. 154.

⁸⁵ MANZINI, Vincenzo. *Tratatto di diritto penale italiano*. 5. ed. Torino: UTET, 1981, T. I, pág. 67.

⁸⁶ DECIANUS, Tiberius. *Tractatus criminalis*. 1613, cap. 3, n. 2, *apud* ENGELMANN, Woldemar. *Die Schuldlehre der Postglossatoren*. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1965, p. 22.

⁸⁷ DEBUYST, Christian, DIGNEFFE, Françoise, LABADIE, Jean-Michel, PIRES, Álvaro P. *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*. vol. I. Montreal: De Boeck, 1996, pp. 31.

⁸⁸ SCHAFFSTEIN, Friederich. *Die allgemeine Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die wissenschaft des gemeinen Strafrechts*. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1930, pp. 95-96.

⁸⁹ AYRER, Jacob. *Tractat. de triplici genere homicidiorum*. Frankfurt, 1614.

⁹⁰ THEODORICUS, Petrus. *Judicium criminale Practicum*. Ed. II. Jena, 1671.

genericamente, os resultados gerados negligentemente como desejados indireta ou secundariamente, ao passo que o autor teria desejado direta e primariamente apenas a causa desse resultado”. Esse seria, a propósito, o germe da noção de dolo indireto.⁹²

Já o segundo grupo, liderado por Antonio Matthäus⁹³, pretendia eliminar a culpa do âmbito da vontade: “dado que apenas os comportamentos desejados, as *actio voluntaria* são crimes, então se poderia argüir firmemente que a culpa está fora do crime”. Com isso, porém, não abdicava da idéia de punir os delitos negligentes, cabendo a Caspar Ziegler⁹⁴ ressuscitar a noção de *quase-delito* dos romanos.⁹⁵

O terceiro caminho seria o de abrir mão do axioma da culpa da vontade e modificar o conceito de culpa de sorte que ele abarcasse o de negligência, posição defendida por Christian Wolff⁹⁶ e Nettelblat⁹⁷. Para eles, dolo é erro de vontade; culpa é erro de compreensão. O conceito formal de culpa, lato senso, seria: *culpa in genere est defectus rectitudinis actionis vencibilis*.

Também coube aos glosadores e pós-glosadores avançar na definição de circunstâncias que elidiriam a culpa. Uma delas é a idade. Schaffstein aponta que a juventude poderia ser dividida em três grupos: (i) os infantes, com até sete anos de idade, a quem se reputava incapazes de dolo. Observa, porém, que Carpzov apontava haver exceção: “quando o juiz percebesse na criança alguma capacidade para malícia e dolo, ele deveria impor um castigo corporal por meio de uma varinha, a titulo de pena arbitrária”. Tal medida, no entanto, não era encarada como pena, mas como medida educativa;⁹⁸ (ii) impúberes (7 a 14 anos), subdivididos, por sua vez, em *infantiae proximi* e *pubertatis proximi*. O primeiro grupo é tratado como criança. O segundo, de acordo com Carpov, já tem juízo doloso, apenas inferior. Devem, assim, ser

⁹¹ BÖHMER, Joh. Sam. Frieder. *Elementa iurisprudentiae criminalis*. Ed. II. Halle, 1738.

⁹² SCHAFFSTEIN, Friederich. *Die allgemeine Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die wissenschaft des gemeinen Strafrechts*. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1930, p. 96.

⁹³ MATTHÄUS, Antonius (II). *De criminibus (Ad Lib. 47 et 48 Dig. Comment.)*. Traiecti ad Rhenun, 1644

⁹⁴ ZIEGLER, Caspar. *Disputatio de Poenis*. Wittenberg, 1744.

⁹⁵ SCHAFFSTEIN, Friederich. *Die allgemeine Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die wissenschaft des gemeinen Strafrechts*. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1930, p. 97.

⁹⁶ *Diss. de quasi-delictis*. Leipzig, 1684.

⁹⁷ *De homicidio ex intentione indirecta compromisso*. Halle, 1756.

⁹⁸ SCHAFFSTEIN, Friederich. *Die allgemeine Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die wissenschaft des gemeinen Strafrechts*. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1930, p. 99.

arbitrariamente punidos, eis que ainda há neles esperança de melhora. Engelmann aponta que, por regra, haveriam de lhes ser impostas penas atenuadas; todavia, na falta da descrição de um limite etário certo, devia-se presumir a capacidade de dolo para os *proximus pubertatis*, exceção feita aos delitos da carne;⁹⁹ (iii) os *minores* (14 a 25 anos pela lei romana ou, segundo muitos estatutos municipais, 14 a 18 anos¹⁰⁰) – devem receber a pena ordinária. Apenas excepcionalmente, em casos de *magna stupiditas* ou de idade muito próxima do mínimo, poderia o juiz atenuar a pena, sobretudo quando se tratava da de morte.¹⁰¹

Como se vê, a separação entre dolo e negligência atende a finalidades teóricas sem, contudo, impactar decisivamente a consequência jurídica. Além disso, é preciso que se diga que ainda nesse período não se podem separar as leis civis das penais como se faz modernamente. Com a superação do modelo da vingança e da reparação e com a subsequente adoção da imposição de penas severas, surge uma distinção já mais decisiva do que aquela lei civil *versus* lei senhorial ou eclesiástica: as leis civis seriam aquelas que criam a proibição ou o dever e as penais, aquelas que explicitam a sanção jurídica advinda do descumprimento das leis civis.

IV – O delito no período pré-iluminista

Com a secularização e unificação da justiça judicial, ensina Álvaro Pires, a expressão lei civil passa a designar o conjunto das leis da República (direito do soberano), em oposição às leis divinas e naturais. Hobbes, no subtítulo do *Leviatã* assumiria a consciente tarefa de distinguir as leis da república eclesiástica e civil. E a lei penal? Ela seria uma espécie de direito de acompanhamento, no sentido de que cada proibição do direito se faz acompanhar de uma sanção, isto é, de uma lei penal.

Assim, para Pufendorf (1673), o que confere eficácia às leis civis é justamente a sanção penal, sinônima de sanção jurídica, e não de pena aflitiva, em sentido moderno; Hobbes (1649), por sua vez, indica que a lei civil contém duas partes, uma distributiva e outra vindicativa ou

⁹⁹ ENGELMANN, Woldemar. *Die Schuldlehre der Postglossatoren*. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1965, p. 28.

¹⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 30.

¹⁰¹ SCHAFFSTEIN, Friederich. *Die allgemeine Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die wissenschaft des gemeinen Strafrechts*. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1930, p. 100.

pecuniária, “que toca ao criminoso e define as penas devidas a quem transgride as leis”; por fim, Rousseau, um século depois ainda mantém a afirmação de que “as leis criminais são, no fundo, menos uma espécie de lei do que a sanção de todas as outras”.¹⁰²

Com efeito, na virada do século XVII para o XVIII já não há mais falar em disputas de jurisdições. A autoridade do Soberano está claramente definida e seu poder se faz sentir com clareza e notoriedade. A fonte de sua autoridade, aliás, deixa de ser fundamentada no poder de Deus para ser buscada na própria natureza humana. O soberano o é em nome de um poder conferido pela sociedade e a ele transferido por intermédio de um contrato social.

Essa inflexão de mundividência tem impactos decisivos na concepção do Direito penal. Em primeiro lugar, o delinqüente não é mais o inimigo do rei, porém o inimigo da sociedade: “o criminoso é aquele que danifica, que causa problemas para a sociedade. O criminoso é o inimigo social (...) é o inimigo interno”.¹⁰³

Não basta ao inimigo da sociedade, como se passava no direito primitivo, reparar o dano ou pagar pela composição do delito. O sujeito passivo da infração passa a ter importância marginal. No *Leviatã*, Hobbes afirma que: “se a lei impõe pagar uma certa soma àquele que cometeu um delito, isso não é apenas a satisfação destinada a reparar o mal que ele cometeu; esse pagamento extingue a acusação da vítima, mas não o crime do ofensor”.¹⁰⁴ Mais do que isso, não pode o mal infligido ser menor do que a vantagem advinda do crime: “esse mal não se enquadra na definição de castigo” dado que “é da natureza do castigo ter por fim o de dispor os homens a obedecer à lei”.¹⁰⁵

Imbuído da guerra contra a criminalidade, assim entendida a agressão ao contrato social, o Direito penal passa a ter um estatuto privilegiado. “Com tal missão”, conclui Álvaro Pires,

¹⁰² DEBUYST, Christian, DIGNEFFE, Françoise, LABADIE, Jean-Michel, PIRES, Álvaro P. *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*. vol. II. Montreal: De Boeck, 1996, pp. 27-30.

¹⁰³ FOUCAULT, Michel. *La vérité et les formes juridiques*. In: *Dits et écrits*, t. II, pp. 538-646. Paris: Gallimard, 1974, pp. 590.

¹⁰⁴ DEBUYST, Christian, DIGNEFFE, Françoise, LABADIE, Jean-Michel, PIRES, Álvaro P. *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*. vol. II. Montreal: De Boeck, 1996, p. 37.

¹⁰⁵ *Idem, ibidem*.

“pode-se compreender que ele (Direito penal) seja um pouco rude e mais intransigente que os outros (direitos). E pode-se compreender que ele seja obrigado a punir”.¹⁰⁶

O discursivo punitivo é intensamente fortificado ao longo do século XVIII (sobretudo adquirindo a dimensão de que a pena deveria ser sempre maior que o mal imposto pelo infrator, sendo que até então se dizia apenas que não poderia ser menor) e, colocado em prática, mostrou-se extremamente severo e desumano. Ilustra-se com o episódio do amo de quarto do Rei Luis XV que, sem qualquer intenção de matá-lo, acaba ferindo-o com uma faca usada para comer à mesa. Embora tenha sido insignificante, a lesão gerou a morte do serviçal. Foucault narra os termos da punição:

na Praça de Grève, sobre um cadafalso, ele foi torturado nas mamas, braços, coxas e pernas; sua mão direita foi queimada com fogo de enxofre e jogaram, sobre os locais já previamente torturados, chumbo fundido, óleo fervente, resina abrasiva, cera e enxofre fundidos e em seguida seu corpo foi separado e desmembrado por quatro cavalos (...).

¹⁰⁷

A separação do Direito penal como ramo autônomo do Direito não tem apenas significado topográfico, inaugurando a seguinte indagação: no que o delito é diferente das demais ilegalidades? Dito de outra forma, o que determina a diferença do Direito penal? A evolução interessada até aqui conduzida teve como motor as necessidades punitivas do Estado. Ao Direito como prática, todavia, correspondeu um Direito como corpo de conhecimentos (para evitar por ora a palavra ciência), como corpo de argumentos teóricos que traduzissem em linguagem própria esse fenômeno em curso.

Bem verdade que a necessidade de explicar o Direito penal e teorizar a seu respeito só surge contemporânea a uma necessidade maior de explicar e teorizar o mundo. Até aqui Deus explicava tudo. Copérnico, Kepler e Galileu oferecem um modelo heliocentrista em detrimento daquele geocentrista; Descartes oferece o homem pensante em oposição ao homem crente. Estar no centro do mundo, abdicando da totalidade representada por Deus, implicava ser “um pouco” Deus, buscando compreender a ordem das coisas para poder dominá-las.

¹⁰⁶ *Idem, ibidem*, p. 48.

¹⁰⁷ FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1975, p. 9.

Já no século XVII, mais precisamente em 1617, Althusius dá o primeiro passo. O Direito romano era um direito preponderantemente casuístico e os diplomas legais conhecidos até o final da Idade Média eram antes a reunião escrita de práticas jurídicas ou ainda comentários a elas. A primeira tentativa de tratar o direito total e universal se deu por meio da obra *Dicaeologicae libri tres, totum et universum ius, quo utimur, methodice complectentes*. A originalidade estaria no primado da abstração e na consagração de uma abordagem racionalista: “o método da razão abstrata e a lógica em Direito conduzem ao empirismo, abrindo a via para uma nova conceituação sistemática do Direito em um século em que a moda da razão matemática se erige em modelo do pensamento racional”.¹⁰⁸

O caminho é percorrido com passos certos por Hugo De Groot (1583-1645), tido como pai fundador da Escola do Direito Natural, e ele localiza não mais em Deus, porém na natureza humana o fundamento do Direito. O *ius naturale* não seria mais aquele dos romanos, e sim um conjunto de princípios imutáveis, claros e evidentes *per se*, que devem constituir a base e o fundamento das leis de todos os povos. O Direito natural seria, assim, um sistema lógico de axiomas oriundos de uma moral laica de que decorre o direito positivo.¹⁰⁹

Ao se falar em moral, remete-se necessariamente à pergunta: como alguém deve ou não agir. Não bastará, entretanto, a mera adequação a uma norma apriorística de origem divina ou real. Essa terá sua legitimidade extraída de um marco de referência mais amplo, denominado Direito natural, cujo conteúdo é definido pela razão ou pela própria natureza humana. Liberdade e razão humanas serão valores centrais de toda elaboração teórica desse período e dos seguintes. A relação entre eles e a moral se traduzirá, do ponto de vista dogmático, justamente na culpa, como se verá no momento oportuno.

Samuel Pufendorf (1632-1694), trilhando as mesmas sendas de Grotius, fundou a Escola Alemã de Direito Natural, a partir da célebre *De iure Naturae et Gentium* (1672); para o autor, o pressuposto fundamental para a existência de um mundo moral é a liberdade do agir humano. As ações na natureza respondem apenas à lei da causalidade física, salvo a humana (e

¹⁰⁸ CARTUYVELS, Yves. *D'où vient le Code Penal: une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle*. Montreal: De Boeck Université, 1996, p. 66

¹⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 67.

só na medida em que tenham sua origem no intelecto e na vontade), que é sobreposta a outra determinação dada pela liberdade:

a qualidade mais importante do querer é a sua liberdade, que se exprime em indiferença e em livre autodeterminação. A indiferença designa a relação entre a vontade e as possíveis ações, em virtude das quais a primeira escolhe uma qualquer entre elas, sem qualquer constrição; a livre autodeterminação significa que a resolução ao agir tem origem apenas na vontade e precisamente por seu impulso interno. À liberdade de ação pertencem pois a consciência do que se deseja, em outros termos, o intelecto. Este representa os objetos diante da vontade, por assim dizer como em seu espelho, e exprime um juízo sobre o objeto, o tempo, o modo e os meios com que se deva agir.¹¹⁰

Pufendorf imaginou um modelo de ação pura, apenas com finalidades metodológicas. A ação livre surge do concurso entre a vontade e o intelecto e é imputável ao autor, como sua causa moral, justamente porque jamais ocorreria sem sua livre determinação, precedida de sua cognição. A ação livre pode, assim, ser cindida entre os momentos material e formal. O primeiro é formado pelo

complexo do acontecer “físico” em uma ação; fazem parte dela não apenas o movimento do corpo e o ulterior acontecer causal por ele produzido, na medida em que seja guiado pelo querer, como também todos os atos do intelecto e da vontade, desde que sejam considerados abstratamente em seus seres naturais.¹¹¹

Já o momento formal consiste na imputabilidade da ação (*imputativitas*), por meio da qual o efeito de um comportamento livre pode ser imputado ao agente como pertencente a ele, seja por ele tê-lo causado imediatamente, seja apenas mediatamente do ponto de vista físico. Welzel chama atenção, todavia, para o fato de que esse momento nada tem de valorativo: a imputabilidade

não intenciona afirmar nada quanto à culpa ou quanto ao mérito, mas apenas indicar a conclusão lógica, pela própria natureza da determinação da liberdade, pela qual um comportamento pode ser atribuído à livre autodeterminação, não como simples efeito, mas

¹¹⁰ WELZEL, Hans. *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf*: un contributo alla storia delle idee dei secoli XVII e XVIII. Torino: G. Giappichelli, 1993 (tradução de Vanda Fiorillo da obra alemã *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1958), p. 48.

¹¹¹ *Idem, ibidem*, pp. 48-49.

como efeito livremente desejado, e portanto a ele pertence em um sentido particular.¹¹²

Ocorre que nenhuma ação humana acontece em laboratório, ou seja, nunca é determinada por essa vontade absolutamente livre e desimpedida. Ela está sempre de alguma forma ligada a uma lei, pois o intelecto não oferece à vontade uma gama neutra de ações, porém sempre valoradas como boas, ruins, precisas, erradas, justas, injustas etc. Eis que adentra a consciência humana, assim entendido o juízo do intelecto quanto à valoração das ações. “A lei se apresenta ao querer como condição (*obligatio*), limitando sua liberdade em modo determinado. Essa limitação não destrói a liberdade; o querer pode, de fato, resolver-se tanto positiva quando negativamente em relação à lei”.¹¹³ A limitação é de caráter eminentemente moral, condição do comportamento bom, justo, adequado etc., cuja resolução será feita pela vontade de maneira livre:

dessa forma, a verdadeira liberdade garante a livre autodeterminação da pessoa, inclusive nos confrontos com a lei; esta última não constrange a vontade para uma ação; mas lhe confere particular modo cognitivo (*peculiaris quasi sensus*), que a leva a julgar as suas próprias ações e a sentir-se merecedor de um mal, se não se comporta de maneira conforme à norma prescrita.¹¹⁴

É a liberdade do homem que o tornará culpado por seu agir contra um valor juridicamente protegido. O conhecimento das normas está pressuposto: “a ignorância dos preceitos gerais (*universalia*) não elimina a imputabilidade, tampouco certamente a ignorância das leis da natureza, uma vez que evidentes, da mesma forma aquelas leis positivas, uma vez que e com a condição de que sejam levadas ao conhecimento de todos.”¹¹⁵

Christian Wolff (1679-1754), discípulo da Escola de Direito Natural, autor dos *Princípios do direito da natureza e das gentes* (1758), lançou-se à missão de, corrigindo as imperfeições de Pufendorf, construir, a partir de princípios gerais, um conjunto de conseqüências ou de proposições colocadas “em uma ordem, em uma ligação, das quais elas não possam ser

¹¹² *Idem, ibidem*, p. 50.

¹¹³ *Idem, ibidem*.

¹¹⁴ *Idem, ibidem*.

¹¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 123.

retiradas sem romper toda a cadeia”.¹¹⁶ Interessa, em particular, o segundo dos eixos que Wolff emprega como base de sua sistemática:

as obrigações e os direitos em geral têm por sujeito o homem moral. Esse homem (...) é uma espécie de ficção: ele é o homem a partir do qual se faz- abstração de tudo, exceto das qualidades que o tornam capaz de obrigações e de direitos. Esse homem é, portanto, o indivíduo capaz e titular de direitos e de obrigações naturais e universais das quais ninguém o poderia despojar.¹¹⁷

É essa imagem de homem, isto é, livre, racional e moral, que informará a visão de sujeito pressuposto pelo Direito penal moderno, cuja primeira formulação completa já pode ser encontrada em 1764 por ocasião da decisiva obra de César Beccaria, *Dos delitos e das penas*.¹¹⁸ Nela, encontram-se todos os elementos que definem o Direito penal absolutamente por oposição aos demais ramos do Direito, por ter (i) objeto próprio, herdado do Direito Natural, cujo conteúdo é ditado pela razão ou pela própria natureza humana, universal; (ii) missão própria, diretamente ligada a seu objeto: a de defender o Contrato Social; (iii) uma sanção própria, apartada daquelas de natureza privada, patrimoniais, de natureza aflitiva, seja para reparar o mal causado (formulação retributivista), seja para inclinar a alma humana à obediência à lei (formulação preventiva); (iv) um sujeito passivo *sui generis*, a saber, a sociedade como um todo, o grupo de signatários do contrato social; (v) um sujeito ativo que age irracionalmente, que faz mau uso de sua liberdade, pois, sendo ele igual aos demais, não comete crimes por qualquer defeito constitutivo; sendo ele racional, sabe que faz o mal e sendo ele livre, escolhe fazê-lo; (vi) uma infração própria, o delito que, para além das demais ilegalidades (e por gerar uma pena), reclama um ingrediente a mais: a culpa. Essa última característica receberá atenção especial, oportunamente, infra.

¹¹⁶ CARTUYVELS, Yves. *D’où vient le Code Penal: une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle*. Montreal: De Boeck Université, 1996, p. 68.

¹¹⁷ *Idem, ibidem*, pp. 69-70.

¹¹⁸ Registre-se que já em 1765 Karl Ferdinand Hommel, professor da Universidade de Leipzig, considerado o Beccaria alemão, já antecipava algumas idéias do Marquês por ocasião de sua obra *Principis Cura Leges*, publicada em alemão sob o título *Des Fürsten höchste Sorgfalt: die Gesetze* (Leipzig: Frankenhäusen, 1766). As idéias de abolição das penas degradantes não foi bem recebida, narra o próprio Hommel, fazendo-o desanimar de sua produção criminalística. O contato com o *Dos delitos e das penas* renovou-o de energia para sua empreitada. CATTANEO, Mario A. *Illuminismo e legislazione penale: saggi sulla filosofia del diritto penale nella germania del settecento*. Milão: Edizione Universitarie di Lettere Economia Diritto, 1993, pp. 80-81.

Apenas para registro, também para além da Europa continental, essas idéias se consolidavam, William Blackstone em seu *Comentários às leis da Inglaterra*, de 1778, apontava que:

a distinção entre injustos (*wrongs*) públicos e privados, de crimes e contravenções das ofensas civis, parece principalmente consistir no seguinte: os injustos privados, ou ofensas civis, são uma infração ou privação dos direitos civis que pertencem aos indivíduos, considerados meramente como indivíduos; injustos públicos, ou crimes ou contravenções, são uma fratura e violação dos direitos públicos e deveres devidos à comunidade como um todo, considerada como uma comunidade, em sua capacidade social agregada (...) traição, homicídio e roubos estão propriamente agrupados como crimes; uma vez que ao lado da lesão feita ao indivíduo, eles atingem a própria existência da sociedade; que não pode subsistir onde ações dessa forma são sofridas a escapar com impunidade.¹¹⁹

O mesmo se diga da Alemanha, onde Beccaria teve assumido discípulo na figura de Karl Ferdinand Hommel, professor da Universidade de Leipzig. A idéia de um Direito penal autônomo já tinha sido por ele esboçado em 1765 por ocasião de seu *Principis Cura Lege*; é todavia por ocasião da publicação póstuma, em 1784, de seu *Pensamentos filosóficos sobre o direito criminal* que o autor exorta seus leitores a não confundirem pecados com delitos, pois “ofensas carnis, por meio das quais ninguém é ofendido, surgem da fraqueza ao passo que os delitos nascem da maldade”¹²⁰ sustentando, em síntese, que as ofensas carnis devam ser meras *delicta privata*, reservando os delitos, em ordem crescente de intensidade, para a injúria, o furto e o homicídio. Isso porque tem diferentes graus de danosidade, cada qual subtraindo de sua vítima uma parcela de seus bens: na injúria, roubar-se-ia a honra; o furto poderia conduzir à pobreza e o homicídio “traz a morte, o horror dos horrores”.¹²¹ Aos delitos também criou as reprimendas correspondentes, divididas em penas verdadeiras, reservadas aos “delitos verdadeiros”; as penas de policia, para “os quasi-delicta, como por exemplo a usura, os jogos de azar (*hohe Spiele*), delitos carnis, desperdício do patrimônio”; e as penas espirituais, dedicadas aos pecados.¹²²

¹¹⁹ *Commentaries on the Laws of England*, 8. ed., Oxford: Clarendon Press, 1778, Livro IV, p. 5 apud JEFFERY, Clarence Ray. *Crime in early English society*. Chicago: The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, vol. 47, n. 6, mar/abr, 1957, pp. 647-666, p. 663.

¹²⁰ HOMMEL, Karl Ferdinand. *Philosophische Gedanken über das Criminalrecht*. Breslau: Johann Friederich Korn, 1784, § 60, p. 122.

¹²¹ *Idem, ibidem*, § 68, pp. 138-139.

¹²² *Idem, ibidem*, § 78, p. 155.

V – O delito no Iluminismo

Do ponto de vista das ciências criminais, a obra *Dos delitos e das penas* também constitui um marco importante, sendo considerada iniciadora da impropriamente denominada Escola Clássica, de difícil conceituação, eis que reúne pensamentos muito diversos. Extraia-se dela, no entanto, trecho que ilustra um ponto de união dos clássicos: a intolerância aos excessos e crueldades do Direito penal do Antigo Regime, composto por normas vagas e severas, regido por procedimentos inquisitoriais e secretos, cujo fim era a aplicação de uma pena com sentido puramente intimidativo, em que o apenado servia como verdadeiro “exemplo” para os demais membros do corpo social:¹²³

alguns fragmentos da legislação de um antigo povo conquistador, compilados por ordem de um príncipe que reinou há doze séculos em Constantinopla, combinados em seguida com os costumes dos lombardos e amortalhados num volumoso calhamaço de comentários obscuros, constituem o velho acervo de opiniões que em grande parte da Europa honrou com o nome de leis; e, mesmo hoje, o preconceito da rotina, tão funesto quanto generalizado, faz com que uma opinião de Carpozow, uma velha prática indicada por Claro, um suplicio imaginado com complacência por Francisco, sejam as regras que friamente seguem esses homens, que deveriam tremer quando decidem a vida e fortuna de seus concidadãos.¹²⁴

A Escola Clássica é um dos filhos do Iluminismo, de conceituação plurívoca. Sob tal metaconceito arvoram-se teorias e pensamentos muito divergentes entre si, cujas especificidades escapam aos propósitos e limites deste trabalho. Em termos muito genéricos, esposam-se as felizes palavras de Heleno Cláudio Fragoso, para quem “*iluminismo* significa a auto-emancipação do homem da simples autoridade, preconceito, convenção e tradição, com insistência no livre pensamento sobre problemas que tais instâncias consideravam incriticáveis”.¹²⁵

¹²³ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de criminologia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 303.

¹²⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Atena Editora, 1959, p. 19.

¹²⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito penal*. Forense: Rio de Janeiro, 1985, p. 38.

A resistência política não era, evidentemente, o único elo entre os pensadores clássicos: o ponto comum estaria, segundo Santiago Mir Puig, no método por eles compartilhado, vale dizer, racionalista, abstrato e dedutivo, combinado com objeto determinado: um direito ideal racional, um direito natural. É nesse ponto que o racionalismo dos clássicos difere daquele dos positivistas, como se verá abaixo: ele “não se esgota (...) no recurso à razão como instrumento para desentranhar o sentido do direito positivo, porém cumpre, em primeiro lugar, a função de descobrimento do próprio objeto de análise: o direito natural revelado pela razão”.¹²⁶

Pablos de Molina aponta, ainda, o fato de terem assumido o legado liberal, racionalista, humanitário e reformador da Ilustração, especialmente sua orientação jusnaturalista: “a imagem do homem como ser racional, igual e livre; a teoria do pacto social, como fundamento da sociedade civil e do poder; e a concepção unitária do castigo, não desprovida de apoio ético, constituem três pilares do pensamento clássico”.¹²⁷

No campo da culpa, pouco há a acrescentar à já exposta imputação moral de Pufendorf. Tendo como premissa maior o fato de o Direito natural, objeto em última instância do Direito penal, ser revelado pela razão e como premissa menor que o homem é livre e racional, bastará que o sujeito aja com liberdade para que a ação seja culpável. Quando se adiciona a teoria da ação de Hegel, a propósito, bastará a ação humana, pois nela estará pressuposta a liberdade, como se verá a propósito do pensamento de Karl Binding.

Romagnosi, em sua *Gênese do Direito Penal* (1833/4), sustenta que imputar um ato a alguém é afirmar que um seu agir próprio, impossível de ser atribuído a outrem, foi sua causa (§ 579).¹²⁸ Divide, assim, a imputação física, “um choque, um movimento, uma configuração que (...) sejam *produzidos* por sua massa ou energia” (§ 580), daquela moral, dimensão volitiva do agir, própria dos seres humanos (§ 581):

em um ser provido de inteligência, vontade e liberdade, devido a que todo ato seu *interno, por sua natureza*, não pode ser mais que

¹²⁶ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo: B de f, 2002, p. 155.

¹²⁷ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 314.

¹²⁸ As referências aqui empregadas correspondem à seguinte versão: ROMAGNOSI, Giandomenico. *Genesis del Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1956.

sentimento, pensamento ou volição, quando se pergunta se *age*, é o mesmo que perguntar se sente, conhece ou quer; ou, para dizê-lo em outros termos, quando se lhe imputa algum ato é o mesmo que afirmar que sentiu, conheceu e quis o ato realizado. Por isso, esta pode ser denominada de *imputação moral*. Aqui tomamos o *moral* em contraposição do *puro material*, do *físico*, e, igualmente, a imputação se poderia chamar mais propriamente de *psicológica e interior*.

Todo ato humano externo será sempre composto de imputação física e moral (§ 582), sem nenhuma referência, todavia, a um valor ou uma lei, sendo apenas a dimensão subjetiva da ação que pode ser dividida em execução maliciosa (dolo), culpável (por falta das precauções que deve tomar o homem *probo* comum) e caso fortuito não atribuível (sem malícia nem negligência).¹²⁹

Carmignani, nas belas palavras de Quintillano Saldanha, elaborou uma anatomia do delito por meio de uma maravilhosa vivisseção moral e, ao fazê-lo, descobriu forças. Umas, prossegue, seriam de natureza espiritual, as forças morais, “que consistem na intenção do agente, ou seja, da forma moral dos delitos” (*Elementi*, L. I. Séc. 2^a. Tit. II, ed. 1854, p. 35); outras são materiais: a força física, isto é, “aquele modo corpóreo dirigido à execução do delito e à violação da segurança pública e privada” (§ 115, página 39). Esses são os elementos da dinâmica criminológica:

o concurso de uma e de outra forças constitui o delito, embora tais forças são sejam igualmente valoráveis. A força moral (da qual é condição a moralidade da ação à qual dita força se dirige) uma vez que é inerente ao ânimo do agente, não pode ser conhecida de outra forma senão pela via de seus efeitos físicos, produzidos por quem infringe a lei. Mas a força física do corpo operada pelo agente deve ser valorada em seus efeitos *juridicamente*, e não *fisicamente* ou *materialmente* (Id. § 116, p. 39).¹³⁰

Dessa forma, a moralidade da ação condiciona, porém não se identifica com a força moral do delito. Condiciona na medida em que toda ação será valorada pelo agente que, como já afirmado, é moral. Não se identifica, contudo, eis que a força moral do delito é

¹²⁹ FERNANDEZ, Gonzalo. *Culpabilidad y teoría del delito*. Montevideo: B de f, 1995, p. 148.

¹³⁰ SALDAÑA, Quintillano. *Notas* (para la segunda edición española). CARRARA, Francesco. *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*. Tradução de GIRÓN, Vicente Romero. Madri: Gongora, 1926, pp. 35-36.

substancialmente a intenção do agente, que não está adstrita a qualquer julgamento moral, aliada ao entendimento (conhecimento da lei e previsão do efeito da ação).

Tissot pontifica que para que houvesse delito imputável, seria mister que a ação fosse reputada delituosa pela consciência pública “ou, ainda melhor, pela lei. A lei nada mais é do que o órgão dessa consciência (...), de modo que o delito assume um caráter legal claramente determinado”. Seu agente, necessariamente uma pessoa, deveria agir com vontade, ser esclarecido e livre o suficiente. No mesmo sentido, a posição do espanhol Joaquim Francisco Pacheco, a quem se deve a redação do Código Criminal Espanhol de 1848,¹³¹ e a do português Paschoal José de Mello Freire dos Reis, autor dos projetos de Código de Direito Público e Código Criminal (“não há delito nenhum sem vontade certa de delinquir”).¹³²

Competirão, porém, a Francesco Carrara os contornos mais conhecidos do ideário clássico. No célebre Programa de Direito Criminal (1859)¹³³ explicitava que:

o direito é congênito ao homem porque dado por Deus à humanidade desde o primeiro momento da sua criação para que essa possa cumprir os seus deveres na vida terrena; (...) Assim, como primeiro postulado, a ciência do julgar criminal vem a ser reconhecida como uma ordem de razão que emana da autoridade da lei moral jurídica e é preexistente a todas as leis humanas, e que impera inclusive sobre os legisladores” (Prefácio à Quinta Edição, pp. 28-29).

O delito, como ente jurídico, seria concretizado como resultado de forças que não se confundem com os elementos do delito: o ato de escrever e o ato de pensar sobre o que se escreve, por exemplo, não são elementos do escritor, porém “verdadeiramente a exteriorização (*estrinsecamento*) de duas forças [moral e física] com as quais se completa o conceito do homem que escreve e do homem que pensa” (p. 101). Ambas têm uma dimensão subjetiva, a partir de suas causas e outra objetiva, a partir de seus resultados. A força moral subjetiva, assim, é a “vontade inteligente do homem que age”; a objetiva, por sua vez, é o “resultado moral”, isto é, “a intimidação e o mau exemplo que o delito causa nos cidadãos, ou seja, o

¹³¹ ARECHIGA, Manuel Vidaurri. *Estudios jurídico-penales*. Guanajuato: Universidad de Guanajuato, 1997.

¹³² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *170 anos de legislação penal brasileira: as luzes na Constituição de 182 e no Código Criminal do Império*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 8, v. 32, out-dez., 2000, p. 174.

¹³³ As seguintes referências corresponderão à edição consultada, a saber, CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*. Parte Generale. 7ª. ed. Lucca: Tipografia di G. Canovetti, 1889, vol. I.

dano moral do delito” (§ 56). A força física subjetiva traduz-se no agir do corpo com o qual o agente executa o projeto perverso; a dimensão objetiva, por fim, é a “ofensa ao direito atacado, ou, como alguns dizem (...), o dano material do delito” (§ 57).

A força moral do delito tem quatro requisitos: (i) a cognição da lei; (ii) a previsão dos efeitos; (iii) a liberdade de escolher; e (iv) a vontade de agir (§ 59). Os dois primeiros, reunidos, resultam no concurso de intelecto (§ 61), ao passo que os últimos, no concurso de vontade (§ 62). A soma desses concursos redundava na intenção, definida enquanto gênero como “um esforço da vontade em direção a um certo fim” e enquanto espécie, como “um esforço da vontade em direção ao delito” (§ 63).

Da intenção deduzem-se o dolo e a culpa. Dolo é “a intenção mais ou menos perfeita de fazer um ato que se sabe contrário à lei” (§ 69) e culpa, “a omissão voluntária de diligência em calcular as conseqüências possíveis e previsíveis do próprio fato” (§ 80).

Helga Trabant e Henning Trabant, sintetizando as idéias apontadas, afirmam que os autores da Escola Clássica “compartilham a idéia fundamental do Iluminismo quanto ao indivíduo livre que age responsavelmente, cuja consciência é determinada pelas circunstâncias em que ele vive”.¹³⁴ Em outras palavras, nada separa o delinqüente do respeitador da lei, exceção feita à conduta delitiva. O aparente truísmo revela uma visão de sujeito: o criminoso não é louco, nem facínora, nem pecador; é um indivíduo essencialmente igual aos demais que, todavia, agiu de modo ilícito, para formular em termos genéricos. Pessina o declara com limpidez: “não é a personalidade humana que gera o delito; a causação do delito está na liberdade da qual abusa o delinqüente. O homem, em resumo, delinqüente não na medida em que ele *seja*, porém na medida em que ele *obre*”.¹³⁵

Com efeito, o indivíduo como nova unidade de medida do mundo soeria ser igual aos demais; não se poderia derrubar um regime autoritário apenas trocando o dono do chicote. A união de

¹³⁴ TRABANDT, Helga; TRABANDT, Henning. *Aufklärung über Abweichung*. Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1975, p. 15.

¹³⁵ PESSINA, Enrico. *Elementi di Diritto Penale*. 3. ed. Nápoles: 1872, t. I, p. 315.

homens livres e iguais é que dava esteio ao pacto social, de modo que a igualdade era alicerce indispensável desse pensamento.

Os denominadores comuns a todos os homens que lhes faziam intrinsecamente iguais entre si eram a razão e a liberdade. Tais conceitos devem desde logo ser lidos com cuidado. Por liberdade, tem-se aquela condição de que o sujeito não está determinado previamente em suas ações (livre-arbítrio); por razão, entenda-se aquela capacidade de compreensão, de inteligência. A razão, aqui, não é constitutiva; ela já existe em Deus ou na natureza e há apenas que ser revelada por meio da inteligência. Como se vê, são idéias ainda embrionárias do sentido que hoje se lhes confere.

O homem moral, em uma palavra, era dotado de livre-arbítrio, condição bastante para aferir sua culpa, cujos contornos permanecem *grosso modo* os mesmos daqueles delineados por Pufendorf dois séculos antes do Programa de Carrara. Nas palavras de Gonzalo Fernández:

eu não me ocupo de questões filosóficas – advertia Carrara —, em razão de que pressuponho como aceita a doutrina do livre-arbítrio e da imputabilidade moral do homem e como assentada sobre essa base a ciência criminal, que mal se constituiria sem aquela”.

O livre-arbítrio, concebido como princípio da *liberdade natural* do homem, fundamenta a chamada “imputabilidade moral” nos grandes sistemas clássicos.¹³⁶

Do mesmo ventre da Escola Clássica dá-se à luz o Positivismo que tomará outro caminho na busca da razão. Onde os clássicos viram um homem dotado de livre-arbítrio a quem protege o Direito natural, os positivistas viram um mundo determinado causalmente, inclusa a vontade do indivíduo, não cabendo falar-se em livre-arbítrio. Onde os clássicos criaram modelos teóricos para explicar o delito, em franco menosprezo ao direito positivo, os positivistas voltaram seus olhares para o mundo empírico, em igual menosprezo às indagações teórico-metafísicas. Isso explica o porquê, nas palavras de Sergio Salomão Shecaira, de o primeiro grupo ter descoberto o crime; e o segundo, o criminoso.¹³⁷

¹³⁶ FERNANDEZ, Gonzalo. *Culpabilidad y teoría del delito*. Montevideo: B de f, 1995, p. 72.

¹³⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, p. 76.

O positivismo não-jurídico teve seus filhos mais célebres na Itália, cumprindo destacar Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo. No que diz respeito ao tema do presente trabalho, a primeira providência teórica dos positivistas foi sepultar a culpa, como consequência direta do sepulcro do livre-arbítrio. Quando não há falar em vontade livre, não há falar em vontade, não há falar em culpa. Haveria sim, como consequência do fato de viver-se em sociedade assumir uma responsabilidade pelos atos praticados, denominada responsabilidade social.

Ao retirar o fundamento do Direito penal clássico e ao alterar (aparentemente) a visão de sujeito que lhe dava sustento, a perspectiva conferida pelos positivistas tomou rumos opostos aos da Escola Clássica. A pena já não tinha nenhum significado ético ou jurídico, sendo apenas um excelente recurso de intervenção na realidade sensível, com vistas a proteger a sociedade contra os criminosos (e não mais o criminoso em face do Estado). A pena, aliás, desaparece dando lugar às medidas de segurança ou aos substitutivos penais, conforme o caso. Os antigos graus de imputação moral ou culpa são trocados por outra régua: “a intensidade da defesa da sociedade dependeria do grau de probabilidade de que o sujeito cometesse um delito”.¹³⁸ Garofalo cria, assim, o conceito de temibilidade, que será eternizado sob o nome de periculosidade. Nas palavras de Eduardo Reale Ferrari:

a temibilidade implicava a perversidade constante do delinquente, bem como a quantidade de mal previsto que se deveria recear por parte do indivíduo perigoso, configurando-se a medida de segurança seu instrumento de contenção; nascia a relação temibilidade-medida de segurança. Com a análise dos exames que constataavam a inadaptabilidade social do delinquente, bem como seu perigo social, escolhia-se, na medida de tratamento, o fim profilático a proteger a sociedade. A temibilidade era a justificativa para a imposição do tratamento. Unificava os fins de proteção social e tratamento, alcançando a eficácia com a obstrução de novos delitos.¹³⁹

Nem um idealismo radical, nem um empirismo absoluto. Não se podia ignorar que havia um direito penal positivo, ainda que fragmentário, em curso. O foco único no delito ideal, jusnaturalista, ou no criminoso, positivista, contribuía pouco para a compreensão e dominação

¹³⁸ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo: B de f, 2002, p. 163.

¹³⁹ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, pp. 22-23.

do mundo. Era preciso situar a análise do Direito em um ponto intermediário, dando origem ao positivismo jurídico.

Essa perspectiva nasce na Alemanha, mais precisamente com o labor de Paul Johann Anselm von Feuerbach, dando origem à dogmática penal moderna. A ele coube conciliar os princípios ideais com a legislação positiva, tendo sido formulado, então, o famoso brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*. A preocupação de vincular o crime com a lei é evidente, invertendo-se o antigo predomínio do direito natural diante do direito positivo.

A *Menschenbild* de Feuerbach, contudo, é decisivamente iluminista. Defensor da idéia de que a pena teria função de prevenção geral, colocava-se como condição teórica um determinado tipo de sujeito

que em qualquer tempo seja capaz de comparar, por meio de uma razão fria e calculista, as vantagens esperadas com o cometimento do crime com a desvantagem a se esperar da pena, de modo assim a chegar racionalmente à conclusão de que seria melhor evitar tal desvantagem ao invés de perseguir cada vantagem. Esse seria o cerne da coação psicológica: “apoiar a luta da razão contra os motivos delinquentes, ou seja, exercitar uma coação psicológica contra tais motivos inimigos do direito”.¹⁴⁰

Assim, é imputável aquele sujeito capaz de se deixar influenciar pela lei penal, sendo necessário para tanto que tenha claro para si que o comportamento desejado contraria a lei, ou, mais precisamente, que a representação da punibilidade do comportamento possa influenciá-lo quando do cometimento do fato.

O autor renuncia, conseqüentemente, a qualquer idéia de imputação a partir da culpa com conteúdos éticos e declina por completo do livre-arbítrio como fundamento da responsabilidade criminal. Como o Estado deve interessar-se apenas pela legalidade do agir externo, e não pela imoralidade da motivação interna, Feuerbach abandona qualquer consideração à liberdade. “Apenas são verdadeiros aqueles fundamentos da punibilidade que advenham da natureza das leis penais e da pena; todos os demais são falsos, na medida em que

¹⁴⁰ SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1965, p. 239.

contradizem essa natureza da pena civil e da lei penal”.¹⁴¹ À míngua de uma idéia de culpa e firme ao marco positivista, o autor fundamenta a imposição da pena em termos puramente preventivos.

Ao positivismo jurídico, todavia, não seria suficiente a mera inversão de importância entre os direitos positivo e natural levada a cabo por Feuerbach. Em sua versão mais radical, o positivismo normativo, abdica-se definitivamente de qualquer consideração valorativa, sendo o direito positivo o único objeto do Direito penal. Seu representante máximo na Alemanha foi Karl Binding, que embora tenha sido o primeiro a não mais falar em imputação moral, porém em culpabilidade, não a vincula à dimensão de liberdade, como se verá a seguir.

VI – O sujeito culpável no Iluminismo: primeiro pilar da culpabilidade

Por ora mister apenas recolher o quanto se veio afirmando ao longo desse item: quando a culpabilidade nasce como elemento do delito, isto é, com a obra de Binding, tem-se uma determinada imagem de homem, iluminista, que percorreu inalterada os séculos XVII e XVIII, pouco importando a abordagem idealista ou positivista. Nas palavras de Muñoz Conde: “a visão de sujeito do Iluminismo é a do indivíduo que age racionalmente, que pode se decidir entre o bem e o mal e que é senhor auto-responsável de seu destino”.¹⁴²

Em primeiro lugar, trata-se de indivíduo igual e livre. A afirmação pode gerar espanto diante da peremptória negação do livre-arbítrio pelas correntes positivistas. O positivismo não admite o livre-arbítrio como critério de aferição de culpa, eis que cientificamente indemonstrável. Ademais, a lei causal seria aplicada a todas as ocasiões, inclusas as ações humanas. A isso não equivale afirmar que o homem não escolha efetivamente suas ações; não fosse assim, não faria nenhum sentido o emprego do Direito penal com vistas a prevenir o delito. Fosse o indivíduo completamente não livre, determinado, não estaria nem mesmo suscetível à ameaça da pena. O que o positivismo jurídico faz é descartar as indagações quanto à liberdade, sendo suficiente para o funcionamento do sistema que a vontade tenha sido a causa eficiente do delito.

¹⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 240-241.

¹⁴² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Über den materiellen Schuldbegriff*. Heidelberg: Goltdammer’s Archiv für Strafrecht, 1978, pp. 65-78, p. 66.

Incontestável que o sujeito teve a liberdade de escolher agir em conformidade ou em desconformidade à norma; tal liberdade, todavia, é indemonstrável e irrelevante. É uma não-questão, cujo anverso não leva à afirmação de que os positivistas não acreditavam na existência da liberdade em si. Vide a crítica de Bernd Schünemann: “as tentativas teóricas de negar completamente a referência ao livre-arbítrio deveriam redundar forçosamente em um direito penal especial-preventivo de medidas de segurança”.¹⁴³

Em segundo lugar é racional, isto é, capaz de compreender todos os valores protegidos pelo Direito natural a partir de sua razão, bastando, para tanto, a vida em sociedade. Em outras palavras: o sujeito iluminista conhece o Direito natural. Sempre.

Ao ser indagado sobre o que seria o Iluminismo, respondeu Kant: é a saída do ser humano de sua própria imaturidade, assim entendida a impotência de valer-se de seu intelecto sem ser guiado por outrem.¹⁴⁴ Parte dessa emancipação está relacionada à capacidade de decisão: “a natureza quis que o ser humano, que ultrapassa a mecânica condição humana de sua existência animal, se auto-exteriorizasse completamente, e não se experimentará nenhuma outra felicidade ou completude senão no que ele mesmo, livre do instinto, por meio de sua razão, tenha realizado”.¹⁴⁵ O ser humano racional torna-se portador da decisão valorativa, de sorte que ele não pode mais se esconder atrás do legislador infalível; ele tem de se responsabilizar por suas próprias normas e justificá-las racionalmente.¹⁴⁶

Jorge de Figueiredo Dias, ao percorrer as sendas do conhecimento da ilicitude, localizou, com sua costumeira mestria, uma linha de pensamento milenar a vincular a impossibilidade de se desculpar alguém por não conhecer o Direito natural, “sistema cerrado de proposições normativas de conteúdo imutável e eterno”: Aristóteles, em *Ética a Nicômano*, considerava indesculpável o erro sobre os *universalia* (regras gerais da moralidade), isto é, regras que por

¹⁴³ SCHÜNEMANN, Bernd. *L'evoluzione della teoria della colpevolezza nella Repubblica Federale Tedesca*. Milão: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1990, pp. 3-35, p. 8.

¹⁴⁴ KANT, Immanuel. *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* In: Werke in zwölf Bänden. Frankfurt: Wilhelm Weischedel, 1964, vol. XI, pp. 53-61, p. 53.

¹⁴⁵ KANT, Immanuel. *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*. In: Werke in zwölf Bänden. Frankfurt: Wilhelm Weischedel, 1964, vol. XI, pp. 33-50, p. 36.

¹⁴⁶ HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*. Frankfurt, 1973, p. 30.

todos devem ser conhecidas e que todos podem facilmente conhecer;¹⁴⁷ Cícero, por sua vez, afirmava que a natureza constitui em cada homem “germes da virtude inatos”, ou seja, “as *parvae notitiae* que em cada um vivem as idéias éticas fundamentais que formam a *lumen naturae*, o *consensus omnium*, a voz da natureza coincidente com os conceitos morais primários. São Paulo, no direito canônico, reconhece as leis de Deus como escritas no coração dos homens e das quais dá testemunho “a sua própria consciência e os pensamentos de dentro que os acusam, se fizerem o mal, ou também os defendem, se fizerem o bem”; na mesma linha, Santo Agostinho: “a Vossa lei, ó Senhor, que, indelevelmente gravada no coração dos homens, nem sequer a iniquidade poderá apagar”.¹⁴⁸ Já no Iluminismo, tem-se com Kant: “relativamente à obrigatoriedade das leis morais naturais ninguém pode versar em erro: tais leis de ninguém podem ser desconhecidas, por isso que residem na razão de cada um, de modo que ninguém pode ser desculpado do erro”.¹⁴⁹

A força dessa idéia é tamanha que nem mesmo os positivistas conseguem superá-la: por todos, cite-se Enrico Ferri que cria uma determinada categoria de delitos “relativamente aos quais, por senso natural congênito e por educação, todo o homem normal compreende a ilicitude”.¹⁵⁰ Ao revés, Pablos de Molina, ao se referir ao positivismo criminológico, aponta que esse pensamento se fundamentava em quatro proposições:

- a) A ordem social se fundamenta no consenso; b) O Direito representa e tutela os valores básicos do sistema; c) O Estado garante na sociedade pluralista uma aplicação neutra das leis, antepondo os interesses gerais da sociedade aos particulares dos diversos grupos; d) A Criminologia examina as causas do comportamento criminal que separam certas pessoas de dito consenso.¹⁵¹

¹⁴⁷ Renato de Mello Jorge Silveira resgata a genealogia dessa idéia: desde Sócrates localiza-se certa identidade entre a ação moral e o conhecimento da idéia do bem. Já em Platão, isso se refletiria na idéia do justo e da felicidade, sendo o homem justo feliz e o injusto, infeliz. É, todavia, em Aristóteles que se dá a garantia final da moral, sustentando, na Ética a Nicômano, tratar a alma de suas concepções distintas: a irracional (garantindo a vida vegetativa e sensitiva do corpo) e a racional (expressa no sentido do controle dos desejos humanos, impondo a moderação e estimulando a coragem, e a contemplação da verdade). *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do Direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 114.

¹⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em Direito penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 106-107.

¹⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 114.

¹⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 116.

¹⁵¹ PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia. *Tratado de Criminologia*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 812.

Cumpra, neste momento, seguir nas linhas gerais da evolução dogmática da culpabilidade, com vistas a aferir a manutenção ou não dos referidos pilares dentro da teoria do delito para que se possa, ao fim e ao cabo, ter mapeado os sustentáculos vigentes dessa categoria do delito, no seio da ciência do Direito. No capítulo seguinte valer-se-á da Criminologia para apreciar criticamente a pertinência de tais pilares em face da evolução de determinadas ciências empíricas.

2.3. Karl Binding e o nascimento da culpabilidade

A foz interessada da evolução histórica que se conduziu acerca do conceito de culpa é o tratamento que ele recebeu, pela primeira vez, na obra de Karl Binding. Sensível à insuficiência teórica da *imputatio* para a delimitação dos delitos negligentes, Binding resolve enfrentar o tema; fruto desse labor é a publicação, em 1872, da célebre *As normas e suas violações*¹⁵², em cuja introdução confessa que

mostrou-se-me claro que o problema da ação negligente representa apenas um dentre uma gama de problemas, que se encontram reciprocamente relacionados e que tentativas de lidar com uma parte isolada do problema como um todo não poderiam conduzir a um resultado adequado.¹⁵³

Como resultado, inaugura-se uma concepção de culpa dentro de uma perspectiva sistemática, vale dizer, como elemento integrante de uma teoria do ilícito penal.

I – Aspectos dogmáticos

Um conceito essencial no pensamento de Binding é o de norma, assim entendida como mera proibição (ou ordem) jurídica: “a orientação (*Richtschnur*) vinculante do agir, a qual o delinqüente ultrapassa, é a proibição ou determinação jurídica como tal, sem qualquer advertência para os agentes quanto às conseqüências jurídicas, que estão, sob a forma de condição, ligadas ao comportamento”.¹⁵⁴ A lei penal, perante a norma, exerce papel

¹⁵² BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*.: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872

¹⁵³ *Op. cit.*, vol. I, p. vii-viii.

¹⁵⁴ *Idem, ibidem*, pp. 30-31.

relativamente secundário: ela apenas ameaça com pena (ou deixa impune) uma lesão à norma. Por consequência, ilícito (*Delikt*) é a simples lesão da norma, ao passo que delito (*Verbrechen*) é uma forma de ilícito, na medida em que punível.¹⁵⁵ Uma última dicotomia: antinormatividade será a relação de oposição entre um ato e os comandos normativos; elementos da punibilidade, por sua vez, designarão o juízo acerca da necessidade e extensão da punição do ilícito.

Outra noção fundamental é a de ação, de matriz hegeliana, segundo a qual apenas “é ação a exteriorização da vontade subjetiva ou moral”¹⁵⁶, idéia que já fora formulada, alguns anos antes (1867) por Adolf Merkel, que afirmava que o ilícito depende, para merecer tal qualificação, que sua realização seja característica, por um lado, da vontade e, de outro, de sua relação com as obrigações jurídicas:¹⁵⁷

Sustentaram que as leis penais pressupõe em geral, em relação às ações a que se cominam penas, uma antijuridicidade que tem seu fundamento independentes dessas leis (...), de sorte que seria mister adicionar sempre mentalmente um “antijurídico” às circunstâncias de fato que são expressa ou implícitamente incluídas nas definições penais. Mas não é assim, em verdade. Quando as leis penais ameaçam com penas as ações por elas descritas, declaram implicitamente que elas estão proibidas e que são, portanto, antijurídicas.¹⁵⁸

Essa concepção de ação, unitária, congloba tanto o juízo causal (atribuição do fato à vontade do agente) quanto o juízo distributivo, quem tem por objeto “atribuir ao autor do fato, e em virtude da conexão causal que entre ambos existe, a significação do fato mesmo”.¹⁵⁹ E, ao fazê-lo, esgota de sentido uma cisão categorial entre antijuridicidade e culpa, eis que não se poderia pensar em nenhum comportamento que, ao ser antijurídico não fosse culpável. Com efeito, se só se pode chamar de ação aquele agir nascido da vontade, toda ação que vier a ferir uma norma será antijurídica (do ponto de vista objetivo) e, conseqüentemente, culpável. Logo, todo injusto só o será se for culpável: “antinormatividade e antinormatividade culpável são

¹⁵⁵ ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, p. 28.

¹⁵⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, ap. 6, n. 3, p. 158.

¹⁵⁷ FERNANDEZ, Gonzalo. *Culpabilidad y teoría del delito*. Montevideo: B de f, 1995, p. 151.

¹⁵⁸ MERKEL, Adolf. *Derecho penal*. Parte general. Montevideo/Buenos Aires: B de f, 2004, p. 35.

¹⁵⁹ FERNANDEZ, Gonzalo. *Culpabilidad y teoría del delito*. Montevideo: B de f, 1995, p. 152.

duas coisas idênticas”. Em outras palavras, Binding não conceberá uma ação antijurídica (desvalorada pelo Direito) que, todavia, não tenha sido cometida culpavelmente. Antinormatividade e antijuridicidade, em Binding, são expressões sinônimas.

Por fim, há que se apresentar o conceito de culpa, que veio a substituir a imputação moral. Preliminarmente, aponte-se que a culpa será apenas um conceito analítico, não desempenhando papel autônomo como categoria do delito, justamente em razão da concepção de ação esposada pelo autor.¹⁶⁰

Culpa, segundo Binding, é “a intenção (*Wille*) de alguém capaz de ação como causa de uma ilegalidade”.¹⁶¹ O essencial, para sua caracterização, é a capacidade de ação, que permite uma distinção entre dois atores diferentes: o primeiro, concretizador da vontade e, portanto, revestido de relevância jurídica; o segundo, mero fato, desligado de uma realização anímica, pertencente, por conseguinte, ao âmbito do mero acaso.¹⁶²

Binding postula haver uma capacidade para a ação, genérica e, portanto, abrangente dos âmbitos civil e penal e outra típica do Direito penal, a que denominou de capacidade de ilícito (*Deliktsfähigkeit*), que é o resultado da soma de uma série de subcapacidades, sendo a mais importante o conhecimento das normas, oriunda do caráter próprio do Direito que, em sendo vontade autoritária que demanda obediência, tem como pré-requisito a existência de um comando determinado, ou seja, a norma.¹⁶³ Consequentemente, a transgressão de uma ordem não conhecida não seria um ilícito; Binding defende, todavia, que haveria uma norma secundária a ordenar, em síntese, o conhecimento das normas.

Essa subcapacidade desempenha, assim, um papel ambíguo, pois, em que pese ser um pré-requisito para a fixação da responsabilidade penal de alguém, ela seria amplamente

¹⁶⁰ Hans Achenbach chama atenção para uma pequena reformulação que o autor fará em seu Manual de Direito Penal em que, para fins teóricos, Binding subdividirá o delito em tipo penal objetivo, tipo penal subjetivo e imputação da culpa. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, p. 28.

¹⁶¹ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*.: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872, vol. II, p. 102.

¹⁶² ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, p. 29.

¹⁶³ *Idem, ibidem*, p. 30.

compartilhada pelo corpo social. Isso porque a todos está dirigida a norma que ordena o conhecimento das demais normas, quase que diluindo toda a função garantista da mencionada subcapacidade na ficção jurídica do dever de conhecer todas as normas.

Para contornar a flagrante contradição, o autor dá contornos muito amplos à capacidade de conhecimento das normas, pois para tanto não é exigível o conhecimento das construções jurídicas publicizadas, bastando apenas que o Direito venha ao encontro do sujeito por meio de um dos milhares de canais da vida cotidiana. “A autobusca (*Selbstsucht*) nos diz com o que nós precisamos aquiescer e nossa razão o deduz corretamente, no mais das vezes, que tais comportamentos hão de ser proibidos em face dos outros ou dos outros para conosco”.¹⁶⁴

Quiçá ainda fortemente influenciado pelo pensar dos práticos, Binding parece temer o impacto da alegação de desconhecimento normativo nos Tribunais: “o recurso” a tal tese, afirma, “no mais das vezes, [é] uma mentira evidente”.¹⁶⁵ Considera, assim, que afirmar a existência do dever de conhecer as normas é medida mais do que apropriada, sendo mesmo necessária. Tem como injusto punir alguém pelo descumprimento de uma ordem desconhecida; o correto seria punir alguém pela negligência em não ter conhecido a ordem, eis que isso lhe era exigível.¹⁶⁶

A segunda subcapacidade seria a de atualização do conhecimento da norma: “cada uma de tais leis requer das pessoas que elas se esforcem para conservá-las na memória, quando não for capaz de construir a própria existência (*Dasein*), a partir da necessidade, por meio de suas prudentes considerações”.¹⁶⁷ Com isso, esclarece Couso Salas, “não é capaz de ação quem, em que pesem os esforços para recordar a norma a esquece sem culpa de sua parte”.¹⁶⁸

¹⁶⁴ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*.: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872, vol. II, p. 66.

¹⁶⁵ ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, p. 65.

¹⁶⁶ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*.: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872, vol. II, p. 69.

¹⁶⁷ ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, p. 31.

¹⁶⁸ COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad*: historia, teoría y metodología. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 70.

A terceira subcapacidade seria a aptidão como sujeito de dever ou capacidade de dever, assim encarada: “ainda que conheça a norma, o sujeito pode apenas por ela se orientar, quando for capaz com ajuda da percepção de se motivar de tal forma pela obrigação, que os contra-incentivos, os quais querem evitar a consecução da obrigação, sejam subjugados”.¹⁶⁹ Abarca tanto a possibilidade de avaliar os impulsos emergentes (e a de mobilizar os respectivos contra-impulsos), como a de fazer prevalecer de fato o motivo da obrigação, devidamente observado.

A última subcapacidade seria a de cumprir o dever,

com o que abarca uma série de subcapacidades que podem ser resumidas sob a idéia de cognoscibilidade da situação de ação em toda a sua envergadura, além da capacidade de que a própria vontade atue, com o que Binding faz referência, para além da exclusão da coação por um terceiro, a suas afirmações acerca da liberdade de vontade como pressuposto da capacidade de ação.¹⁷⁰

Conclusivamente, Binding define a capacidade de ilícito como:

a aptidão condicionada pelo conhecimento da norma, de reconhecer o conteúdo tanto da decisão quanto do fato em sua relação com a norma, de levar a cabo a decisão a serviço da própria vontade, em realizar sua expressão de força, reconhecível em sua significação, e de manter em virtude dos motivos da obrigação o comportamento em harmonia com a norma.¹⁷¹

Ou, de maneira mais sintética: “a aptidão de reconhecer o próprio ato em relação com a norma e manter-se em harmonia com ela”.¹⁷²

A culpa subdivide-se em dolo e negligência. São, a rigor, elementos da punibilidade e não da antijuridicidade. Isso porque a norma exige que os bens jurídicos sejam protegidos, de sorte que, desse ponto de vista, a lesão à norma será a mesma pouco importando se dolosa ou culposa. A base para a diferenciação das formas da culpa não é dada pelo momento da

¹⁶⁹ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, p. 31.

¹⁷⁰COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 70.

¹⁷¹BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872, vol. II, p. 76-77.

¹⁷²*Idem, ibidem*, p. 77.

vontade, porém pela consciência concomitante à vontade a que se inculpa. Dolo aqui é entendido, portanto, como vontade conscientemente antijurídica e negligência, vontade inconscientemente antijurídica. A imputação não desaparece. Ela designa com exatidão se a intenção foi a causa de um determinado fato: constata-se, assim, se uma modificação juridicamente relevante “constituiu-se como auto-realização de uma vontade juridicamente relevante”¹⁷³ ¹⁷⁴.

Para resolver o problema do ilícito negligente, Binding coloca-se a seguinte questão: aquele que se determinou quer apenas o que previu ou pode ele querer também algo não previsto? Defende que a intenção é “o saber da vontade”, que não coincide com “a consciência dos conteúdos da ação”; isso porque a intenção não opera de acordo com nossas previsões, porém de acordo com a estipulação da lei da causalidade. Em poucas palavras: o mundo não se comporta como o indivíduo deseja; o desejo é que deve contemplar, para sua realização, as leis que regem o mundo. Assim, a intenção abarca os desdobramentos esperados em virtude do pré-conhecimento das relações de causalidade. Portanto, formula Binding, “nós queremos com as causas todas as suas conseqüências indiscriminadamente, porque nós não podemos querer nada diferente do que aquilo com o que nos conformamos como conseqüências”.¹⁷⁵ O que foi causado pelas pessoas o é sempre intencionado, tendo ele podido imaginá-lo ou não.¹⁷⁶

II – Valoração

Não se pode afirmar que o conceito de ação de Binding tenha sido novidade, eis que caudatário dos penalistas hegelianos; igualmente a cisão da culpabilidade em dolo e negligência dá continuidade a uma antiga tradição.

Inédita, porém, a necessidade do conhecimento da norma como pressuposto da capacidade de ação (e de delito). Com isso não se reconheça em Binding um caráter normativo da

¹⁷³ *Idem, ibidem*, p. 45.

¹⁷⁴ ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, p. 32.

¹⁷⁵ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*.: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872, vol. II, p. 112.

¹⁷⁶ ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, p. 29.

culpabilidade: não se trata de empregar o conhecimento da norma como critério de reprovação do injusto. O conhecimento da norma deve ser lido dentro de seu marco metodológico: na medida em que Binding abraça o positivismo normativo, colocando o Direito positivo como único objeto do Direito penal, mister vincular a norma a seu esquema de delito. Trata-se, assim, de vincular o conceito de delito à norma, que, por constituir o alicerce do Direito, há de desempenhar um papel concreto, tangível. Do contrário, o senso de proibição restaria sempre ligado a alguma espécie de cogitação valorativa, perigosamente próxima ao conceito de Direito natural, de todo indesejável na análise de Binding. Representa, todavia, um importante passo rumo a uma culpabilidade individualizadora.

Igualmente, a capacidade para o dever, subdividida em (i) possibilidade de avaliar os impulsos emergentes (e a de mobilizar os respectivos contra-impulsos) e (ii) de fazer prevalecer efetivamente o motivo da obrigação; são, respectivamente, os germes do que se denominará, mais tarde, de imputabilidade e exigência de comportamento adequado à norma.¹⁷⁷ Por fim, deve-se mencionar o tratamento conferido ao erro que, sendo inescusável, dá lugar apenas à imputação a título de negligência.¹⁷⁸

2.4. O sistema Liszt-Beling

I – Considerações iniciais

O pêndulo do método da ciência criminal, como se viu, oscilou entre dois extremos metodológicos: o jusnaturalismo, em uma ponta, e o positivismo, na extrema oposta. Ali, a Escola Clássica; aqui, a Escola Positiva Italiana. Na busca de caminhos intermediários, nascem a *terza scuola* e, com maiores impactos, o positivismo jurídico de Feuerbach. Este se desdobrou no positivismo jurídico-normativo, cujo objeto eleito como o do Direito penal era única e tão-somente o Direito positivo.

¹⁷⁷ COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad*: historia, teoría y metodología. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 71.

¹⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 72.

O Direito estático, ideal, típico do liberalismo não se mostrava adequado ao Estado social intervencionista que vinha se desenhando na Alemanha. “O direito penal de garantia, despreocupado em incidir na realidade e mais propriamente preocupado em não fazê-lo” toma a feição de um “chamado a encarnar um direito de prevenção efetiva”.¹⁷⁹ Em termos de método, era preciso, para além do direito positivo, também contemplar a realidade empírica do delito.

Com essa missão publicou Franz von Liszt o famoso Programa de Marburgo (1882), fortemente inspirado pelas idéias do evolucionismo de Charles Darwin. O estudo do direito positivo deveria atender às regras científicas, cedendo ao método naturalista; a compreensão do fenómeno criminal, no entanto, para além do manejo abstrato e racional das normas do Direito posto, demandava uma dimensão experimental. A somatória desses saberes integraria a ciência penal integrada (*gesamte Strafrechtswissenschaft*), a serviço de uma política criminal “consciente de sua meta”: “exigimos que o Estado, a ordem jurídica, combata o delito com maior consciência de seus objetivos do que teve até agora, com menos prejuízos do que gerou até agora”.¹⁸⁰

Cria, assim, no plano teórico uma situação que ele mesmo reconhecia paradoxal: de um lado as ciências criminais têm a missão (positivista) de prevenir o delito, sem com isso abandonar aquela (clássica) de proteger o indivíduo, mesclando as abordagens de matiz iluminista. O Direito penal seria, assim, o poder punitivo do Estado, porém limitado juridicamente: “agora posso acrescentar: o direito penal é a infranqueável barreira da política criminal” ou, como constou da célebre frase: “o Código Penal é a *magna carta* do delinquente”.¹⁸¹

Do ponto de vista dogmático, existe relativo consenso de que a teoria do delito remonte ao sistema Liszt-Beling, em que pela primeira vez surgem as quatro categorias centrais (ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) que se perpetuam em todas as teorias

¹⁷⁹ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo: B de f, 2002, p. 198.

¹⁸⁰ VON LISZT, Franz. *Die Zukunft des Strafrechts*. In: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Berlim: 1970, t. II, p. 3.

¹⁸¹ VON LISZT, Franz. *Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*. In: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Berlim: 1970, t. II, p. 80.

subseqüentes, ainda que organizadas em combinações diversas.¹⁸² *Per se* já ilustram o impacto do naturalismo na medida em que são fruto da necessidade científica de desenvolver um sistema estratificado e analítico do ilícito penal.¹⁸³

II – Aspectos dogmáticos

O primeiro passo no referido sistema é dado por Franz von Liszt ao definir o delito como “ato culpável, contrário ao Direito e sancionado com uma pena”. Binding, por sua vez, acrescenta a tipicidade, como categoria autônoma, refinando a definição para: “ação típica, antijurídica, culpável, submetida a uma cominação penal adequada e ajustada às condições de dita penalidade”.¹⁸⁴

Comparada com a teoria exposta por Binding, a primeira ruptura dogmática se dá no campo da ação. Cinco anos antes da primeira edição de *Die Normen*, Rudolf von Ihering defendera haver, no âmbito do direito privado, injustos não culpáveis, isto é, determinadas infrações que, embora cometidas sem culpa, ainda subsistiriam como fatos antijurídicos capazes de gerar consequências a seu autor. A idéia é incorporada, em 1881, à dogmática penal por Hugo Hälschner, em sua obra *O direito penal alemão comum*.¹⁸⁵ Von Liszt adere ao modelo iniciado por Jhering, frontalmente oposto à visão unitária de ação de Binding, e apresenta em seu Tratado de Direito Penal uma separação clara entre injusto, de um lado, e injusto culpável, de outro.

A ação é definida, assim, como “ação voluntária no mundo exterior, causa voluntária ou não impeditiva de uma mudança no mundo exterior”, não se falando mais em ação como expressão da vontade moral (Binding). Adotando um viés naturalista, desvincula-a de qualquer elemento transcendente, cindindo-a em três elementos.

¹⁸² COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 72.

¹⁸³ FERNANDEZ, Gonzalo. *Culpabilidad y teoría del delito*. Montevideo: B de f, 1995, p. 164.

¹⁸⁴ COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 73.

¹⁸⁵ SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1965, pp. 302.

O primeiro seria a manifestação de vontade, nomeadamente impulso da vontade (*Willenimpuls*), “consistente em uma conduta voluntária, livre de violência física ou psicológica, determinada ou motivada pelas representações”. O segundo, o resultado, era compreendido como aquela alteração concreta no mundo sensível.¹⁸⁶ O terceiro elemento é, em verdade, a relação que se estabelece entre os dois elementos já mencionados (o impulso da vontade e o resultado), e tem dois aspectos. Um objetivo, de pura relação causal, ou seja, relação de causalidade ou de não impedimento; outro subjetivo, que, por sua vez, constitui uma relação psicológica, cujo conteúdo central seria a previsão (ou a possibilidade de previsão) por parte do autor do resultado. A causalidade psicológica é o conteúdo da culpabilidade, integrada pelo dolo e pela culpa.¹⁸⁷

Em termos simplificados, como qualquer outro fenômeno natural o delito tem causa, a saber, a ação humana. Entretanto, não toda e qualquer ação humana: onde Binding exigia a expressão de uma vontade moral, o sistema Liszt/Beling demandava, para além da relação causal física, a mera existência de uma relação psicológica, isto é, de vontade, entre o autor e o resultado (nomeada de culpabilidade).

A culpabilidade teria como requisitos, assim, a imputabilidade (*Zurechnungsfähigkeit*) e a imputação (*Zurechensbarkeit*). A imputabilidade

se dá com aquele estado psíquico do autor que lhe garanta a possibilidade de conduzir-se socialmente, isto é, com a faculdade que tem o agente de determinar-se, de um modo geral, pelas normas da conduta social, sejam pertencentes ao domínio da religião, da moral, da inteligência etc., ou aos domínios do direito.¹⁸⁸

Trata-se de uma capacidade, mais especificamente uma capacidade de “responder a exigências da vida comum dos homens”. Von Liszt divide-a em três aspectos: (i) capacidade de engendrar, com riqueza, representações “para a completa valoração social”; (ii) capacidade de associá-las de maneira normal e com velocidade normal; (iii) a existência de uma base efetiva

¹⁸⁶ FERNANDEZ, Gonzalo. *Culpabilidad y teoría del delito*. Montevideo: B de f, 1995, p. 168.

¹⁸⁷ COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 75; FERNANDEZ, Gonzalo. *Culpabilidad y teoría del delito*. Montevideo: B de f, 1995, p. 168.

¹⁸⁸ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Traduzido da 20^a. ed. alemã, por Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1927, t. II, pp. 384-385.

de tais representações, de tal sorte que “a força motivadora das normas gerais, jurídicas, morais, religiosas etc. corresponda à média”; e (iii) normalidade tanto da direção como do vigor dos impulsos da vontade (*Willensimpulse*). Sinteticamente:

é susceptível de imputabilidade todo homem com desenvolvimento mental e mentalmente são, cuja consciência não se encontre perturbada. O conteúdo normal e a força motivadora normal das representações constituem a essência da imputabilidade”.¹⁸⁹

Tal como Binding, von Liszt trata a imputabilidade como a capacidade jurídico-penal de ação (*strafrechtliche Handlungsfähigkeit*), composta de um conjunto de subcapacidades. “Diferentemente desse, porém, para quem a capacidade de ação constituía o verdadeiro cerne da culpa, a imputabilidade não é, para von Liszt, componente da culpa, porém mero pré-requisito”.¹⁹⁰

Já a imputação do ato ocorria quando o “autor conhecia a significação anti-social de sua conduta ou quando tivesse podido e devido conhecê-la, isto é, quando o agente, no caso concreto, não foi determinado pelas normas da conduta social”.¹⁹¹

Por fim, a culpabilidade se divide em dolo e negligência. Dolo seria o conhecimento que acompanha a manifestação de vontade de todas as circunstâncias de fato que acompanham o fato previsto pela lei:

somente por meio de sua relação com a significação anti-social do fato pode determinar-se, de modo conclusivo, o conceito de dolo, no sentido jurídico-penal. Portanto, o dolo poderia e deveria ser definido como a consciência do autor de que seu ato ataca, lesionando ou pondo em perigo, os interesses juridicamente protegidos, sejam de um indivíduo, sejam da coletividade.¹⁹²

Negligência, por sua vez, “seria a não previsão do resultado previsível no momento em que ocorreu a manifestação da vontade, sendo previsível o resultado quando o sujeito tivesse

¹⁸⁹ *Idem, ibidem*, pp. 384-385.

¹⁹⁰ ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, p. 40.

¹⁹¹ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Traduzido da 20^a. ed. alemã, por Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1927, t. II, p. 377.

¹⁹² *Idem, ibidem*, p. 402.

podido e devido prevê-lo”.¹⁹³ “Materialmente”, aponta Couso Salas, “a punição da imprudência fundamenta-se no fato de que ‘o autor não reconheceu, sendo possível fazê-lo, a significação anti-social de seu ato, por causa de uma indiferença perante as exigências da vida social. Portanto, em última instância, apresenta-se a culpa como uma falta de sentido’”.¹⁹⁴

Embora psicológica, tal relação pode ser aferida por meio dos valores, ou mais precisamente, da consideração valorativa contida na norma, em contraste com a ação. Segundo tal relação:

o ato culpável é a ação dolosa ou culposa do indivíduo imputável. Da significação sintomática do ato culpável, com relação à natureza peculiar do autor, se deduz o conteúdo material do conceito de culpabilidade; este tem raiz no caráter associal do autor, cognoscível pelo ato cometido (conduta anti-social); isto é, na imperfeição do sentimento de dever social necessário para a vida comum no Estado, e na motivação anti-social, provocada por esta causa (em propor-se a um fim contrário aos fins da comunidade).¹⁹⁵

A culpabilidade, conclusivamente, era pensada dentro da relação subjetiva entre o fato e o autor, vale dizer, “no sentido mais amplo, é a responsabilidade do autor pelo ato ilícito que realizou. O juízo de culpabilidade expressa a consequência ilícita (*Unrechtsfolge*) que traz consigo o fato cometido, e se lhe atribui à pessoa do infrator. À desaprovação jurídica do ato, soma-se a que recai sobre o autor.”¹⁹⁶

À teoria aqui exposta Ernst von Beling fez importante contribuição, sobretudo ao adicionar o princípio do *nullum crimen sine praevia lege*. Em verdade, Beling aprimora o conceito de *Tatbestand* que originalmente era o sinônimo da expressão latina *corpus delicti*, isto é, “o conteúdo real do ilícito apreciado em sua existência material”. Assim, ao lado da antijuridicidade e da culpabilidade, a ação também deveria ser típica, isto é, seus elementos deveriam estar previstos em uma lei, prévia à ação. Trata-se, assim, de categoria valorativamente neutra, de caráter descritivo e objetivo.

¹⁹³ *Idem, ibidem*, p. 397.

¹⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 420.

¹⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 376.

¹⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 375.

No Brasil, são representantes notórios da teoria psicológica da culpabilidade Basileu Garcia e Nelson Hungria.¹⁹⁷

III – Valoração

O sistema Liszt/Beling significou um avanço importante na “missão propriamente individualizadora da imputação conferida à culpabilidade”.¹⁹⁸ Isso porque, na esteira de Jhering e Hälschner, cinde o injusto, de um lado, da culpabilidade, de outro. Na primeira categoria, ter-se-ia a lesão de um bem jurídico; na segunda, a relação subjetiva entre o autor e o fato. Admite-se, assim, a existência de um ato injusto que, todavia, não seja culpável, cenário impossível em Binding.

A valoração, contudo, só será completa quando nela embutir-se a seguinte indagação: o que será feito dos autores que cometeram injustos não culpáveis? Lamentavelmente von Liszt adota a seguinte posição, rememorada por Francisco Muñoz Conde:

tal como um membro enfermo envenena todo o organismo, também o câncer dos delinquentes habituais, que cresce cada vez mais com maior rapidez, penetra em nossa vida social. (...) Mendigos e vagabundos, prostituídos de ambos os sexos e alcoólatras, estelionatários e pessoas do submundo no mais amplo sentido da palavra, degenerados psíquicos e físicos. Todos eles formam um exército de inimigos básicos da ordem social, em que os delinquentes habituais constituem seu Estado Maior e para esse tipo de delinquentes propõe “a prisão perpétua ou de duração indeterminada em campos de trabalho, em colônias penais, com estreita obrigação de trabalhar e com o máximo de aproveitamento possível da força de trabalho, sem excluir como pena disciplinar aquele de açoites”.¹⁹⁹

Com isso, pode-se até compreender melhor a mundividência de von Liszt, mas isso não elide *per se* o ganho dogmático da cisão entre injusto e culpabilidade, como bem o demonstra a própria história da dogmática penal.

¹⁹⁷ BARBOSA, Marcelo Fortes. *Culpabilidade, conceito e evolução*. In: Revista dos Tribunais, ano 84, n. 720, outubro, 1995, pp. 374-379, p. 374.

¹⁹⁸ COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 78.

¹⁹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Política criminal y dogmática jurídico-penal en la Republica de Weimar*. Revista DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 15-16, vol. II, 1994, pp. 1025-1050, p. 1033.

Também a adoção da teoria psicológica representaria um ganho teórico em relação à imputação moral dos clássicos. Isso porque, pensada em um esquema de ciências naturais, haveria de ser aferida por meio de critérios objetiváveis e verificáveis, exigência que a especulação metafísica do Direito natural dispensaria. Há de se ter claro, todavia, que essa relação psicológica será muito empobrecida à luz da negação do livre-arbítrio, de que partem as idéias de von Liszt.

Ainda, é preciso anotar a concepção da culpabilidade como limitação da punição, eis que o Direito penal seria a barreira infranqueável da política criminal. Com efeito, assume a posição de que a pena deveria ser limitada à luz dos objetivos (político-criminais) de prevenção do delito, como dimensão de proteção do indivíduo diante do Estado.²⁰⁰

IV – A noção de bem jurídico como herdeira funcional do jusnaturalismo: o segundo pilar da culpabilidade

Conclusivamente, há que chamar atenção para o fato de que não se nota nenhuma alteração teórica quanto ao primeiro pilar da culpabilidade. A partir de seus contornos, a propósito, pode-se inferir qual era a visão de sujeito epistêmico de von Liszt. Tome-se como ponto de partida seu conteúdo material do conceito de culpabilidade: (i) tem raiz no caráter associal do autor e é (ii) cognoscível por meio do ato cometido. Em outras palavras, o autor de um delito revela, em seu ato, que age contra um valor socialmente compartilhado, demonstrando, assim, suas “imperfeição do sentimento de dever social necessário para a vida comum no Estado” e “motivação anti-social, provocada por esta causa (em propor-se a um fim contrário aos fins da comunidade)”.²⁰¹

Tanto assim que a imputabilidade, compreendida como capacidade de se conduzir socialmente, supõe que psique do autor (i) disponha de riqueza de representações para a completa valoração social; (ii) que a associação de tais representações se produza

²⁰⁰ COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, pp. 79-80.

²⁰¹ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Traduzido da 20ª. ed. alemã, por Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1927, t. II, p. 376.

normalmente e em velocidade normal; (iii) tenha uma base afetiva normal das representações; (iv) e de uma força motivadora correspondente à medida média, das normas gerais, jurídicas, morais, religiosas etc.; e (v) que a direção e vigor dos impulsos da vontade não ofereçam nada essencialmente anormal. Arremata, dizendo que “o conteúdo normal e a força motivadora normal das representações constituem a essência da imputabilidade”.²⁰²

Basta para von Liszt que o sujeito disponha de um aparato psíquico normal, condição suficiente para apreender que um ato possa representar a contrariedade a um interesse juridicamente tutelado. Em outras palavras, a normalidade psíquica permite per se ao cidadão normal compreender a ilicitude das ações que contrariem os valores socialmente compartilhados e motivar-se diante da proibição.

Essa idéia fica mais clara quando o autor define o dolo, a que pertencem: “a) a representação do fato, como a de um acontecimento da vida sensível ou o conhecimento das “circunstâncias” de fato; b) o conhecimento da significação anti-social do fato, no sentido do direito vigente, a presunção de que o ato está previsto pela lei, que as circunstâncias de fato estão inclusas nas características de definição de fato (*Tatbestandmerkmale*)”.²⁰³

Na medida em que o “conhecimento da significação anti-social do fato” pressupõe apenas um psiquismo normal, pode-se, tranquilamente, viger “a presunção de que o ato está previsto em lei”, dispensando-se, assim, o conhecimento da lei, exigência que seria impossível de antemão.

Para Basileu Garcia, essa posição cinge “o dolo à vontade consciente de praticar um ato que é criminoso.” Note-se a particularidade: não um ato criminoso, mas um ato – e tal ato é criminoso. Nesse ângulo de observação, não se cogita do entendimento que o agente possa ter, ou não ter, acerca de ilicitude jurídica do fato, mesmo porque, acentua, “o Direito Penal se assenta sobre a base presuntiva do conhecimento geral da lei. O dolo vem a ser a vontade, que tem o agente, de praticar um ato, previsto como crime, consciente da relação de causalidade entre ação e o resultado”.²⁰⁴

²⁰² *Idem, ibidem*, p. 384.

²⁰³ *Idem, ibidem*, p. 397.

²⁰⁴ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1982, p. 277.

Nas palavras de Couso Salas

a concepção de v. Liszt em matéria de conhecimento da antijuridicidade e de erro de proibição representa um retrocesso com relação à de Binding e oferece evidentes traços anti-liberais, pois supõe a existência de uma anti-socialidade objetiva, cujo conhecimento deve bastar ao indivíduo para abster-se de atuar de forma anti-social, ainda quando este desconheça por completo que dita anti-socialidade constitua delito.²⁰⁵

Eis, portanto, um segundo pilar da culpabilidade, profundamente implicado com o primeiro, já exposto: as normas penais traduzem uma verdade universal. Essa noção já estava formada na racionalidade penal moderna, como apontado acima. Seu lócus era o próprio Direito natural, a quem o sujeito iluminista simplesmente teria de conhecer em virtude da razão. Com clareza hialina o decreto português de 9.9.1747, citado por Jorge de Figueiredo Dias: “ignorância não há, que releve de observar as leis, porque elas são públicas, escritas e diuturnas”.²⁰⁶ Conjugados, esses dois últimos pilares permitem a seguinte formulação: o sujeito iluminista conhece sempre o Direito penal, na medida em que ele, protetor do pacto social, herdeiro dos valores do Direito natural, também está inscrito na razão das pessoas.

O positivismo jurídico não poderia dar seqüência a essa idéia em razão de sua postura metodológica. Haveria, todavia, que separar o Direito penal, monopolizador da pena em sentido forte, dos demais ramos do Direito. A exigência, inclusive, de demandar culpabilidade de agentes que cometem delitos é consequência direta da sanção jurídica que o Direito penal aplica. Como já exposto, formou-se, na racionalidade penal moderna, a percepção de que ao Direito penal incumbiria um papel de proteção, o que o autorizaria a valer-se da pena (ou mesmo o obrigaria a fazê-lo). Proteção de quê? Os clássicos não hesitariam em responder: do ataque aos direitos naturais revelados pela razão. Como responder tal pergunta, em sede do positivismo?

A idéia de bem jurídico vem a calhar. Já traz a juridicidade no nome, evitando qualquer indagação metafísica. Traduz, igualmente, uma dimensão de importância, de diferença em

²⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 81.

²⁰⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em Direito penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 53.

relação aos demais ramos do Direito, por se tratar de um “bem”. Ao ler-se, todavia, a definição que Binding dá de bem jurídico, fica evidente tratar-se de um arranjo lingüístico para renomear aqueles direitos inerentes à condição humana ou aqueles ditados por Deus. Curtamente: o bem jurídico é a roupa que o Direito natural vai vestir no positivismo jurídico.

Essa afirmação precisa ser contextualizada: não se afirma com isso que o Direito penal positivo é a mesma coisa que o Direito natural, porém apenas que o Direito penal nasceu como o ramo do Direito a que incumbia proteger o pacto social, os valores mais elementares ou mais racionais ou mais sagrados. No pensamento clássico isso fica explicitado pelo discurso do Direito natural; e por isso mesmo é radicalmente evitado no positivismo. Ocorre que a missão é a mesma lá e cá: combater a criminalidade ou proteger os valores fundamentais, verso e anverso da mesma moeda. O tesouro protegido pelo Direito penal clássico é o mesmo protegido pelo positivista, apenas com mudança nominal, a ser compreendida dentro dos marcos metodológicos, filosóficos e dogmáticos, evidentemente.

Mantido, porém, o pilar da culpabilidade iluminista, a saber, a crença na existência de valores conjuntamente compartilhados, aos quais incumbe ao Direito penal proteger. Colha-se a amplíssima definição de Binding:

bem jurídico é tudo o que tem valor aos olhos do legislador, cuja serena preservação ele deve assegurar por meio das normas. Bens jurídicos não são apenas a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, a honra sexual de cada indivíduo, como também seu créditos, os objetos de direito real, a autenticidade e a veracidade dos meios de prova assim como dos sinais notariais (*Beglaubigungszeichen*), a autoridade das repartições públicas, o território nacional, a força bélica dos Estados durante a guerra: de maneira curta, tudo o que configure objeto de um ataque delituoso, com exceção do direito de obediência dos Estados.²⁰⁷

A idéia extremamente porosa em Binding assume contornos mais definitivos em von Liszt, sempre a reforçar a existência dos referidos valores. O autor indaga-se explicitamente: “Por que o Direito une tais fatos com essas (e precisamente com essas) conseqüências?”. “A

²⁰⁷ BINDING, Karl. *Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1833, p. 169 VON LISZT, Franz. *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche*. In: VON LISZT, Franz, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*. Berlim: Walter de Gruyter, 1905, tomo I, pp. 212-251, p. 227.

resposta”, afirma, “oferece o conceito de bem jurídico. Ele nos diz: em todo o Direito está a vontade das pessoas; seus interesses, tanto individuais quanto coletivos, devem ser protegidos e cuidados por meio das regras de Direito. Os interesses juridicamente protegidos são chamados de bens jurídicos”.²⁰⁸

Tratar-se-ia de um conceito limítrofe, eis que marcaria o fim da lógica formal, própria do Direito positivo, e o início do pensamento final, ou seja, da abordagem teleológica. Seu conteúdo, todavia, é claramente normativo:

A subtrai o relógio de ouro de B; o que queremos dizer quando afirmamos que o bem jurídico da propriedade, de que B era titular, foi lesionado? Eu respondo: o bem jurídico da propriedade não é o proprietário B, também não é a propriedade consistente no relógio, porém o interesse de B, protegido pelo ordenamento, de utilizar o relógio ou dele dispor como quiser.²⁰⁹

Hassemer aponta que a função do bem jurídico dentro da teoria do delito pode ser encarada em duas perspectivas. A primeira, alinhada às idéias recém-apresentadas, denominada de imanente ao sistema, oferece apenas um modelo, a partir do “sistema” jurídico-penal, dos objetos eleitos para a tutela penal, sem colocar em questão tal escolha. Já na segunda, denominada de transcendente ao sistema (ou extra-sistêmica como o prefere Alessandro Baratta²¹⁰), reveste a escolha do objeto de proteção por meio do Direito penal material de uma análise crítica.²¹¹ Os bens jurídicos penais são, assim, aqueles bens que atendem às condições necessárias e suficientes para justificar o surgimento de uma norma penal.

Forma-se conseqüentemente no seio do pensamento penal um confortável hermetismo: “define-se o Direito penal como um instrumento que tutela os interesses vitais fundamentais das pessoas e da sociedade, mas, ao mesmo tempo, definem-se como vitais e fundamentais os interesses que, tradicionalmente, são tomados em consideração pelo direito penal”.²¹² Acrescente-se, ainda, para pacificar definitivamente o conceito, uma determinada visão da

²⁰⁸ VON LISZT, Franz. *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche*. In: VON LISZT, Franz, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*. Berlin: Walter de Gruyter, 1905, tomo I, pp. 212-251, p. 223.

²⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 225.

²¹⁰ HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*. Frankfurt, 1973, pp. 19-22.

²¹¹ BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do Direito penal*: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, 1994, ano 2, n. 5, pp. 5-24, p. 6.

²¹² *Idem, ibidem*, p. 10.

sociedade: aquela consensual²¹³, isto é, harmonicamente constituída em que a noção de conflitividade só pode ser apreendida como desviação.

Por fim, de se registrar que o sujeito epistêmico previsto por von Liszt é motivável pela norma penal, em duas dimensões. Novamente a normalidade da psique levá-lo-ia a reprimir os instintos anti-sociais em prol dos valores vigentes. De alguma forma, a razão seria a força motriz de ação moral. A segunda dimensão está vinculada à ameaça da sanção “(*Strafandrohung*), advertindo e intimidando” que se soma aos mandamentos e proibições da ordem do Direito. Ao cidadão retamente intencionado, lhe demonstra, de forma convincente, o valor que atribui ao Estado e seu mandamento (a ameaça da pena se apresenta como “reprovação” do ato contrário ao mandamento, como expressão do descontentamento (*Unwerturteils*) jurídico e social), para as naturezas menos delicadas representa um mal em perspectiva, como consequência de sua conduta antijurídica, cuja representação deve servir como contrapeso à inclinação criminal. Mas tanto num como noutro sentido, se dirige à totalidade dos sujeitos de Direito (*Rechtsgenossen*) (PREVENÇÃO GERAL)”²¹⁴

Em termos de motivação a ameaça de pena pode ser pensada de duas formas: ou é um critério supletivo ao da razão, isto é, quando a simples verificação racional de que determinada conduta seja a correta falha, o medo de cometer um delito intimida o comportamento anti-social. Uma segunda seria a de encará-la como mais uma das forças internas que buscam reprimir os instintos anti-sociais.

Qualquer uma delas permite a conclusão de que o sujeito epistêmico de von Liszt é racional, condição que lhe permite apreciar a licitude de qualquer ação, motivo pelo qual o conhecimento da norma é dispensável. E essa é mesma razão que o motiva a agir conforme tais valores, socialmente compartilhados, verdadeiros *a priori*. A ameaça da pena e, portanto, de uma violência, suplementa ou reforça a razão, na missão de conformar as condutas aos interesses juridicamente protegidos dos demais indivíduos ou da comunidade.

²¹³ *Idem, ibidem*, p. 8.

²¹⁴ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. Traduzido da 20ª. ed. alemã, por Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1927, t. II, p. 5.

Conclusivamente, anote-se que o vínculo necessário entre delito e pena em sentido forte permanece intocado. Para von Liszt, o que difere o injusto penal do civil é tão-somente a punibilidade. Ainda mais claramente, afirma von Liszt que “todos os fatos e suas conseqüências, eis ambos os maiores conceitos de cada ramo da ciência jurídica, os últimos e mais elevados conceitos também da doutrina jurídica em geral. Para o Direito penal determinam-se como delito e pena”.²¹⁵

2.5. *Intermezzo*: reações ao método positivista

Escaparia aos estreitos limites do presente trabalho sintetizar todo o percurso dogmático do Direito penal. Registre-se, porém, brevemente, que em sede de teoria do delito o positivismo não conseguia resolver a contento algumas questões centrais.

A primeira delas é a omissão. Ao definir ação de forma naturalística, estreitamente ligada à produção de uma alteração no mundo concreto, prejudicado, por conseguinte, o desenho da omissão. Isso porque não é suficiente a idéia de não-agir, eis que a rigor com exceção do autor todo o resto da humanidade se omite em relação ao resultado, não sendo razoável supor que todas as omissões tenham sido causa do delito. A omissão como causa será negativo-normativa, nos dizeres de Mir Puig, de onde se conclui pela inafastável necessidade de apoio na norma (omissão devida), de impossível percepção naturalística.²¹⁶ Nas palavras de Fernandez:

com efeito, esse caráter “devido” do movimento corporal, não executado pelo omitente, é difícil de ser reconduzido em termos exclusivamente naturais. O dever de ação, desde logo, implica uma obrigação jurídica que remete à norma de mandado como ponto de referência inexorável. Tal extremo deixa antever, segundo o admite a doutrina contemporânea, que a omissão não significa um conceito ontológico, porém normativo.²¹⁷

A segunda seria a de antijuridicidade. O método positivista impunha entendê-la como a contrariedade lógica entre a ação e o ordenamento jurídico, de caráter formal. Embora von

²¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 223.

²¹⁶ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo: B de f, 2002, p. 208.

²¹⁷ FERNANDEZ, Gonzalo. *Culpabilidad y teoría del delito*. Montevideo: B de f, 1995, p. 169.

Liszt tenha desenvolvido uma idéia de antijuridicidade material, aferível por meio da lesão a um bem jurídico, também este era concebido naturalisticamente, de sorte que “a antijuridicidade material se esgotava na causação de uma lesão (...) a dito bem jurídico”. Assim, quem subtraísse coisa alheia móvel, ainda que sem intenção de apropriação ou de lucro, ou ainda o exame da paciente por um ginecologista deveriam sempre redundar em atos revestidos de antijuridicidade.²¹⁸

Por fim a culpabilidade como relação psicológica, cujo conteúdo seria o dolo ou a culpa, com caráter unificador entre ambos. Nessa percepção nem a imputabilidade nem as causas de exclusão da culpabilidade têm lugar na culpabilidade, eis que a relação psicológica do autor com seu fato permanece intocada,²¹⁹ tratando-se fundamentalmente de

uma exclusão puramente jurídica da culpabilidade, em aberto contraste com a subsistência da referibilidade psíquica do fato, comprovável e ileso a partir de um ângulo natural-descritivo. Isso traduz uma incongruência sistemática da explicação: o menor de idade, o doente mental, o sujeito que incorre em erro exculpante; nenhum deles é culpável, ainda que todos queiram esse resultado voluntariamente produzido.²²⁰

Igualmente, os atos culposos, especialmente os gerados por culpa inconsciente, não podem ser satisfatoriamente explicados, dado que por definição o agente nunca os desejou diretamente. A exemplo da omissão, a culpa tem incontornável conteúdo normativo:²²¹ “o delito culposo caracteriza-se, precisamente, por não ter sido previsto – no nível do consciente –, como a possível consequência do tipo de conduta empreendida”.²²²

Em face das imperfeições do método positivista haveria, então, que se gerar uma inflexão. Destacam-se duas orientações: uma histórica, encabeçada por Dilthey, e outra filosófica, o neokantismo: “ambas queriam ampliar o estreito conceito positivista de ciência, de modo que nele coubessem não só os fatos perceptíveis pelos sentidos e sua observação, como também os

²¹⁸ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo: B de f, 2002, p. 209.

²¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 209.

²²⁰ FERNANDEZ, Gonzalo. *Culpabilidad y teoría del delito*. Montevideo: B de f, 1995, p. 201.

²²¹ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo: B de f, 2002, p. 209.

²²² FERNANDEZ, Gonzalo. *Culpabilidad y teoría del delito*. Montevideo: B de f, 1995, p. 200.

fenômenos espirituais e a compreensão de sua essência específica”.²²³ O neokantismo, por sua vez, tomou duas direções centrais: a Escola de Marburgo (representada por Cohen, Notarp e Stammler) e a escola subocidental alemã (Windelband e Rickert, em geral, e Lask, Radbruch e Sauer, no campo jurídico).

Em linhas muito amplas, o neokantismo defende que as coisas em si não podem ser conhecidas pelo ser humano senão por meio de categorias de entendimento que ele possui, as chamadas formas *a priori*. O conhecimento seria a aplicação de tais formas à realidade sensível. A diferença, pois, entre as ciências naturais e humanas não seria de objeto, porém de método, isto é, de quais formas *a priori* seriam empregadas na análise. Stammler sustenta, então, que ao lado do “perceber” há outro modo de conhecer científico: o “querer”, adequado ao Direito, já que este “intenciona apreender conexões do tipo meio *versus* fim”. A ciência do direito seria, portanto, uma ciência final, diante das ciências naturais, que são causais.²²⁴

Rickert, por sua vez, oferece a idéia de que as ciências naturais buscam simplificações da realidade por meio de generalizações, ao passo que as humanas buscam complexificações por meio da individualização. “O fato histórico interessa à ciência como fato único”. Todos os fatos? Evidente que não; apenas os relevantes, cuja definição se dá por meio do valor que inspira a perspectiva empregada pelo pesquisador.²²⁵

A superação definitiva do método positivista, em que pesem as tentativas aqui ilustradas, só se dará com o advento do finalismo, como se verá abaixo. Passos intermediários, todavia, se fizeram sentir, cabendo mencionar brevemente aqueles decisivos para o conceito de culpabilidade.

Reinhard Frank, superando a abordagem psicológica do sistema Liszt/Beling, funda a chamada teoria normativa da culpabilidade.²²⁶ Nova, nesse pensamento, é a inclusão em tal

²²³ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideu: B de f, 2002, p. 211.

²²⁴ *Idem, ibidem*, pp. 214-215.

²²⁵ *Idem, ibidem*, pp. 216-217.

²²⁶ Isso em termos teóricos. Miguel Reale Júnior lembra que já em 1897 houve decisão, na Alemanha, excluindo a culpa em sentido lato “na imprudência de um cocheiro que atrelara à carruagem cavalos dificilmente domáveis, visto tê-lo feito por imposição do patrão, sob ameaça de despedida. O Tribunal alemão entendeu que existia

categoria de outros elementos para além de dolo e negligência. O autor parte da seguinte provocação:

o caixa de uma loja e um portador de uma ordem de pagamento cometem de maneira independente um do outro o delito de apropriação indébita. Aquele está bem situado na vida e não tem família, mas sim hobbies caros. Este recebe salário modesto, tem uma esposa doente e incontáveis filhos pequenos. Em que pese ambos saberem que se apropriam ilegalmente de dinheiro alheio, de modo que não há nenhuma diferença quanto ao dolo, todos porém dirão que o caixa é mais culpado que o portador.²²⁷

E por que o dirão?

pois a culpa do último será atenuada pelas circunstâncias desfavoráveis em que ele se encontrava, ao passo que a culpa do primeiro, por sua vez, é aumentada por sua boa situação patrimonial e inclinação ao luxo. Guarde a inclinação ao luxo relação com as mulheres e com o vinho, então as circunstâncias elevarão a culpa em grau maior do que se direcionada à coleção de raridades.²²⁸

A diferença entre eles estaria nas “circunstâncias concomitantes”, isto é, circunstâncias que autorizam a diminuição ou mesmo a exclusão da culpabilidade do agente.²²⁹ Ora, afirma Frank, se culpabilidade é a soma de dolo e culpa, que se consubstanciam na condução consciente ou negligente de um resultado, então não há como explicar a sua exclusão em face do estado de necessidade, eis que o agente sabe o que faz.²³⁰

A culpabilidade para ele seria composta, então, de (i) condição mental normal do agente, “a que denominados de capacidade de imputabilidade”;²³¹ (ii) dolo ou imprudência; e (iii) normalidade das circunstâncias concomitantes. Reunidos, resumem-se à idéia de

imprudência, mesmo porque houve previsão, inexistindo, todavia, exigibilidade de outra conduta, diante da ameaça de perda do emprego”. *Dos estados de necessidade*. São Paulo: Bushatsky, 1971, pp. 20-21.

²²⁷ FRANK, Reinhard. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*. In: FRANK, Reinhard (org.). *Festschrift für die Juristische Fakultät in Gießen zum Universitäts-Jubiläum*. Giessen: Verlag von Alfred Töpelmann, 1907, pp. 519-547, p. 522-523.

²²⁸ *Idem, ibidem*, p. 523.

²²⁹ ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, p. 97.

²³⁰ FRANK, Reinhard. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*. In: FRANK, Reinhard (org.). *Festschrift für die Juristische Fakultät in Gießen zum Universitäts-Jubiläum*. Giessen: Verlag von Alfred Töpelmann, 1907, pp. 519-547, p. 524.

²³¹ *Idem, ibidem*, p. 530.

reprovabilidade: “um comportamento proibido pode ser imputado à culpabilidade de alguém quando a ele pode-se fazer uma reprovação por tê-lo posto em curso”.²³²

Eis a essência da concepção normativa: a realização de um juízo de valor acerca da conduta, para arrepio da abordagem psicológica, satisfeita que estava em “descrever a culpabilidade como uma categoria de conexão entre o agente e o resultado, inscrita no plano da causalidade psicológica”.²³³ No Brasil exemplifique-se com a resistência de Everardo Cunha Luna, que vê nas circunstâncias concomitantes “uma desmedida extensão, a ponto de a culpabilidade tornar-se um resultado da apreciação judicial. Não impunemente foi dito que a culpabilidade, como juízo de censura, está na cabeça do juiz e não do culpado”.²³⁴

Posteriormente, Hegler, com seu conceito de “tendência interna transcendente” (*überschiessende Innentendenz*) defendeu que o tipo penal poderia conter elementos subjetivos, a exemplo da especial intenção que reclamam alguns delitos (a de apropriação, no de furto, por exemplo). O autor, ao lado de Frank e Goldschmidt, integra corrente a que Achenbach denomina de caráter normativo, em oposição à eticista, composta por Max Ernst Mayer e Alexander Graf zu Dohna, para quem o núcleo da culpabilidade encontra-se da contrariedade ao dever (*Pflichtwidrigkeit*).²³⁵

Para Mayer, o valor a partir do qual há que interpretar a conduta é a vontade do autor, de modo que a culpabilidade é necessariamente “culpabilidade da vontade” e pode ser definida como “uma atuação da vontade de forma contrária ao dever, que tem por efeito um resultado antijurídico”. Embora não faça coincidir as culpabilidades penal e ética, reconhece que a culpabilidade seria um “mínimo”, uma recepção de segunda mão da culpabilidade ética no Direito penal.²³⁶

²³² *Idem, ibidem*, p. 529.

²³³ FERNANDEZ, Gonzalo. *Culpabilidad y teoría del delito*. Montevideo: B de f, 1995, p. 197.

²³⁴ LUNA, Everardo da Cunha. *Culpabilidade*. São Paulo: Ciência Penal, ano III, n. 4, 1976, pp. 55-74, p. 61.

²³⁵ ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, p. 57.

²³⁶ *Idem, ibidem*, p. 75.

Hegler, por sua vez, define o delito como “o comportamento externo de uma pessoa cominado com uma pena”; para ele, para além da mera referência formal à antijuridicidade, a referência material do delito encontra-se na lesividade social.²³⁷ É nesse diapasão que faz incluir a culpabilidade que: “é exigida porque o emprego do mal da pena, como mal ético-social, só aparece justificado perante aquele a quem se pode fazer uma reprovação em face do seu feito; e isso só é possível com relação àquele que tenha sido plenamente senhor de seu feito socialmente lesivo”.²³⁸ Reprova-se, assim, aquele que atuou com inimizade para com a sociedade ou com indiferença por ela. “Só esse juízo de valor negativo permite a justificação ético-social do mal da pena”.²³⁹

James Goldschmidt depura a perspectiva normativista resgatando a idéia que já se encontrara em Binding, isto é, uma cisão entre normas de direito e normas de dever. Miguel Reale Júnior ensina que “a norma de direito é imperativa relativamente aos comportamentos externamente considerados; implícita à norma de direito – mas de modo algum autônoma –, há a norma de dever, consistente na obrigação do agente de conformar-se ao direito, agindo no âmbito deste, abstendo-se de contrariá-lo”.²⁴⁰ Conseqüentemente, ao definir a reprovabilidade, fá-lo única e tão-somente com referência à norma, isto é, reprova-se o fato de o autor não ter se motivado pela norma de dever (que ordena que as normas sejam obedecidas), embora isso lhe fosse exigível. O cerne da culpabilidade está, assim no “não se fazer motivar pela representação do dever apesar da exigibilidade; é contrariedade ao dever ou reprovabilidade. Culpabilidade como moralidade de um fato antijurídico é a atribuição de tal fato a uma motivação reprovável”.²⁴¹

Notória, ainda, a contribuição de Berthold Freudenthal. Em seu pequeno artigo *Culpa e Reprovação* (1922), fazendo referência à concepção que von Hippel tinha de dolo (“age dolosamente quem realiza os elementos que constituem o comportamento punível com

²³⁷ COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 96.

²³⁸ HEGLER, M. *Die Merkmale des Verbrechens*. Berlim: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 36, 1915, pp. 19-44 e 184-232, p. 186.

²³⁹ ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlim: J. Schweitzer Verlag, 1974, p. 110.

²⁴⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. *Dos estados de necessidade*. São Paulo: Bushatsky, 1971, p. 23.

²⁴¹ *La concepción normativa de culpabilidad apud* FERNANDEZ, Gonzalo. *Culpabilidad y teoría del delito*. Montevideu: B de f, 1995, p. 208.

consciência e vontade”), opõe a ela a seguinte objeção: como “se comportaria esse conceito de dolo ante a pergunta, que agora iniciamos, se, tomando como parâmetro a generalidade dos casos, todos teriam se comportado da forma que o autor se comportou”. E prossegue: “ele pode ter realizado o tipo em todas suas partes – inclusive a antijuridicidade –, de maneira consciente e desejada, sem que dele se pudesse ter esperado, de acordo com as circunstâncias, algo diverso fato”. Para sua inquietude, conclui: “então o considera- o jurista como culpado e o povo como inocente”.²⁴²

Para Freudenthal, assim, pouco importaria se a culpabilidade fosse identificada como reprovabilidade (Frank e Beling), como contrariedade evitável ao dever jurídico (Mittermaier) ou como comportamento culpável meramente contrário ao dever (M. E. Mayer): “de toda forma afirma-se com isso a desaprovação, de que o autor se comportou de determinada maneira, ao passo que ele poderia e deveria ter se comportado de maneira diversa”. “Com a falta do poder do autor”, sintetiza, “falta-lhe culpabilidade”.²⁴³

Com essa definição insere com maior precisão o estado de necessidade, por exemplo. Na medida em que o agente poderia ter agido de outra maneira, mas não deveria tê-lo feito, não se trata de uma causa de exclusão de culpabilidade.

A evolução da culpabilidade, todavia, não se dá de maneira linear: é preciso registrar a ocorrência de teorias de matriz de Direito penal de autor. Assim, por exemplo, as teorias sintomáticas da culpabilidade, que a entendem como um defeito psíquico, uma disposição anti-social da vontade (Tesar e Kollmann).²⁴⁴

De maior impacto teórico, entretanto, será a produção de Robert von Hippel e de Edmund Mezger, este último autor da teoria complexa da culpabilidade, que seria, primeiramente, a situação de fato da culpabilidade (*Schuldsachverhalt*), ou seja, uma “corporificação das premissas da pena, as quais se situam efetivamente na pessoa do agente”, cuja função seria a

²⁴² FREUDENTHAL, Berthold. *Schuld und Vorwurf*. Tübingen: F.C.B. Mohr, 1922, p. 2.

²⁴³ *Idem, ibidem*, pp. 6-7.

²⁴⁴ COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 108.

de “estabelecer uma relação mais estreita entre o comportamento e a pessoa do criminoso”.²⁴⁵ Na esteira de von Hippel, para quem “culpabilidade são as características espirituais (psíquicas) do agente que nos autoriza a reprovar alguém em face de seu ato”,²⁴⁶ Mezger reconhece que nesse conceito há uma dimensão valorativa, de conteúdo associado à reprovação: “a culpabilidade é primeiramente caracterizada por meio da valoração artificialmente determinada em face dos fatos. Culpabilidade é, assim, não apenas culpabilidade quanto à situação de fato (*Schuld-Sachverhalt*), porém culpabilidade quanto aos fatos como essência da culpabilidade-reprovação (*Schuld-Vorwurf*)”.²⁴⁷ É assim a um só tempo constituída pelos fatos e pela reprovação.

A culpabilidade seria composta de (i) capacidade de imputação, (ii) dolo ou negligência, tidos como formas da culpa, “uma específica relação psicológica do agente para com o fato”,²⁴⁸ e (iii) uma “forma determinada de circunstâncias internas e externas do comportamento: a falta de particulares causas de exclusão da culpabilidade”.²⁴⁹

2.6. Welzel e teoria normativa pura da culpabilidade

Para Hans Welzel, o neokantismo, ao afirmar ser o método que determina o conhecimento, inverte a natureza das coisas; e funda sua crítica no próprio pensamento kantiano. Para o neokantismo, as coisas existem amorfas na realidade e cada observador cria a forma dessas coisas ao imprimir-lhes as categorias de pensamento, os *a priori*. Para Welzel, quando Kant afirmara que o entendimento prescreve às coisas as suas próprias leis, não teria ele se referido ao entendimento humano (consoante a leitura neokantiana), porém ao entendimento puro. “Para dizê-lo em uma frase: Welzel entende que as categorias *a priori* não são subjetivas, no sentido de que possam variar em cada homem, porém objetivas para toda mente inteligente”.²⁵⁰

²⁴⁵ Apud ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, p. 165.

²⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 164.

²⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 165.

²⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 167.

²⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 168.

²⁵⁰ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo: B de f, 2002, p. 229.

Efeito direto dessa percepção é o fato de o objeto de conhecimento próprio de cada ciência ser sempre o mesmo e não variar segundo o método de observá-lo. O que varia, então, de ciência para ciência é o aspecto dessa realidade que lhe interessa: as ciências da natureza estão fundamentalmente preocupadas com os aspectos causais; o Direito, por sua vez, “se refere a ações humanas enquanto caracterizadas não pela causalidade, porém pela intencionalidade, ou, como diria mais adiante, pela finalidade”, razão pela qual era mister cindir duas ordens do mundo real: a ordem do acontecer (*Ordnung des Geschehens*) daquela do pensar (*Ordnung des Meinen*).²⁵¹

I - Conceitos

O resgate de Kant e a revisitação do Direito natural impactam a produção de Welzel para além de seu método. O autor, ao se posicionar no campo da relação entre jusnaturalismo e direito positivo, fá-lo da seguinte forma: “o Direito natural não pode ser encontrado fora do Direito positivo ou acima dele, porém se insere no mesmo como seu limite imanente”,²⁵² cuja concretização, a propósito, se dá por intermédio das assim denominadas estruturas lógico-objetivas (*sachlogisch Strukturen*).²⁵³

A primeira delas é a ação finalista que, ao contrário do que os manuais de Direito penal possam sugerir, não é ponto de partida das idéias de Welzel, mas consequência direta e necessária da sua concepção do Direito.

Defende, assim, que à ciência jurídica interessa a ação humana na sua especificidade espiritual, isto é, aquela definida por sua idéia de finalidade conforme o sentido, pela “consciência de sentido” (*Sinnbewussheit*):²⁵⁴

a vida em comunidade está construída nas boas e más atividades finais das pessoas. Exige-se que os membros da comunidade possam atuar conscientes da finalidade, isto é, préfixar objetivos, os quais possam colocar em ação, escolhendo os meios necessários para sua

²⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 231-232.

²⁵² WELZEL, Hans. *Naturrecht und Rechtspositivismus*. In: WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1975, p. 286.

²⁵³ *Idem, ibidem*, p. 283.

²⁵⁴ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo: B de f, 2002, p. 232.

consecução, conscientes da finalidade. Essa atividade final se chama “comportamento”. Ele diferencia-se da mera ocorrência causal, na medida em que ela não é conduzida conscientemente ao objetivo que se quer atingir, porém se dá ou por meio de uma causalidade cega, ou ainda – como nos demais organismos da natureza, em particular no mundo animal –, de maneira final, porém sem consciência da finalidade (instintivamente). Precisamente a capacidade humana de estabelecer-se seus objetivos preferidos e em razão do conhecimento causal poder concretizar esse objetivo planejadamente permite às pessoas a particularidade, a plenitude e amplitude de suas existências históricas, sua cultura e sua civilização.²⁵⁵

O Direito, para Welzel, é mais do que mera coerção, traduzindo antes valores, sua dimensão normativa. Do contrário, o homem seria instrumentalizado, reificado, situação inadmissível dentro do marco kantiano: “enquanto a coação torna o homem mero objeto da ação causal do poder, coisa entre as coisas, a obrigação lhe impõe a responsabilidade pelo ordenamento dotado de sentido da sua vida, tornando-o com isso sujeito da organização da sua existência”. Há que supor, como corolário, que o indivíduo seja dotado de responsabilidade.²⁵⁶

Eis, portanto, a segunda estrutura lógico-objetiva de Welzel: o ser humano dotado de autodeterminação: “o fato de que as ações não sejam um produto causal-mecânico, porém respondam à compreensão pelo sujeito do significado das possíveis metas, constitui, como a ação final em que se baseia, um conceito prejudicial, uma estrutura lógico-objetiva que condiciona a possibilidade da culpabilidade”.²⁵⁷

A força vinculante do Direito, portanto, é adquirida “só por força de um conteúdo de valor ínsito nele, não por força da efetividade pura”. Em síntese: o direito ‘como poder coage; apenas como valor vincula’”.²⁵⁸

Esse quadro inicial das idéias de Welzel revela desde logo uma incompatibilidade com a então imperante concepção de culpabilidade inserida na tipicidade: agindo o homem finalistamente,

²⁵⁵ WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlim: Walter de Gruyter & Co.: 1969, pp. 30-31.

²⁵⁶ WELZEL, Hans. *Wahrheit und Grenze des Naturrechts*. Bonn: Peter Hanstein Verlag, 1963, p. 9.

²⁵⁷ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo: B de f, 2002, p. 233.

²⁵⁸ WELZEL, Hans. *Naturrecht und Rechtspositivismus*. In: WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1975, p. 286.

inviável que o Direito aprecie uma determinada ação humana, de início, como um mero processo causal para, só depois, aferir a vontade daquela ação. Outro caminho não restaria senão deslocar o dolo e negligência para aquele momento analítico da ação humana ante o ordenamento, nomeadamente, para a tipicidade.

O dolo passa a ser contemplado não mais como *dolus malus*, abrangedor do conhecimento da antijuridicidade ou da anti-socialidade do ato, passando a ser um conceito não valorativo, isto é, como uma vontade de realização de um fato. Os atributos da vontade, todavia, devem ser apreciados em outro momento analítico (a culpabilidade). Dolo seria, portanto, o saber e o querer da realização do tipo penal. Na medida em que se utiliza o dolo como conceito jurídico-penal (como dolo de tipo), seu objeto é a concretização do tipo objetivo de um delito. Dolo em sentido técnico jurídico-penal é apenas a vontade de ação direcionada à concretização de um tipo delitivo.

E o que resta na culpabilidade? A apreciação da responsabilidade do autor por seu comportamento antijurídico.²⁵⁹ Não se trata mais daquela “relação entre uma não adequação fática entre o comportamento e o ordenamento jurídico, porém fundamenta uma reprovação pessoal contra o autor, uma vez que ele não omitiu o comportamento antijurídico, embora tenha podido omiti-lo”, ou seja, “ele poderia ter se motivado de acordo com a norma”.²⁶⁰

O que se reprova, em princípio, não é o autor, porém a formação de sua vontade, de sorte que toda “toda culpabilidade é, assim, culpabilidade da vontade”.²⁶¹ A reprovação parte da idéia de que o autor poderia ter agido de acordo com a norma, não em sentido abstrato (“um alguém qualquer no lugar do autor”), mas aquela pessoa naquela situação: exige-se que ela pudesse ter engendrado uma vontade consoante a norma.²⁶² Tem, assim, duas premissas: (i) o autor é capaz em suas forças espirituais de se motivar de acordo com a norma (o pré-requisito

²⁵⁹ WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlim: Walter de Gruyter & Co.: 1969, p. 138.

²⁶⁰ *Idem, ibidem*.

²⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 139.

²⁶² *Idem, ibidem*, p. 141.

existencial da reprovabilidade: a capacidade de imputação); e (ii) ele é capaz de se motivar de acordo com a norma, por meio da compreensão da juridicidade de seu projeto.²⁶³

A essa concepção de culpabilidade denominou-se teoria normativa pura, que recebeu a adesão da maioria da doutrina brasileira. Mencione-se, exemplificativamente: (i) Cezar Roberto Bitencourt, a quem o legislador haveria de se curvar “diante da consagração definitiva da teoria normativa pura da culpabilidade”;²⁶⁴ (ii) Cláudio Brandão;²⁶⁵ (iii) Francisco de Assis Toledo;²⁶⁶ (iv) Miguel Reale Júnior, para quem “o ponto de vista da culpabilidade é o do agente em confronto com a norma. Na culpabilidade avalia-se o conflito entre dois valores, o que se pôs como motivo do agir e o valor do direito como dever ser” ; (v) Damásio de Jesus;²⁶⁷ e (vi) Julio Fabbrini Mirabete.²⁶⁸

II – Pilares

Welzel pode ser inserido no que Jorge de Figueiredo Dias denominou de retorno ao direito natural, movimento vivenciado a partir de 1945, na Europa. Não se tratava de simplesmente reaplicar o velho jusnaturalismo, porém de reiterar a crença numa fundamentação e numa validade transpositivas de todo o direito e afirmar também a possibilidade da descoberta de princípios de ação relativamente a situações novas, não experimentadas e para as quais, dada a complexidade que nelas se descobre, os princípios tradicionais (...) não fornecem critérios válidos de decisão.²⁶⁹ No caso específico, Welzel volta a Pufendorf, de quem resgata uma

²⁶³ *Idem, ibidem.*

²⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *O “sabe” e o “deve saber” como moduladores da culpabilidade* – reflexões sobre inovações da Lei 9.426/96. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 23, julho-setembro, 1998, pp. 31-40, p. 31.

²⁶⁵ BRANDÃO, Cláudio. *Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito penal brasileiro*. Coimbra: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 15, n. 2, abr/mai 2005, pp. 209-227, p. 227: “O Direito penal brasileiro, na sua formulação legal, acolhe as linhas mestras da Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, de posição Finalista. Isso se dá porque o dolo não integra a referenciada culpabilidade, já que é um elemento do tipo. Para que exista a culpabilidade, será necessária a constatação simultânea de três institutos normativos, que só adquirem sua significação à luz do Direito: a imputabilidade, a potencial consciência da antijuridicidade e a exigibilidade de conduta diversa”.

²⁶⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

²⁶⁷ JESUS, Damásio de. *Direito penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 403.

²⁶⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito penal*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 1990, p. 197.

²⁶⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em Direito penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 118.

visão de ordenamento jurídico como uma espécie de mínimo ético, “posto para salvaguardar a dignidade humana, substância última da liberdade de decisão moral”.²⁷⁰

É esse mínimo ético, associado à dimensão normativa, que faz com que o Direito não seja mero exercício de poder, mas tenha natureza vinculante. O vínculo nasce da identificação entre o sujeito e o valor contido no ordenamento: ele não obedece (só) porque se não o fizer será punido, porém (também) em razão do valor contido no comando que, *per se*, inspira a ação humana.

O reverso disso, e eis a imagem de sujeito de Welzel, é o ser humano responsável, isto é, capaz de obedecer por referência ao valor, que o vincula, e não à coação, que o constrange:

obrigação e pessoa responsável pertencem um ao outro inseparavelmente. Em cada obrigação inclui-se uma pessoa responsável correspondente. Por essa razão todo comando que queira obrigar uma pessoa como norma jurídica deve reconhecê-la como pessoa. O reconhecimento do ser humano como pessoa responsável é o pré-requisito mínimo que deve ostentar uma ordem social, quando ela não queria meramente coagir como poder, porém obrigar como Direito.²⁷¹

Welzel coloca-se, assim, como continuador de uma perspectiva que já poderia ser localizada na autonomia ética de Kant.²⁷² O tema será tratado em outro lugar deste trabalho.

À concepção filosófica de ser humano, Welzel adiciona uma psicológica. Para ele o ser humano teria passado a contar com uma complexa estrutura mental, na medida em que, concomitantemente, construiu um centro do eu (*Ichzentrum*) e viu decair aquelas formas de comportamento inatas.²⁷³ Tratar-se-ia de uma crescente renúncia à pura realização das pulsões em nome de imposições trazidas pelo “centro do eu”.

²⁷⁰ FIORILLO, Vanda. Prefácio. WELZEL, Hans. *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf: un contributo alla storia delle idee dei secoli XVII e XVIII*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993 (1958), p. 8.

²⁷¹ WELZEL, Hans. *Wahrheit und Grenze des Naturrechts*. Bonn: Peter Hanstein Verlag, 1962, pp. 9-10.

²⁷² *Idem*, *ibidem*, p. 9.

²⁷³ WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlim: Walter de Gruyter & Co.: 1969, p. 143.

Haveria nessa complexa estrutural mental uma camada mais profunda, que abarcaria os impulsos vitais de conservação do eu e da espécie, “os afetos, desejos, assim como as aspirações elevadas da mente, as inclinações, os interesses etc.”.²⁷⁴ Todos eles buscam impelir o eu a um determinado comportamento, colocando-o quase que na posição de vítima passiva dos impulsos.

Acima de tal camada, todavia, teria surgido o *self* “como centro de regulação dos impulsos, que os canaliza a partir dos sentidos e dos valores”, isto é, “os atos de pensamento, estabelecidos em razões objetivas, e o querer, orientado pelo sentido e pelo valor”.²⁷⁵ Welzel acredita tanto na força do *self* que afirma textualmente que os impulsos podem ser autocanalizados, mais precisamente segundo seus sentidos e valores, em face de uma missão de vida que ultrapassa o momento, em face de um objetivo de vida transcendente e vinculador.²⁷⁶ Não se trata ainda, adverte, de direcioná-los (ao menos não diretamente) rumo ao evento causal, porém rumo “aos impulsos que conduzem à realização”, ou seja, um direcionamento instintual (*Antriebssteuerung*).

E qual seria o norte desse direcionamento? O que permitiria que os instintos fossem canalizados à luz dos sentidos e dos valores? Haveria um “significado trans-individual, para com quem o sujeito se vê obrigado (e junto a quem se sente abrigado) quando de sua condução de vida: (...) as normas do ordenamento jurídico”, conforme já exposto, acima.

Esse esquema explicativo revela que a visão de sujeito de Welzel mantém-se inalterada em relação a seus antecessores: tal qual nos clássicos, acredita ele na capacidade inata do ser humano de submeter seus instintos a uma ordem valorativa externa que se confunde com o próprio ordenamento jurídico. A diferença perante o jusnaturalismo é que os valores não são de natureza necessariamente racional ou divina, porém contém um mínimo ético, nos termos já explicitados. Essa posição sintetiza a crença no homem iluminista e na existência de valores compartilhados universalmente, protegidos pelo Direito (penal).

²⁷⁴ *Idem, ibidem.*

²⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 144.

²⁷⁶ *Idem, ibidem.*

Assim, afirma que se mantidos na camada profunda, o critério a definir qual impulso prevalecerá será o da força; se, ao revés, o impulso for submetido ao centro do ego, este poderá substituí-los por atos de condução, que, orientados pelo sentido, farão com que os impulsos não sejam mais sentidos puramente como compêlo patológico, “porém serão compreendidos em seus significados e suas expressões valorativas em face de uma verdadeira missão de vida”. E quando encontrada a correspondência entre esses atos de condução e os sentidos e valores que compõem a missão de vida, merecerão o estatuto de motivações, isto é, os produtos da submissão dos impulsos à razão, sobre cuja base poder-se-á falar em reprovabilidade.²⁷⁷

De se notar o hermetismo da construção: o impulso será submetido à razão, isto é, será submetido a um conjunto de valores que informam o projeto de vida do sujeito que, por sua vez, confunde-se com as normas jurídicas mesmas. Assim, toda vez que o sujeito realizar um injusto, só se poderá falar em duas possibilidades: ou bem o processo de submissão falhou por um “defeito constitutivo”, circunstância a excluir a imputabilidade (“aqueles que ou ainda não têm o poder de igual autodeterminação de acordo com o sentido, ou que não mais o terão”),²⁷⁸ ou bem em virtude do fato de o sujeito não ter feito valer o sentido e o valor de sua missão de vida, escolhida pelo ordenamento jurídico (!), circunstância a afirmar a culpabilidade. Nem sequer se concebe a possibilidade de o projeto de vida do sujeito, por qualquer motivo, não ser composto pelos mesmos significados e valores escolhidos pelo ordenamento jurídico.

Assim, culpável é aquele sujeito a quem se reprova por não ter submetido o impulso delitivo ao significado e ao valor que o ordenamento jurídico elegeu como sua missão de vida.

Anote-se, por fim, que a ligação essencial entre crime e pena permanece intocada. Na primeira página de seu *O Direito penal alemão*, Welzel define o Direito penal como “aquela parte do ordenamento jurídico que determina os elementos do comportamento delitivo e a ele vincula pena ou medida de segurança”. O fundamento jurídico da pena, assim, é o próprio delito, ou

²⁷⁷ WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlim: Walter de Gruyter & Co.: 1969, p. 145.

²⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 153.

seja, “as ações ou omissões insuportáveis para a comunidade jurídica em razão de sua abjeção ético-social”.²⁷⁹

III – Valoração

O livre-arbítrio como base ontológica da culpabilidade será o alvo principal das críticas posteriores ao finalismo, considerado seu calcanhar de Aquiles, “na medida em que o livre-arbítrio do homem não poderia ser provado nem de maneira geral, tampouco com relação a um caso concreto”.²⁸⁰ Outra crítica importante é a da estreita vinculação entre Direito e moral, embutida na idéia de culpabilidade como reprovabilidade não poder se sustentar, pois (i) o Estado não tem legitimação para elevar-se moralmente sobre o cidadão (Roxin) ; e (ii) “não se pode formular responsavelmente uma reprovação a uma pessoa que se conhece de modo tão seletivo e rudimentar como a conhece o juiz penal” (Hassemer). A esse propósito, de maneira mais incisiva, já afirmava Engisch que seria impossível aferir o “poder agir de outro modo”, eis que uma prova empírica desse fato reclamaria repetir-se aquela situação fática, experimento fadado ao insucesso.²⁸¹

Jorge de Figueiredo Dias, por sua vez, aponta que uma concepção de culpa ancorada tão-somente em normatividade “não cumpriria a função primária do pensamento da culpa em direito penal”, ou seja, “uma concepção que abstraísse conscientemente do substrato real da culpa para a entender como uma relação estaria automaticamente a renunciar à obtenção do seu conteúdo material e a bastar-se com a pura forma do conceito”.²⁸²

O período denominado de pós-finalista abrange uma miríade de pensadores, fato a impossibilitar exaurir-se toda a bibliografia sobre o tema, tarefa que seria, ademais, desnecessária diante das finalidades do presente trabalho. As críticas ao normativismo, na

²⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 16.

²⁸⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. *L'evoluzione della teoria della colpevolezza nella Repubblica Federale Tedesca*. Milão: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1990, pp. 3-35, p. 4.

²⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 136.

²⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em Direito penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 142.

medida em que se confundem com as próprias re-elaborações da culpabilidade serão tratadas em sede dos autores selecionados.

2.7. Culpabilidade no funcionalismo

2.7.1. Considerações iniciais

Claro está que nem toda a produção pós-finalista é de cunho funcionalista. Os limites do trabalho impuseram uma escolha com três critérios. Em primeiro lugar, o fato de que se dividem as teorias do delito em três grandes grupos: causalismo, finalismo e funcionalismo, a justificar a restrição a esse grupo de pensadores. Em segundo, porque os demais autores pós-finalistas vão propor arranjos aos elementos já explorados, sem que haja notícia de qualquer deles que tenha mudado substancialmente os pilares aqui estudados.²⁸³

Não se poderia deixar, todavia, de registrar o pensamento de Jorge de Figueiredo Dias que buscou recuperar a dimensão axiológica na fundamentação da pena e da culpabilidade.²⁸⁴ Para o Professor da Universidade de Coimbra, a liberdade, componente fundamental da idéia de culpabilidade,²⁸⁵ não pode ser encarada como aquela do indeterminismo (livre-arbítrio), porém como aquela como “característica do ser-total-que-age”, apresentando a seguinte *Menschenbild*: “Pessoa concreta e situada, Homem socializado, no sentido de que vive em um mundo e de que é, assim, aquilo que através da acção objetiva no mundo e que o mundo subjectiva nele”. Assim, o homem é livre para decidir a si e sobre si, de sorte que responde pela escolha contrária ao dever-ser.²⁸⁶ O conceito material de culpa, embora desprendido do “poder agir de outro modo”, é o da reprovabilidade em face de uma escolha livre e racional de agir contrariamente a um dever-se universal, a ele se estendendo todas as considerações

²⁸³ Para um panorama mais amplo da produção pós-finalista sobre a culpabilidade, leia-se COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

²⁸⁴ COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 149.

²⁸⁵ A contribuição de Jorge de Figueiredo Dias no campo da culpabilidade e da liberdade é decisiva. Primeiramente por meio da obra *O problema da consciência da ilicitude em Direito penal* (5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000), cuja primeira edição é de 1969; posteriormente, vide *Liberdade, culpa e Direito Penal* (3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995).

²⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. São Paulo/Coimbra, Ed. RT/ Coimbra Ed., 2007, pp. 522-526.

críticas opostas ao pensamento finalista. Os intensos diálogos com Claus Roxin, a propósito, aproximam seu pensamento do funcionalismo, chegando a afirmar que “os conceitos básicos da dogmática penal devem, agora, não somente ser ‘penetrados’ ou ‘influenciados’, mas sim determinados e cunhados a partir de proposições político-criminais”.²⁸⁷ As críticas ao funcionalismo serão expostas abaixo.

2.7.2. Primeira variação: culpabilidade como limite à prevenção

Um ano após a última edição do Direito penal alemão de Hans Welzel, de 1969, proferiu em Berlim Claus Roxin palestra intitulada *Política criminal e sistema de Direito penal*, que originou famosa obra homônima. Nela, o autor lançou as bases de seu profícuo pensamento, intensamente divergente das teorias até então predominantes na Alemanha. De maneira introdutória, pode-se afirmar que onde Welzel vislumbrava um Direito penal orientado à conformação moral dos cidadãos, Roxin encontrava a tarefa de prevenir a prática de delitos; onde Welzel imaginava um sujeito racional, Roxin se limitava a aceitar a indemonstrabilidade do livre-arbítrio; à pena como retribuição da culpa, de Welzel, Roxin ofereceu a pena orientada às finalidades de prevenção.

Uma crítica mais detida às teorias da culpabilidade, todavia, foi oferecida por Roxin em 1974. Com esteio em Heinrich Henkel, sustentou que a racionalidade (*Zumutbarkeit*), ao contrário do que defendiam Freudenthal e Goldschmidt, não podia ser fundamento da culpabilidade, eis que se tratava de uma cláusula esvaziada de conteúdo ou de valor. Dito de outro modo: quando lhes perguntavam o porquê de reprovar a conduta de alguém, respondiam que era de se esperar do autor do fato outro comportamento. Com isso, afirma Roxin, deixam de responder ao essencial: por que se esperava dele outro comportamento?²⁸⁸

Welzel, prossegue, em que pese ter retomado outra tradição, a saber, a de ter culpa (*Dafür-Können*) pela representação antijurídica da vontade, peca na seguinte afirmação, recepcionada

²⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 34.

²⁸⁸ ROXIN, Claus. “Schuld” und “Verantwortlichkeit” als strafrechtliche Systemkategorien. In: ROXIN, Claus; BRUNS, Hans-Jürgen; JÄGER, Herbert (org.). Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Kenkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973. Berlin: Walter de Gruyter, 1974, pp. 171-197, pp. 173-174.

pelo Tribunal Federal Alemão: “a razão central da reprovabilidade da culpabilidade jaz no fato de que o ser humano é dotado de livre, responsável e moral autodeterminação e, portanto, é capaz de decidir-se pelo Direito e contra o injusto”.²⁸⁹ Em outras palavras, Welzel erige sua construção teórica sobre a base do indemonstrável livre-arbítrio, ingrediente central do “poder agir de outro modo”. Para Roxin, todavia, a discussão importante “não é a possibilidade real de o sujeito ter agido, naquele momento, de outro modo”; “o central é saber, porém, o que o ordenamento jurídico exige do autor com relação à sua natureza e às circunstâncias externas do evento em relação a outras pessoas”, ou, na formulação de Lenckner, “quais exigências são endereçadas ao indivíduo, de sorte que lhe possa imputar um fato”.²⁹⁰ O poder agir de outro modo não apresenta nenhuma medida valorativa para aferição dessas exigências (do mesmo modo, o não poder agir de outro modo como critério de exclusão da culpabilidade).²⁹¹

Relembra o autor, por fim, que foi muito aplaudida a teoria de Gallas, para quem culpabilidade é “reprovabilidade do fato com relação à atitude desaprovada que se afirma no fato”,²⁹² ou seja, a diferença entre injusto e culpabilidade seria a seguinte: o primeiro é um desvalor da ação; o segundo, da atitude revelada no fato. O problema central, para Roxin, estaria na impossibilidade de adotar um critério formal de reprovabilidade como conteúdo material de culpabilidade. A referência de Gallas aos valores ético-sociais que serviriam de medida de valoração mostra-se exageradamente abstrata e, portanto, de utilidade duvidosa.²⁹³

²⁸⁹ BGHSt, 2, 200. Observação: trata-se de forma de citação de decisão judicial do BGH, sigla para o *Bundesgerichtshof* alemão; *Gerichtshof* quer dizer tribunal e *Bundes* designa, na composição do vocábulo, o adjetivo federal. A justaposição das letras “St” indica que a decisão foi tomada por um dos colegiados que julgam matéria penal (*Strafsenat*).

²⁹⁰ LENCKNER, Theodor. *Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit*. In: GÖPPINGER, Hans (org.). *Handbuch der forensischen Psychiatrie*. Berlin: Springer, t. I, Parte A, 1972, p. 98.

²⁹¹ ROXIN, Claus. “*Schuld*” und “*Verantwortlichkeit*” als strafrechtliche Systemkategorien. In: ROXIN, Claus; BRUNS, Hans-Jürgen; JÄGER, Herbert (org.). *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Kenkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973*. Berlin: Walter de Gruyter, 1974, pp. 171-197, p. 175.

²⁹² GALLAS, Wilhelm. *Beiträge zum Verbrechenslehre*. Berlin: De Gruyter, 1968, p. 56.

²⁹³ ROXIN, Claus. “*Schuld*” und “*Verantwortlichkeit*” als strafrechtliche Systemkategorien. In: ROXIN, Claus; BRUNS, Hans-Jürgen; JÄGER, Herbert (org.). *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Kenkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973*. Berlin: Walter de Gruyter, 1974, pp. 171-197, p. 176.

Como contornar, então, a indemonstrabilidade do livre-arbítrio e a vinculação da culpabilidade a valores, núcleo da idéia de reprovabilidade? Redefinindo a culpabilidade em face das demais categorias do delito.

Roxin afirma que, enquanto a tipicidade estabelece para todos os cidadãos, em nome da prevenção geral, os parâmetros legais (isto é, proibições principiológicas notórias) e a antijuridicidade descreve o comportamento correto em determinados casos de conflito, a “culpabilidade”, por sua vez, estaria relacionada à pergunta se do ponto de vista penal uma sanção contra um indivíduo concreto é ou não necessária. Com isso, não se trataria de perguntar se outro comportamento era possível: “não é decisivo o poder agir de outro modo, porém se o legislador quer responsabilizar o indivíduo por seu ato do ponto de vista penal. É por isso que não falarei mais de culpabilidade, porém de responsabilidade”. De maneira sintética: “o injusto (tipicidade e antijuridicidade) decide quanto ao problema de um comportamento ser “adequado” ou não, à luz do Direito penal; a categoria da responsabilidade, por sua vez, responde à pergunta, do ponto de vista político-criminal, da necessidade de sanção penal nos casos individuais”.²⁹⁴

A reformulação proposta por Roxin não é uma alteração *ad hoc*. Ao revés, decorre, centralmente, da concepção global que o autor ofereceu para as ciências penais: onde von Liszt via uma dogmática diferente e em tensão com a política criminal, Roxin pretende vê-las convergentes. Com isso, a dogmática deveria deixar-se permear e definir-se pela missão ao Direito penal como instrumento de política criminal: a prevenção delitiva. Trata-se claramente de uma adesão ao método funcionalista, que pode ser assim sintetizado: “o conteúdo das categorias do sistema dogmático deve determinar-se em função do que resulte mais adequado ao sistema social em geral ou a um subsistema social em particular, tal qual o subsistema do

²⁹⁴ ROXIN, Claus. “Schuld” und “Verantwortlichkeit” als strafrechtliche Systemkategorien. In: ROXIN, Claus; BRUNS, Hans-Jürgen; JÄGER, Herbert (org.). Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Kenkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973. Berlin: Walter de Gruyter, 1974, pp. 171-197, pp. 181-182. Tal posição permaneceu intocada até recentemente: mas o conceito de reprovabilidade abarca apenas de maneira incompleta a forma de valoração em curso, eis que se orienta apenas pela culpa. A avaliação não diz respeito apenas à pergunta se se pode exercer uma reprovação (de culpa) contra um autor, mas é, antes, um juízo acerca da possibilidade de responsabilizá-lo, do ponto de vista penal, por seu comportamento. A reprovabilidade é uma condição necessária, porém não suficiente, da responsabilidade; a necessidade preventiva da sanção deve ser adicionada” (ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Munique: C. H. Beck, 2006, vol. I, p. 858).

direito penal. Funcional, nesse sentido, é tudo o que se requer para a manutenção do sistema”.²⁹⁵

A culpabilidade, no pensamento de Roxin, é um dos componentes da responsabilidade e é definida como “a realização do injusto, apesar da capacidade de reação normativa e da faculdade de conduzir-se dela derivada”.²⁹⁶ ²⁹⁷ É cindida, portanto, em um aspecto empírico (a capacidade para reagir a exigências normativas) e outro normativo (capacidade para reagir ao estímulo normativo), ou seja, “que o autor tem também a capacidade de se comportar conforme a norma e se faz culpável quando não adota nenhuma das alternativas de comportamento que lhe são em princípio psiquicamente acessíveis”.²⁹⁸

Com essa formulação, Roxin pretende reunir em um só pensamento deterministas e indeterministas, agnósticos e pios. Isso porque ela contemplaria todas as correntes existentes quanto à culpabilidade: (i) para quem a define como livre-arbítrio individual, pode-se construir a hipótese de falta de responsividade normativa do autor (ou falta de capacidade para reagir às exigências ou ao estímulo normativo) como sintoma excludor do livre-arbítrio; (ii) os adeptos daquela visão social ou geral deverão compreender a distinção (*Andersartigkeit*), concretizada na falta de motivabilidade faltante à norma, como desviação da possibilidade média e, portanto, como exclusão da culpabilidade; (iii) por fim, quem quiser afastar completamente o conceito de culpabilidade em virtude de suas implicações metafísicas, negará a responsabilidade do autor, para quem, por não poder responder normativamente, não precisa ser punido por razões de prevenção geral ou especial.

eis que a culpabilidade – quando se segue minha teoria –, é apenas um momento parcial em sede de uma responsabilidade mais ampla, há que se excluir, da mesma forma, a responsabilidade em quaisquer daquelas

²⁹⁵ BICUDO, Tatiana Viggiani. *A globalização e as transformações no Direito penal*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 23, julho-setembro, 1998, pp. 97-109, p. 104.

²⁹⁶ Adotando a denominação de imputação pessoal, em que pese empregar a idéia de motivabilidade, essa é a mesma postura adotada por Santiago Mir Puig para quem “no inculpável concorrem condições pessoais ou situacionais que diminuem, para baixo do nível normal, as possibilidades de que dispõe o sujeito *a priori* para atender à chamada normativa”. (MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. In: MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado Social*. Barcelona: Bosch, 1979, p. 82).

²⁹⁷ ROXIN, Claus. *Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el Derecho penal*. Buenos Aires: Nueva Doctrina Penal, 1996B, pp. 479-498, p. 481.

²⁹⁸ COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 230.

três visões: seja por falta de culpabilidade, seja por falta de necessidades preventivas da pena; a briga quanto à possibilidade, determinabilidade ou existência da culpabilidade não é decisiva no campo da fundamentação da pena.²⁹⁹

Com efeito, no finalismo, a culpabilidade é o fundamento da pena; dito de maneira mais completa: a pena é uma resposta à ação culpável, encontrando nela sua fundamentação. O funcionalismo retira da culpabilidade o fundamento da pena, deslocando-o para o campo da política criminal, a saber, a sua necessidade preventiva, ferindo de morte a histórica concepção de pena referida a um atributo do autor (livre-arbítrio) ou de sua ação (reprovabilidade). Culpável é simplesmente quem poderia submeter-se às expectativas normativas e não o fez. Responsável é o culpável a quem a imposição de pena é funcional, isto é, atende às finalidades de prevenção geral positiva.³⁰⁰

“A transformação do Direito penal retributivo em um Direito penal preventivo”, pondera Schünemann,³⁰¹ “não significa de modo algum que agora se possa renunciar à reprovabilidade individual, porém que esta passou de um requisito da punibilidade necessário e suficiente, para ser apenas um pressuposto necessário da mesma”. Esse é, a propósito, o fundamento científico apresentado por Roxin para a construção da categoria da responsabilidade:

aceitando-se o pensamento segundo o qual as fronteiras das causas de exclusão da “culpabilidade” devem ser determinadas por ponderações preventivas orientadas à finalidade da pena, parece-me então consequência irrefutável, que a categoria do delito, que deva a elas se referir, deveria ser cientificamente descrita, de maneira correta, como responsabilidade, pois a “culpabilidade” é então apenas uma condição necessária, porém não suficiente para a imputação da responsabilidade criminal.³⁰²

²⁹⁹ ROXIN, Claus. *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*. In: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978. Munique: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, pp. 279-310, p. 297.

³⁰⁰ Seria geral por ser direcionada à coletividade como um todo e não (somente) ao autor do fato; positiva, pois abandona a ênfase na administração do medo por meio da imposição da pena; e preventiva, pois abre mão da percepção de que a pena é uma retribuição a uma culpabilidade.

³⁰¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *La política criminal y el sistema de derecho penal*. Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XLIV, f. III, set-dez, 1991, pp. 693-713, p. 710.

³⁰² ROXIN, Claus. *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*. In: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978. Munique: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, pp. 279-310, p. 284.

A legislação alemã já teria tratado alguns temas, sem sabê-lo, dentro do marco proposto por Roxin. Veja-se o caso que escolhe, o da coação: em tais situações não falta a possibilidade de agir de outro modo; todavia, o legislador exclui a culpabilidade do agente, salvo na hipótese de ele ter por profissão o dever de enfrentar a coação (policial, soldado etc.). Nesse exemplo, Roxin a um só tempo critica a formulação finalista do “poder agir de outro modo” que, no caso da coação, mostra-se inadequada como causa de exclusão de culpabilidade, e defende que o policial que cede à coação é tão culpável quanto o cidadão comum, eis que ambos teriam a mesma capacidade de reagir às expectativas e estímulos normativos. Ocorre que apenas para o último a aplicação da pena mostra-se desnecessária, eis que a sociedade espera que o policial, por sua função, resista àquela coação. Ao mesmo grau de culpabilidade a legislação conferiria soluções diversas apenas com inspiração na necessidade preventiva da pena.³⁰³

Outro caso trabalhado é o do erro de proibição, cuja solução não se daria nem no plano da ação nem no do dolo. Pondera ele que exigências doutrinárias e jurisprudenciais no sentido de que o sujeito tem de se informar quanto à permissividade de sua ação “até que se traga luz à sua incerteza, dedutíveis da premissa do poder (*Könnenprämisse*) são irrealistas (...)”. “A inevitabilidade do erro de proibição não há de ser determinada a partir dos limites da possibilidade *in concreto*, porém a partir dos comandos de uma política criminal racional”.³⁰⁴ Isto é, quem age em erro de proibição não deve ser punido. Em regra, por faltar-lhe culpabilidade, eis que não tinha, naquela situação, acesso aos apelos normativos. Afirma mesmo que “podem-se encarar os casos de erro de proibição como de exclusão de responsabilidade, ainda quando a culpabilidade no sentido de uma estrita condição tendente a confirmar o ‘poder agir de outro modo’ não falte totalmente”.³⁰⁵

³⁰³ ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 2. ed. Berlin: De Gruyter, 1973, p. 34. Posteriormente, já rebatendo as críticas, ROXIN, Claus. *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*. In: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978. Munique: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, pp. 279-310, pp. 284 e ss.

³⁰⁴ ROXIN, Claus. “*Schuld*” und “*Verantwortlichkeit*” als strafrechtliche Systemkategorien. In: ROXIN, Claus; BRUNS, Hans-Jürgen; JÄGER, Herbert (org.). *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft*. Festschrift für Heinrich Kenkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973. Berlin: Walter de Gruyter, 1974, pp. 171-197, p. 187.

³⁰⁵ ROXIN, Claus. *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*. In: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978. Munique: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, pp. 279-310, p. 290.

Na versão mais acabada do tema, Roxin apresenta a responsabilidade como uma valoração sob o ponto de vista da responsabilização (*Haftbarmachung*) do autor, em contraposição à antijuridicidade, um juízo referente a um ato violador do ordenamento jurídico.³⁰⁶ A responsabilidade dependeria de dois fatores: a culpabilidade do autor e da necessidade preventiva da reprimenda penal, extraída da lei: “o autor age culpavelmente quando realiza um injusto penal, embora ele (ainda) pudesse ter sido alcançado pelo efeito apelativo da norma e possuísse uma capacidade suficiente de autodeterminação, de modo que uma alternativa de comportamento em conformidade com o direito fosse-lhe psicologicamente acessível”.³⁰⁷

A nova proposta, entretanto, engendra suas próprias armadilhas. A mais importante delas é a da relação entre a necessidade preventiva e a culpabilidade. Santiago Mir Puig aponta haver uma verdadeira antinomia dos fins da pena, eis que o “que pode se mostrar aconselhável para a prevenção geral pode opor-se ao exigível pelo princípio da culpabilidade”.³⁰⁸ Do ponto de vista preventivo, a punição de quem age em erro de proibição ou mesmo de inimputáveis podia se mostrar últi. Nesses casos, como já apontado, a culpabilidade tenderia a excluir a possibilidade de aplicação de uma pena. A pressuposta harmonia entre finalidade da pena e culpabilidade mostra-se, assim, aparente. O próprio Roxin reconhece que a prevenção busca eficácia social, podendo ser inclusive, a depender da cabeça do legislador, uma força incrementadora de punibilidade, de sorte que o princípio da prevenção “não é capaz, sozinho, de limitar a violência penal estatal de um modo apropriado ao Estado de Direito”.³⁰⁹

A solução para o impasse já vinha embrionariamente enunciada desde 1970:

quando alguém – por qualquer razão –, não pôde evitar um injusto, realizado de maneira típica, mostra-se uma punição absolutamente desprovida de finalidade, adotando-se o ponto de vista de qualquer teoria da pena que se possa imaginar. Em outras palavras: não se pode querer retribuir uma culpa faltante; não tem sentido querer-se dissuadir a comunidade da concretização de resultados inevitáveis; um efeito especial-preventivo sobre alguém, a cujo comportamento não se pode

³⁰⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Munique: C. H. Beck, 2006, vol. I, p. 851.

³⁰⁷ *Idem, ibidem*, p. 852.

³⁰⁸ MIR PUIG, Santiago. *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*. Madri: Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XXXIX, f. I, jan-abr, 1986, pp. 49-58, p. 52.

³⁰⁹ ROXIN, Claus. *Zur problematik des Schuldsstrafrechts*. Berlin: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 96, f. 3, 1984, pp. 641-660, pp. 645-646.

reprovar ou é desnecessário ou, como nos casos de doença mental, inalcançável por meio da pena.³¹⁰

Com efeito, aponta Gimbernat Ordeig que a não aplicação da pena, nesses casos, não age em sentido contrário ao da prevenção geral:

é que os imputáveis sabem que tais casos de impunidade não valem para eles: eis por que eles têm sempre os mesmos bons motivos (escapar da imposição de uma pena) para se motivarem em consonância com o Direito; e os sem-culpa, por sua vez – eis que não são acessíveis por diversos motivos à motivação penal –, não irão cometer mais ou menos delitos em virtude de serem ou não punidos. Conclusivamente: uma vez que nos casos de falta de culpabilidade não se poderão alcançar as finalidades especial-preventivas (...) mostra-se a execução de uma pena (...) completamente desnecessária.³¹¹

Deduz-se, portanto, desses argumentos que ao princípio da prevenção, orientado à utilidade, é preciso opor um outro, orientado à admissibilidade, a saber, o da culpabilidade que “não é, assim, um meio de repressão, como é o caso das teorias retributivas, porém um meio para a limitação das sanções orientadas a objetivos preventivos”.³¹² Também as necessidade preventivas, por sua vez, limitam também a pena em razão da culpabilidade, como no caso da quantificação da pena.³¹³

³¹⁰ ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 2. ed. Berlin: De Gruyter, 1973, p. 34. No mesmo sentido: ROXIN, Claus. “*Schuld*” und “*Verantwortlichkeit*” als strafrechtliche Systemkategorien. In: ROXIN, Claus; BRUNS, Hans-Jürgen; JÄGER, Herbert (org.). *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Kenkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973*. Berlin: Walter de Gruyter, 1974, pp. 171-197, p. 184.

³¹¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enriqué. *Strafrechtssystematik und Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit*. In: *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Kenkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973*. Berlin: Walter de Gruyter, 1974, pp. 151-169, p. 167. Em sentido divergente, a posição de Mir Puig, para quem a necessidade preventiva está pautada pelo Estado de Direito e, nessa medida, pela idéia de pena justa, de sorte que o inculpável não deve ser punido por não ser motivável pelas normas e não em virtude dos efeitos preventivos dessa medida. (MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. In: MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado Social*. Barcelona: Bosch, 1979, p. 83).

³¹² ROXIN, Claus. *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?*. Berna: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, t. 104, f. 4, 1987, pp. 356-376, p. 372.

³¹³ ROXIN, Claus. *Zur problematik des Schuldsstrafrechts*. Berlin: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 96, f. 3, 1984, pp. 641-660, pp. 654.

Em texto de 1987³¹⁴ Roxin reúne de maneira sistemática suas críticas ao finalismo que pretende ter resolvido com a criação da responsabilidade, nos termos delineados. Ele aponta que a culpabilidade está assentada sobre quatro pensamentos que, embora fossem amplamente aceitos, mostram-se, em seu sentir, todos questionáveis: (i) o delinqüente transgride a lei penal, embora tivesse o poder de se comportar de outra maneira, vale dizer, com fidelidade ao direito; (ii) esse comportamento direcionado contra o Direito penal, escolhido de maneira livre, fundamenta uma reprovabilidade moral e, com isso, a culpabilidade do autor; (iii) a reprovabilidade do fato legitima o Estado a retaliar por meio da imposição de um mal, que assumirá uma das formas admitidas (liberdade ou pecúnia) correspondentes à intensidade da culpabilidade; (iv) a pena retribuidora da culpa é o meio mais conveniente para o combate ou evitamento de modelos de comportamento socialmente danosos.³¹⁵ De maneira sintética, tem-se os seguintes temas contidos em cada um desses itens: (i) livre-arbítrio; (ii) reprovabilidade moral; (iii) culpabilidade como medida da pena; (iv) pena retributiva versus combate à criminalidade.

Mencionem-se apenas breves ponderações do autor quanto aos pensamentos (iii) e (iv), eis que os demais foram exaustivamente abordados, acima. Em primeiro lugar, ainda que se pudesse determinar tanto a culpabilidade como a reprovabilidade moral, não haveria garantia de que a pena serviria como retribuição à culpa. A hipótese de que uma lesão corporal seria recompensada por um determinado tempo de prisão do agressor é irracional e sua ferida não curará mais depressa em razão disso. Também não se pode aceitar sem mais a tese de que a pena é o melhor instrumento de combate à criminalidade. Afinal, combater é um juízo prospectivo e retribuir, retrospectivo. “finalidades preventivas são de natureza diversa da retribuição”³¹⁶, ou, nas palavras de Armin Kaufmann, para o objetivo de proteção a bem jurídico dá-se a intervenção do Direito penal tarde demais.³¹⁷

Em que pese a proeminência na Alemanha das contribuições de Claus Roxin, no seio dos funcionalistas mesmo se encontram divergências internas no campo da culpabilidade.

³¹⁴ ROXIN, Claus. *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?*. Berna: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, t. 104, f. 4, 1987, pp. 356-376.

³¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 536.

³¹⁶ *Idem, ibidem*.

³¹⁷ KAUFMANN, Armin. *Die Aufgabe des Strafrechts*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1983, p. 6.

Registre-se, primeiramente, a de Bernd Schünemann que, de um lado, considera completamente apropriada a exigência de que à categoria dogmática da culpabilidade seja justaposta a necessidade preventiva da pena, ambas reunidas sob a nomenclatura de responsabilidade e, de outro, alerta:

a substituição do conceito de culpabilidade pela exigência de prevenção geral destruiria a estrutura de valor contida no pensamento culpabilístico, absolutamente fundamental para um Direito penal inserido em um Estado de Direito, eis que considerações de prevenção geral estão na posição de fundamentar apenas a utilidade racional-finalista, mas não a justificação racional-valorativa da pena.³¹⁸

Assim, é preciso, como corolário do Estado de Direito, que a aplicação de uma pena demande, por se tratar do meio de poder mais intenso e invasivo à disposição do Estado,

além da verificação de sua utilidade racional-finalista também a verificação de uma determinada legitimação: a pena criminal deve poder ser de alguma forma legitimada, para que se possa em sua imposição contra um cidadão (...) também nela reconhecer-se, igualmente, uma medida aceitável e justa.³¹⁹

Posição semelhante pode ser encontrada no pensamento de Winfried Hassemer, para quem a missão do Direito penal, como controle social, inclui a confirmação da expectativa normativa (prevenção geral positiva) sem, contudo, abdicar do chamado aspecto formalizador, vale dizer, “dos limites garantistas à dimensão do controle social”.³²⁰ A culpabilidade não serve para fundamentar a pena, papel ainda reservado à missão de prevenção geral positiva, mas sim para limitá-la, isto é, fixar sua intensidade, sua gradação. Membro do Tribunal Constitucional Alemão, Hassemer aplica ao Direito penal a consagrada tradição constitucionalista alemã do princípio da proporcionalidade: a culpabilidade serve para dar concreção a tal princípio, em sede de Direito penal.³²¹

³¹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht*. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin: Walter de Gruyter, 1983, pp. 153-195, pp. 169-171.

³¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 171.

³²⁰ HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. München: C.H.Beck'sche Verlags, 1981, p. 302.

³²¹ COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 212.

2.7.3. Segunda variação: culpabilidade como infidelidade ao Direito

É preciso apontar que a necessidade de contornar os impasses relativos à culpabilidade também deu ensejo a outra linha que, embora coerente com a idéia de prevenção, percorreu sendas diversas das dos autores acima estudados. No mesmo ano da palestra Política criminal e sistema de Direito penal, indaga-se Gimbernát Ordeig, em obra homônima: há futuro para o Direito penal? A indagação tem como horizonte o seguinte efeito dominó: indemonstrável o livre-arbítrio, perece a culpabilidade e, com ela, toda a dogmática penal.

O autor, todavia, aponta um caminho alternativo: abrir mão da culpabilidade como fundamento da pena e adotar em seu lugar, única e tão-somente as necessidades preventivas. A pena, diria ele mais tarde, “não tem nenhuma função metafísica ou de expiação, porém a simples e modesta função de prevenção do delito”.³²²

Santiago Mir Puig³²³ localiza na doutrina da prevenção geral positiva duas correntes. A primeira, capitaneada por Claus Roxin, fundamenta a aplicação da pena nas necessidades preventivas limitadas pela culpabilidade; a segunda, de que faria parte Gimbernát Ordeig atrela puramente a pena à prevenção, inculcando ao Direito penal verdadeiro papel de conformador da sociedade, tal qual se espera de um pai que quer educar o filho.

O precedente dessa noção já se faria sentir em Hans Welzel, para quem ao Direito penal incumbiria a tarefa de conformar a sociedade aos valores morais nele contidos: “o Direito penal não haveria de limitar-se a evitar determinadas condutas danosas ou perigosas, porém incumbiria a tarefa de perseguir, acima de tudo, algo mais ambicioso e de maior alcance: influir na consciência ético-social do cidadão, em sua atitude interna frente ao Direito”.³²⁴

A mesma concepção extrai-se explicitamente de Gimbernát Ordeig:

³²² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Strafrechtssystematik und Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit*. In: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Kenkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973. Berlin: Walter de Gruyter, 1974, pp. 151-169, p. 166.

³²³ MIR PUIG, Santiago. *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*. Madrid: Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XXXIX, f. I, jan-abr, 1986, pp. 49-58.

³²⁴ *Idem, ibidem*, p. 52.

a pena não está mais lá para retribuir uma culpa não disponível ou pelo menos não demonstrável. Assim como um pai pune o filho – aparentemente inocente – quando ele se comporta mal, com vistas à inibição daqueles impulsos, os quais prejudicam à criança ou a outros, por meio da privação do amor, da mesma forma deve a sociedade – (...) –lançar mão da pena, para que se fortaleça cada proibição, cuja observância seja absolutamente necessária; para que se evite na medida do possível o cometimento daqueles comportamentos que minam a base da vida social comunal; e para, finalmente, emprestar a tais proibições, por meio da ameaça e – quando esta não for observada – da execução da pena, um efeito intimidatório de crescente ênfase na instância social.³²⁵

Perfila-se à visão da pena puramente fundamentada na prevenção a doutrina de Günther Jakobs, cuja primeira formulação deu-se, em 1976, na obra denominada *Culpabilidade e prevenção*. O fio condutor dessa obra pode ser sintetizado na seguinte pergunta, formulada pelo próprio autor: “se há que se punir como reação a uma culpabilidade limitada pela necessidade preventiva ou em razão de uma necessidade preventiva limitada pela culpabilidade?”.³²⁶ O segundo caminho, encabeçado por Roxin, sofreria da seguinte contradição: se a pena está fundamentada na culpabilidade, então poderá estar aquém da necessidade preventiva, não servindo, assim, à sua missão (sendo mesmo ilegítima, eis que inútil); se, de outro lado, está fundamentada na necessidade preventiva, poderá estar além do que toleraria a culpabilidade. Em ambos os casos a formulação teórica seria inconsistente. *In verbis*:

sem respeitar o princípio de culpabilidade, a pena é ilegítima; mas se o princípio de culpabilidade limita consideravelmente os meios socialmente funcionais, isto é, se tem um significado e não é um conceito vazio, então existe o perigo de que a pena seja inadequada para a consecução de seus fins e seja ilegítima por essa outra razão.³²⁷

A posição de Jakobs deve ser compreendida dentro da seguinte perspectiva: “o funcionalismo jurídico-penal é concebido como aquela teoria segundo a qual o Direito penal está orientado a

³²⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?* Berlin: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, f. 2, 1970, pp. 379-410, p. 390.

³²⁶ JAKOBS, Günther. *Schuld und Prävention*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1976, p. 6.

³²⁷ JAKOBS, Günther. *El principio de culpabilidad*. Madrid: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XLV, fascículo I, janeiro-abril, 1992, pp. 1051-1083, p. 1052.

garantir a identidade normativa, a constituição e a sociedade”,³²⁸ em cujo seio coexistem expectativas recíprocas quanto às normas que vigem para as relações sociais. A lesão a uma norma, nesse contexto, gera mais do que um dano individual, porém uma frustração, naquela sociedade, da expectativa quanto à vigência e ao vigor da norma. A estabilização da teia comunicativa é alcançada por meio da reafirmação da norma transgredida, isto é, por meio da imposição de uma pena. E por que punir resolveria um problema social (o delito)? Jakobs responde: “porque a constituição da sociedade (do mesmo modo que a das pessoas ou mesmo dos sujeitos) tem lugar por meio de normas”,³²⁹ de sorte que reafirmar a norma é, portanto, reafirmar a própria constituição social.

Evidente, assim, a vinculação da missão da pena à de prevenção geral positiva, ou seja, “a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais”; seu conteúdo seria “uma réplica, que tem lugar contra o infrator, diante do questionamento da norma”.³³⁰ A culpabilidade é, assim, aquele critério que distingue uma ação humana sem nenhuma relevância comunicativa para o Direito penal (plano da natureza), daquela ação humana perceptível pelo sistema, eis que constante do plano do sentido. E o faz com base em que parâmetros? Na medida em que as fontes de expectativa social de que o Direito poderá se valer para aferir a frustração contida em uma determinada conduta só podem advir do próprio Direito, eis que este é um subsistema social fechado, apenas o próprio Direito positivo pode servir de régua de culpabilidade, que só será excluída em hipóteses previstas em leis, rigidamente tipificadas.³³¹ Ainda sob o rótulo de culpabilidade material, Jakobs não consegue escapar ao formalismo, ao definir como conteúdo da culpabilidade a falta de fidelidade ao ordenamento jurídico.³³²

³²⁸ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, ano V, n. 9A, 1999, pp. 19-58, p. 19.

³²⁹ *Idem, ibidem*, p. 25.

³³⁰ *apud* COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 235.

³³¹ JAKOBS, Günther. *El principio de culpabilidad*. Madrid: Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XLV, fascículo I, janeiro-abril, 1992, pp. 1051-1083, p. 1078.

³³² *Idem, ibidem*, p. 1083.

Pode-se resumir a concepção de Jakobs quanto à culpabilidade com as seguintes afirmações:³³³ (i) a culpabilidade deriva da prevenção geral e, como tal, fundamenta e limita a pena (“apenas a finalidade confere conteúdo à culpabilidade”)³³⁴; (ii) prevenção geral significa a afirmação da acuidade da confiança na vigência de uma norma; ela é limitada na medida em que seja necessária para a manutenção da confiança;³³⁵ (iii) o livre-arbítrio é apenas uma tentativa ontologizante de evitar um Direito penal livre de finalidades;³³⁶ (iv) a imputação penal de um comportamento depende da possibilidade de abdicar de uma expectativa cognitiva em prol de uma expectativa normativa em face do autor, válida também para todos os demais.³³⁷ Estabelece-se, assim, uma formulação de delito que articula três elementos: lesão a bem jurídico, violação da norma e pena: a lesão a bem jurídico é a violação da norma, vale dizer, a negação do significado da norma, que deve ser combatida por meio da reação penal.³³⁸

2.7.4. Terceira variação: culpabilidade como motivabilidade

Uma alternativa ao “poder agir de outro modo” também foi buscada por Francisco Muñoz Conde contemporaneamente a Claus Roxin e Gimbernat Ordeig. O primeiro passo consistiu no deslocamento do “mero livre-arbítrio empírico” do fundamento da culpabilidade para o da ação humana: cada juízo de valor acerca de uma ação criminal pressupõe a possibilidade de o agente ter podido agir de outra maneira. Em outras palavras: estão excluídos do âmbito da tipicidade aqueles modos de agir que não são resultado de uma escolha de vontade, porém de reflexos, de inconsciência ou de uma coação irresistível”.³³⁹ O segundo passo foi o de atrelar a

³³³ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo. *Ein unausrottbares Mißverständnis*. Berlin: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 110, f. 3, 1998, pp. 640-657, pp. 644-645.

³³⁴ JAKOBS, Günther. *Schuld und Prävention*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1976, p. 32: “a finalidade, que tende à determinação da culpabilidade, mostra-se ser, nesse ponto, a estabilização da confiança no ordenamento afetada pelo comportamento delitivo, enquanto comportamento completamente delitivo, isto é, culpável, só se dá quando, para a estabilização da perturbação afirma-se a responsabilidade do autor em evitá-la e confirma-se a correção da confiança na norma”.

³³⁵ *Idem, ibidem*, p. 33: “não se trata do que o delinquente, na opinião geral, ‘ganhou’, porém do que é necessário para a manutenção na confiança”.

³³⁶ JAKOBS, Günther. *Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?* In: HENRICH, Dieter (org.). *Aspekte der Freiheit*. Regensburg: Universität Regensburg, 1982, pp. 71 e 81.

³³⁷ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo. *Ein unausrottbares Mißverständnis*. Berlin: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 110, f. 3, 1998, pp. 640-657, p. 645.

³³⁸ JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre* Lehrbuch. 2. ed. Berlin: De Gruyter, 1991, p. 36.

³³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Über den materiellen Schuldbegriff*. Heidelberg: Goldammer’s Archiv für Strafrecht, 1978, pp. 65-78, p. 68.

incontornável reprovabilidade aos processos de comunicação (expectativa) social: “como toda regra da vida comum, também a norma penal pressupõe um processo de interação e comunicação entre os membros de uma sociedade. Esse processo se desenvolve a partir de um contexto estrutural, que pode ser descrito como expectativa”.³⁴⁰ Com isso, abdica expressamente de imprimir à culpabilidade qualquer juízo de necessidade político-criminal da pena, cujo critério “é sempre valorativo, de uma natureza carregada de inabalável irracionalidade – e dessa forma não são capazes de excluir decisões arbitrárias”.³⁴¹

Culpabilidade, em sentido formal, seria a “explicitação de frustração de uma expectativa jurídico-penalmente relevante, que possibilita a aplicação de uma pena”.³⁴² Seu conteúdo material adviria da “relação entre o indivíduo e a norma penal, em virtude da qual o comando normativo penetra na sua consciência e pode ser determinante de seu comportamento. (...) Nesse sentido a culpa é a última fase de um processo de motivação e socialização, o qual começa com a educação familiar e se estabelece ao longo da vida por meio da introjeção das demandas sociais”.

De maneira mais acabada: “podemos, assim, agora definir a culpa como um juízo de desvalor (explicitação da frustração), expressada pelo representante do poder penal acerca do agente, o qual frustrou determinadas expectativas jurídico-penais, por ele introjetadas ou apenas introjetáveis e reconhecidas como determinantes de seu comportamento”.³⁴³ Com efeito, afirma que

apenas na medida em que se dê a internalização dos mandados normativos e o processo de socialização não se encontre alterado (analfabetismo, subcultura etc.) poder-se-á tratar do tema do conhecimento da antijuridicidade. Em uma sociedade em que coexistam diversos sistemas de valores há que admitir que haja indivíduos que, embora podendo, teoricamente, conhecer a ilicitude de seu agir, não se coloquem sequer este problema quando esse agir é normal no grupo social concreto a que pertencem.³⁴⁴

³⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 72.

³⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 70.

³⁴² *Idem, ibidem*, p. 73.

³⁴³ *Idem, ibidem*, pp. 73-74.

³⁴⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. Valencia: Tirant lo blanch, 1993, p. 343.

O central deixa de ser a possibilidade de ter agido de outro modo, porém, “que a norma penal o motive com seus mandados e proibições para que se abstenha de realizar um desses fazeres possíveis que é precisamente o que a norma proíbe com a ameaça de uma pena”. A motivabilidade, assim entendida a “capacidade para reagir diante das exigências normativas” é a faculdade que, ao lado de outras a elas intrínsecas (a exemplo da inteligência e da afetividade) permite a atribuição a um sujeito da ação por ele cometida.³⁴⁵

A idéia de motivabilidade já constava do pensamento de Karl Binding³⁴⁶ sem, todavia, nenhum conteúdo sistemático. Foram Frank e Goldschmidt que a retomaram, atrelando-a, dentro do marco indeterminista, à noção de evitabilidade do comportamento proibido: “motivabilidade interessa enquanto qualidade ou capacidade do indivíduo, dependente de sua liberdade de vontade, e que subsiste se a situação concreta é normal, ou que diminui ou desaparece nas situações a que se referem as causas de exculpação”.³⁴⁷ No pensamento de Muñoz Conde, como se viu, o enfoque é deslocado para a norma, ou mais precisamente para a norma em relação aos indivíduos.

O tema de prevenção é reintroduzido da seguinte forma: não se poderia falar em necessidade preventiva ao lado da culpabilidade; a culpabilidade deveria conter, em si, as preocupações preventivas, essenciais em um Direito penal orientado à proteção de bens jurídicos. Ora, na medida em que a culpabilidade não deriva da natureza das coisas, porém dos processos comunicativos, e que, em um Estado de Direito, não se considera justo levar o desejo de prevenção até o ponto de punir os inculpáveis, aí estaria o momento de aferição da necessidade preventiva: na tensão entre a pena necessária à reafirmação da norma frustrada e aquela justa, nos limites do Estado Democrático de Direito: “é, pois a sociedade, ou melhor, o Estado que a representa, produto da correlação de forças sociais existentes em um dado

³⁴⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introdução*. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Barcelona: Reus, 1981, p. 34.

³⁴⁶ ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974, p. 31.

³⁴⁷ COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 154.

momento histórico, que define os limites do culpável e do não-culpável, da liberdade e da não-liberdade”.³⁴⁸

A idéia de prevenção perfila-se à de proteção de bens jurídicos, tarefa alcançável por “determinados processos psicológicos que induzem os indivíduos a respeitá-los”, que formam “parte de um complexo processo chamado de ‘motivação’” cujos contornos, embora de difícil precisão, englobam por certo a ordem jurídica, dado que “exerce um forte influxo na motivação humana, pois, como elementos pertencentes ao mundo circundante do indivíduo, são interiorizados ou introduzidos por ele e co-operam na formação de sua consciência, do superego”.³⁴⁹ Na conformação do superego (também chamado de ética social ou instância valorativa), são decisivos os estereótipos, dentre eles o Direito, cuja diferenciação dos demais fatores determinantes (religião, economia etc.) jaz justamente no caráter coativo:

o principal meio de coação jurídica é a pena, que serve para motivar comportamentos nos indivíduos e que é, além disso, elemento integrante da norma penal. A norma cumpre, portanto, essa função motivadora que ressaltamos no início, ameaçando com pena a realização de determinados comportamentos considerados pela autoridade de uma sociedade como indesejáveis.³⁵⁰

Há, porém, uma condição para que o Direito possa ter esse efeito conformador do superego: que ele seja uma “continuação de um conjunto de instituições públicas e privadas (família, escola, formação profissional etc.) cuja tarefa consiste igualmente em socializar e educar para a convivência entre os indivíduos por meio da aprendizagem de determinadas pautas de comportamento”.³⁵¹ Isso porque, curiosamente, as normas penais por si só são insuficientes e, paradoxalmente, demasiado débeis para manter o sistema de valores sobre o qual descansa uma sociedade. De nada serviriam nem a cominação penal nelas contida, nem a imposição de penas, nem sua execução, se não existissem previamente outros sistemas de motivação de comportamento humano em sociedade: “daqui se deduz que a norma penal só pode ter eficácia motivadora se acompanhada na mesma direção por outras instâncias sociais motivadoras”.³⁵²

³⁴⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. Valencia: Tirant lo blanch, 1993, p. 320.

³⁴⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 17-19.

³⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 17-19.

³⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 20.

³⁵² *Idem, ibidem*, p. 20.

E quando isso não ocorre, isto é, quando o Direito não se mostra harmônico às demais instâncias de controle social? Primeiramente, o conflito entre indivíduo e Estado, nesse caso, deveria ser pensado antes como uma “contraposição entre diversos sistemas sociais que incidem sobre o comportamento do indivíduo”, a exemplo do que ocorre “sobretudo em sociedades pouco democráticas e exclusivamente classistas”, em que “sistemas sociais de valores diferentes co-existem, traçando, então, uma oposição entre os sistemas dominantes e os que não o são, e com ele também uma situação anômica que repercute no comportamento dos indivíduos”.³⁵³

2.7.5. Valoração

Como análise das posições apontadas, basta, para o objetivo da presente reflexão que todos os autores acima vinculam a culpabilidade a finalidades preventivas, abdicando de lhe conferir um conteúdo propriamente material. Trata-se, senão da negação da categoria, no mínimo de um esvaziamento semântico sensível.³⁵⁴ Abdica-se de buscar uma pena justa (ou ética) em nome de uma pena útil, único conteúdo legítimo possível desta. Nas palavras de Muñoz Conde: “a culpa não desempenha mais praticamente nenhum papel em Roxin. O motivo decisivo para a imposição de uma pena é, para ele, apenas a responsabilidade, isto é, o juízo quanto à necessidade político-criminal de uma pena em cada caso concreto”.³⁵⁵ O próprio Muñoz Conde, como se viu, em que pese a importância conferida à culpabilidade, não se despiu do viés prevencionista.

A pretexto de construir uma teoria desvinculada do livre-arbítrio e da noção de reprovação, erige-se uma alternativa a partir da liberdade de decisão e de capacidade de atender aos estímulos normativos, trocando, no essencial, o nome, mas mantendo a idéia: é preciso ter em vista um homem racional a quem se reprova. Nesse sentido, a ponderação de Juarez Tavares, para quem o “a deslealdade ao direito é um juízo de adequação acerca da conduta e de sua

³⁵³ *Idem, ibidem*, pp. 21-22.

³⁵⁴ Nesse sentido: KÖHLER, Michael. *Die bewußte Fahrlässigkeit*. Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, n. 31, 1982, p. 376; KÜPPER, Georg. *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1990, p. 149.

³⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Über den materiellen Schuldbegriff*. Heidelberg: Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1978, pp. 65-78, p. 70.

capacidade de motivação para com as exigências da norma. Muda o método, mas não o conteúdo”.³⁵⁶ É o próprio Roxin a reconhecer que “tal interpretação da responsabilidade tem significado ínfimo para os fundamentos tradicionais do princípio da culpabilidade, pois a culpabilidade não é comprometida nem redefinida, permanecendo com plena magnitude como condição da punibilidade”.³⁵⁷

Outras incongruências deixam-se sentir no pensamento funcionalista. No tocante ao papel limitador do poder punitivo que caberia à culpabilidade, já em 1973 Roxin assumia curiosa posição em matéria de causa supralegal de exclusão da culpabilidade (ou responsabilidade): o autor não admite que o juiz possa excluir a culpabilidade senão perante a expressa previsão legal:

Evidentemente não pode afirmar-se, assim, uma exclusão da culpabilidade em virtude de um juiz querer negar, no caso concreto, a validade da pena. Trata-se antes de interpretar as regras de direito e de costume jurídico de exclusão da culpabilidade a partir da *ratio* subjacente. Assim não pode, por exemplo, a irracionalidade como causa geral de exclusão da culpabilidade em delitos dolosos ser levada em consideração, pois o legislador, nesse âmbito, normativizou individualizadamente as situações que excluem a responsabilidade e (a partir de sua compreensão da finalidade da pena) decidiu, que o juiz não pode corrigir.³⁵⁸

Como bem aponta Paulo Queiroz, tal formalismo não se justifica. Em primeiro lugar, por não ser razoável que o legislador possa antever todos os fatos passíveis de exculpação, em face da dinâmica social e da conseqüente multiplicidade de situações que podem surgir na prática. Em segundo, pelo fato de que decorre do princípio da culpabilidade que o magistrado, reconhecendo uma circunstância capaz de funcionar como causa de exclusão da culpabilidade, deve fazê-lo.³⁵⁹

³⁵⁶ TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: a incongruência dos métodos*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 24, outubro-dezembro, 1998, pp. 145-156, p. 153.

³⁵⁷ ROXIN, Claus. *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*. In: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978. Munique: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, pp. 279-310, p. 285.

³⁵⁸ ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 2. ed. Berlin: De Gruyter, 1973, p. 48.

³⁵⁹ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 220.

Por fim, a estranheza que Arthur Kaufmann³⁶⁰ já expressava em 1967 que é retomada com clareza hialina por Francisco Muñoz Conde, a saber, a incontornável contradição entre prevenção e culpabilidade: “primeiro afirma que a culpabilidade é um conceito fictício de raízes metafísicas incapaz por si só de servir de fundamento à imposição de uma pena; em seguida, todavia, atribui a esse conceito fictício nada menos que uma função limitadora do poder de intervenção estatal”.³⁶¹ A esse propósito, de registrar a ponderação de Bernd Schünemann no sentido de que “se se leva a sério a renúncia completa ao juízo do ‘poder agir de outro modo’, equivale afirmar que a capacidade de conformar à norma vem reconhecida ao sujeito só de modo geral e não, todavia, nas situações particulares”, o que levaria, por consequência, à aplicação de medidas de segurança e não de penas.³⁶²

2.8. A indissociabilidade entre injusto culpável e pena: o terceiro pilar da culpabilidade

Uma feliz síntese das incontáveis nuances dogmáticas quanto à culpabilidade é oferecida por Klaus Günther, que identifica duas principais posições. A primeira funda a culpabilidade na liberdade do autor de agir de outro modo no momento do fato. A segunda renuncia justamente à tarefa de fundamentar o significado da culpa a partir do autor, assimilando tal significado pelos fins preventivos da pena.³⁶³ Ali, a teoria normativa pura; aqui, o funcionalismo.

O sujeito culpável na teoria normativa pura é aquele que naquela determinada circunstância escolheu agir contra o Direito, na medida em que poderia ter direcionado sua vontade para uma finalidade lícita. A capacidade de autodeterminação do indivíduo, conjugada com o incontornável conteúdo ético do Direito penal, dá-se sobre a base de uma *Meschenbild*, segundo a qual todo indivíduo imputável é capaz de inferir a legalidade de suas ações e

³⁶⁰ KAUFMANN, Arthur. *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankes im Strafrecht*. Tübingen: Juristenzeitung, ano 22, n. 18, 1967, pp. 553-560: nega-se que a pena tenha qualquer função em relação à culpabilidade do apenado; giza-se, todavia, muito mais explicitamente que a culpabilidade, ao revés, “tem uma função para a medição da pena, nomeadamente a de determinar seu limite máximo. Formulado de outra forma: a culpabilidade, diz-se, não é nem fundamento nem justificativa da pena, é, porém, um incontornável critério para sua limitação (...)”.

³⁶¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introdução*. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Barcelona: Reus, 1972, pp. 24-25.

³⁶² SCHÜNEMANN, Bernd. *L'evoluzione della teoria della colpevolezza nella Repubblica Federale Tedesca*. Milão: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1990, pp. 3-35, pp. 6-7.

³⁶³ GÜNTHER, Klaus. *A culpabilidade no Direito penal atual e no futuro*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 24, outubro-dezembro, 1998, pp. 78-92, pp. 78-79.

conformar seu comportamento à luz dessa compreensão. Quando não o faz, merece ser punido (abordagem inequivocamente retributivista). Nas palavras de Günther: “a culpabilidade aproxima-se, assim, de uma autonomia ou autodeterminação moral”.³⁶⁴ Assim, por exemplo, a formulação de Hans-Heinrich Jescheck, para quem “a determinabilidade do comportamento, da qual deriva o Direito penal, baseia-se na suposta capacidade humana de controlar os instintos que agem sobre o ser humano e de ajustar seus comportamentos a partir de relações de sentido (*Sinnbezügen*), valores e normas”.³⁶⁵

Já o sujeito culpável do funcionalismo é aquele que, em um contexto fático dado, contraria as expectativas normativas, quando, por estar inserido no contexto comunicativo, poderia ter sucumbido a elas. Também aqui pode qualquer ser humano acessar a legalidade de suas ações, por confronto às expectativas normativas, conhecidas por meio dos processos comunicativos. Roxin, contornando o tema do livre-arbítrio, não pode abrir mão de algum grau de liberdade: “eu encaro como insolúvel o problema do livre-arbítrio e assumo que as pessoas, até um certo limite, para o qual são impelidas por meio de sua constituição e do ambiente, possuem uma segura liberdade de decisão”.³⁶⁶ Assim, quando frustra a expectativa social, imperioso que a teia comunicativa seja restaurada por meio da reafirmação do valor violado, que se dá quando da imposição da pena (abordagem prevencionista).

A *Menschenbild* do funcionalismo, portanto, altera os nomes dos atributos daquele homem iluminista, mantendo-o, no essencial, inalterado. Em uma palavra, trata-se do homem iluminista usando novas vestes.³⁶⁷

³⁶⁴ GÜNTHER, Klaus. *A culpabilidade no Direito penal atual e no futuro*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 24, outubro-dezembro, 1998, pp. 78-92, p. 79.

³⁶⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; RUSS, Wolfgang; WILLMS, Günther. *Strafgesetzbuch*. Leipziger Kommentar. 10^a. ed. Berlin: Walter de Gruyter, t. I, 1985, § 13, item 66. Em sentido semelhante: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Starfrechtssystematik und Nichtbeweisbarkeit der Wilensfreiheit*. In: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Kenkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973. Berlin: Walter de Gruyter, 1974, pp. 151-169, p. 160.

³⁶⁶ ROXIN, Claus. *Zur problematik des Schuldsstrafrechts*. Berlin: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 96, f. 3, 1984, pp. 641-660, p. 643.

³⁶⁷ BICUDO, Tatiana Viggiani. *A globalização e as transformações no Direito penal*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 23, julho-setembro, 1998, pp. 97-109, p. 105.

Há que se registrar uma exceção notória. Günther Jakobs, ao adotar um modelo de funcionalismo sistêmico radical, abstrai as qualidades intrínsecas do ser humano, que passa a integrar a natureza (ambiente), sendo relevante para o sistema apenas a comunicação, da qual ele participa sob a forma de papel social. Jakobs reduz o indivíduo a mero “‘subsistema físico-psíquico’, mero centro de imputação ou sujeição de responsabilidades”. Em sentido semelhante, a posição de Schünemann: “em Jakobs a abstração e a eliminação chegam à sua expressão máxima, e convertem em um simples ato de comunicação o processo de legítimo exercício de violência estatal que, muitas vezes, resulta em penas de prisão de muitos anos, ou ainda a de vida”.³⁶⁸ Felizmente tal posição, confrontante da dignidade humana, tem encontrado apoucado eco doutrinário.

Também intocada a percepção da existência de valores universalmente compartilhados, agrupados sob a rubrica de bens jurídicos penalmente relevantes. Ao Direito penal incumbe protegê-los contra o ataque daqueles sujeitos já referidos. O que lhes confere o estatuto de relevância? A resposta tende a ser tautológica: são relevantes aqueles escolhidos pelo legislador, e ele os escolhe porque são relevantes. Uma saída recursiva é o apelo a determinados princípios como os da intervenção mínima ou fragmentariedade que, todavia, não vinculam nem ao aplicador e muito menos ao legislador.

Há que apresentar, por fim, o terceiro pilar da culpabilidade: o da indissociabilidade entre o crime e a pena.

Já no século XVIII, como se viu, o sistema penal projetou um auto-retrato essencialmente punitivo, em que “o procedimento penal hostil, autoritário e acompanhado de sanções aflitivas é considerado o melhor meio de defesa contra o crime”.³⁶⁹ É fruto direto das teorias da dissuasão ou da retribuição, que excluem as sanções de reparação pecuniária ou outras alternativas como propriamente penais e aptas às finalidades já apontadas. Nas palavras de Álvaro Pires, conceberiam a proteção da sociedade ou a afirmação das normas de modo: (i)

³⁶⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *La culpabilidad: estado de la cuestión*. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madri: Civitas, 2000, pp. 93-128, p. 100.

³⁶⁹ PIRES, Álvaro. *A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos*. São Paulo: Novos Estudos Cebrap, n. 68, março de 2004, pp. 39-60, p. 43.

hostil, “por representarem o agressor como um inimigo de todo o grupo e por estabelecerem uma equivalência necessária entre o valor do bem ofendido e o grau do sofrimento que se deve infligir ao transgressor”; (ii) abstrato, “porque, mesmo reconhecendo que a pena causa um mal concreto e imediato, concebem que esse mal produz um bem imaterial e mediato para o grupo”; (iii) negativo, já que “excluem qualquer outra sanção ou medidas que visem reafirmar a norma por meio de uma ação positiva”; e (iv) atomista, “porque a pena – na melhor das hipóteses –, não deve se preocupar com laços sociais concretos entre as pessoas a não ser de forma secundária e acessória”.³⁷⁰ Como bem o colocou Pierre Ayreault, em 1576, “o mal se sana pelo mal”.³⁷¹

A pena, ademais, seria uma punição obrigatória ou necessária. Vide Beccaria, para quem a certeza da pena é mais importante do que sua severidade, ou Kant, para quem a pena é um imperativo categórico, isto é, há uma obrigação moral de punir.³⁷²

Nesse diapasão, o pilar aqui tratado, embora date do século XVIII, foi alçado à máxima consequência com a perspectiva funcionalista: seja sob o enfoque garantista, seja sob aquele prevencionista, a culpabilidade é a última barreira à aplicação da pena que será, segundo o primeiro enfoque, a mais individualizada e justa para o indivíduo, ou, de acordo com, o segundo, a mais eficaz na estabilização normativa (respeitadas, para os mais moderados, as garantias individuais).

À prática de um injusto culpável há que se impor uma pena em sentido forte. Essa proposição merece o estatuto de pilar porque condiciona a formulação mesma da culpabilidade: quem nela busca contornos materiais rigorosos, fá-lo com vistas a minimizar a imposição de males aflitivos; quem o faz a partir da necessidade preventiva da pena coloca o mal na definição mesma do conceito.

O funcionalismo destrói parcialmente o prédio da culpabilidade, deixando intactos, todavia, seus alicerces.

³⁷⁰ *Idem, ibidem.*

³⁷¹ *Idem, ibidem.*

³⁷² *Idem, ibidem*, p. 44.

2.9. Considerações finais

Com essas conclusões, finda-se a primeira etapa do trabalho: (i) reconstruiu-se interessadamente a história da idéia de culpa, com vistas a identificar os pilares teóricos que deram sustento ao nascimento do conceito, em finais do século XIX; (ii) percorreram-se os principais capítulos da história da culpabilidade como categoria dogmática, sempre com vistas a aferir eventuais mudanças dos pilares e, igualmente, permitir um resumido estado da arte e, por fim; (iii) conclui-se pela manutenção de tais pilares.

Mister, portanto, na próxima etapa submetê-los à apreciação crítica para aferir-lhes a sustentabilidade. De notar que os dois primeiros têm referência a uma dimensão concreta, isto é, os seres humanos existem (para a infelicidade dos funcionalistas radicais) e os valores também. Resta apenas indagar se existem nos termos até aqui admitidos, o que só se pode fazer desde as ciências empíricas: para o primeiro, imprescindível o recurso à psicologia; para o segundo, à criminologia.

O último pilar oferece dificuldade adicional: a vinculação entre delito e pena é o núcleo duro do Direito penal (a ponto de definir-lhe o próprio nome). Não se pretende dissolver esse elo profundo; nem com isso, todavia, abdicar-se-á de lançar uma provocação teórica: e se, alguns passos antes da formação da racionalidade da pena moderna, ao Direito penal tivesse sido conferida a tarefa de proteger determinados bens jurídicos, **inclusive** por meio da pena e não **quase que exclusivamente** por meio dela? Esse será o tema do último capítulo.

3. APRECIÇÃO CRIMINOLÓGICA DOS FUNDAMENTOS DA CULPABILIDADE

3.1. Considerações iniciais.

Uma síntese razoável dos discursos quanto à missão do Direito penal seria a de que ele busca controlar as condutas humanas de modo a evitar lesão a bens que são jurídica e particularmente relevantes. As diferenças surgirão quanto ao objeto de incidência do poder penal (indivíduo ou comunidade), meio idôneo (pena cominada ou pena aplicada) ou ainda quanto à estratégia (ameaça ou reforço positivo do valor protegido). De qualquer sorte, há uma aposta comum: o sujeito é capaz de legitimar um valor e agir consoantemente, isto é, a doutrina penal, ao se referir ao agente, pressupõe-no como um sujeito dotado de razão, vale dizer, como se tivesse a faculdade mental e moral de escolher como agir.

Dois aspectos dogmáticos demonstram a assertiva. Em primeiro lugar, tem-se como isento de pena aquele que não pode, no momento da ação, compreender o caráter ilícito do ato ou determinar-se consoante essa compreensão (art. 26 do Código Penal brasileiro³⁷³). Assim, quem não pode agir livremente não pode ser castigado. Em segundo lugar, tem-se que a culpabilidade é um juízo de reprovabilidade, assim entendido o juízo negativo contra aquele que, embora podendo, escolheu agir contra o Direito. A contrário senso, tem-se que aquele que agiu contra o Direito sem que tivesse outra escolha não terá cometido crime, mesmo que sua conduta seja típica e antijurídica. É o caso, por exemplo, dos seguintes institutos: (i) coação moral irresistível (art. 22), (ii) obediência hierárquica (art. 22), (iii) embriaguez acidental (art. 28, § 1º) e (iv) erro de proibição (art. 21).

Por detrás de tal concepção impõe-se a existência de um determinado destinatário da norma penal que pode ser assim sintetizado: trata-se de um sujeito que, quando age, pergunta-se a si mesmo: “como devo agir?”. Se por qualquer razão a pergunta não é formulada ou há doença mental ou retardamento que impeça que a ação corresponda à indagação, então não se trata de um agente capaz de receber pena. Assim, perscrutar quais são os mecanismos mentais que

³⁷³ À falta de menção específica, por Código Penal designar-se-á o Código Penal brasileiro em vigor.

levam uma pessoa a intimamente legitimar, ou não, regras, princípios e valores morais, ou seja, estudar a gênese do *sentimento de obrigatoriedade* é tarefa fundamental para a fixação dos contornos da culpabilidade e, na medida em que se trata precisamente do objeto de estudo da Psicologia Moral,³⁷⁴ o recurso a essa ciência será indispensável.

3.2. Apreciação psicológica do ser humano iluminista

3.2.1. A abordagem da psicologia moral

Preliminarmente, há que aclarar o que se denomina de moral. O emprego de moral e ética é variável de autor para autor e, por terem o mesmo sentido original, sendo um vocábulo latino e outro grego, muitas vezes o que alguém denomina de moral é exatamente o que outro chama de ética. Adota-se, aqui, moral como aquele conjunto normativo que determina como alguém deve se comportar; ética é um conceito atrelado ao projeto de vida, orientado à dimensão da boa vida, da vida em face do outro, em face dos demais.³⁷⁵

Ao se perguntar “como devo agir”, o indivíduo embute nessa pergunta, outras duas: “como eu deveria agir” (ou ainda, “qual seria a conduta correta”) e, independentemente do que seja o correto, “como efetivamente eu quero agir”.

Buscar o “como eu deveria agir” é necessariamente procurar o que é o correto, o certo. Duas são as modalidades de fontes possíveis de legitimação da conduta (ou do valor que inspira a conduta): as externas e as internas. Immanuel Kant, em *Fundamentação da metafísica dos costumes* (1785), distingue duas formas de vontade: uma autônoma, cujo princípio pode ser enunciado como “escolher sempre de tal maneira que, na mesma volição, as máximas da escolha estejam, ao mesmo tempo, presentes como uma lei universal”, isto é, “o que eu quero para mim nesta lei devo querê-lo também para todos os demais em iguais circunstâncias”,³⁷⁶ e

³⁷⁴ DE LA TAILLE, Yves. *Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas*. Porto Alegre: Artmed, 2006, pp. 9 e 18.

³⁷⁵ Alinha-se, assim, à posição de Yves de La Taille em *Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas*. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 29.

³⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 212.

outra heterônoma, relacionada a imperativos hipotéticos (“eu deveria fazer alguma coisa porque quero fazer alguma outra coisa”).

A legitimação da vontade autônoma é, portanto, fruto da liberdade da vontade e traduz a autoridade contida na lei universal em sim mesma. A vontade heterônoma, por sua vez, tem fonte externa de legitimação:

a lei moral sob a heteronomia só seria válida por causa do interesse que tivéssemos em obedecer-lhe, o que equivaleria à ‘dependência da razão pratica para com a sensibilidade, isto é, para com um sentimento subjacente, por força do qual a razão nunca poderia ser moralmente legislativa’ (FMC, p. 461, p. 60).³⁷⁷

A vontade heterônoma está condicionada a um estímulo atraente (não liberdade de escolha) ou a uma força que coage à obediência (submissão à autoridade). Quem legitima seu agir a partir de valores que lhe são externos chamar-se-á, portanto, de moralmente heterônomos; de outro lado, quem o legitimar valendo-se de mecanismos próprios, internos, de moralmente autônomos.

I

Émile Durkheim, um dos pais da Sociologia européia, em seu *A educação moral* sustentou que “ser moral é *obedecer* aos mandamentos de um ‘ser coletivo’ superior que inspira o sentimento do sagrado por ser temido e desejável”,³⁷⁸ ou seja, agir corretamente é fazer aquilo que a sociedade julgue como correto. Logo, Durkheim imaginava que os homens fossem moralmente heterônomos, sendo certo que “cada indivíduo recebe um sistema moral pronto, ao qual deve adaptar-se”.³⁷⁹ Em síntese, ao ser perguntado “como devo agir?” esse indivíduo provavelmente responderia: conforme a sociedade espera que eu aja. Nas próprias palavras de

³⁷⁷ CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 2000, pp. 43, 169 e 170.

³⁷⁸ DURKHEIM, Emile. *L'Éducation Morale*. Paris: PUF, 1902.

³⁷⁹ DE LA TAILLE, Yves. *Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas*. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 14.

Durkheim: as regras de conduta determinam “como o homem em determinadas situações deve se comportar: agir bem é obedecer bem”.³⁸⁰

No campo da Criminologia, aponta Shecaira, a identificação entre indivíduo e sociedade, na perspectiva durkheimiana, é tamanha que “não é preciso dizer que um ato fere a consciência comum porque é criminoso, mas que é criminoso porque fere a consciência comum. Não o reprovamos porque é um crime, mas é um crime porque o reprovamos”.³⁸¹

A preocupação com a moral também estava presente na nascente sociologia estadunidense. Em 1906, William Sumner escreveu o livro *Folkways: estudo sociológico dos costumes*³⁸² em que analisou minuciosamente os *mores* (as regras morais) e considerou que:

verificam-se a cada passo novos indícios de que os *mores* podem tornar acertado seja o que for. Sua ação consiste em cobrir com o manto do costume um modo de agir, seja em relação a vestuário, a linguagem, maneiras, etc., dando-lhe regulamentações e limites, dentro dos quais o torna indiscutível. (...) a regulamentação pelos *mores* dá sempre ordem e forma e assim traça para a vida limites dentro dos quais é permitido buscar a realização de interesses (propriedade e casamento, por exemplo), mas fora dos quais essa permissão é negada.³⁸³

Em síntese, “os *mores* então estabelecem os limites, isto é, definem a reprovação”.³⁸⁴ Suas conclusões, quanto ao sentimento de obrigatoriedade, mostram-se coincidentes com as de Durkheim: na medida em que os *mores* definem o que é reprovável e podem assumir qualquer conteúdo, será a sociedade em que se insere determinado indivíduo a definir, para ele, o quanto seja correto. Mais uma vez, um modelo de moralidade heterônoma.

³⁸⁰ DURKHEIM, Emile. *Erziehung, Moral und Gesellschaft*. Neuwied, 1973, p. 78: “nós podemos dizer então, que a moral é um sistema de regras de conduta, que determina o comportamento. Elas determinam como em certas situações deve-se comportar-se: agir bem é obedecer bem”.

³⁸¹ DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*, trad. Margarida Garrido Esteves, São Paulo, Abril Cultural, Coleção Os Pensadores, 1978. *Apud*: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, p. 219.

³⁸² New York: Ginn and Company.

³⁸³ Traduzida por Lavínia Costa Villela. São Paulo: Livraria Martins Editores, 1950.

³⁸⁴ SUMNER, William. *Folkways: estudo sociológico dos costumes*. Tradução de Lavínia Costa Villela. São Paulo: Livraria Martins Editores, 1950, pp. 635-636.

Jean Piaget vem a propor uma outra abordagem. Para ele, o sujeito epistêmico, assim entendido aquele “que se encontra em todos nós quando elaboramos conhecimentos sobre o mundo e sobre nós mesmos”³⁸⁵, é fruto de um processo que se inicia em uma fase de anomia (pré-moral), seguindo-se uma de heteronomia e atingindo aquela de autonomia.

A moral heterônoma, ensina de Yves de La Taille, é definida por dois conjuntos de características: uma compreensão das regras preponderantemente ao pé da letra que privilegia as conseqüências da ação e não a intenção que a motivou, de um lado, e a legitimação das regras por referência à autoridade. Tratar-se-ia de uma moral da obediência. Na moral autônoma, de outro lado, “a criança passa a poder julgar a partir de princípios e, assim, libera-se da obediência estrita às regras”; já a fonte de legitimidade passa a ser o “princípio moral em si, o da dignidade, o da justiça”. O percurso por tais fases dependerá, a par das estruturas mentais necessárias (desenvolvimento da inteligência), das interações sociais: “o desenvolvimento moral é fruto de construções endógenas (por auto-regulamentação) desencadeadas pelas interações com o meio social”.³⁸⁶

O sujeito epistêmico de Piaget, ao ser perguntado como deve agir, poderá ter três atitudes; não responder qualquer coisa, pois nem sequer consegue processar a pergunta (fase anômica); dizer que deve agir consoante a regra do grupo ou de outra fonte externa de legitimidade (fase heterônoma) ou ainda dizer que deve agir consoante os princípios morais, submetidos ao crivo da razão (fase autônoma).

Foi Lawrence Kohlberg quem aprofundou as etapas da moralidade, divididas em três níveis: pré-convencional, convencional e pós-convencional, sintetizadas no esquema abaixo, adaptado da obra de Alvino Augusto de Sá *Crimes ambientais: ensaiando algumas reflexões clínico-criminológicas*:³⁸⁷

³⁸⁵ DE LA TAILLE, Yves. *Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas*. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 15.

³⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 98.

³⁸⁷ SÁ, Alvino A. *Crimes ambientais: ensaiando algumas reflexões clínico-criminológicas*. In SÁ, Alvino Augusto; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 197-215, pp. 204-208.

Nível 1. Pré-convencional³⁸⁸

Estágio 1: moralidade heterônoma

O que é certo (fazer): evitar quebrar as normas devido ao castigo; obedecer por obedecer e evitar causar dano físico a pessoas e à propriedade.

Razões para atuar corretamente: evitar o castigo e o poder superior das autoridades.

Perspectiva social do estágio: *Ponto de vista egocêntrico*. Não considera os interesses de outros nem reconhece que sejam diferentes dos próprios; não relaciona dois pontos de vista. Consideração física dos fatos antes dos interesses psicológicos de outros. Confusão da perspectiva da autoridade com a sua própria.

Estágio 2: Individualismo, finalidade instrumental e intercâmbio

O que é certo (fazer): seguir as normas somente no imediato interesse de alguém; atuar para conseguir os próprios interesses e necessidades e deixar que os demais façam o mesmo. É correto o que é justo, o que é um intercâmbio, um acordo, um trato.

Razões para atuar corretamente: servir as necessidades e interesses próprios em um mundo em que outras pessoas também têm seus interesses.

Perspectiva social do estágio: *Perspectiva individualista concreta*. Consciência de que todo o mundo tem interesses próprios a perseguir e isso leva a um conflito, de forma que o correto é relativo (no sentido individualista concreto).

Nível 2. Convencional³⁸⁹

Estágio 3: Mútuas expectativas interpessoais, relações e conformidade interpessoal

³⁸⁸ Não se mantém o acordo; a norma é algo externo; esse nível se observa em crianças com idade inferior a nove anos, adolescentes e adultos delinquentes. OLIVEIRA, SÍLVIO L. MARTINS. *Investigação acerca dos valores morais associados à conduta de tráfico de drogas e do juízo moral de seus agentes*. Dissertação de Mestrado em Direito Penal. Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, 2002.

³⁸⁹ Nível da “conformidade” = “assim deve ser”, da identificação com a norma, entre o interesse privado e a expectativa social. É o que ocorre na maioria dos adolescentes e adultos da sociedade americana e outras sociedades. *Idem, ibidem*.

O que é certo (fazer): viver da forma que as pessoas próximas ou que a comunidade em geral esperam de seu papel de filho, irmão, amigo etc. “Ser bom” é importante e significa que a pessoa tem boas intenções, preocupando-se com os outros. Significa também manter relações mútuas de gratidão, lealdade e confiança.

Razões para atuar corretamente: a necessidade de ser uma boa pessoa perante si mesmo e os outros. Cuidar dos outros. Crença na regra de ouro (colocar-se na posição do outro), desejo de manter normas e autoridade que preservem os estereótipos de boa conduta.

Perspectiva social do estágio: *Perspectiva do indivíduo em relação a outros indivíduos*. Consciência de sentimentos compartilhados que têm preferência sobre os interesses individuais. Relaciona pontos de vista por meio da regra de ouro concreta, colocando-se no lugar da outra pessoa. Não considera, todavia, a perspectiva do sistema generalizado.

Estágio 4: Sistema social e consciência

O que é certo (fazer): cumprir as obrigações acordadas. Devem-se manter as leis em casos extremos nos casos em que OU sempre que entram em conflito com outros deveres sociais estabelecidos. Está igualmente bem contribuir com a sociedade, o grupo ou a instituição.

Razões para atuar corretamente: manter a instituição como um todo em funcionamento, evitar o colapso do sistema “se todos o fizessem”, ou o imperativo de consciência para levar a cabo as obrigações assumidas por si mesmo. (Fácil de confundir com a crença do estágio 3 em regras e autoridade).

Perspectiva social do estágio: *Diferenciação entre os pontos de vista da sociedade e os motivos ou acordos interpessoais*. Adota o ponto de vista do sistema que define as normas e os papéis. Considera as relações individuais segundo o lugar que ocupam no sistema.

Nível 3. Pós-convencional³⁹⁰

³⁹⁰ Concordância com os princípios morais das normas, questionamento do coletivo. Observa-se esse nível em poucos adultos e com idade superior a 20 anos. *Idem, ibidem*.

Estágio 5: Contrato social ou utilidade e direitos individuais

O que é certo (fazer): ser consciente de que as pessoas mantêm uma variedade de valores e opiniões, que a maioria dos valores e opiniões é relativa ao seu grupo. Essas normas relativas deveriam, no entanto, manter-se no interesse da imparcialidade e por serem o acordo social. Alguns valores e direitos não relativos, como a *vida* e *liberdade*, devem também manter-se em qualquer sociedade e independentemente da opinião da maioria.

Razões para atuar corretamente: um sentimento de obrigação pela lei e pelo contrato social que se tem de fazer. Ser fiel às leis para o bem-estar de todos e a proteção de seus direitos. Um sentimento de compromisso, livremente aceito pelos amigos, a família e obrigações de trabalho. Interessa que as leis e obrigações se baseiem em um cálculo racional de utilidade total “o melhor possível para o maior número de pessoas”.

Perspectiva social do estágio: *Perspectiva dirigida prioritariamente à sociedade (Prior-to-society perspective)*. Perspectiva de uma consciência individual racional dos valores e direitos anteriores aos contratos e compromissos sociais. Integra perspectivas por mecanismos formais de acordo, contrato, imparcialidade objetiva e processo devido. Considera os pontos de vista legal e moral. Reconhece que às vezes entram em conflito e torna-se difícil integrá-los.

Estágio 6: Princípios éticos universais.

O que é certo (fazer): seguir princípios éticos auto-selecionados. As leis particulares ou os acordos sociais são normalmente válidos porque se baseiam em tais princípios. Quando as leis violam esses princípios, atua-se de acordo com os princípios. Os princípios universais de justiça: a igualdade de direitos humanos e o respeito à dignidade dos seres humanos como indivíduos.

Razões para atuar corretamente: a crença, como pessoa racional, na validade de princípios morais universais, e um sentido de compromisso social com eles.

Perspectiva social do estágio: *Perspectiva de um ponto de vista moral*, do qual derivam os acordos sociais. A perspectiva é a de qualquer indivíduo racional que

reconhece a natureza da moralidade ou o fato de que as pessoas são fins em si mesmas e como tal devem ser tratadas.

Kohlberg adota, portanto, ao lado de Piaget, uma visão de homem que comporta a moralidade autônoma, abrangida apenas no nível pós-convencional.

II

Admitir, entretanto, a capacidade de legitimação interna de um valor moral, inaugura uma nova questão: o conteúdo da moral. É bem verdade que todos concordam, do ponto de vista formal, que a moral seja “um conjunto de *deveres* e, portanto, procuram estudar a gênese do *sentimento de obrigatoriedade* experimentado pelo sujeito moral”.³⁹¹

Teria qualquer conjunto de deveres o condão de compor um sistema moral?

Para quem localiza a fonte de legitimidade da moral externa ao sujeito, a resposta deverá ser sim, como bem ilustra o trecho de Sumner, acima. Isso porque não haveria determinados sistemas morais melhores ou piores do que outros. De La Taille, nesse particular, chama a atenção para a existência de dois grupos que aceitam tal visão, relativista. O primeiro grupo afirmaria puramente que todos os sistemas morais são igualmente bons (relativismo axiológico). Já o segundo reconheceria a coexistência de diversos sistemas morais, sem qualquer juízo de valor (melhores ou piores), e afirmaria que nenhum deles representaria uma tendência, ou seja, além de não serem especialmente bons ou ruins, nenhum deles a se impor sobre os demais. Em poucas palavras, não seria possível pensar um sistema moral universal, nem mesmo em perspectiva temporal (relativismo antropológico).³⁹²

O relativismo não é aceito nem por Piaget nem por Kohlberg. O primeiro sustenta que

o ser autônomo somente legitima princípios e regras morais inspiradas pela reciprocidade, pela igualdade, pela equidade e pelo respeito mútuo. Kohlberg é ainda mais preciso: afirma que o desenvolvimento

³⁹¹ DE LA TAILLE, Yves. *Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas*. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 18.

³⁹² *Idem, ibidem*, pp. 19-20.

moral segue em direção ao ideal de justiça, e que na fase superior de evolução a moral é necessariamente pensada em termos universais, pois o sujeito vê antes a si próprio como membro da humanidade, e não apenas de determinada sociedade. Portanto, para Piaget e Kohlberg, os Direitos Humanos não são apenas um sistema moral entre outros, mas o sistema para o qual tende a evolução moral dos indivíduos e das sociedades”.³⁹³

Tem-se, assim, um conteúdo claro e determinado para que se possa tomar um determinado sistema como moral. Em outras palavras, mais do que submeter ao crivo da razão a pergunta “como devo agir?”, o sujeito epistêmico autônomo de Piaget e de Kohlberg o faz à luz de determinados ideais universais, em que prepondera o de justiça.

III

Para aferir a distribuição das pessoas entre os níveis de moralidade, Lawrence Kohlberg conduziu uma pesquisa com cerca de cem entrevistados estadunidenses ao longo de décadas (estudo longitudinal). Detlef Garz lembra que nenhum dos participantes do referido estudos de Kohlberg se enquadrou no nível 6 de moralidade.³⁹⁴

A Tabela 1, abaixo, sintetiza a distribuição dos entrevistados, em faixa etária, de acordo com os níveis de Kohlberg. O grupo dos moralmente autônomos, como se nota, é muito pequeno: além da já mencionada ausência de representantes de nível 6, apenas cerca de 10% dos entrevistados atingiram o nível 5 (o ponto mais alto da curva – 12 % –, encontra-se na faixa de 32 anos). Na faixa etária que compreende as idades de 18 a 24 anos, prepondera o nível 3; a partir daí, o nível 4. Interessante ainda apontar que o nível 2 de moralidade sobrepuja o nível 5 para os entrevistados entre 17 e 25 anos. Em outras palavras, considerando dados universais de que a distribuição dos delitos por idade é uma parábola que atinge seus pontos mais altos entre os 18 a 25 anos, tem-se que justamente nesse período a preponderância de níveis heterônomos de moralidade é exacerbada, havendo, inclusive, proporcionalmente, mais representantes no nível pré-convencional do que no pós-convencional.³⁹⁵

³⁹³ DE LA TAILLE, Yves. *Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas*. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 21.

³⁹⁴ GARZ, Detlef. *Lawrence Kohlberg zur Einführung*. Hamburg: Junius, 1996, p. 61.

³⁹⁵ Como não poderia deixar de ser, muitos são os críticos de Kohlberg. Destaca-se a questão da impossibilidade de generalizar dados que, embora obtidos em estudos longitudinais, foram colhidos em uma dada sociedade.

Tabela 1: Porcentagem média dos níveis de juízo moral para cada grupo etário³⁹⁶

Detlef Garz aponta, exemplificativamente, pesquisas que Kohlberg levou a cabo tanto na Turquia quanto em Israel, obtendo resultados relativamente homogêneos. No que interessa, em particular, ao presente trabalho: “os resultados estabelecidos pela comparação de culturas na Turquia igualam-se aos padrões de desenvolvimento tal qual conhecidos a partir dos estudos longitudinais [realizados] nos Estados Unidos; em verdade com uma exceção de peso: não se detectou um único representante nas fases pós-convencionais” (*Lawrence Kohlberg zur Einführung*. Hamburg: Junius, 1996, p. 97). No tocante à pesquisa em Israel: “Logo se pôde em verdade, de um lado, afirmar a invariância da seqüência de níveis; de outro, não foi encontrada mais uma vez nenhuma observação discrepante além do nível 4” (*idem, ibidem*, p. 98).

³⁹⁶ COLBY, Anne; KOHLBERG, Lawrence; GIBBS, John; LIEBERMAN, Marcus. A longitudinal study of moral judgement. Society for Research in Child Development, n. 200, v. 48, 1983, p. 46.

Conclui-se, assim, que os seres humanos, em sua maioria, não superarão a heteronomia moral: “as pesquisas mostram claramente que a maioria dos adultos não passa do nível convencional. Eis um diagnóstico mais convincente a respeito do que se pode observar no dia-a-dia: a autonomia é uma conquista cara e rara”.³⁹⁷

3.2.2. Abordagem psicanalítica

Embora não se trate aqui de elaborar uma tese em sede de Psicologia, mostrar-se-ia rico, para além do emprego da Psicologia Moral, percorrer também o pensamento psicanalítico freudiano, com vistas a submeter à prova o argumento de que a existência do homem racional iluminista, base das teorias do delito, teria sido fortemente desacreditada pelas ciências empíricas.

O que se busca é localizar, na obra de Freud, uma visão de sujeito em relação à moral (ou à ética), de sorte que possa afirmar ou negar aquela visão de sujeito moralmente autônomo que, como exposto, está pressuposta nas elaborações jurídico-penais.

I – “No início era apenas ato”

Abusando do trocadilho, tem-se que sempre convém iniciar qualquer empreitada do princípio e, para Freud, no princípio do psiquismo humano está a busca do prazer. A palavra comporta – como sói acontecer no pensamento freudiano –, uma ambivalência: designa, de um lado, a noção de fundamento ou base da psique:

parece-nos que nossa atividade psíquica inteira está dirigida a procurar o prazer e evitar a dor, que está automaticamente regulada pelo princípio do prazer. (...) Prazer está de alguma forma conectado com a diminuição, atenuação ou extinção da quantidade de estimulação presente no aparato mental e dor envolve uma elevação dela.³⁹⁸

³⁹⁷ DE LA TAILLE, Yves. *Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas*. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 103.

³⁹⁸ FREUD, Sigmund. *A general introduction to psycho-analysis*. New York: PermaBooks, 1953, p. 365.

Designa, também, de outro lado o verdadeiro início do homem, em que o desejo de prazer é fonte primeira e essencial. Tão primeira e tão essencial que a pulsão sexual, quando nasce, é irremediavelmente realizada, isto é, é traduzida em ato.

Trata-se ainda de uma libido infantil, egocêntrica; e nem poderia ser diferente. Nessa fase o ego tem a si próprio como objeto de sua libido, caracterizando-se, portanto, uma libido narcísica. Nesse contexto, não existe ainda a noção de objeto em direção ao qual a pulsão pudesse ser dirigida:

dito de outro modo: previamente a ser uma “resposta” ou “reação” ante o “objeto” sexual, a libido é “subjativa”, no sentido de que é atividade em si mesma e por si mesma que se autopromove independentemente do objeto: “o instinto sexual é um princípio independente de seu objeto e não deve sua origem a excitações emanadas dos atrativos desse objeto”^{399 400}.

Este é o conteúdo do verso de Goethe, citado por Freud em *Totem e Tabu*: “no princípio era somente ato”. Trata-se, como ensina Alvino Augusto de Sá, de verdadeira fórmula sintética para a condição psíquica humana, isto é, a prevalência do “ato sobre o pensamento na mente primitiva do homem”.⁴⁰¹

O desejo desconectado da realidade seria, todavia, pura alucinação. O atuar sem levar em consideração os contornos do mundo sensível seria irracional e deletério à vida humana. Conformar-se ao contexto em que o sujeito se insere, embora represente fonte de frustração (pulsão não realizada), é, ao mesmo tempo, condição para fruição das pulsões mesmas.

Do ponto de vista da economia do prazer, tem-se, assim, em Freud, que o objetivo e sentido da vida estariam enraizados no princípio do prazer (cuja máxima realização seria a meta de todos os seres humanos) e as possibilidades concretas de realização desse objetivo no mundo sensível, que se opõe, no entanto, à realização de (grande) parte dessas metas. Nas palavras de

³⁹⁹ FREUD, Sigmund. *Una teoria sexual y otros ensaios*, vol. I, pp. 772. *Apud* GONZALES, Juliana. *El malestar en la moral: Freud y la crisis de la etica*. Cidade do México: UNAM (Faculdade de Filosofia e Letras), 1997, p. 114.

⁴⁰⁰ GONZALES, Juliana. *El malestar en la moral: Freud y la crisis de la etica*. Cidade do México: UNAM (Faculdade de Filosofia e Letras), 1997, p. 114.

⁴⁰¹ SHECAIRA, Sergio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, p. 7

Freud: “quem decide o propósito da vida é simplesmente o programa do princípio do prazer”, em relação ao qual “todas as normas do universo lhe são contrárias”.⁴⁰²

II – A primeira intermediação entre o ato e o pensamento: o nascimento do princípio da realidade

É dessa interação que surge um outro princípio, complementar ao do prazer: o princípio da realidade, cuja oposição deve ser compreendida, porém, dentro do marco da ambivalência, que está na raiz do pensamento freudiano, como já se apontou.

Se, por um lado, o princípio da realidade gera desprazer, na medida em que impede a plena realização da pulsão, também permite, de outro, que o desejo deixe de ser vivido de maneira alucinógena e passe a ser canalizado para possibilidades concretas de realização. A necessidade ou a luta pela vida é decisiva na conformação da história pulsional do ser humano.⁴⁰³

Mais do que isso, é só mediante tal confronto que o ego pode se constituir, diferencia(n)do o sujeito de seu entorno,⁴⁰⁴ ou, mais corretamente, separando de um ego primitivo, abrangente ao extremo, o mundo externo.⁴⁰⁵

A tarefa de evitar a dor torna-se [para as pulsões do ego] quase que de igual importância àquela de obter prazer; o ego aprende que ele tem de prosseguir inevitavelmente sem satisfação imediata, postergar a gratificação, aprender a suportar um certo nível de dor e renunciar completamente a certas fontes de prazer. Assim treinado, o ego se

⁴⁰² FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1997, p. 24.

⁴⁰³ FREUD, Sigmund. *A general introduction to psycho-analysis*. New York: Permabooks, 1953, p. 363.

⁴⁰⁴ E justamente por ter surgido do confronto entre os mundos, herda o papel de mediá-los: Juan Carlos Kusnetzoff define o ego como um campo cênico, isto é, o lócus em que as instâncias permissivas requerem a satisfação de desejos pulsionais ao mesmo tempo em que as restritivas a impedem (*Introdução à psicologia psicanalítica*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, p. 103). Albert Collette vale-se da figura da sentinela que, por um lado, permite a comunicação entre dois mundos isolados e, de outro, utiliza as informações que obtém em benefício do indivíduo. Seria, portanto, uma das funções essenciais do ego a de: “procurar o melhor compromisso, o melhor arranjo possível entre o princípio da realidade (mundo exterior) e o do prazer (pulsões inconscientes)” (*Introdução à psicologia dinâmica: das teorias psicanalíticas à psicologia moderna*. São Paulo: Nacional, 1978, pp. 73-74).

⁴⁰⁵ “Desse modo, então, o ego se separa do mundo externo. Ou, numa expressão mais correta, originalmente o ego inclui tudo; posteriormente, separa, para si mesmo, um mundo externo”. FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1997, p. 14.

torna “razoável”, não é mais controlado pelo princípio do prazer, mas segue o da realidade, que ao final também procura prazer, ainda que postergado e diminuído, que é assegurado por suas realizações de fato, por sua relação com a realidade.⁴⁰⁶

Quando, e na medida em que, o processo de maturação psicológica houver atingido o nível descrito acima por Freud, já não mais se falará em “apenas ato” e sim em pensamento, como se verá oportunamente.

III – Ainda rumo ao pensamento: a ambivalência da civilização entre a possível realização e a inevitável frustração do princípio do prazer

Sem sombra de dúvida, porém, a realidade é fonte de dor, cujas fontes principais são: o próprio corpo, a natureza e a civilização. Interessantemente, a civilização teria sido uma criação humana que buscava, em apertada síntese, justamente diminuir a sensação de vulnerabilidade do homem perante a natureza. Uma breve leitura das teorias contratualistas revelará que, em todos os casos, o homem aderiu/sucumbiu a uma nova organização/contrato social, tudo com vistas a fugir do estado de natureza/guerra.

Com efeito, assim define Freud a civilização:

por um lado, inclui todo o conhecimento e capacidade que o homem adquiriu com o fim de controlar as forças da natureza e extrair riqueza desta para a satisfação das necessidades humanas; por outro, inclui todos os regulamentos necessários para ajustar as relações dos homens uns com os outros e, especialmente, a distribuição da riqueza disponível.⁴⁰⁷

Ocorre que, como sói acontecer nos conceitos ambivalentes, também a civilização mostrou-se fonte de dor, eis que regulamentar é sempre impor renúncias, interdições.

Teria havido, assim, uma delicada equação em que, como se depreende da história do homem, a adesão à civilização revelou-se como lucrativa, eis que o indivíduo se encontraria mais

⁴⁰⁶ FREUD, Sigmund. *A general introduction to psycho-analysis*. New York: Permabooks, 1953, p. 365.

⁴⁰⁷ FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão*. In: *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição brasileira*. Rio de Janeiro: Imago, 1996, vol. XXI, p. 16.

fortalecido diante das temidas fontes de dor. Claro está que não se tratou de um cálculo realizado espontânea e conscientemente pelo indivíduo, ao menos não nos primeiros anos de vida. Todavia, a cultura é uma fonte de renúncias ou interdições que já inspirou ou mesmo conformou aqueles agentes que justamente servirão de meio de *input* da realidade social: os pais, os irmãos mais velhos, os professores etc. Dessa forma, ainda que o ingresso na civilização não seja propriamente desejado e quisto, trata-se de um imperativo: “um humano que recusasse essa necessidade se impediria da cultura e seria impensável como humano”.⁴⁰⁸

A civilização, como parte da realidade, também se opõe ao projeto traçado pelo princípio do prazer; e não haverá maiores dificuldades em incluir entre os “regulamentos” a que Freud se referiu a ordem moral, de sorte que também a moralidade se opõe às pulsões: “a moralidade (toda moral possível e não só a moral tradicional) resta, nesse sentido, consagrada por Freud como a força cultural contrária, por essa definição, à libido: necessariamente dela inimiga e repressora”.⁴⁰⁹

IV – A civilização preponderantemente como frustração: o mal-estar na civilização e o abandono da jornada rumo ao pensamento

Se do ponto de vista teórico o braço da balança sobre o qual repousam os ganhos advindos da civilização terá peso superior àquele que contém o puro princípio do prazer, do ponto de vista prático (dimensão que, afinal de contas, interessa precipuamente à psicanálise) os pesos e as medidas são sentidos de maneira bastante diversa.

Isso porque os referidos ganhos não são compartilhados de maneira igual por todos os subscritores do contrato social. Em curtas palavras, apenas um pequeno grupo desfruta efetivamente dos ganhos civilizatórios:

só uma minoria, constituída pelos ricos e opressores, por alguns abençoados pela sorte é que tem a ganhar com as perdas sofridas, pois só ela compartilha dos benefícios da terra e todo o instrumental

⁴⁰⁸ RAY-FLAUD, Henri. 2002. *Em torno de o mal-estar na cultura, de Freud*. São Paulo: Escuta, 2002, pp. 22-23.

⁴⁰⁹ GONZALES, Juliana. *El malestar en la moral: Freud y la crisis de la etica*. Cidade do México: UNAM (Faculdade de Filosofia e Letras), 1997, p. 119.

necessário para cultivá-la, do dinheiro, do trabalho digno e salário justo, benefícios da cultura, do conhecimento, da ciência, da filosofia, da arte, do lazer e muitos outros”.⁴¹⁰

Tais evidentes discrepâncias sociais fazem surgir novas frustrações voltadas justamente contra as instituições que foram criadas com o propósito de apaziguar o espírito humano e protegê-lo contra as ameaças do mundo sensível:

não podemos compreender como nossas próprias instituições, que nós mesmo fizemos, não nos possam proteger e nos tornar felizes. A grande culpada por nossa miséria é a própria cultura. (...) Daí a hostilidade do homem contra a cultura, a sua inconformidade cultural.⁴¹¹

A experiência da renúncia de todos, contrastada com o benefício de poucos deflagra, assim, o que Freud denominou de “mal-estar na civilização”.

Em verdade, o autor chega mesmo a sugerir – indo de encontro às formulações iluministas – que não teria havido adesão, porém rendição à civilização: “fica-se assim com a impressão de que a civilização é algo que foi imposto a uma maioria resistente por uma minoria que compreendeu como obter a posse dos meios de poder e coerção”.⁴¹²

Nesse contexto, o principal estímulo à obediência às regras seria o controle proveniente de forças coercitivas:

em tais condições [pessoas oprimidas desenvolvem uma intensa hostilidade para com uma cultura cuja existência elas tornam possível pelo seu trabalho, mas de cuja riqueza não possuem mais do que uma quota mínima], não é de se esperar uma internalização das proibições culturais entre as pessoas oprimidas. Pelo contrário, elas não estão preparadas para reconhecer essas proibições, têm a intenção de destruir a própria cultura e, se possível, até mesmo aniquilar os postulados em que se baseia.⁴¹³

O homem, como se vê, é impelido a suportar a civilização.

⁴¹⁰ SÁ, Alvino Augusto de. *Algumas ponderações acerca da reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade*. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 148.

⁴¹¹ *Idem, ibidem*, p. 147.

⁴¹² FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão*. In: *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*: edição brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996, vol. XXI, p. 16.

⁴¹³ *Idem, ibidem*, p. 22.

Tal descrição levanta no leitor a certeza de uma revolução, eis que a “coesão de uma massa mantida unicamente pela coerção dificilmente será duradoura”.⁴¹⁴ Freud, todavia, aponta que a instabilidade da diferença social é temperada pela oferta de “ideais”, por meio dos quais se gera uma identificação entre os oprimidos e os opressores, fazendo com que aqueles desejem ser estes.

A hipótese freudiana poderia ser assim resumida: o homem já vivenciou uma situação em que se achava em igual estado de desamparo: “como crianças de tenra idade, em relação a nossos pais (...). Tínhamos razões para temê-los, especialmente nosso pai; contudo, estávamos certos de sua proteção contra os perigos que conhecíamos”.⁴¹⁵ E como procedeu o homem? Em *Totem e tabu*, o autor defende que, na horda primitiva, o homem manifestou seus impulsos hostis contra o pai unindo-se com seus irmãos e matando-o. O ato trouxe reflexão e arrependimento, que eram “representados simbolicamente em cerimônias e sacrifícios, pelas quais, ao mesmo tempo em que reviviam sua hostilidade em relação a seu pai, cultuavam-no, tomavam-no como modelo e manifestavam seu amor para com ele, bem como expiavam sua culpa”.⁴¹⁶ Em outras palavras, a superação desse conflito deu-se pela identificação dos irmãos com o pai e com a atribuição a ele de uma parcela divinal.

Contra a civilização, como já sublinhado, o homem nutre impulsos igual e poderosamente hostis que são reiteradamente frustrados pelas proibições sociais. O homem quase que por instinto a elas reage como o homem primitivo: concede às forças da natureza o caráter de um pai. “transforma-as em deuses, seguindo nisso, como já tentei demonstrar, não apenas um protótipo infantil, mas um protótipo filogenético”.⁴¹⁷ O homem identifica-se, assim, com a civilização.

⁴¹⁴ SÁ, Alvino Augusto de. *Algumas ponderações acerca da reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade*. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 150.

⁴¹⁵ FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão*. In: *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição brasileira*. Rio de Janeiro: Imago, 1996, vol. XXI, p. 26.

⁴¹⁶ SÁ, Alvino Augusto de. *Razões e perspectivas da violência e da criminalidade: análise sob o foco da criminologia clínica*. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 44.

⁴¹⁷ FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão*. In: *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição brasileira*. Rio de Janeiro: Imago, 1996, vol. XXI, p. 26.

A coesão da massa, dessa forma, que não seria obtida apenas por meio da coerção, é alcançada por intermédio da identificação dos oprimidos com os opressores. O ingrediente central dessa identificação é a ilusão que poderia ser definida como uma crença desejada (sem necessariamente ser um erro). Freud fornece um exemplo interessante: “uma moça de classe média pode ter a ilusão de que um príncipe aparecerá e se casará com ela. Isso é possível, e certos casos assim já ocorreram”.⁴¹⁸ O importante para o conceito, como se vê, é mais o desejo envolvido na ilusão do que propriamente sua possibilidade de acontecer.

A religião é a ilusão estudada na obra *O futuro de uma ilusão*, por Freud. Sá fornece outra, vivenciada pela minoria dominante: a busca incessante de poder e de capital, com vistas “a ultrapassar os limites do humano e atingir os umbrais do divino, cometendo assim a maior das violências, para a mitologia grega, a *hubris*, que consiste em querer tornar-se o todo-poderoso”.⁴¹⁹

A coerção e a ilusão, interessante, dividem um mesmo lócus psicanalítico. Existe, no aparelho psíquico, uma instância depositária das proibições e dos ideais, verso e anverso de uma mesma moeda:

acha-se em consonância com o curso do desenvolvimento humano que a coerção externa se torne gradativamente internalizada, pois um agente mental especial, o superego do homem, a assume e a inclui entre seus mandamentos. Toda criança nos apresenta esse processo de transformação: é só por esse meio que ela se torna um ser moral e social.⁴²⁰

O ponto de partida analítico é o surgimento de uma idéia (pulsão), cuja realização sofreu uma contrapulsão (no caso das crianças, um exemplo rotineiro seria a disciplina exercida pelos pais). Paulatinamente, a repetição da contrapulsão acaba fazendo com que o indivíduo a assimile, a interiorize, ou, em sentido técnico, a introjete. “Essa camada de proibições, de defesas e de princípios introjetados é que constitui, progressivamente e, no correr das fases de

⁴¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 40.

⁴¹⁹ SÁ, Alvino Augusto de. *Razões e perspectivas da violência e da criminalidade: análise sob o foco da criminologia clínica*. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 29.

⁴²⁰ FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão*. In: *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição brasileira*. Rio de Janeiro: Imago, 1996, vol. XXI, p. 21.

crescimento do indivíduo, essa instância da personalidade a que se chama superego”.⁴²¹ Nas palavras de Kusnetzoff:

o Superego está identificado com o Superego dos próprios pais. Por tal motivo, encontram-se no Superego os valores ditados pela cultura em que viveu o sujeito. (...) Dessa forma, o Superego outorga uma espécie de cosmovisão, uma ótica mediante a qual se observam o mundo e os objetos.⁴²²

O superego será igualmente o vetor de internalização da civilização, na medida em que é o depositário das proibições, dos valores e das ilusões.

V – Excurso: possibilidade de felicidade na civilização

Estaria então o homem fadado à infelicidade? Não haveria outra possibilidade de ser-no-mundo que não aquela percebida no jogo de subjugar? Em outras palavras: quais os caminhos da felicidade?⁴²³

Freud enumera uma infinidade de possibilidades, a começar pela “satisfação irrestrita de todas as necessidades”.⁴²⁴ O problema, adverte, é que “o gozo antecede a cautela, tornando-se o próprio castigo”.⁴²⁵ De mais a mais, a felicidade constantemente fruída deixa de ser percebida com intensidade como o sendo, citando Goethe: “a tudo no mundo se pode suportar, exceto apenas uma sucessão de dias belos”.⁴²⁶

Aponta, ainda, um grupo de caminhos poderia ser reunido sob a rubrica “fuga do desprazer”, sendo alguns deles moderados e outros extremados. Assim, por exemplo, o isolamento voluntário, a intoxicação e a ruptura com a realidade. Nenhum deles, porém, mostra-se satisfatório. O isolamento voluntário só poderá no máximo permitir uma semifelicidade, a

⁴²¹ COLLETTE, Albert. *Introdução à psicologia dinâmica: das teorias psicanalíticas à psicologia moderna*. São Paulo: Nacional, 1978, p. 58.

⁴²² KUSNETZOFF, Juan Carlos. *Introdução à psicologia psicanalítica*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, pp. 131-132.

⁴²³ Tal pergunta pode ser tomada como sinônima da seguinte: como levar uma vida boa? É, portanto, uma indagação de ordem ética.

⁴²⁴ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1997, p. 25.

⁴²⁵ *Idem, ibidem*, p. 25.

⁴²⁶ Tradução livre do seguinte verso: Alles in der Welt lässt sich ertragen, nur nicht eine Reihe von schönen Tagen”. In: FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1997, p. 24.

felicidade da quietude, ou seja, uma felicidade sem o outro. A intoxicação apenas contorna a questão oferecendo paliativos momentâneos. Igualmente pouco eficiente a ruptura com a realidade, tanto na forma extremada (a exemplo do eremita), quanto na parcial (a exemplo dos religiosos); no primeiro caso, como a realidade se impõe, viver-se-á sob a pecha da loucura; no segundo, buscar-se-ia uma “‘correção’ de algum aspecto do mundo por meio do delírio. A religião poderia ser entendida como esse delírio compartilhado em massa”.⁴²⁷ Aponta, mais, o recurso ao aniquilamento dos instintos, “tal como prescrito pela sabedoria do mundo peculiar ao Oriente e praticada pela ioga”.⁴²⁸ Mais uma vez, só se alcançaria a felicidade da quietude.

Freud prossegue indicando a hipótese de descolamento total com a realidade, o que denominou de vida da imaginação, em que “a satisfação é obtida por ilusões, reconhecidas como tais, sem que se verifique permissão para que a discrepância entre elas e a realidade interfira na sua fruição”.⁴²⁹ Gera, porém, apenas uma “suave narcose” que, embora prazerosa, não se lhe pode “atribuir um valor alto demais como fonte de prazer e de consolação”.⁴³⁰

Por fim, o recurso denominado de técnica da arte de viver, consistente em fazer do amor o centro de tudo, buscando toda satisfação em amar e ser amado. A falibilidade desse caminho jaz no fato de que “nunca nos achamos tão indefesos contra o sofrimento como quando amamos, nunca tão desamparadamente infelizes como quando perdemos o nosso objeto amado ou o seu amor”.⁴³¹

Até aqui todos os caminhos concluem pela falibilidade dos meios de combater a infelicidade gerada pela civilização. Isso se dá, fundamentalmente, pelo fato de serem muito efêmeros ou de proporcionarem uma felicidade muito restrita.

VI – Para além da frustração: finalmente, o pensamento

⁴²⁷ *Idem, ibidem*, p. 26.

⁴²⁸ *Idem, ibidem*, p. 27.

⁴²⁹ *Idem, ibidem*, p. 31.

⁴³⁰ *Idem, ibidem*, p. 30.

⁴³¹ *Idem, ibidem*, p. 30.

Há, porém, duas exceções. E antes de anunciá-las, enfatize-se que o ponto de partida do mal-estar na civilização está precisamente em uma libido infantil, egoísta e despida de uma relação objetual.

A libido, todavia, pode conhecer outras duas fases. A primeira, iniciada quando de sua projeção à figura da mãe, fâsca propulsora do complexo de Édipo. Na segunda, a que se poderia denominar de verdadeira maturação psíquica:

o sujeito projeta sua libido fora de si e fora do núcleo incestuoso em direção ao outro, ao mesmo tempo em que consegue sublimá-la nas atividades sociais e culturais da vida. A sexualidade, afirma Freud, se diz altruística. E o essencial aqui é certamente o passo de uma libido auto-erótica, indiferenciada e anárquica para uma libido objetual, diferenciada e organizada.⁴³²

A maturação da libido possibilitará o surgimento de um instrumento psíquico capaz de dar novos contornos à relação indivíduo *versus* civilização até aqui delineada apenas como frontalmente conflitante. Esse instrumento psíquico, uma das duas exceções a que se fez menção, é a sublimação.

Uma primeira aproximação do conceito pode ser feita negativamente: “a sublimação é um destino distinto da repressão, uma autêntica conversão íntima da pulsão”, nas palavras de Paul Ricoeur.⁴³³ Com efeito, quando Freud discorre acerca da etiologia das neuroses, aponta que há algo de comum a todas elas: uma satisfação da libido cuja possibilidade de realização foi removida, engendrando frustração.⁴³⁴

Note-se que não é elemento suficiente, porém necessário à constituição da neurose, de sorte que nem toda frustração leva à neurose, havendo, por exemplo, a possibilidade de que essa energia, que nasce sexual, seja dirigida a outro objeto, e, embora dessexualizada, confira o mesmo prazer ao sujeito.

⁴³² GONZALES, Juliana. *El malestar en la moral: Freud y la crisis de la etica*. Cidade do México: UNAM (Faculdade de Filosofia e Letras), 1997, p. 123.

⁴³³ RICOER, Paul. *De l'interpretation*. Essai sur Freud. Paris: Seuil, 1965, p. 185.

⁴³⁴ FREUD, Sigmund. *A general introduction to psycho-analysis*. New York: Permabooks, 1953, p. 353.

Colham-se outras definições elaboradas pelo próprio Freud:

1. A sublimação é um processo que se desenvolve na libido objetivada e consiste no fato de o instinto se orientar a um fim diferente e muito distanciado da satisfação sexual;
2. A esse processo, em que as forças instintivas sexuais são desviadas de seus fins sexuais e orientadas em direção a outros destinos, dá-se o nome de sublimação;
3. A sublimação representa um meio a cumprir (as exigências do ego) sem recorrer à repressão;
4. O instinto sexual resulta suscetível de sublimação, isto é, pode substituir um fim próximo por outros desprovidos de todo caráter sexual e eventualmente mais valiosos.⁴³⁵

Um propósito não sexual típico da sublimação é a *Wissenbetrieb* ou pulsão de conhecimento, inspiradora da ciência e da arte, que nasce como curiosidade sexual.

Esclarecido o porquê de a sublimação ser um poderoso instrumento de combate à frustração ocasionada pela civilização: na medida em que a pulsão é redirecionada, deixa de ser reprimida e, por óbvio, é realizada, apenas de maneira diversa daquela originalmente desejada. Nas palavras de Freud:

A tarefa aqui consiste em reorientar os objetivos instintivos de maneira que eludam a frustração do mundo externo. Para isso, ela conta com a assistência da sublimação dos instintos. Obtém-se o máximo quando se consegue intensificar suficientemente a produção de prazer a partir das fontes do trabalho psíquico e intelectual. Quando isso acontece, o destino pouco pode fazer contra nós. Uma satisfação desse tipo, como, por exemplo, a alegria do artista em criar, em dar corpo às suas fantasias, ou a do cientista em solucionar problemas ou descobrir verdades, possui uma qualidade especial que, sem dúvida, um dia poderemos caracterizar em termos metapsicológicos.⁴³⁶

É preciso, todavia, para que se possa apontar a segunda exceção, perguntar-se do marco entre a libido edípica e libido altruística. Está, precisamente, na superação do complexo de Édipo, que se dá, em poucas palavras, por meio da renúncia à posse da mãe e a interiorização da

⁴³⁵ *Apud* GONZALES, Juliana. *El malestar en la moral: Freud y la crisis de la etica*. Cidade do México: UNAM (Faculdade de Filosofia e Letras), 1997, p. 141. As definições foram extraídas, respectivamente, de *Introdução ao narcisismo*, *Uma teoria sexual e outros ensaios*, *Introdução ao narcisismo* e *Leonardo da Vinci e uma lembrança de sua infância*.

⁴³⁶ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1997, p. 28.

figura paterna por meio da identificação. Nesse momento, a propósito, constitui-se o primeiro traço do superego.

A capacidade crescente de deslocamento libidinal para objetos externos ao complexo de Édipo (objetos incestuosos) dependerá, assim, do fortalecimento crescente do superego, vale dizer, do fortalecimento da capacidade psíquica de incorporar os valores sociais, morais, culturais, enfim, civilizatórios.

Tal incorporação há que ser diversa daquela apontada acima, quando se falou da submissão à civilização por meio da coerção. Naquela situação, não se podia falar em sublimação, eis que presente, inquestionavelmente, a repressão da pulsão.

A segunda exceção soma-se, então, à primeira, de maneira complementar. Trata-se da inteligência, fórmula sintética para o que Freud chamou de “controlar os instintos por meio dos agentes psíquicos superiores, que se sujeitaram ao princípio da realidade”. Note-se que o autor começa explicitando que “aqui a meta da satisfação não é, de modo algum, abandonada”. Garante-se, todavia, “uma certa proteção contra o sofrimento no sentido de que a não-satisfação não é tão penosamente sentida no caso dos instintos mantidos sob dependência como no casos dos instintos desinibidos”.⁴³⁷

Com efeito, Sá pondera que quando a inteligência predomina sobre os instintos tem-se o melhor cenário para a resolução do problema da repressão. Por meio dela, os valores são apreendidos e internalizados, amalgamando-se harmonicamente ao arcabouço moral do indivíduo.⁴³⁸

A voz da inteligência é tênue, porém não descansa até que tenha conseguido fazer-se ouvir e sempre acaba por consegui-lo, depois de ser rejeitada infinitas vezes. É esse um dos poucos pontos nos quais podemos ser otimistas quanto ao futuro da humanidade, porém já supõe bastante por si só.⁴³⁹

⁴³⁷ *Idem, ibidem*, p. 28.

⁴³⁸ Sá, Alvino Augusto de. *Algumas ponderações acerca da reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade*. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 154.

⁴³⁹ FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão*. 3. ed. Madrid: Biblioteca Nueva, 1945, t. III, p. 2990 *apud* Sá, Alvino Augusto de. *Algumas ponderações acerca da reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade*. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 154.

Convém nesse momento retomar a frase de Goethe. Em *Totem e Tabu*, Freud vale-se da alegoria da horda primitiva para apontar um caminho universal da progressão entre o ato (como manifestação espontânea e ilimitada das energias pulsionais) e o pensamento (traduzido em manifestações mais maduras, que contemplam a realidade física e social que circunscreve o sujeito). A rebelião dos irmãos e o parricídio representariam a fase “somente ato”; em seguida, teria havido uma reflexão acerca do ato (dimensão, portanto, do pensamento) e um conseqüente arrependimento, revividos e representados nos rituais, que teriam dupla função: (i) cultivar a figura do pai e (ii) repetir simbolicamente o parricídio.⁴⁴⁰ A simbolização representaria, assim, a preponderância do pensamento sobre o ato.

Com efeito, o homem deixa de ser apenas ato e caminha a passos seguros para o pensamento, na medida em que se mostra capaz de refletir sobre seu ato, simbolizá-lo e ressignificá-lo.

assim, com o tempo, o homem começou a pensar sobre seus atos. A maturidade da solução dada pelo homem aos seus conflitos está diretamente associada ao predomínio do pensamento e da reflexão sobre o ato ínsito na resposta. A resposta tende a ser mais madura e mais consistente na proporção mesma em que o ato foi mediado pela reflexão e pela simbolização.⁴⁴¹

VII – O pensamento como exceção

Sublimação e inteligência, contudo, não excluem o quanto afirmado acerca do mal-estar na civilização. Isso porque apenas uma pequena parcela de pessoas conseguirá atingir tamanha maturidade psicológica.

No que tange à inteligência e ao fortalecimento egóico, sofrem de uma limitação quase que orgânica,⁴⁴² isto é, estão sujeitos a um “limite de quantidade de energia instintiva, acima do qual a sublimação e a internalização da moralidade não têm mais força, restando somente a

⁴⁴⁰ SÁ, Alvino Augusto de. *Concepção de crime como expressão de uma história de conflito*: implicações na reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 56.

⁴⁴¹ SÁ, Alvino Augusto de. *Prefácio*. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Rt, 2004, p. 7.

⁴⁴² Freud afirma textualmente que a sublimação não tem como descarregar mais do que uma pequena porção da libido. *A general introduction to psycho-analysis*. New York: Permabooks, 1953, p. 355.

moralidade repressiva”⁴⁴³, ou seja, aquela moralidade que por não ter passado pelo processo de internalização, é inquistada no sujeito, sendo antes uma imposição de um superego austero, opressor.

Além disso, aponta Freud, há uma desvantagem no campo econômico, isto é, “o sentimento de felicidade derivado da satisfação de um selvagem impulso instintivo não domado pelo ego é incomparavelmente mais intenso que o derivado da satisfação de um instinto que já foi domado”.⁴⁴⁴

De modo análogo, a sublimação não pode ser universalmente exercida. Apenas os privilegiados (mais uma vez) teriam acesso aos mecanismos por meio dos quais o indivíduo poderia fortalecer sua capacidade de sublimação, exemplificativamente, a arte ou a ciência, seja por questões econômicas, seja pela dependência de dons ou talentos.

Não é por outra razão que Juliana González afirma que:

A autêntica genitalidade heterossexual deixou de ser, com efeito, a moralidade sexual, comum e natural, a que chega indefectivelmente a maior parte dos seres humanos: se converte agora, dentro do contexto freudiano, em um estágio tal que, do ponto de vista da saúde psíquica, **muito eventual e raramente, se acessa**. Mas, precisamente por isso, a sexualidade genital procriadora será, para Freud, a meta e o ideal de “progresso” psicosssexual que identifica o homem “são” e “maduro”, “apto para a sociedade”, a cultura e a moralidade.⁴⁴⁵

O próprio Freud já o anunciava explicitamente: “muitas pessoas têm a capacidade para sublimação apenas em pequena intensidade”.⁴⁴⁶

⁴⁴³ SÁ, Alvino Augusto de. *Algumas ponderações acerca da reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade*. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 149.

⁴⁴⁴ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1997, p. 28.

⁴⁴⁵ GONZALES, Juliana. *El malestar en la moral: Freud y la crisis de la etica*. Cidade do México: UNAM (Faculdade de Filosofia e Letras), 1997, p. 121. Não grifado no original.

⁴⁴⁶ FREUD, Sigmund. *A general introduction to psycho-analysis*. New York: Permabooks, 1953, p. 355.

VIII – Autonomia e heteronomia moral no pensamento freudiano (conclusão)

O quanto exposto até aqui conduz à seguinte conclusão: também o sujeito psicanalítico é, em regra, moralmente heterônomo. Não porque, internamente ao aparelho psíquico, o id se curve ao superego. Tanto id como superego, aliados ao ego, formam o “eu”. Seria muito abstrato imaginar que o sujeito fosse moralmente heterônomo por submeter, por força do superego, as pulsões originadas no id. Seria preciso cindir a idéia de “eu”, desnaturando o esquema que se emprega para a presente análise, substancialmente baseado na relação “eu” *versus* “outro” e não “id” *versus* “ego”.

A heteronomia moral surge, sim, em virtude da submissão do indivíduo (“eu total”) à autoridade (civilização). O princípio da autonomia demanda que o agir moral seja determinado pela vontade livre do sujeito e não pela coerção ou com vistas a um fim que não o da realização do valor moral (fins instrumentais). Em outras palavras, tal princípio

só é possível “na pressuposição da liberdade da vontade” (FMC p. 461, p. 60), a qual estabelece a “autonomia da vontade como condição formal sob cuja égide somente a vontade pode ser determinada” (p. 461, p. 60). Isso significa que a vontade deve querer a sua própria autonomia e que a sua liberdade reside em ser, portanto, uma lei para si mesma. Essa liberdade é “inteligível”, quer dizer, “independente de qualquer determinação por causas alheias”, e formal/universal na medida em que não está em qualquer relação com um objeto.⁴⁴⁷

À mingua da possibilidade de os sujeitos psicanalíticos serem dotados de tal liberdade de vontade, forçoso, assim, concluir que também aqui se está diante de um modelo geral de moralidade heterônoma.

O mesmo não se poderá dizer, no entanto, daqueles que tiverem conseguido alcançar maturidade psicológica. Embora numericamente poucos (e nisso encontra concordância com Piaget e Kohlberg), aqueles que houverem logrado internalizar os valores morais por meio da simbolização e da ressignificação certamente pautarão suas ações a partir dos valores mesmos e não em virtude de qualquer utilidade que lhes atribua. Não se tratará tão-somente de buscar

⁴⁴⁷ CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 2000, pp. 43, 169 e 170.

as quimeras oferecidas pela civilização ou agir mediante a imposição de medo; o sujeito psicologicamente maduro, por assim dizer, tomou determinados valores como seus e vê na realização dos atos em conformidade com aqueles a execução de um projeto de vida, de uma tradução genuína de estar-no-mundo e, portanto, inegavelmente, são tradução de imperativos categóricos, ou seja exemplos de autonomia moral.

Tal leitura já vinha sugerida por Gonzáles:

Haveria que ver, porém, se não cabe, da mesma forma, no interior das próprias descobertas freudianos, encontrar que a sublimação verdadeira possa adquirir uma maior significação e generalização (...) e seja vista como a fonte efetiva de autêntica criação cultural e, em especial, da autêntica transformação moral. Nesse caso, a libido será sublimada, seja na obra de arte ou na criação científica, ou na experiência mística ou na autenticidade moral do homem justo, bom, amoroso e sábio, que realiza sua liberdade interior.⁴⁴⁸

Nesse momento a moral deixaria de ser vivenciada como em oposição à libido e cooperariam, conjuntamente, em um projeto de vida boa. “Tratar-se-ia, desde logo, de uma moral ressexualizada em relação a sua fonte pulsional, bem distinta da moral assexuada (...) da mera repressão”.⁴⁴⁹

3.2.3. Conclusão

As idéias até aqui alinhavadas não têm nenhuma pretensão descritiva definitiva. Não se buscou dizer como o homem é, missão que, além de pretenciosa, extrapolaria os intentos do trabalho. Bastou, do ponto de vista metodológico, falsear aquela visão de sujeito (*Menschenbild*) que tem inspirado as teorias da culpabilidade.

Percorrendo searas bastantes diversas (Psicologia Moral e Psicanálise), chega-se à mesma conclusão: o ser humano racional, iluminista, capaz de sempre deduzir o quanto seja jurídico (e, portanto, antijurídico) valendo-se da razão como instrumento revelador da moralidade, é, caso exista, excepcional. Freud chega a explicitamente afirmar que “nossa consciência não é o

⁴⁴⁸ GONZALES, Juliana. *El malestar en la moral: Freud y la crisis de la etica*. Cidade do México: UNAM (Faculdade de Filosofia e Letras), 1997, p. 152.

⁴⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 154.

juiz inflexível que os professores de ética declaram, mas é, em sua origem, ‘ansiedade social’ e nada mais”.⁴⁵⁰

Qual o preciso impacto desse falseamento para a concepção da culpabilidade? Pressupondo que a esmagadora maioria dos homens será moralmente heterônoma, há que abdicar da possibilidade de qualquer Direito penal?

Responda-se desde logo que não (ou pelo menos não por esse motivo).

Não se pode, todavia, avançar na discussão sem agregar ao pressuposto até aqui analisado (racionalidade iluminista) um outro igualmente indissociável do discurso penal: o de que o Direito penal, ao contrário dos demais ramos do Direito, protege apenas aqueles bens jurídicos especialmente importantes, assim valorados pela universalidade dos que se encontram submetidos à norma penal. Poder-se-ia denominar tal pressuposto de universalidade axiológica dos bens jurídico-penais, tema a ser tratado no próximo item.

3.3. Apreciação criminológica da universalidade axiológica dos bens jurídico-penais

Às vezes não tenho tanta certeza de quem tem o direito de dizer quando alguém é louco ou quando não é. Às vezes eu acho que nenhum de nós seja puramente louco e que nenhum de nós seja puramente são até que a maioria nos identifica de uma ou de outra maneira. É como se não fosse tanto aquilo que o sujeito faz, mas como a maioria das pessoas está olhando para ele quando ele o faz.
(William Faulkner, *As I lay dying*)⁴⁵¹

⁴⁵⁰ FREUD, Sigmund. *Reflexões para tempos de guerra e morte*. In: EDIÇÃO eletrônica brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1998. CD-ROM.

⁴⁵¹ Tradução do livre do original: “Sometimes I ain’t so sho who’s got ere a right to say when a man is crazy and when he ain’t. Sometimes I think it ain’t none of us pure crazy and ain’t none of us pure sane until the balance of us talks him that-a-way. It’s like it ain’t so much what a fellow does, but it’s the way the majority of folks is looking at him when he does it”, extraído de BECKER, Howard. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press, 1966. A tradução do trecho “until the balance of us talks him that-a-way” como “a maioria nos identifica de uma ou de outra maneira” deve-se, todavia, a Hélio Pólvora, tradutor da obra *Enquanto agonizo* (Editora Expansão Editorial, 1978) *apud* REGIS, Regiane. *Solidão em Estranhos no Paraíso de Olsen*

3.3.1. Considerações iniciais

O Direito penal, afirma a doutrina brasileira, tem por missão proteger os bens jurídicos penalmente relevantes. Alguns, ensina Nilo Batista, “colocam a defesa dos bens jurídicos como o meio empregado para a *defesa da sociedade*”, a exemplo de Aníbal Bruno e Heleno Fragoso; outros a concebem como “*combate ao crime*”, tal qual Mirabete; “outros procuram enfatizar a defesa dos *valores sociais* que subjazem nos bens jurídicos (Brito Alves) ou o ‘robustecimento da consequência social’ desses valores”, como sustenta Damásio de Jesus.⁴⁵² No mesmo sentido Francisco de Assis Toledo⁴⁵³ e, mais recentemente, Cláudio do Prado Amaral.⁴⁵⁴

Os aspectos doutrinários acerca da noção de bem jurídico fogem ao âmbito desse trabalho, importando apenas a assunção que lhe dá sustento: traduzem, por definição, um valor que é compartilhado por todo o corpo social. Como já se afirmou acima, o conceito de bem jurídico penalmente relevante é caudatário de uma percepção jusnaturalista, segundo a qual haveria um conjunto de direitos válidos supratemporal e supraterritorialmente, eis não derivam de contingências, porém da natureza humana mesma, de uma razão universal.

Marta Machado, a esse propósito, remonta à caracterização de delito como lesão a um bem jurídico, proposta por Birnbaum em 1934, em oposição ao entendimento de Feuerbach, para quem delito era a mera vulneração de um direito subjetivo. Na percepção inaugurada por Birnbaum, “a toda norma jurídico-penal subjazem juízos de valor positivo sobre bens vitais imprescindíveis para a satisfação das necessidades humanas e, portanto, para a convivência humana em sociedade que são, por isso mesmo, merecedores da proteção por meio do poder coativo do Estado”.⁴⁵⁵

Jr. 103 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Literatura, Departamento de Pós-graduação, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

⁴⁵² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 114.

⁴⁵³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 13-14.

⁴⁵⁴ AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea*. Dogmática, missão do Direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2007, p. 158.

⁴⁵⁵ MACHADO, Marta. *Sociedade de risco e Direito penal: uma avaliação de novas tendências de política criminal*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005, p. 104.

Louk Hulsman defende que a visão legal, unitária, da sociedade tem duas fontes: uma religiosa, segundo a qual Deus determinou ao povo que este haveria que ser regido pelos dez mandamentos; e outra secular: as pessoas se obrigam entre si livremente por meio de um contrato social. Segundo tal visão:

a sociedade é encarada como um agregado sobre o qual o Estado reclama jurisdição. Esse agregado de pessoas é representado, então, como dotado das propriedades de um grupo: pessoas que compartilham valores e propósitos comuns, que estão comprometidas em uma interação contínua e que por uma ligação ritual se pertencem reciprocamente.⁴⁵⁶

Dito de outra forma, sempre com vistas ao conceito de culpabilidade, reprova-se o delinquentes pelo fato de ele ter escolhido agir contra um valor que ele, como membro da sociedade, reputava relevante. Quem vive em sociedade valoriza da mesma maneira os mesmos bens fundamentais, ou seja, os bens jurídicos penalmente relevantes.

Na formulação de Alessandro Baratta, essa visão sustenta que:

a) o sistema de valores e de modelos de comportamento recebido pelo sistema penal corresponde aos valores e normas sociais que o legislador encontra pré-constituídos, e que são aceitos pela maioria dos consócios; b) o sistema penal varia em conformidade ao sistema de valores e de regras sociais.⁴⁵⁷

Colham-se exemplos na doutrina brasileira. Aníbal Bruno afirma que os bens jurídicos são “interesses fundamentais do indivíduo e da sociedade que, pelo seu valor social, a **consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes** eleva à categoria de bens”.⁴⁵⁸ Como afirma Nilo Batista, o autor “supõe uma sociedade unitária, vivenciada e apreendida por uma consciência social também unitária”.⁴⁵⁹ Duas décadas mais tarde, Basileu Garcia defendia que “determinados fatos são evidentemente delituosos. Toda gente sabe que atentar contra a propriedade é um crime; e assim é a maior parte das infrações de que se ocupa o Direito

⁴⁵⁶ HOULSMAN, Louk. *La criminologia critica y el concepto de delito*. Capítulo de UNIVERSIDAD DE MEDELLIN. *Criminologia Critica*. I Seminário. Medellín, 1984, p. 205.

⁴⁵⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia critica e critica do Direito penal*: introdução à sociologia do Direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: ICC/Freitas Bastos Editora, 1999, p. 75.

⁴⁵⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, t. I, p. 9. Não realçado no original.

⁴⁵⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução critica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 21.

penal”.⁴⁶⁰ Contemporaneamente, Heleno Cláudio Fragoso, de maneira ainda mais explícita, afirma que “o fim do direito é a tutela e a preservação dos interesses do indivíduo e do corpo social. **É evidente que os interesses que o direito tutela correspondem sempre a exigências da cultura de determinada época e de determinado povo**”.⁴⁶¹ Na síntese de Juarez Cirino a “proteção dos interesses e necessidades (conhecidos como valores) essenciais para a existência do indivíduo na sociedade” escora-se nas “noções de *unidade* (e não de divisão) social, de *identidade* (e não de desigualdade real) entre os componentes das classes sociais, e de *liberdade* (e não de opressão) individual”.⁴⁶²

Imagine-se, porém, a seguinte situação: um livro está sobre um banco em uma estação de trem; na contracapa lêem-se o nome e o endereço do proprietário. Alberto vive de recolher latas e garrafas para posteriormente vendê-las. Bernardo é artista plástico. Carla é estudante universitária. Débora é uma rica senhora que vive de rendimentos. Todos os personagens estão na imaginada estação de trem e enxergam o livro. Alberto vislumbra uma chance de obter algum dinheiro em um sebo; Bernardo julga genial a iniciativa do cidadão que deixou um livro para que alguém o achasse e o lesse, levando ao limite o desejo do autor da obra, ou seja, que fosse lida pelo maior número possível de pessoas; Carla indaga-se onde seria o setor de achados e perdidos da estação ou mesmo se o livro conteria informações que a levasse ao dono deste; a Débora, por fim, agrada a idéia de simplesmente pegá-lo para si. Quatro pessoas comuns perante o mesmo bem jurídico (propriedade); para cada uma, uma valoração diferente: Carla se motiva como espera o ordenamento jurídico, isto é, julga a propriedade como um bem universal e logo deduz que o único caminho sensato é a devolução do livro; Alberto reconhece tratar-se de uma propriedade, eis que traduz um valor monetário, mas faz preponderar a sua condição de vida à do verdadeiro proprietário, cuja condição econômica lhe é desconhecida; Bernardo imprime outro contorno à idéia de propriedade: a obra de arte pertence à humanidade e deve ser transmitida livremente, com vistas à missão mesma da arte, a saber, sua difusão ampla e irrestrita; Débora simplesmente quer o livro, em posição egoísta, visto que ela poderia adquiri-lo sem dificuldades.

⁴⁶⁰ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1982, p. 303.

⁴⁶¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 2. Não realçado no original.

⁴⁶² SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal – a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 13.

Não se diga aqui quem cometeu ilícito ou não ou quem deveria ser considerado culpável. Esse não é o intento da provocação. Quer-se apenas fantasiar uma situação rotineira, composta de personagens comuns, articulados em torno de um dos direitos naturais por excelência, a propriedade. Sem nenhuma vocação artística ou literária desenham-se quatro valorações absolutamente distintas diante de um mesmo bem jurídico, situação a sugerir que o referido pilar da culpabilidade não se mostra tão sólido. Houvesse um interesse socialmente compartilhado em torno do respeito à propriedade, como valor absoluto, revelado pela razão mesma, então todos os personagens agiriam como Carla, ou, pelo menos teriam o mesmo julgamento dela (saber agir conforme o Direito) ainda que não agissem eventualmente consoante tal julgamento (querer agir conforme o Direito).

Feita a crítica do ser humano iluminista, acima, é tempo, portanto, de tecer algumas considerações acerca da existência de bens que sejam sentidos como igualmente importantes por todo o corpo social, idéia a que se denominará de universalidade axiológica dos bens jurídico-penais. Tais considerações só poderão ser feitas desde fora do Direito penal, eis que ele é incapaz de observar seus próprios fundamentos, de ordem empírica, sendo mister, portanto, recorrer-se à Criminologia.

Ainda dentro de um marco etiológico, isto é, ainda na perspectiva de que o crime tenha algum conteúdo ontológico, oferecem as chamadas teorias das subculturas criminais um primeiro golpe à referida universalidade axiológica. A questão se torna, todavia, explícita por ocasião da inversão do paradigma etiológico pelo crítico,⁴⁶³ segundo o qual o delito não é nada *per se*, sendo apenas um rótulo, uma escolha legislativa dentro de um processo de controle social.

É à luz dessas correntes que se buscará apreciar o pilar da culpabilidade denominado de universalidade axiológica dos bens jurídico-penais.

⁴⁶³ Emprega-se aqui o vocábulo em sentido amplo, atento ao fato de que o pensamento crítico em sentido estrito, no campo criminológico, será iniciado uma década mais tarde, consoante advertência de Shecaira (*Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, pp. 327 e ss.).

3.3.2. As teorias das subculturas criminais

A Criminologia estadunidense nasce com a Escola de Chicago na primeira metade do século XX. Tem como tese central que os seres humanos, em uma determinada medida, estão sujeitos a leis ecológicas tal qual qualquer outro ser vivo, submetidos, portanto, ao processo denominado competição para fixação do seu lugar no mundo. Os seres que perderem a disputa ocuparão os piores espaços, e estes também acumularão em maior intensidade os problemas sociais. Ali, na dureza dos *slums*, o tecido social estará tão esgarçado que não será possível um controle social efetivo, criando ambiente propício a toda sorte de desvios, inclusa a criminalidade juvenil. A essa situação denominou-se de desorganização social.⁴⁶⁴

De notar que a idéia de desorganização pressupõe a de organização, isto é, a de um conjunto de regras e valores que constituiriam aquela situação organizada, desejada, saudável ou normal. A organização, buscando conciliar o Direito com a Sociologia, é aquela situação social que o Direito busca proteger contra os atos delinquentes. “O Direito penal consciente de sua meta”, na expressão de von Liszt, contemporânea à produção de Chicago, seria justamente aquele Direito voltado não mais para a mera proteção dos indivíduos em face do Estado, porém da sociedade organizada (como antônimo de desorganização).

A crítica à construção de uma teoria com base em uma visão unitária de sociedade foi introduzida por Alfred McKung Lee, em 1945, em seu *Níveis de cultura como níveis de generalização social*⁴⁶⁵, que formulou pela primeira vez a noção de subcultura. No campo da teoria do delito, essa idéia ainda não foi abandonada, ao menos expressamente.

Quando se afirma que o Direito parte de uma visão unitária de sociedade, tomando-a como sinônimo de cultura, afirma-se que ele pressupõe um corpo social coeso a partir de valores e expectativas, tanto assim que seus integrantes apreciam homogeneamente os mesmos bens jurídicos. A sociedade una seria epifenômeno de uma unidade ainda mais transcendente, qual

⁴⁶⁴ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Crime e cidade: violência urbana e a Escola de Chicago*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁴⁶⁵ LEE, A. M. *The levels of culture as levels of social generalization*. Washington: American Sociological Review, v. 10, n. 4, agosto, 1945, pp. 485-495.

seja, a de cultura, cujo elemento central é justamente o compartilhamento de valores que, quando introjetados, compõem a socialização em si. Nesse sentido, a feliz definição de cultura proposta por Lola Aniyar de Castro:

um conjunto de símbolos, de significados, de crenças, de atitudes e de valores, que têm como característica o fato de serem compartilhados, de serem transmissíveis e de serem apreendidos. Quando essa cultura penetra na personalidade, o faz através de um processo que se denomina processo de socialização”.⁴⁶⁶

Lee percorreu o legado sociológico estadunidense, sobretudo o da Escola de Chicago, empregando como marco inicial a já citada obra *Folkways* de William Graham Sumner que definiu o *folkway* como “um hábito para cada [membro] e um costume para o [grupo ou] sociedade (...). Ele tem o poder de um hábito ou de um costume, e é conduzido pela tradição”.⁴⁶⁷ Quando seus empregos são tidos como favoráveis ao bem-estar (*welfare*), assumem a condição de *mores*, ou seja, “quando eles incluem um julgamento no sentido de que conduzem a bem-estar social e então exercem uma coerção sobre o indivíduo a se conformar de acordo com eles, embora não estejam ordenados por nenhuma autoridade”.⁴⁶⁸

Insatisfeito com a indefinição de termos tais como regras, regras morais, *folkways*, costumes, práticas sociais etc., Lee reagrupou-os em três níveis de generalização: (i) um individual, “que pode ser definido culturalmente em termos de um contínuo de padrões que variam de práticas a hábitos”; (ii) um grupal, “definido em termos de um contínuo similar que se estende desde os *folkways* até as *mores*” e (iii) um social, abarcador desde as convenções até as regras e princípios morais.⁴⁶⁹

⁴⁶⁶ *Criminologia da Reação Social*. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 10 *apud* SHECAIRA, Sergio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, p. 242.

⁴⁶⁷ SUMNER, W. G. *The mores of the present and the future*. In: KELLER, A. G. (Ed.). *War and other essays by William Graham Sumner*. New Haven: Yale University Press, 1911, pp. 149-150 *apud* LEE, A. M. *The levels of culture as levels of social generalization*. Washington: American Sociological Review, v. 10, n. 4, agosto, 1945, pp. 485-495, p. 486.

⁴⁶⁸ SUMNER, W. G. *Folkways: a study of the sociological importance of usages, manners, customs, mores, and morals*. Boston: Ginn & Co., 1907, p. iii *apud* LEE, A. M. *The levels of culture as levels of social generalization*. Washington: American Sociological Review, v. 10, n. 4, agosto, 1945, pp. 485-495, p. 486.

⁴⁶⁹ LEE, A. M. *The levels of culture as levels of social generalization*. Washington: American Sociological Review, v. 10, n. 4, agosto, 1945, pp. 485-495, p. 488.

Alguns autores, todavia, haviam detectado “assunções contraditórias” no corpo social, a que Lee preferiu denominar de subculturas, apontando que dentro do corpo social o contraste entre os valores de um indivíduo ou do grupo a que ele pertence com a sociedade (ou com outro grupo) engendrará muitas vezes racionalizações para o desvio axiológico. Assim, por exemplo, à máxima (social) “honestidade é a melhor política”, contrapõe-se uma outra (de grupo): “honestidade é a melhor política, mas negócios são negócios” ou mesmo uma individual: “honestidade é a melhor política, (...) mas, nesse caso, eu tenho mais lealdade para com a minha família ou para comigo mesmo”. Tais posições, nesse trabalho, seriam um primeiro indício de condutas afirmadas dentro de uma organização axiológica contrastante com a cultura mais generalizada, recebendo o nome de subcultura.⁴⁷⁰

Ao revelar a existência de subculturas, a ciência social pôs em relevo a “existência de uma sociedade plural, com diversos sistemas de valores ‘divergentes’ em torno dos quais se organizam os grupos”,⁴⁷¹ de sorte que subcultura poderia ser assim caracterizada: (i) é um grupo de traços diferenciais com relação à sociedade oficial porque institucionaliza formas particulares de ver o mundo (cosmovisões); (ii) seu código axiológico ou sistema de valores conta com uma certa autonomia, muito embora não chegue a se desligar por completo da cultura dominante; (iii) tem uma organização interna que regula as relações de seus membros; (iv) surge em um modelo de sociedade plural e heterogênea.⁴⁷² De particular interesse, para a Criminologia, as gangues de jovens delinquentes.

No modelo da Escola de Chicago, a delinquência juvenil era fruto de desorganização social, a pressupor um único modelo possível de organização, dentro de um quadro de cultura única. Para o enfoque das subculturas, em oposição, a cultura comporta grupos internos em tensão valorativa para com ela, que inclusive se organizam em função dessa tensão mesma. A criminalidade poderia e deveria ser pensada como elemento organizador de uma cultura dentro da cultura, uma subcultura criminal. Afinal, “o processo de tornar-se um delinquente é o

⁴⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 498.

⁴⁷¹ PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia. *Tratado de Criminologia*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 718.

⁴⁷² *Idem, ibidem*, p. 719.

mesmo processo de tornar-se, digamos, um escoteiro. A diferença jaz apenas no padrão cultural com o qual a criança se associa”.⁴⁷³

Qual seria, então, o eixo de organização desses grupos ditos delinquentes?

Existe um padrão cultural a ser obtido como sinônimo de felicidade ou de realização na vida, chamado, à época, de *american dream*; o acesso a ele, contudo, estava vedado às classes baixas em virtude da estrutura social. Esse conflito engendra um sentimento chamado por Cohen de estado de frustração, que pode ser solucionado por meio do redirecionamento da realização, que pode se dar a partir da convergência de outros frustrados em torno dela. Eis a receita básica para a formação de uma subcultura criminal, cujas características, segundo Cohen são: o não utilitarismo, a malícia da conduta e o negativismo.⁴⁷⁴

Quando se afirma que o delito praticado por esses grupos não é utilitário, está a se afirmar que o furto não é meio para um fim racional e utilitário, isto é, não se furtam coisas porque “porque se podem comê-las, vesti-las ou de qualquer outra maneira utilizá-las; ou porque se possam- vendê-las; ou mesmo (...) porque em algum nível simbólico elas substituem ou significam algo inconscientemente desejado, porém proibido”. “Na linguagem da rua”, prossegue Cohen, “furtar *for the hell of it*”⁴⁷⁵ e a par de considerações de ganho e proveito é uma atividade valorizada à qual se conecta glória, proeza e profunda satisfação”.⁴⁷⁶ Sinteticamente, a inspiração desses atos é a mera obtenção de prazer advindo da transgressão em si e das reações a serem desencadeadas no seio da subcultura.

Poder-se-ia, então, tomar o delito como um esporte ou uma recreação, ou seja, como uma forma de busca de prazer e reconhecimento? Cohen entende que em parte sim, mas é preciso

⁴⁷³ COHEN, Albert. *Delinquent boys: the culture of the gang*. New York: The Fress Press e London: Collier Macmillan Publishers, 1971, p. 14.

⁴⁷⁴ SHECAIRA, Sergio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, p. 251.

⁴⁷⁵ A expressão não é de simples tradução. Designa uma postura de desdém, de descompromisso com uma determinada situação. Em português poder-se-ia encontrar similar nas expressões que afirmam uma vontade livre, sem justificativas: “por que quis”, “sem mais”, “quem se importa” ou “que se danem (os motivos)”. Shecaira, em sentido menos literal e com maior proficiência, traduziu-a livremente por “pura adrenalina”. (*Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, p. 251).

⁴⁷⁶ COHEN, Albert. *Delinquent boys: the culture of the gang*. New York: The Fress Press e London: Collier Macmillan Publishers, 1971, p. 26.

explicar por que alguns grupos aderem a esportes “convencionais” e outros ao delito. Acresce, então, a característica da malícia,⁴⁷⁷ “um prazer no embaraço dos outros, um mero deleite no desafio de tabus”. O seguinte trecho da obra *A Gangue*, de Frederic Thrasher, ilustra essa situação:

fizemos todos os tipos de atos por puro prazer. Nós vimos uma placa com os dizeres: **Por Favor mantenha as ruas limpas**, mas a derrubamos e dissemos: **Nós não queremos mantê-las limpas**. Um dia colocamos uma lata de cola no motor de um carro de um homem. Aquilo nos fazia rir e sentir bem, como se contássemos piadas.⁴⁷⁸

O alvo preferencial das atuações subculturais agrega, então, o último elemento notado por Cohen na delinquência das gangues: a negatividade, na medida em que é dirigida contra a representação do que seja socialmente (e culturalmente) valorizado como “bom”:

além das manifestações mais dramáticas na forma de guerra de gangues, há um estusiasmado prazer em aterrorizar as crianças boazinhas, em expulsá-las dos *playgrounds* e ginásios para o qual a gangue em si pode encontrar pouca utilidade e, de maneira generalizada, transformar a si mesmos de desprezíveis em virtuosos. (...) Há um elemento de destrutibilidade e malícia, desprezo e ridicularização, desafio e resistência, tipicamente simbolizado em um incidente descrito ao autor [Frederic M. Thrasher] pelo Sr. Henry D. McKay de defecar sobre a mesa do professor.⁴⁷⁹

Cloward e Ohlin, mais tarde, partindo das idéias de Cohen e retornando a preceitos ecológicos, oferecerão um adendo ao esquema teórico, ao afirmar que a solução da frustração pela via da subcultura criminal dependerá do acesso a meios ilegítimos, a que denominaram de oportunidade diferencial.⁴⁸⁰ Como síntese, tem-se que “a constituição de subculturas criminais representa, portanto, a reação de minorias desfavorecidas e a tentativa, por parte delas, de se

⁴⁷⁷ Novamente, trata-se de palavra de tradução espinhosa. Na teoria do delito pode ser o equivalente ao dolo; genericamente, é a vontade ou o desejo de fazer o mal. Fiel às traduções precedentes, emprega-se o adjetivo “malicioso” e o substantivo “malícia”.

⁴⁷⁸ THRASHER, Frederic M. *The Gang*. Chicago, University of Chicago Press, 1936, pp. 94/95. Tradução de Sérgio Salomão Shecaira (*Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, p. 252).

⁴⁷⁹ COHEN, Albert. *Delinquent boys: the culture of the gang*. New York: The Fress Press e London: Collier Macmillan Publishers, 1971, p. 28.

⁴⁸⁰ PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia. *Tratado de Criminologia*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 726.

orientar dentro da sociedade, não obstante as reduzidas possibilidades legítimas de agir, de que dispõem”.⁴⁸¹

O possível acerto das teorias muito sinteticamente expostas acima escapa aos objetivos do presente trabalho, pelo menos do ponto de vista da criminogênese. A contribuição delas para o argumento que se vem construindo está no plano dos valores. Restou demonstrado por esses estudiosos que um mesmo bem jurídico pode ser valorado de maneira absolutamente inversa por duas pessoas, compartilhando uma os valores da cultura dominante e outra os de uma subcultura.

Alessandro Baratta chega mesmo a afirmar que elas teriam inclusive negado o princípio da culpabilidade, nos seguintes termos “a teoria das subculturas criminais nega que o delito possa ser considerado como expressão de uma atitude contrária aos valores e às normas sociais gerais, e afirma que existem valores e normas específicos dos diversos grupos sociais (subculturas)”.⁴⁸²

A culpabilidade, prossegue, não pode — consoante a hipótese do presente trabalho —, ser erigida sobre a cultura una ou a sociedade homogênea. *In verbis*:

não existe, pois, *um* sistema de valores, ou *o* sistema de valores, em face dos quais o indivíduo é *livre* de determinar-se, sendo *culpável* a atitude daquele que, *podendo*, não se deixa “determinar pelo *valor*”, como quer uma concepção antropológica da culpabilidade, cara principalmente para a doutrina penal alemã (concepção normativa, concepção finalista).⁴⁸³

3.3.3. A teoria do etiquetamento (*labeling approach*)

A pergunta que inspirava essa teoria, como se viu, era: por que determinados grupos delinquentes se constituem? A resposta foi encontrada no seio de uma sociedade conflitiva que

⁴⁸¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito penal*: introdução à sociologia do Direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: ICC/Freitas Bastos Editora, 1999, p.70.

⁴⁸² *Idem, ibidem*, p. 73.

⁴⁸³ *Idem, ibidem*, p. 74.

distribui sonhos igualmente e meios de acesso a eles desigualmente, nos termos já apresentados.

A pergunta, todavia, que desmontaria definitivamente a concepção de delito natural viria mais tardiamente, vale dizer, por que é que algumas condutas são consideradas crimes? Até então, a natureza criminosa de determinadas condutas, em abstrato, era deduzida de princípios jusnaturalistas ou da idéia de bens jurídicos socialmente compartilhados.

Uma outra resposta, entretanto, foi formulada pelos adeptos da assim denominada teoria do etiquetamento (*labeling approach*):⁴⁸⁴ “a desviação não é uma qualidade intrínseca da conduta, porém atribuída à mesma por meio de complexos processos de interação social. Tal como a beleza, encontra-se nos olhos do observador”.⁴⁸⁵

Inaugurada, assim, a criminologia do conflito, que tem os seguintes postulados básicos, segundo Antonio Garcia-Pablos de Molina:

a) a ordem social de uma sociedade plural não descansa em um pressuposto consenso, porém em dissenso. O conflito é inerente àquela, porque a sociedade moderna é antagônica e conflitiva; b) o conflito é funcional, na medida em que contribui para uma mudança social positiva. Não expressa uma realidade patológica, porém a própria estrutura e a dinâmica do processo social; c) o Direito representa os valores e interesses das classes dominantes, não os interesses gerais da sociedade; d) a justiça penal integra o mecanismo de controle social e gere a aplicação das leis de acordo com os interesses das classes dominantes; e) o comportamento desviado é uma reação à distribuição desigual e injusta de poder e de riqueza na sociedade.⁴⁸⁶

Howard Becker, um dos principais representantes desse pensamento, coloca a questão da seguinte forma:

o que os curiosos querem saber sobre a desviação é: por que eles fazem isso? Como se pode explicar a quebra das regras? O que há

⁴⁸⁴ Uma profunda descrição do contexto histórico que engendrou as bases do *labeling approach* pode ser encontrada em SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, pp. 271 e ss.

⁴⁸⁵ PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia. *Tratado de Criminologia*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 776.

⁴⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 813.

neles que os leva a coisas proibidas? Pesquisa científica tentou encontrar respostas a tais questões. Ao fazê-lo aceitou a premissa de senso comum de que há algo inerentemente desviante (qualitativamente distinto) em atos que quebram (ou parecem quebrar) regras sociais. Também aceita a assunção de senso comum de que o ato desviante ocorre porque algumas características da pessoa que o comete tornam-no necessário ou inevitável. Os cientistas geralmente não questionam o rótulo de “desviante” quando é aplicado a atos particulares ou a pessoas, mas preferem tomá-lo como dado. Ao agirem assim, aceitam os valores do grupo a fazer o julgamento.⁴⁸⁷

O problema, pondera, é que diferentes grupos julgam de maneira diferente o que deve ser considerado desviante (constatação a que já a teoria precedentemente exposta havia chegado). O primeiro passo, assim, para uma apreciação científica da desviação seria construir uma definição, isto é, um conceito que não variasse de grupo para grupo. E Becker obtém uma única resposta: a desviação é criada pela sociedade, isto é,

grupos sociais criam desviação ao fazerem regras cuja transgressão constitui desviação e ao aplicarem tais regras a pessoas particulares e as rotularem como *outsiders*. Desse ponto de vista, desviação não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas antes a consequência da aplicação por outros de regras e de sanções a um ofensor. O desviante é aquele a quem um rótulo foi aplicado com êxito; comportamento desviante é o comportamento assim rotulado pelas pessoas.⁴⁸⁸

Vislumbra, pois, a desviação como “o produto de uma transação que ocorre entre algum grupo social e aquele que é visto pelo grupo como um infrator da regra”. Trata-se, portanto, de um produto do controle social, que pode ser definido “como o conjunto de mecanismos e sanções sociais que pretende submeter o indivíduo aos modelos e normas comunitários”. Ele é exercido por dois meios diferentes: o Estado, chamado controle social formal, e o grupo social amplamente considerado, chamado controle social informal: “do ponto de vista do controle social, a sociedade é um vasto, multiforme e organizado sistema de apelos, sanções, prescrições, usos, e estruturas concentrados para dirigir o comportamento de seus membros dentro de normas culturalmente definidas”.⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ BECKER, Howard. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press, 1966, pp. 3-4.

⁴⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 9.

⁴⁸⁹ HOLLINGSHEAD, A. B. *Controle social*. Capítulo XXIII de PIERSON, Donald. *Estudos de organização social*. São Paulo: Martins, 1979, t. II, p. 397.

Do ponto de vista temporal, as instâncias de controle formal tendem a suceder àquelas informais: primeiramente os comportamentos buscam ser conformados “através da família, amigos, colegas de trabalho, entre fiéis da mesma religião etc., que reprovam determinados comportamentos e fazem recomendações”.⁴⁹⁰ quando falham, todavia, entra em campo o Estado.

E qual comportamento se pretende impor?

Não se buscará uma resposta real a essa indagação, havendo uma pluralidade de caminhos teóricos possíveis para respondê-la. O essencial, aqui, é que tais condutas são incontornavelmente escolhidas entre uma infinidade de outras condutas humanas e que, conforme qualquer outra escolha, ela é tomada a partir de parâmetros, de valorações, de interesses, enfim, ela não é revelada por uma razão superior nem contém uma verdade intrínseca. Em outras palavras: não são condutas que atentem contra valores universalmente compartilhados, conforme o supõe o Direito penal.

Ilustrativa, nesse sentido, a ponderação de Kai T. Erikson, reproduzida por Shecaira,

a demonstrar quão relativas são as condutas humanas e as reações a essas condutas; alguns homens que bebem em demasia são chamados de alcoólicos, outros não, alguns homens que se comportam de forma excêntrica são chamados de loucos e enviados para manicômios, outros não; alguns homens que não têm meio aparente de subsistência são processados em um tribunal, outros não. A sociedade separa e cataloga os múltiplos pormenores das condutas a que assiste.⁴⁹¹

Características essenciais, assim, do controle social são a seletividade e a discriminação: na medida em que os comportamentos criminais estão disseminados no corpo social, mas somente alguns de seus autores receberão a etiqueta de criminoso, o controle social é exercido de maneira não uniforme. Até aqui se poderia falar em mera aleatoriedade; ocorre que essa distribuição de rótulos não é randômica, ao contrário, obedece a uma escala composta pelo *status* e pelo papel social das pessoas, “de modo que as chances e riscos de ser etiquetados

⁴⁹⁰ SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 133.

⁴⁹¹ *Notes on the Sociology of Deviance*, in BECKER, Howard S. (org.) *The Other Side*. New York, Free Press, 1964, pp. 11-12 *apud* SHECAIRA, Sergio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, p. 295.

como delinqüentes não dependem tanto da conduta executada (delito), porém da posição dos indivíduos na pirâmide social (*status*)”.⁴⁹²

Nesse sentido, Alberto Cohen e James Short lograram demonstrar que garotos de classe média, quando pegos cometendo ato infracional, tinham menos chance de ser apreendidos do que seus colegas oriundos dos *slums* ao praticarem os mesmos atos; tinham, igualmente, menor chance de serem conduzidos ao Distrito policial; se ali conduzidos, menor probabilidade de “serem fichados” e, se isso ocorresse, muito raramente seriam presos e sentenciados.⁴⁹³ Harold Garfinkel concluiu que um homem negro teria mais chances de ser punido por atacar uma mulher do que um homem branco; também, que a probabilidade de um negro que matasse outro negro receber pena era menor do que se comparada à mesma situação entre homens brancos.⁴⁹⁴ Como último exemplo, vejam-se as conclusões de Edwin Sutherland quanto à tendência de criminalizar determinadas condutas individuais como atos de colarinho branco, ao passo que quando perpetradas por empresas, os mesmos atos tendem a ser tratados na seara civil.⁴⁹⁵

Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade discorrem acerca dos mecanismos de seleção utilizados pelo sistema de justiça criminal. Primeiramente, apontam o poder relativo dos sujeitos potenciais do processo formal de controle, isto é, “a participação da pessoa em ‘grupos de pressão’ destinados a manipular o conteúdo e a direção da própria lei penal”, a exemplo da criminalidade de colarinho branco. Em segundo lugar, os estereótipos, “sistemas de representações que orientam as pessoas na interação cotidiana”.⁴⁹⁶

Conclusivamente, “tornar-se transgressor”, aponta Shecaira,

⁴⁹² PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia. *Tratado de Criminologia*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 778.

⁴⁹³ COHEN, Albert; SHORT JR., James. *Juvenile Delinquency*. Capítulo de MERTON, Robert; NISBET, Robert. *Social problems and sociological theory* (orgs.). New York: Harcourt, Brace and World, 1961.

⁴⁹⁴ GARFINKEL, Harold. *Research notes on inter- and intra-racial homicides*. Social Forces, 27, maio, 1949, pp. 369-382 *apud* BECKER, Howard. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press, 1966, p. 13.

⁴⁹⁵ SUTHERLAND, Edwin. *White-collar criminality*. Washington: American Sociological Review, V, fevereiro, 1940, pp. 3-5.

⁴⁹⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, pp. 387-388.

é um processo transformativo que gravita em torno da aquisição de nomes, significados, motivos e perspectivas. É mediado pela linguagem e pelas identidades e interpretações que a linguagem confere. É assistido e, por vezes, forçado pelos outros significativos que povoam os ambientes onde se movimenta o transgressor emergente. O transgressor, em suma, está profundamente implicado em definições negociadas de pessoas e comportamentos. As reações à transgressão dão-lhe organização simbólica e identidade pública.⁴⁹⁷

3.3.4. Considerações finais

A criminologia vem há pelo menos sessenta anos desconstruindo a visão consensual de sociedade sobre a qual repousa a visão do Direito penal e, mais especificamente, a de culpabilidade.

“A investigação sociológica mostra”, afirma Baratta, “que no interior de uma sociedade moderna existem, em correspondência à sua estrutura pluralista e conflitual, em conjunto com valores e regras sociais comuns, também valores e regras específicas de grupos diversos ou antagônicos”. Como consequência direta disso, o direito penal não exprimiria somente regras e valores aceitos unanimemente pela sociedade, mas selecionaria entre valores e modelos alternativos, de acordo com grupos sociais que, na sua construção (legislador) e na sua aplicação (magistratura, polícia, instituições penitenciárias), têm um peso prevalente.⁴⁹⁸

A simples comprovação de que tais comportamentos são selecionados seria suficiente para o objetivo do presente trabalho, neste ponto: questionar a universalidade axiológica que constitui o autodiscurso do Direito penal. Irresistível, porém, consignar os contornos seletivos do controle social explicitados por Baratta: “freqüentemente” o sistema de justiça criminal

acolhe valores presentes somente em certos grupos ou em certas áreas e negados por outros grupos e em outras áreas (pense-se no tratamento privilegiado, no código italiano, do homicídio por motivo de honra) e antecipações de delitos que não suscitam, ou ainda não suscitam, uma apreciável reação social: delitos econômicos, delitos de poluição ambiental) ou retardamentos (pense-se na perseguição de delitos em

⁴⁹⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, p. 294.

⁴⁹⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito penal*: introdução à sociologia do Direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: ICC/Freitas Bastos Editora, 1999, p. 75.

face dos quais a reação social não é mais apreciável, como determinados delitos sexuais, o aborto etc.).⁴⁹⁹

À idéia de pluralidade normativa, desenhada pelas teorias das subculturas criminais, adiciona ao *labeling approach* um novo ingrediente: não existem propriamente valores *per se*, porém valores de quem observa contrastados com os daquele que é observado. Essa mudança paradigmática desloca o foco da axiologia para o do poder de definir situações como desviantes ou não. Reforça, assim, a crítica à universalidade axiológica dos bens jurídicos, na medida em que despe ainda mais o fenômeno criminal de qualidades intrínsecas, a saber, essencialmente, do crime como lesão a um valor que “é”, adotando-se antes a perspectiva do crime como sendo uma ação “tomada como” lesiva àquilo que se mostra, do ponto de vista discursivo, como um valor, ou seja, um valor “assumido como sendo”.

3.4. A expansão do Direito penal

René Magritte é pintor de um quadro célebre, denominado *La trahison des images* (A traição das imagens). Nele vê-se um cachimbo nítida e grandemente desenhado; sob o objeto lê-se: “*ceci n’est pas une pipe*”, ou seja, “isso não é um cachimbo”. A elaboração gráfica traduz uma postura artística denominada de surrealismo, que tem como uma de suas linhas mestras a subversão da razão em prol do sonho, da ilusão. Assim define o surrealismo André Breton, escritor do Manifesto Surrealista: “automatismo psíquico puro pelo qual se propõe exprimir (...) o funcionamento real do pensamento. Ditado do pensamento, na ausência de todo controle exercido pela razão, fora de toda preocupação estética ou moral”.⁵⁰⁰

Falta talento científico para propor uma imagem capaz de ilustrar o Direito penal em termos surrealistas. Fique-se apenas no registro escrito. O Direito penal afirma tutelar somente aqueles bens jurídicos fundamentais, devendo sua intervenção se dar apenas quando todos os demais ramos do Direito falharam, revestido de garantias seríssimas, eis que a pena é sempre aflitiva e precisa ser cuidadosamente administrada.

⁴⁹⁹ *Idem, ibidem*, pp. 75-76.

⁵⁰⁰ BRETON, André. *Manifesto surrealista*. 1924. Consultado no sítio www.dominiopublico.gov.br em 19 de setembro de 2008.

Quando se lhe faz uma fotografia, tem-se um verdadeiro gigante, inchado de normas penais incriminadoras, cujos contornos teóricos são flexibilizados sempre com vistas a uma punição crescente. O Direito penal se apresenta como Davi, mas se comporta como Golias; não apenas por sua compleição, mas também por querer ser um modesto, porém corajoso pastor e ser, em verdade, uma besta enfurecida, abusando-se da notória história bíblica.

Apenas como registro histórico, a real dimensão do Direito penal em face de seu auto-retrato preocupa doutrinadores há muito tempo. Veja-se como Carl Ludwig von Bar, já em 1882 alertava que:

ali onde chovem leis penais constantemente, onde se vivencia publicamente, em cada oportunidade, uma grita geral para que a lei penal as socorra ou para o endurecimento das leis penais, aí não se vivem os melhores tempos para a liberdade – pois toda a lei penal é uma sensível intromissão na liberdade, cujas conseqüências podem ser percebidas também para os que as exigiram da forma mais ruidosa –, então se pode pensar na frase de Tácito: *pessima respublica, plurimae leges*”.⁵⁰¹

Com um pouco de atenção, no Brasil, poder-se-á notar uma escalada silenciosa e contínua ainda na primeira metade do século XX. Basileu Garcia, ao comentar a história do Direito penal brasileiro assinalava que “certos acontecimentos eram objeto, em princípio, apenas do cuidado das leis civis. Mas, julgadas insuficientes as respectivas sanções, recorreu o Estado às de natureza penal, que se revestem de rigor muito mais intenso”.⁵⁰² Assim, por exemplo, os delitos de abandono de família e de contaminação venérea.

Outro momento profícuo de produção normativa penal, rumo à tutela penal de aspectos administrativos foi vivenciado na década de 1960, no Brasil. Exemplificativamente: 4.117/62 (telecomunicações), 4.367/65 (apropriação indébita fiscal), 4.729/65 (sonegação fiscal), 4.771/65 (Código Florestal), 5.197/67 (proteção à fauna), 5.538/69 (desobediência à determinação do Tribunal de Contas do Distrito Federal), 5.569/69 (aumenta o âmbito de incidência dos crimes de sonegação fiscal) De outra feita, paralelamente, teremos a construção legal das seguintes ordens administrativas: tributária (5.143 – Criação do IOF; 5.172/66 –

⁵⁰¹ VON BAR, Carl. *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Straftheorien*. Berlim: Weidmann, 1882, p. 334.

⁵⁰² GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1982, p. 19.

CTN, controle externo (exemplo do Tribunal de Contas do Distrito Federal, sistema financeiro nacional (4.131/62 – regulação de capital estrangeiro, 4.595/65 – institui o sistema financeiro nacional, 4.728/65 – disciplina o mercado de capitais, 5.143 – Criação do IOF; 5.362/69), ambiental (4.771/65 - Código Florestal; 5.197/67 - proteção à fauna), 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações) e 3.807/60 (Lei Orgânica da Previdência Social). Percebe-se que *pari passu* ao desenho da Administração, surgiram normas penais que tutelavam essa construção.⁵⁰³

A idéia de bem jurídico como algo a ser simplesmente protegido passa a ser concebida como algo a ser promovido pelo Estado, fenômeno a que Alessandro Baratta denomina de “administrativização” do Direito penal, que reúne dois fatos distintos. O primeiro, “de que a maior parte das normas penais produzidas pelos legisladores em número cada vez maior, (...), sejam normas penais acessórias às normas e à atividade administrativa do Estado e das instituições públicas; ou seja, normas que sustentam as funções, interferindo de modo sub-rogatório”. O Estado interfere, assim, quando a administração não dá conta de regular a relação que lhe é normal e típica: aquela que ela trava com sujeitos particulares. “Neste caso de acessoriedade administrativa não existe uma norma social que sirva de base à norma penal, como era sustentado pela teoria clássica de Binding, senão uma função administrativa pública”.⁵⁰⁴

Em segundo lugar, o termo “indica que os tipos penais novos tendem a se parecer, na sua forma, cada vez mais, com as normas de intervenção na administração pública, distanciando-se assim dos requisitos “clássicos” da lei (abstração e generalidade)”.⁵⁰⁵

Michele Silbernagi aponta quais seriam tais novos contornos dogmáticos

o crescente recurso a conceitos indeterminados e vagos na descrição dos tipos penais, o aumento dos tipos de perigo e o emprego freqüente de cláusulas gerais e normas penais em branco; a introdução de novas disposições de parte geral e especial concernentes à determinação do

⁵⁰³ Nesse sentido: CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 101.

⁵⁰⁴ BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do Direito penal*: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 2, n. 5, pp. 5-24, pp. 11-12.

⁵⁰⁵ *Idem, ibidem*, pp. 11-12.

tipo e da medida da pena, os pressupostos da sua suspensão condicional ou da sua execução e a previsão de formas e medidas de cura e tratamento alternativo às penas alternativas (diversificação do direito punitivo); a extensão das possibilidades de suspensão da instrução penal ligadas a novas formas de “*bargaining*” entre órgãos da justiça penal e acusado e da composição dos interesses entre acusado e vítima fora do processo. Em substância, logra-se não só ampliar desmesuradamente a discricionariedade do juiz, à instituição de novas esferas de competência e de autoridade e de afrouxar a relação entre precisão do ilícito e a determinação das consequências jurídico-penais, mas sobretudo configurar a atividade interpretativa e aplicativa das normas penais como atividade de implementação burocrática e administrativa orientada ao *output*, às suas consequências.⁵⁰⁶

É nessa esteira que Eduardo Correia, na década de 1970, fazia menção a um aumento patológico do âmbito do direito criminal em Portugal, apontando como razão desse fenómeno as concepções do Estado-social que demandariam larga intervenção estatal nos mais variados domínios, desde o económico, social e cultural, até o tráfego.⁵⁰⁷ Para conseguir a obediência dos cidadãos, conclui, teria o Estado de ameaçar as violações com certas reações, entre as quais, fundamentalmente a sanção criminal.

Paralelamente, vivia-se na América do Norte na década de 1980 movimento batizado de *law and order* (lei e ordem), “tendo como seus representantes Van den Haag, Wilson James, Edward Benfield, Freda Adler, entre outros”, cujas idéias

podem ser sintetizadas em recomendar penas mais longas e duras, quando não a própria pena capital. Defendem, ainda, menor poder discricionário a ser atribuído ao juízo, impedindo, especialmente em sede de execução, a flexibilização do cumprimento da pena privativa de liberdade. De outra parte, asseveram que os crimes graves estão a merecer, desde logo, uma resposta enfática da sociedade, daí por que preconizam a ampliação das medidas cautelares detentivas. Ademais, defendem um extremo rigor nos regimes de cumprimentos prisionais,

⁵⁰⁶ SILBERNAGI, Michele. *Un diritto penale senza colpevolezza? Appunti critici sul processo de dissoluzione della categoria della colpevolezza nel diritto penale preventivo orientato alle conseguenze*. Dei delitti e delle pene, ano V, n. 2, mai/agosto, 1987, pp. 269-313, p. 278.

⁵⁰⁷ CORREIA, Eduardo. *Direito penal e direito de mera ordenação social*. In: INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO EUROPEU DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA (Coimbra). *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 3-18, pp. 3-4.

descartando a idéia central do pensamento penal tradicional que via na recuperação do condenado uma de suas principais finalidades.⁵⁰⁸

É nesse mesmo momento histórico que se começa a vivenciar a crise do Estado-social ou *Welfare State* que começa a sucumbir a modelos mais liberais, isto é, a modelos em que o Estado diminuiu sua intervenção na economia. Nas palavras de Silva Franco:

certo é que, nos fins da década de oitenta, uma concentração maciça de capitais controlada por empresas transnacionais, aliada, de um lado, ao desaparecimento da bipolaridade mundial e ao fracasso das sociedades de inspiração marxista (...), e de outro, à crise fiscal do Estado-Providência, incapacitado de garantir a expansão dos direitos sociais e minimizar as desigualdades econômicas, possibilitou um capitalismo de nova cara.⁵⁰⁹

Em verdade, o movimento denominado de globalização atenuou a concepção iluminista de Estado soberano, implementando antes um grande mercado mundial que trouxe uma forçosa mudança semântica à noção de soberania estatal. A globalização econômica e a expansão das comunicações fizeram com que as operações econômicas se tornassem praticamente instantâneas, haja vista que o mercado não tinha mais nem sequer espaço físico e que o dinheiro tornou-se um punhado de elétrons circulando por meio da rede mundial de computadores. Se, por um lado, essa nova realidade permite inesgotáveis transações comerciais, por outro a sua ocorrência em não-lugares, em tempos instantâneos, com agentes econômicos virtuais faz com que o vocábulo *risco* assuma novo significado.

É na transição da tolerabilidade social ao risco que está, no entender de Silva-Sánchez, a mudança de paradigma do Direito Penal atual. Na sociedade do desenvolvimento industrial vigeria o conceito de risco permitido

como limite doutrinário (interpretativo) a incriminação de condutas, assim como a determinação de seu alcance básico. Em linhas gerais a idéia era a seguinte: a coletividade há de pagar o preço do desenvolvimento, admitindo que as empresas não adotam as máximas medidas de segurança nem empregam materiais de máxima qualidade. Do contrário, não se poderá obter o benefício que permita a

⁵⁰⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004, pp. 335-336.

⁵⁰⁹ FRANCO, Alberto Silva. *Globalização e criminalidade dos poderosos*. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2001, pp. 235 a 277, p. 239.

acumulação de capital necessária para reinversão e crescimento; ou então não progredirá no ritmo esperado.⁵¹⁰

Já na sociedade pós-industrial, notar-se-ia uma tendência de retrocesso quanto ao risco permitido.

dessa maneira, se há um século o estado de coisas predominante no pensamento europeu ‘desenvolvimentista’ podia aproximar-se à máxima *navigare necesse est, vivere non necesse*, neste momento – em que poucos ‘navegavam’, isto é, apostam decididamente pelo desenvolvimento –, debate-se em torno da prioridade da necessidade de ‘viver’ e por extensão, a redução das fronteiras do risco permitido”.⁵¹¹

A sociedade de risco, expressão consagrada por Ulrich Beck, precisaria de um modelo estatal que gerenciasse esses riscos: surge, portanto, na expressão de Alessandro Baratta o Estado de Segurança, assim entendido aquele no qual “a produção normativa e os mecanismos de decisão tendem a reorganizar-se permanentemente como resposta a uma situação de emergência estrutural”.⁵¹²

Isso explicaria, prossegue o autor, fenômeno que nomeou de dinamização de bens jurídicos, abrangedora de dois significados. O primeiro “se refere a um deslocamento na relação Estado-sociedade com relação à produção e à proteção de bens jurídicos”. No Estado liberal clássico, chamado, por oposição ao Estado de segurança, de Estado de certeza do direito, “os substratos reais dos bens jurídicos são produzidos na sociedade civil e estão pré-constituídos nas relações das funções públicas”. Já no de segurança, “os bens jurídicos a serem protegidos são, cada vez mais, ‘bens’ produzidos pelo Estado, no que se refere às infra-estruturas, complexos organizacionais e funções relacionadas à atividade do Estado e das instituições públicas”.⁵¹³

Em segundo lugar, designa também “o desenvolvimento de técnicas de imputação de responsabilidade penal que antecipam a esfera da punibilidade a fases anteriores da conduta e

⁵¹⁰ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do Direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2002, pp. 42.

⁵¹¹ *Idem, ibidem*, pp. 43.

⁵¹² BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do Direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 2, n. 5, pp. 5-24, p. 13.

⁵¹³ *Idem, ibidem*, p. 13.

nas quais ainda não se realizou uma lesão efetiva do bem tutelado”, a exemplo dos tipos de perigo abstrato, dos delitos de associação e também das figuras de responsabilidade penal ‘por suspeita’”.⁵¹⁴

Assim, a expansão do Direito Penal transcendeu os contornos endurecedores do movimento de *law and order* e espalhou-se para uma verdadeira reforma semântica dos elementos constitutivos do tipo penal, isto é, o aumento do âmbito de projeção da norma penal quanto a seus elementos constitutivos: ação humana, resultado lesivo, elementos objetivos do tipo e elemento volitivo. Hassemer, em termos genéricos, aponta que a por ele denominada de criminalidade moderna já não atinge vítimas individuais, porém bens jurídicos trans-individuais; não são facilmente percebidos como atos criminosos, até pela sua natureza não cruenta; é marcada pela profissionalidade, internacionalidade e divisão do trabalho.⁵¹⁵

Onde antes se puniam preferencialmente os crimes comissivos, ou seja, um agir positivo, agora se punem os omissivos, muitas vezes constituídos pela mera quebra da posição de garante. No direito penal clássico, o Direito Penal tinha por função declarada a proteção de bens jurídicos, sendo a lesão – ou o perigo concreto de lesão – a eles essencial para a caracterização do tipo penal; a expansão do Direito Penal fez com que o tipo se protraísse temporalmente, criminalizando a potencialidade lesiva presumida de uma conduta por meio dos tipos de perigo abstrato. No que tange aos elementos objetivos do tipo, mister apontar o uso amplo dos elementos em branco, ou seja, elementos cujo contorno legal é dado por outra norma, fazendo esmaecer a idéia de que o comando normativo tem de ser claro e conter elementos apreensíveis pelo cidadão: assim, a frase “matar alguém”, contém apenas elementos comuns, de fácil apreensão, ao passo que a locução “em desacordo com a legislação” ou ainda “floresta considerada de preservação permanente” demandam um conhecimento prévio de outra norma, aumentando a fragilidade do cidadão em face da amplitude da norma. Por fim, de notar, em sentido similar ao referente aos crimes omissivos, uma crescente criminalização a título de culpa, reforçando a natureza do crime como um reforço estatal ao descumprimento de

⁵¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 14.

⁵¹⁵ *Apud* MACHADO, Marta. *Sociedade de risco e Direito penal: uma avaliação de novas tendências de política criminal*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005, p. 98.

um dever administrativo. Shecaira, a propósito, alerta quanto à tentativa de expandir o poder punitivo por meio da aproximação do dolo eventual da culpa consciente.⁵¹⁶

Marta Machado explora, nesse sentido, a noção do delito de transgressão, isto é, aquela incriminação da desobediência de patamares de segurança, “composto por regras que, se observadas, seriam em tese idôneas para resguardá-lo”. A norma penal incriminaria uma conduta, cujo conteúdo preciso seria definido pela Administração, de modo que o Direito penal serviria como acessório dos demais ramos jurídico, subvertendo completamente os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.

assim, os tipos penais passaram a ser construídos não sobre a descrição de um fato bruto, não institucionalizado, mas sobre a violação de regras técnicas e burocráticas de administração do bem, ou seja, incorporaram comportamentos que se supõem nocivos e desviantes menos pelo impacto que causam no mundo real e mais por significarem uma violação ao padrão de segurança estabelecido.⁵¹⁷

Na ponderação de José Eduardo Faria por isso, enquanto nos demais ramos do direito positivo vive-se uma fase de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, no âmbito do direito penal verifica-se justamente o inverso. Ou seja: a definição de tipos de delito cada vez mais intangíveis e abstratos; a criminalização de várias atividades e comportamentos em inúmeros setores da vida social; a eliminação dos marcos mínimos e máximos da imposição das penas de privação de liberdade, para aumentá-las indiscriminadamente; a relativização dos princípios de legalidade e da tipicidade, mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente indeterminados, vagos e ambíguos, ampliando extraordinariamente a discricionariedade das autoridades policiais e, com isso, permitindo-lhes invadir esferas de responsabilidade do Poder Judiciário; e, por fim, a redução de determinadas garantias processuais, mediante a substituição de procedimentos acusatórios por mecanismos inquisitórios, da qual o melhor exemplo é o progressivo desfiguramento do princípio da

⁵¹⁶ SHECAIRA, Sergio Salomão. *Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminal, ano 15, vol. 64, 2007, pp. 222-238.

⁵¹⁷ MACHADO, Marta. *Sociedade de risco e Direito penal: uma avaliação de novas tendências de política criminal*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005, p. 113.

presunção de inocência e a subsequente inversão do ônus da prova, passando-se a considerar culpado quem não provar sua inocência.⁵¹⁸

Como todos os âmbitos sociais comportam uma carga de risco e como o lema da pós-modernidade é evitar o risco de qualquer maneira, incluso por meio do Direito Penal, este passa conseqüentemente a ser utilizado em qualquer circunstância. Como aponta Sica: “o Direito Penal, mercê de sua forte carga emocional, tornou-se fonte de expectativas para a solução dos grandes problemas políticos e sociais, ante o fracasso de outras esferas de controle social ou ante a própria ausência de políticas destinadas a garantir prestações públicas essenciais à população”. “Eficiência e garantia tornam-se, aparentemente, finalidades antagônicas do sistema penal. Alargam-se os limites opressivos e reduz-se o Direito Penal a fins meramente punitivos, resultando num quadro em que a pena de prisão assume ampla ‘dimensão emergencial’”.⁵¹⁹

O retrato final desse Direito Penal é um subsistema jurídico inchado, comportando normas incriminadoras muito diversas entre si, sendo as mais recentes de matiz muito mais poroso, justamente para que possa capturar o maior número possível de condutas.

3.5. Considerações críticas à relação entre delito e pena

Quem vê como monstro a seu inimigo, está projetando sobre ele sua própria monstruosidade. As imagens deformadas e ameaçadoras que refletem os espelhos não são as dos supostos inimigos, porém as de quem os contrói e acaba crendo que o são. Os têm dentro de si e o adjudicam aos demais.
(David Sánchez Rubio)⁵²⁰

⁵¹⁸ FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 24.

⁵¹⁹ SICA, Leonardo. Direito penal de emergência e alternativas à prisão. São Paulo: RT, 2002, pp. 73 e 82.

⁵²⁰ *Acerca de la Democracia y los Derechos Humanos: de espejos, imágenes, cegueras y oscuridades*. In: SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de (orgs). *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos* (2001/2002). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002 *apud* CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminología*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 123.

O discurso penal se completa quando da introdução da pena. O sujeito racional que escolhe lesionar ou pôr em perigo um bem jurídico universalmente compartilhado tem de ser punido.

As justificativas são incontáveis, de acordo com a teoria da pena que se adote. Todas elas, porém, reforçam os dois pilares já expostos e criticados. Quando a abordagem é mais individual, a aplicação da pena exerce um papel de elemento dissuasório da prática da conduta criminosa, com vistas ao evitamento do sofrimento; quando é geral, a mesma aplicação exerce o papel dissuasório em virtude da reafirmação de validade do bem jurídico transgredido. A abordagem individual retroalimenta a *Menschenbild* do sujeito racional iluminista; a geral, a da universalidade axiológica dos bens jurídicos. Evidentemente os discursos e os reforços se interpenetram, oferecendo apenas dois retratos simplificados dos discursos preponderantes.

A afirmação de que a pena protege bens jurídicos, todavia, é criminologicamente questionável.

Primeiramente, do ponto de vista psicológico.

Como apontado acima, há no ser humano um instinto natural de luta pela vida, a que Bergeret denomina de violência fundamental, cuja realização encontra alguns obstáculos, colocando-se em posição de rivalidade com esse instinto. O primeiro núcleo de obstáculos pode ser representado pelos pais. O conjunto de relações de rivalidade entre filho, pai e mãe compõe o denominado complexo de Édipo, cuja superação dependerá diretamente da capacidade de orientar a violência pela libido (pulsão sexual).⁵²¹ A maturidade psicológica, afirma Sá, “consiste numa organização da vida sob o primado da libido”.⁵²²

Para que não se repita o quanto exposto anteriormente, basta dizer que o buscado pelo Direito penal é essa maturidade psicológica, eis que todas as teorias vêem, no Direito penal, um instrumento de manutenção da paz por meio da incorporação, pelos sujeitos, da lei em sentido lato. Esse é um denominador de todas as teorias da pena que oscilarão quanto ao emprego do sujeito como meio ou como fim (retribuição *versus* prevenção); quanto ao destinatário

⁵²¹ Sá, Alvino Augusto de. *Razões e perspectivas da violência e da criminalidade: análise sob o foco da criminologia clínica*. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, pp. 32-34.

⁵²² *Idem, ibidem*, p. 35.

principal (indivíduo ou sociedade); e quanto ao recurso mais eficiente (terror por meio da pena, na versão negativa ou reafirmação do valor por meio da condenação, na versão positiva).

Tal maturação psicológica tem como caminho mais eficiente o da sublimação, ou seja, o da incorporação da lei como conversão íntima da pulsão e não como fruto da repressão.⁵²³ A mera frustração da satisfação libidinal por meio da repressão, desligada da dessexualização promovida pela sublimação, é engredadora de neuroses⁵²⁴, isto é, afecções psicogênicas “em que os sintomas são a expressão simbólica de um conflito psíquico que tem raízes na história infantil do sujeito e constitui compromissos entre o desejo e a defesa”.⁵²⁵ Essa porção da violência fundamental não integrada pela libido vai “se manifestar nas mais diferentes formas de violência, tanto no seio da família como da sociedade em geral”.⁵²⁶

Com efeito, lembra Dirk Fabricius que “todas as teorias psicológicas, por mais diversas que possam parecer, nos demais aspectos, reconhecem que a pena influencia negativamente as capacidades reunidas sob o rótulo de culpabilidade” Isso porque a pena é “sempre um mal imposto por outra pessoa; para poder infligi-lo é preciso que ele esteja em posição hierárquica superior ao do apenado. Medo e dor geram estresse, que diminui a capacidade de pensar, de refletir”. Assim, conclui: “o Direito penal encontra-se em uma insolúvel contradição no tocante à vinculação entre culpabilidade e pena”.⁵²⁷

Sá propõe, em face desse quadro teórico, a seguinte indagação:

na própria história psicodinâmica do indivíduo, sua violência não se resolve com castigos, repressões, mas por meio da experiência de amor, de simbolização e de criatividade. Por que então na sociedade seria diferente? Por que na sociedade as punições, as penas teriam o condão de, por si sós, canalizar a violência para formas socialmente sadias de solução?⁵²⁸

⁵²³ RICOER, Paul. *De l'interpretation*. Essai sur Freud. Paris: Seuil, 1965, p. 185.

⁵²⁴ FREUD, Sigmund. *A general introduction to psycho-analysis*. New York: Permabooks, 1953, p. 353.

⁵²⁵ LAPLANCHE, Jean. *Vocabulário da psicanálise*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 296.

⁵²⁶ SÁ, Alvino Augusto de. *Razões e perspectivas da violência e da criminalidade: análise sob o foco da criminologia clínica*. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 39.

⁵²⁷ FABRICIUS, Dirk. *Folter und unmeschliche Behandlung in Institutionen: Feldeffekte und Schuldfähigkeit als kriminogene Faktoren*. Hamburg: Merus, 2006, p. 51.

⁵²⁸ SÁ, Alvino Augusto de. *Razões e perspectivas da violência e da criminalidade: análise sob o foco da criminologia clínica*. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 48.

Certamente não. A respondê-la o próprio autor: “enquanto as perspectivas da violência forem unicamente as punições e novas leis mais severas, as perspectivas da violência continuarão a ser novas violências”.⁵²⁹

Fabricius aponta que também o behaviorismo, desde os experimentos de Thorndikes, detectou que a imposição de estímulos aversivos só atinge os objetivos desejados (oprimir determinado comportamento) em condições muito limitadas, “de quase impossível implementação na vida normal. As teorias sociais do aprendizado mostraram, além do mais, que o comportamento punitivo é imitado, quer dizer, que a educação violenta estimula o comportamento violento posterior”. No mesmo sentido, as conclusões das neurociências que mostraram, “de modo definitivo, que tais ‘estímulos aversivos’, quando impostos de modo incisivo, prejudicam o aprendizado e a saúde”.⁵³⁰

Em segundo lugar, a falência da pena com relação à sua missão, seja ela qual for, é explicitada, no discurso criminológico sociológico principalmente por meio do abolicionismo penal, corrente que “congrega autores que, partilhando da crítica sociológica às agências penais, comungam de inúmeras e diversificadas propostas para a radical contração/substituição do sistema penal por instâncias não-punitivas de resolução dos conflitos”.⁵³¹

Dentro do marco criminológico, o abolicionismo penal fornece importantes críticas à pena em sentido forte, podendo-se identificar na obra de Thomas Mathiesen, *A política de abolição*, um de seus marcos teóricos iniciais. Nessa obra o autor sueco analisa a história da Associação Nacional Sueca para Reforma Penal (*Risikförbundet för Kriminalvårdens Humanisering – KRUM*), organização que surgiu, em 1966, na esteira de um projeto chamado Parlamento dos Ladrões, “um amplo encontro em que se discutiam políticas penais e correcionais em que egressos, ao lado de advogados, psiquiatras, assistentes sociais e sociólogos expressavam-se

⁵²⁹ *Idem, ibidem*, p. 47.

⁵³⁰ FABRICIUS, Dirk. *Folter und unmeschliche Behandlung in Institutionen: Feldeffekte und Schuldfähigkeit als kriminogene Faktoren*. Hamburg: Merus, 2006, p. 49.

⁵³¹ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 126.

quanto aos temas políticos envolvidos”.⁵³² Analisa, igualmente, as associações equivalentes em outras nações escandinavas. De particular interesse a análise de por que foi abortada a execução de um determinado projeto de engajamento entre prisioneiros em contatos estreitos com o público exterior nas entranhas institucionais. Ao fazê-lo, Mathiesen pôs em relevo as funções reais da pena privativa de liberdade, em tudo contraditórias com os discursos das teorias jurídicas da pena.

Em primeiro lugar, contato político entre prisioneiros e o mundo exterior perturba a função expurgatória da prisão. O modo de produção vigente engendra setores não produtivos que, embora sejam efeito colateral do sistema são-lhe prejudiciais; um dos recursos é livrar-se desse indigesto contingente por meio da prisão. Na medida em que esse grupo descartado estabelece laços e contatos externos, algo que se denominaria mais modernamente de “rede” despe-se paulatinamente dessa condição, exacerbando uma contradição que o sistema produtivo não pode/quer suportar. Em segundo lugar, perturba a função de deprivação de poder: a relação no cárcere é de sujeitos com poucos poderes *versus* os que neles mandam. Alianças externas injetam novas forças intramuros, desequilibrando uma equação que se quer dispar. Perturba, em terceiro lugar, a função de diversão da prisão: o sistema penal conscientemente prende pequenos ladrões, deixando soltos grandes poluidores e exploradores do trabalho humano sem consideração à saúde dos empregados etc. Essa função é alimentada pela mídia que pinta os prisioneiros mais perigosos do que são. A abertura do cárcere e, por conseguinte, a percepção de que os apenados não são substancialmente diversos dos não apenados só colide com a imagem social que se sustenta da perigosidade dos detentos. Por fim, tal projeto desafia a função simbólica da prisão; quando alguém é preso um processo de estigmatização acontece, de sorte que a definição de quem esteja “dentro” reforça a imagem dos que estão de “fora”. Trata-se do reforço da dicotomia “nós” *versus* “eles” que, quando se aproximam os grupos, esmaece, a explicar a resistência ao projeto.⁵³³ Salo de Carvalho denomina os discursos que têm por função ocultar a irracionalidade da instituição prisional de escudos protetores da prisão.⁵³⁴

⁵³² MATHIESEN, Thomas. *The Politics of Abolition*. Oslo: Universitetsforlaget, 1974, p. 41.

⁵³³ *Idem, ibidem*, pp. 77-78.

⁵³⁴ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 128.

Em perspectiva semelhante encontra-se a contribuição de Nils Christie, para quem o sistema penal como um todo está orientado à imposição de dor: os punidos têm de sofrer. Ao mesmo tempo, porém, os operadores não gostam de se ver como inflingidores de dor, de sorte que essa administração de sofrimento intencional recebe novos nomes, com os quais se pode conviver psiquicamente. Em sueco, afirma, a palavra a designar cela é “cômodo”; a solitária, é chamada de “tratamento em cômodo único”; os guardas são “aqueles que servem”. Com isso, conclui, o controle do crime tornou-se uma operação limpa e higiênica.⁵³⁵

Para Louk Hulsman, o problema do Direito penal é de origem: “a justiça penal é incontrolável, materialmente desigual e expropriadora dos direitos dos envolvidos no conflito, principalmente das vítimas”. Aponta que os estudos da cifra negra demonstraram que se lida com a maioria dos delitos fora do sistema de justiça criminal, de sorte que limitar a resposta às situações problemáticas (expressão alternativa ao emprego do vocábulo *crime*) para a justiça penal “excluiria modelos alternativos de compreensão dos fatos de providenciar resoluções”, a exemplo da compensação, mediação, conciliação, arbitragem, terapia, educação etc. De maneira sintética, “o sistema penal é especificamente concebido para fazer o mal”.⁵³⁶

A baixa plausibilidade quanto a qualquer função positiva do recurso à pena em sentido forte, aponta como melhor caminho metodológico encarar o Direito penal como ele efetivamente se comporta no mundo sensível, de sorte que sua missão não pode ser outra que não a de afirmação de validade de determinados bens jurídicos escolhidos como particularmente importantes. Nessa missão retiram-se os elementos discursivos e indemonstráveis. Concretamente o legislador seleciona os bens jurídicos que considera relevantes, dentro do jogo de poder constituinte do sistema político, cabendo ao sistema jurídico-penal valer-se dos instrumentos de que dispõe para que esse conjunto de bens seja preservado. Pode-se, evidentemente, desejar que o Direito penal tenha outras missões mais alvissareiras e que contenham, na própria definição, parâmetros mais garantistas. Há que, todavia, neste momento, resistir à tentação para atentar ao estado atual, concreto, das coisas, sob pena de abandonar um elemento discursivo em prol de outro.

⁵³⁵ CHRISTIE, Nils. *Limits to pain*. Oslo: Universitetsforlaget, 1981, p. 16.

⁵³⁶ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 130-131.

Na missão aqui assumida, a pena não tem nenhuma função que não a de reafirmar a validade dos bens jurídicos que o Direito penal protege. Trata-se preponderantemente de um fato concreto: “a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes”. Trata-se de conceito negativo, por não conceder nenhuma função positiva à pena e por ser obtido por exclusão (não é nem reparador, nem administrativo direto), e agnóstico “quanto à sua função, pois confessa não conhecê-la”.⁵³⁷ A essa teoria dá-se o nome de teoria agnóstica da pena, cuja tradução literária pode ser encontrada na pena de Clarice Lispector: “não há direito de punir. Há apenas poder de punir. O homem é punido pelo seu crime porque o Estado é mais forte do que ele”.⁵³⁸

Encarar a pena como coerção pura e simples permite deixar de lado as teorias da pena que amalgamam os pilares já expostos. Deixa de ser o único meio de proteção a bens jurídicos, para ser apenas um dos meios de que o Estado dispõe de imposição de condutas tendentes à manutenção de um determinado *status quo*, situação que pode ser descrita como controle social formal.

Deixa, conseqüentemente, de carregar aquela carga moral contida na idéia de que o autor de um fato típico tem de ser punido para que, por meio disso, um círculo virtuoso de proteção ao bem jurídico se produza. Dito de outro modo, permite que se abra mão dos incontornáveis binômios pecado *versus* castigo ou mal *versus* reparação. No que interessa ao trabalho, interessa fundamentalmente que se possa abrir mão do caráter negativo e maldoso contido no delito, ou melhor, no delinquente, que reclama sempre a imposição de uma pena em sentido forte.

Pensada a pena de maneira agnóstica, sua imposição passa a atender a ditames de controle social e não mais de justa retribuição de um mal causado ou de medida por meio de cuja

⁵³⁷ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 99.

⁵³⁸ *Observações sobre o direito de punir*. In: Outros escritos. Rio de Janeiro: Rocco, 2005, p. 45 *apud* FÖPPEL, Gamil. *O princípio da legalidade como um ideal radicalmente garantista*. In: FÖPPEL, Gamil (coord.). *Novos desafios do Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 505-538, p. 505.

aplicação se busca a prevenção de novas condutas más. É apenas uma resposta estatal a uma resistência ao controle social.

Claro está que uma primeira leitura dessa afirmação gera preocupações de cunho garantista. Formulada dessa forma, admitir-se-ia a punição em nome da sã consciência do povo alemão, como nos tempos do nacional-socialismo, apenas para utilizar exemplo já amplamente conhecido de norma penal inconstitucional. A réplica, sempre no plano do mundo do ser, é que pessoas foram concretamente punidas em nome da proteção a esse “bem jurídico” com esteio em discurso jurídico disponível no mercado da época. Dito de outro modo: discursos jurídicos não são garantia *per se* de proteção individual.

A vantagem da teoria agnóstica, que não deixa de ser um discurso, é que não atribui nenhuma função positiva à pena, assumindo nitidamente uma postura de contenção do poder punitivo; o mesmo não se diga das demais teorias que, ao postularem uma utilidade positiva, legitimam-na por via de consequência. A pena encarada de maneira agnóstica deve ser contida e não legitimada.

3.6. Conclusão

Não há nada de particularmente problemático no fato de as ciências se estruturarem a partir de determinados pontos de partida que não podem ser demonstrados. O que não se pode admitir, todavia, é que tais pressupostos contradigam a realidade sensível das coisas, sob pena de tornar-se ficção. Dito de outro modo: nada impede que as ciências tomem como pontos de partida determinadas noções indemonstráveis, desde que a realidade concreta não as contradiga.

O Direito penal assenta a culpabilidade em pilares de difícil comprovação, como já se apontou: a racionalidade humana e a universalidade axiológica dos bens jurídicos penalmente protegidos. Os argumentos aqui expendidos, todavia, são robustos o suficiente para sinalizar uma contradição entre o mundo dos fatos e o mundo do dever ser.

Isso é natural, dirão alguns, na medida em que o mundo do dever ser há de ser separado daquele do ser. Imprescindível que o Direito se valha de determinadas generalizações e presunções, eis que é um conglomerado de normas que, por definição, são dotadas de vagueza, com vistas justamente a englobarem uma miríade de casos concretos, por intermédio da interpretação.

Nem o mais ferrenho dos positivistas jurídicos conseguiu levar essa separação às últimas conseqüências: até Hans Kelsen teve de admitir que uma norma, para ser dotada de validade, haveria de minimamente contemplar a realidade dos fatos. Afirmou, assim, que uma norma impossível de ser obedecida de antemão, nascia inválida.⁵³⁹

De maneira análoga, não pode o Direito penal assentar-se sobre pilares que o mundo, o ser apontam inexistir. A Psicologia, ciência empírica que é, demonstrou que o tipo de ser humano, no que tange à racionalidade, pressuposto pelo Direito penal é excepcional; a Sociologia jurídico-criminal, também ela ciência empírica, logrou identificar no seio do corpo social uma pluralidade valorativa tal que tornasse insustentável a tese da universalidade axiológica dos bens jurídicos penalmente relevantes.

De outro lado, há que reconhecer que o Direito penal não pode ser retratado em uma única fotografia, isto é, que não haverá uma única fórmula a sintetizar o que a ciência do Direito penal como um todo diz. Possível apenas uma abordagem média que, por definição, conterà desvios diante de cada corrente teórica isolada. O mesmo se diga da Psicologia, tão rica em teorias e em abordagens diversas entre si, e da Sociologia.

Concentrando-se as conclusões em termos de pensamentos preponderantes, pode-se concluir que prevalece na doutrina jurídico-penal que a missão do Direito penal é proteger determinados bens jurídicos de especial importância, assim entendidos aqueles interesses amplamente compartilhados pelo corpo social, contra o ataque de pessoas racionais que escolheram agir contra esses mesmos valores, razão por que podem e devem ser punidas. Em colidência com esse pensamento, prepondera, na Psicologia, a percepção de que muito

⁵³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Armado Editor, 1984, p. 30.

raramente o ser humano atingirá tamanha maturidade egóica ou moral a ponto de submeter a pergunta “como devo e como quero agir” a uma instância de realidade (princípios morais em Piaget e Kohlberg) ou de ideal de ego (Freud). No campo axiológico, o pensamento majoritário é no sentido de que os diferentes grupos sociais interpretarão diversamente diferentes valores, não fazendo sentido falar em valores universais e, ainda que o fizesse, não se poderiam tomá-los como sinônimos de legalmente selecionados, em razão dos critérios de seletividade já explicitados.

Cite-se mais uma vez Howard Becker

atos não-intencionais de desviação podem ser explicados com relativa simplicidade. Eles implicam a ignorância da existência da regra, ou do fato de que fosse aplicável ao caso, ou a uma pessoa particular. Mas não necessariamente há que se creditá-lo à falta de cuidado. Como acontece de alguém não saber se um ato é impróprio? Pessoas profundamente envolvidas em uma subcultura particular (tais como uma subcultura religiosa ou étnica) podem simplesmente não saber que as pessoas não agem de determinada maneira e, assim, cometer uma impropriedade. Pode haver, na verdade, áreas estruturadas de ignorância de regras particulares.⁵⁴⁰

No tocante à pena tem-se que atua em sentido contrário à missão explícita de proteção a bens jurídicos, na medida em que estímulos aversivos geram imaturidade, neurose, reprodução de violência, em resumo, quadros não tendentes à introjeção sadia dos valores que se pretende proteger.

Uma conclusão sintética seria a de que a culpabilidade está assente em pilares cuja sustentabilidade é enfraquecida em face das conclusões das ciências empíricas, como a tabela abaixo procura ilustrar.

⁵⁴⁰ BECKER, Howard. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press, 1966, pp. 31-32.

Intensidade social do investimento afetivo no bem jurídico	Eficiência do comando normativo	Condição moral do sujeito	Contraste com o investimento afetivo no bem jurídico no grupo social	Tendência de motivação em face da proibição contida na norma
Forte Ex: vida e integridade física)	Alta Ex: matar alguém	Autônomo	(irrelevante)	Positiva
		Heterônomo	Conformidade	Positiva
			Desconformidade	Negativa
	Média Ex: expor alguém mediante relação sexual a contágio de moléstia venérea	Autônomo	(irrelevante)	Positiva
		Heterônomo	Conformidade	Positiva
			Desconformidade	Negativa
	Baixa Ex: contaminar água potável pela construção de fossas (art. 271, CP)	Autônomo	(irrelevante)	Negativa
		Heterônomo		Negativa
Médio Ex: meio ambiente	Alta Ex: desmatamento de florestas	Autônomo	(irrelevante)	Positiva
		Heterônomo	Conformidade	Positiva
			Desconformidade	Negativa
	Média Ex: destruição de planta ornamental	Autônomo	(irrelevante)	Positiva
		Heterônomo	Conformidade	Negativa
			Desconformidade	Negativa
	Frac Ex: mero porte de motoserra	(irrelevante)	(irrelevante)	Negativa
Frac Ex: sistema financeiro nacional	Alta Ex: gestão fraudulenta	Autônomo	(irrelevante)	Positiva
		Heterônomo	Conformidade	Positiva
			Desconformidade	Negativa
	Média Ex: gestão temerária	Autônomo	(irrelevante)	Negativa
		Heterônomo	Conformidade	Negativa
			Desconformidade	Negativa
	Frac Ex: evasão de divisas	(irrelevante)	(irrelevante)	Negativa

Preliminarmente, há que se enfatizar que a tabela não pretende nem ser definitiva, nem tampouco exaurir todas as possibilidades quanto ao tema. Busca-se apenas inter-relacionar as variáveis até aqui abordadas (valor associado ao bem jurídico, seja pelo grupo, seja pela sociedade como um todo; e condição moral do sujeito) rumo a uma situação diante da norma, isto é, a de obediência ou não reunida sob a idéia de motivabilidade, que será

aprofundadamente tratada no momento oportuno. Como se vê, preponderam as situações de tendência negativa à motivação, sobretudo quando se acrescenta o fato de que os moralmente autônomos (responsáveis pelo maior número de resultados “positivos”) são numericamente muito inferiores aos heterônomos.

A primeira coluna está dedicada à intensidade de investimento afetivo da sociedade para com um determinado bem jurídico. Muito embora se venha afirmando que não existem valores universalmente válidos e/ou positivamente valorados por todo e qualquer ser humano, é também inegável que alguns deles tendem a compor o leque de valores que constituem a maioria das civilizações, a exemplo da vida e da integridade física. E com isso não se afirma que seja um valor universal no sentido pressuposto pelo Direito penal, isto é, de que todos os seres humanos valorarão a vida de igual modo. Exemplifique-se por três situações: (i) o fato de se aceitar a pena de morte nos Estados Unidos demonstra que a morte pode ser admitida como pena, sem que com isso a sociedade estadunidense deixe de considerar a vida, na média, um valor importante; (ii) não se pode afirmar que a vida não é importante para aquele que, sensível aos pedidos do enfermo desenganado, assiste-o no suicídio; (iii) indagados, tanto o policial que executa uma operação em uma favela, imbuído da tarefa de matar o maior número possível de “bandidos”, quanto o traficante que matará tantos quantos policiais conseguir, ambos responderão que a vida é muito importante, desde que não seja a de seu inimigo.

Claro está que as classificações “médio” e “baixo” são ainda mais subjetivas. Há, porém, algo de inevitável no investimento afetivo nos valores: só é possível desejar ou repelir aquilo que se pode conceber. Alvino Augusto de Sá em seu *Crimes ambientais: ensaiando algumas reflexões clínico-criminológicas*, discorre acerca da dificuldade que um bem jurídico poroso e abstrato como o meio ambiente desperta no processo de sua compreensão, especialmente na sua compreensão como objeto de um crime, pois as condutas ilícitas, nesses casos,

se caracterizam por ausência de vítimas individuais, pouca visibilidade dos danos causados e por formas burocráticas (portanto, não violentas) de ação. Ou seja, eles não suscitam medo, pânico e nem revolta. (...) A criminalidade moderna, os crimes de colarinho branco, os crimes ambientais não seduzem, não fascinam. Uma característica que lhes falta, para exercer esse fascínio, é a relação direta agressor – vítima. Às vezes até nem parecem ser crimes. Não raramente, é mister certo grau de abstração para entender o fato de que sua prática implica a

lesão de algum bem protegido. Ou seja, para se apreender o caráter de ilicitude do crime ambiental, restringindo-nos agora a ele, é mister certo grau de desenvolvimento do julgamento moral, por conta desse maior grau de abstração requerido.⁵⁴¹

Tal desenvolvimento, como já se viu, é excepcionalmente atingido, de sorte que, para a maioria da população, esses bens nunca serão objeto de alto investimento afetivo.

A coluna “eficiência do comando normativo” busca qualificar o quão nítida é a relação entre a proibição contida na norma com o valor por ela protegido. Assim, a proibição de matar tem vínculo claro com o valor vida. O mesmo não se diga da proibição de destruição de plantas ornamentais ou do mero porte de motosserra em unidade de conservação, no tocante ao bem jurídico meio ambiente. Essa distinção é relevante, pois a regra não tem conteúdo moral em si, de modo que não motiva ninguém. A regra proibitiva só pode ser meio de motivação caso guarde relação direta com o que se quer proteger, de modo que um sujeito que valora positivamente o meio ambiente adira à proibição de desmatar a Floresta Amazônica, mas não à de participar de rinha de galos, por entender que a primeira viola o meio ambiente e a segunda, não.

As terceira e quarta colunas devem ser analisadas em conjunto. Na medida em que o heterônomo buscará uma fonte de legitimidade moral externa, será decisiva, para sua motivação, a validação do valor por sua fonte. Assim, sob a rubrica “grupo social” há que entender o conjunto de agentes decisivos para a elaboração do juízo moral do agente: família, subcultura, grupo religioso, categoria profissional etc.

Por fim, a coluna de conclusão, de combinação desses fatores. Trata-se de um juízo de tendência de motivação. O emprego da palavra tendência justifica-se por algumas razões. Primeiramente, porque não se trata de uma fórmula fechada, segundo a qual se presentes A + B + C, então haverá crime ou não-crime. Em segundo lugar, porque o agente moral não o é todo o tempo, em qualquer circunstância. Yves de La Taille fala de eclipses em relação ao

⁵⁴¹ SÁ, Alvino A. *Crimes ambientais: ensaiando algumas reflexões clínico-criminológicas*. In SÁ, Alvino Augusto; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 198-199.

sentimento de obrigatoriedade: “se uma pessoa age contra uma moral que ela mesma racionalmente legítima é que o *auto-respeito não foi forte o bastante para impor-se sobre outros valores da auto-estima*”.⁵⁴² Por fim, porque a combinação desses elementos pode gerar resultados “inesperados”. É o exemplo do sujeito autônomo que cometa eutanásia: embora o valor seja forte, o vínculo da proibição de matar seja alto, e ele seja autônomo, o sujeito não se motivará pela norma por considerá-la imoral. Também o heterônomo poderá trair as expectativas, como é o caso da destruição de planta ornamental: mesmo que sua fonte externa de legitimidade inclua o respeito ao meio ambiente, em virtude de a proibição ser pouco eficiente, somada à baixa capacidade de reversibilidade de operações e, por consequência, de abstração, o heterônomo tenderá a não obedecer à proibição.

Como conclusão, considerando os argumentos já expendidos, a saber, (i) que a expansão penal aumenta muito tanto o número de bens jurídicos como o de proibições, com crescente recurso a tipos porosos e de perigo, contribuindo para mais e mais valores médios e baixo, com vínculos médio e baixo; (ii) a maioria da população é moralmente heterônoma; e (iii) a heterogeneidade das sociedades à margem do capitalismo periférico engendra grupos sociais, subculturas, muitas vezes não validadoras dos valores contidos nas normas penais, a tabela indica uma preponderância de cenários em que os cidadãos não tenderão a se motivar pela proibição, fato a desacreditar aquela imagem da teoria do delito de sujeito culpável que escolheu racionalmente perpetrar uma ação que poderia supor proibida, muito embora pudesse e devesse tê-la evitado.

O Direito penal como discurso, todavia, descreve-se como (i) tutelando apenas aqueles bens jurídicos absolutamente essenciais, respeitados os princípios da legalidade, da fragmentariedade e da intervenção mínima; (ii) direcionado a um ser humano racional; (iii) ignorando as diversidades sociais, eis que o Direito opera com o mundo do dever ser; e (iv) fulcrado na eficiência da pena na proteção dos bens jurídicos. O Direito penal seria, assim, a interação de três elementos centrais: uma missão, um instrumento para atingi-la e um destinatário do instrumento.

⁵⁴² DE LA TAILLE, Yves. *Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas*. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 57.

A exemplo do sermão da sexagésima,⁵⁴³ tem-se que a missão e o instrumento são legitimados *ex ante*, verdadeiros axiomas da ciência penal. Se a equação não funciona é em virtude do pecador, diria Padre Vieira, ou do destinatário da norma, diriam os penalistas. O pecador é culpável por não ter se deixado instrumentalizar pela pena (seja direta – na perspectiva negativa –, seja indireta – naquela positiva; seja como indivíduo – na perspectiva individual –, seja como membro da coletividade – naquela geral) rumo à preservação de um determinado bem jurídico.

A infalibilidade das demais variáveis deixa-se notar pelo próprio tratamento dogmático da culpabilidade: ao contrário da tipicidade, que é definida pela somatória de incontáveis elementos, a culpabilidade costuma ser entendida por exclusão, isto é, a prática do injusto na maioria das vezes implica a prática de um injusto culpável, exceção feita a determinadas (e apoucadas) circunstâncias. Estudam-se, assim, as causas de exclusão da culpabilidade e não eventuais elementos que a constituam. Claus Roxin chega mesmo a afirmar que, via de regra, a prática de um injusto demanda uma sanção penal preventivamente fundamentada,

pois quando o legislador insere um comportamento em um tipo penal, ele engendra com isso que há que se combater, via de regra valendo-se da pena, a existência da antijuridicidade e da culpabilidade. A necessidade preventiva da pena não reclama, assim, nenhuma fundamentação especial, de modo que com a existência da culpabilidade a responsabilidade penal está, sem mais, dada.⁵⁴⁴

Contrastada a auto-imagem do Direito penal com aquela oferecida pelas ciências empíricas, sintetizada não exaustivamente na tabela acima, revela uma sensível discrepância. Contribuições iniciais para uma correspondente “correção de rota” serão objeto do capítulo seguinte.

⁵⁴³ Trata-se de célebre sermão proferido pelo Padre Antônio Vieira, em 1655, na Capela Real. Buscando compreender o pouco êxito na expansão do credo católico, sustentou que o problema só poderia estar na relação entre pregador e ouvinte, considerando que a mensagem, divina que é, não poderia ser a causa do insucesso.

⁵⁴⁴ ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 4ª. ed. München: De Boeck, 2006, t. I, p. 852.

4. CONTRIBUIÇÕES POLÍTICO-CRIMINAIS PARA UM DIREITO PENAL MAIS ÉTICO

Poder-se-ia afirmar, face às considerações criminológicas expendidas no capítulo precedente, que o conceito dogmático de culpabilidade sustentado pelos apontados pilares mostrar-se-á sempre deficitário?

Curiosamente não. As premissas, embora questionáveis, poderão ser validadas por circunstâncias *ad hoc* que farão com que a equação, embora construída erradamente, funcione mesmo assim. Imagine-se, por hipótese, que uma sociedade que desconheça os números negativos formule a seguinte equação: $\sqrt{x^2} = \pm x$. A equação, sempre que testada com números positivos, mostrar-se-á verdadeira, muito embora não funcione para um valor tal de “x” menor que zero.

Retomando o objeto do presente trabalho, haverá um cenário cujas circunstâncias sejam tais (i) que os homens se comportem como se moralmente autônomos fossem; (ii) os bens jurídicos se mostrem como universalmente compartilhados; e (iii) a pena seja um recurso com efeitos positivos de prevenção de novas condutas delitivas. Dito de outro modo: a culpabilidade clássica, embora construída em bases erradas, pode funcionar perfeitamente, observadas determinadas circunstâncias.

Primeiramente, em sociedades em que impera a democracia. Klaus Günther, após contundentes críticas ao conceito de culpabilidade, afirma que um conceito mais elevado de pessoa,

que legitime a atribuição de responsabilidade e uma pessoa em sentido jurídico, é de ser encontrado, quando o conceito de culpabilidade se relaciona com a idéia de legitimação democrática das normas jurídicas e a de cidadão como titular de direito à participação política em procedimentos democráticos de construção de pensamento e de vontade quanto à elaboração de normas jurídicas.⁵⁴⁵

⁵⁴⁵ GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2005, p. 245.

Essa formulação, afirma, abdica de um homem moralmente heterônomo, bastando “aquela autonomia que se relacionasse com o ordenamento jurídico legítimo” assim entendido aquele de cuja construção o sujeito tenha participado.⁵⁴⁶

Em segundo lugar, estritamente ligada ao primeiro aspecto, está a homogeneidade social. Em sociedades fortemente democráticas, as fontes externas de legitimação moral, conteúdo primordial do saber agir moral dos seres humanos, compartilharão *grosso modo* os mesmos valores da sociedade como um todo e tenderão a legitimá-los no seio dos grupos. Assim a tendência à legitimação da norma ocorrerá não por ela revelar um conteúdo moral incontornável, mas pelo mezinho fato de que o heterônomo legitimará os mesmos valores de suas figuras de autoridade, muitas das vezes, o grupo social a que ele pertence amplamente considerado: “freqüentemente”, afirma de La Taille, “o heterônomo não elege uma ou outra figura de autoridade, mas sim o modo como as pessoas de sua comunidade, de fato, se comportam”.⁵⁴⁷

Por fim, a aplicação de uma pena àquele que infringiu os valores universalmente compartilhados e amplamente legitimados (ainda que por razões circunstanciais) poderá ser apreendida como positiva ou mesmo desejável, autorizando, inclusive, relativo desprezo à categoria da culpabilidade. Nesse contexto (e apenas nesse), é plausível dar-se pouca atenção a situações em que o sujeito não conhecesse a proibição (afinal as normas são relativamente poucas, engendradas no jogo democrático, e recaem sobre valores sentidos como essenciais) ou por ela não pudesse se motivar. Com outras palavras, nesse contexto a culpabilidade pode ser mera reprovação por uma escolha de agir contra o Direito, já que tudo impelia ao conhecimento e à motivação pela norma penal.

Algo que funciona excepcionalmente, todavia, não pode ser tomado como regra. E com isso não se defende que se busque uma regra que funcione independentemente das circunstâncias

⁵⁴⁶ GÜNTHER, Klaus. *A culpabilidade no Direito penal atual e no futuro*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 24, outubro-dezembro, 1998, pp. 78-92. Sua posição é assumidamente aproximada, nesse aspecto da de Jürgen Habermas, John Rawls, Frank Michelman, Oliver Gevostenberg e Urs Kindhäuser. O autor explicita em detalhes sua concepção de pessoa deliberativa na obra *Schuld und kommunikative Freiheit* (Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2005), especialmente na terceira parte.

⁵⁴⁷ DE LA TAILLE, Yves. *Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas*. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 112.

(o que parece mesmo ser a definição de regra). Apenas traz como corolário o fato de que, em sociedades pouco democráticas, nos termos acima, a equação não funciona. À luz das considerações iniciais do presente trabalho, pode-se dizer que a referida equação não funciona na margem ora fixada.

É preciso, pois, arregimentar um conjunto de sugestões para re-equacionar a questão, tema dos itens que seguem, vale dizer, estabelecer um diálogo propositivo entre Criminologia e Direito penal. A ponte, indica Shecaira, é tarefa que incumbe à Política Criminal, “disciplina que estuda as estratégias estatais para atuação preventiva da criminalidade, e que tem por finalidade estabelecer a ponte eficaz entre a criminologia, enquanto ciência empírica, e o direito penal, enquanto ciência axiológica”.⁵⁴⁸

4.1. Considerações quanto ao conceito de Política criminal

No seio das ciências criminais foi Franz von Liszt o primeiro a tratar direta e especificamente do tema da Política criminal. Rompendo a tradição positivista de separação estanque entre os saberes criminais, von Liszt propôs um modelo de ciências penais integradas que estaria a serviço de uma política criminal “consciente de sua meta”, a saber, o combate do delito⁵⁴⁹, observados os direitos do delinqüente, cabendo à dogmática ser “a infranqueável barreira da política criminal” ou, como constou da célebre frase: “o Código Penal é a *magna carta* do delinqüente”.⁵⁵⁰

Claus Roxin, por sua vez, retoma as idéias de von Liszt, invertendo, porém, seu eixo principal: onde von Lizst pretendia uma oposição entre Política criminal e Direito penal, Roxin vê harmonia: o Direito penal deveria, então, ser orientado pela Política criminal que, contrariamente a de seu predecessor, não deveria combater o delito por meio da ameaça da

⁵⁴⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Pena e política criminal. A experiência brasileira*. In: SÁ, Alvino Augusto; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 321-334, p. 325.

⁵⁴⁹ VON LISZT, Franz. *Die Zukunft des Strafrechts*. Em: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Berlim: 1970, t. II, p. 3.

⁵⁵⁰ VON LISZT, Franz. *Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*. In: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Berlim: 1970, t. II, p. 80.

pena (abordagem negativa), mas prevenir a prática de novos delitos reforçando, por meio da punição, a validade do ordenamento jurídico (abordagem positiva).⁵⁵¹

Política criminal, portanto, em termos amplos, é mais uma das incontáveis políticas públicas de que o Estado se vale para a realização de objetivos sociais relevantes. Ela é sempre composta de um horizonte institucional (situação a que se quer chegar) e de um conjunto de medidas com vistas ao alcance desse horizonte, ou, na formulação de Ricardo Freitas: “a política criminal enquanto atividade prática é orientada pelos resultados da política criminal enquanto saber teórico”.⁵⁵² Em von Liszt o horizonte é o combate ao crime limitado pelo Direito penal; em Roxin, a prevenção dos delitos por meio dos efeitos positivos da pena sobre a comunidade.

Será preciso, neste trabalho, para que se ofereçam contribuições em sede de Política criminal, fixar um horizonte e um conjunto de estratégias com ele coerentes e a ele convergentes. Considerando que o Direito penal tem por inescapável missão a manutenção do *status quo* e que à dogmática (e em especial à culpabilidade) cumpre a tarefa de limitar o poder punitivo, outro não pode ser o horizonte da Política criminal adotado, em formulação provisória, que não o do enfrentamento de situações problemáticas⁵⁵³ com a máxima preservação da dignidade humana ou, em formulação sinônima, dentro do marco do Estado Democrático de Direito.

Essa abordagem possibilita abrir mão do vocábulo “crime” sem, contudo, abandonar um conteúdo social que lhe está incontornavelmente associado: há um conjunto de situações a que se sente, se denomina, se vivencia como “crimes”. Se não se pode negar que o Direito penal pune os pobres, de outro lado não se pode subtrair da vítima do furto sua condição de pólo passivo de uma situação vivenciada como crime; se não se pode refutar que o Direito penal segrega os socialmente indesejáveis, há que se compartilhar a dor de quem perdeu um ente querido em razão de um homicídio. Dito de outra maneira: se o crime, no plano discursivo, é um recurso de dominação e controle social, no plano da vivência, é um mal a ser afastado ou

⁵⁵¹ ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 2. ed. Berlin: De Gruyter, 1973, pp. 6 e ss.

⁵⁵² FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *O estatuto teórico da Política criminal*. In: FÖPPEL, Gamil (coord.). *Novos desafios do Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 801-822, p. 802.

⁵⁵³ Designação preferida por Louk Hulsman no lugar do viciado vocábulo *crime*.

lamentado. Afirmar que o crime não existe *per se* é afirmar, às avessas, que ele existe em relações sociais dadas.

É aceitável e mesmo desejável que o Estado disponibilize um aparato com vistas ao enfrentamento dessas situações problemáticas. Não porque o criminoso tenha que pagar pelo mal impingido; não porque ele vai se ressocializar por meio do cumprimento da pena; não porque os demais ficarão atemorizados com a imposição da pena ao criminoso; não porque a pena reacenda no corpo social ou no criminoso o valor do bem jurídico transgredido. Única e tão somente porque os conflitos sociais engendrarão naturalmente, dentro do próprio corpo social, estratégias de resolução; ao Estado incumbe o papel de trazer os contendores a um palco neutro com vistas a uma pacificação possível que seria de toda sorte alcançada, porém em espaços não regulados, com possíveis estragos para a tecitura social, ou seja, com arrepio aos avanços civilizatórios e democráticos.

A formulação também não tem nenhum compromisso com a pena em sentido forte. Enfrentar as situações problemáticas significa compreendê-las, perceber suas dinâmicas, atentando aos *inputs* da Criminologia; também implica estratégias ativas de evitamento, em perspectiva *ex ante*, assim como de responsabilização, em perspectiva *ex post*. A pena será apenas uma dentre as inúmeras estratégias possíveis, sem dela esperar nenhum efeito positivo, sendo somente uma confissão pública de fracasso na composição de um conflito: quando todas as respostas houverem falhado e os filtros de contenção do poder punitivo houverem se mostrado insuficientes, então se poderá falar dessa indesejável, porém ainda não descartável reprimenda.

Apresente-se, pois, como horizonte de Política criminal a criação de estratégias para enfrentamento de situações problemáticas, com vistas à composição de conflitos sociais. Como consequência, desatrela-se desde o momento da definição a política criminal da penal, principal crítica à concepção de Política criminal como ponte entre Criminologia e Direito

penal⁵⁵⁴; dito de outro modo, abdica-se de pontes em prol de vasos comunicantes com os mais diversos saberes, inclusos os não-científicos a exemplo da arte.⁵⁵⁵

Algumas estratégias exploratórias serão apresentadas abaixo.

4.2. Proposta de culpabilidade no marco da racionalidade penal moderna

Formular uma proposta de culpabilidade dentro do marco da racionalidade penal moderna não significa secundá-la, porém reconhecer sua magnitude gravitacional no pensamento penal atual. Ignorá-la, esperando dias melhores, seria postura idealista em sentido quase cínico, como quem observasse, silente, uma violência acontecer na esperança de que um fator externo, milagroso, a interrompesse. Sem legitimá-la pode-se, no entanto, cobrar do Direito penal coerência interna com seus próprios pressupostos, isto é, ainda que se abrace a tese de que o cometimento de um delito de maneira culpável, vale dizer, decorrente de uma escolha de ação racional de transgressão injustificada de um bem jurídico especialmente importante, implica a imposição de uma pena em sentido forte, há a necessidade de repensar a culpabilidade.

Se o fundamento da culpabilidade é uma reprovação, mister, por força da definição mesma de reprovação, haver um déficit entre o que se esperava do sujeito e o que ele realizou no mundo sensível. Qual é o conteúdo desse déficit? Uma **escolha** de executar uma ação **sabidamente antijurídica**, embora todas as **circunstâncias** fossem favoráveis à escolha conforme o Direito. Quando a possibilidade de escolher não se mostra presente em virtude de inimputabilidade, menoridade ou embriaguez involuntária; ou, quando a ação não se sabe nem se poderia saber antijurídica; ou, ainda, quando se mostram presentes situações que enfraqueceram sobremodo o caráter de escolha, a exemplo da obediência hierárquica e da coação moral irresistível não se fala em reprovabilidade.⁵⁵⁶

⁵⁵⁴ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *O estatuto teórico da Política criminal*. In: FÖPPEL, Gamil (coord.). *Novos desafios do Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 801-822, p. 810.

⁵⁵⁵ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁵⁵⁶ Um panorama da posição doutrinária brasileira atual quanto à culpabilidade encontra-se na Introdução.

Essa perspectiva pode ser mantida, sem prejuízo de se incorporarem as críticas formuladas pela criminologia nos capítulos precedentes. A primeira alteração está na concepção do erro de proibição invencível; a segunda, nas causas de exclusão da culpabilidade. Antes, porém, mister definir a função da culpabilidade nesse cenário.

4.2.1. Função da culpabilidade

A função que a culpabilidade vier a ocupar na teoria do delito dependerá diretamente da missão conferida ao Direito penal, oscilando, como já apontado acima, entre posições mais próximas das finalidades de garantia e aquelas mais orientadas à prevenção. Jaime Couso Salas, nas primeiras páginas de sua magistral obra acerca da culpabilidade, afirma que o Direito penal tem uma missão complexa, isto é, a um só tempo prevenir a prática de delitos (e com isso proteger os bens jurídicos) e garantir os direitos do delinqüente, limitando ou disciplinando o *jus puniendi* por meio da aplicação de uma série de princípios de garantia.⁵⁵⁷

A categoria dogmática da culpabilidade seria inserida nessa tensão dialética, sendo mui comumente entendida como síntese entre os fins preventivos e aqueles garantistas do Direito penal e não como verdadeiro limite ao poder punitivo. Assim, exemplificativamente, Silva Sánchez⁵⁵⁸ e Claus Roxin.⁵⁵⁹

Günther Jakobs, de outro lado, exclui qualquer papel garantista da culpabilidade, reservando-lhe apenas uma missão preventiva, coerente com sua visão de Direito penal unicamente orientado à prevenção: “a relação entre culpa e finalidade [da pena] pode ser apenas aquela em que a finalidade dê cores à culpa, pois um Direito penal da culpa” deve sê-lo “com vistas à manutenção de uma ordem”.⁵⁶⁰

⁵⁵⁷ COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, pp. 29-30.

⁵⁵⁸ SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch, 1992, pp. 262-263: a não inclusão da culpabilidade no rol das garantias elencadas pelo autor justificar-se-ia no fato de “que se entende que o princípio de culpabilidade não é em si expressão de uma garantia, porém mais precisamente a síntese de várias finalidades do Direito penal, preventivas e de garantia”.

⁵⁵⁹ ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 4ª. ed. München: De Boeck, 2006, t. I, pp. 8-63.

⁵⁶⁰ JAKOBS, Günther. *Schuld und Prävention*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, p. 7.

Em posição diametralmente oposta localizam-se aqueles que sustentam ter a culpabilidade apenas função de limitação do poder punitivo, função dita garantista. É o caso de Couso Salas⁵⁶¹ e é a posição adotada neste trabalho.

A história do conceito, tratada detidamente acima, revela que a ele foi conferido um papel de individualização da imputação, sobretudo quando da cisão entre injusto, de um lado, e culpabilidade, de outro, alcançado por ocasião do normativismo. Nesse modelo, assume um papel de

garantia da autonomia individual e em requisito de legitimidade da pena: esta, para ser imposta a um indivíduo determinado, deverá respeitar sua autonomia ética frente à utilidade social, isto é, a pena não poderá ser apenas uma resposta adequada à necessidade social, porém deverá ser, também, uma resposta justa a um ato derivável da autonomia do indivíduo”.⁵⁶²

De mais a mais, é a única opção coerente com a teoria agnóstica da pena, adotada como fio condutor do presente trabalho.

4.2.2. Erro de proibição invencível

Errar é, de maneira simplificada, elaborar um juízo falso quanto à realidade. Erra quem subtrai um livro julgando-o ser seu, quando era, em verdade, de terceiro; erra quem mata um homem em estado terminal, crendo tratar-se de ato de misericórdia autorizado pelo ordenamento jurídico; erra quem realiza um fato por considerá-lo conforme o Direito, muito embora seja ilegal.

Os diferentes erros, todavia, redundam em efeitos jurídicos diversos.

Prepondera a percepção de que o erro pode ser dividido em três grandes grupos: o erro de tipo, o erro de proibição e as discriminantes putativas. O primeiro, de maneira sintética, “é aquele que recai sobre os elementos essenciais ou constitutivos – fáticos ou normativos – do tipo de

⁵⁶¹ COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, pp. 33-41.

⁵⁶² *Idem, ibidem*, pp. 36-37.

injusto, sem os quais deixa de existir”.⁵⁶³ Assim, exemplificativamente, considerando que o tipo de furto é “subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel”, quem se apossa de um livro julgando-o seu, erra quanto ao elemento “alheia”.

O segundo seria “o erro que tem por objeto a proibição jurídica do fato. É dizer: o agente perde, em decorrência do erro de proibição, a compreensão da ilicitude do fato. Constitui o lado oposto da consciência do injusto: supõe erroneamente que atua de forma lícita, conforme a norma”.⁵⁶⁴

Por fim, descriminantes putativas designam um grupo de possibilidade de erros que, a rigor, poderiam ser englobadas em um dos casos anteriores, justificando a divisão em virtude da escolha do legislador que, no art. 20, § 1º, do Código Penal fez constar que: “é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”. Assim, erra tanto quem imagina uma situação de fato inexistente (o sujeito atira contra alguém que levava a mão ao bolso, na falsa percepção de que sacaria uma arma de fogo, fazendo cumprir prévia ameaça de morte) como quem vislumbra, no caso concreto, a existência de uma situação que autorizaria (ou em sentido mais técnico, justificaria) o cometimento de um delito (a exemplo de quem crê que em casos nos quais um ente querido esteja agonizando e peça para morrer, esteja autorizado a pôr fim ao sofrimento alheio, por inspiração piedosa). Na lição de Miguel Reale Júnior: “nas descriminantes fáticas, legítima defesa putativa, há um erro sobre uma circunstância de fato da situação. No erro de permissão, sobre a existência ou limites da justificativa, há um erro sobre a qualificação da situação”.⁵⁶⁵

A cada modalidade de erro adiciona-se o julgamento de sua evitabilidade, para fins de aferição da consequência jurídica adequada. De maneira esquemática, suficiente para o que se pretende na presente análise, tem-se (i) que o erro de tipo exclui o dolo, podendo-se indagar da punição

⁵⁶³ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, vol I, p. 454; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito penal*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 1990, p. 199.

⁵⁶⁴ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, vol I, p. 457; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito penal*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 1990, p. 199; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 201.

⁵⁶⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 204.

a título culposo, caso o tipo comporte expressamente essa modalidade (art. 20, *caput*, Código Penal brasileiro – CP); (ii) que a discriminante putativa referente à situação de fato, quando inevitável, exclui dolo e culpa; quando evitável, exclui o dolo cabendo, a exemplo do erro de tipo, indagar-se quanto à culpa (art. 20, § 1º, CP); (iii) que a discriminante putativa referente à situação permissiva recebe o mesmo tratamento do erro de proibição: se inevitável, exclui a culpabilidade, se evitável atenua a pena (art. 21, CP).

Quem realiza um ato que não sabe proibido não deve ser punido. Essa é a síntese do fundamento do erro como excludente de culpabilidade. Decorre naturalmente da idéia de reprovabilidade: se a culpabilidade é o juízo negativo que incide sobre uma escolha do indivíduo, mister que, para que tratar-se propriamente de uma escolha, que ele soubesse da ilicitude de seu ato.

Interessam, portanto, em sede de culpabilidade o erro de proibição, seja ele referente à proibição do fato (erro de tipo direto), seja referente à existência de justificação (erro de tipo indireto ou erro de permissão). Em outras palavras, interessa o âmbito do conhecimento do injusto.

Juarez Cirino dos Santos aponta haver três respostas principais à pergunta: o que o autor deve saber para ter conhecimento do injusto do fato? A primeira delas, denominada de tradicional, localiza tal conhecimento na antijuridicidade material, vale dizer, “no conhecimento da contradição entre o comportamento real e ordem comunitária, que permitiria ao leigo saber que seu comportamento infringe o ordenamento jurídico (público, civil, penal etc.) ou moral, independentemente de conhecer o bem jurídico ou a punibilidade do fato”.⁵⁶⁶ Com variações internas, é a posição esposada por Kaufmann e Rudolphi, na Alemanha, e Jorge de Figueiredo Dias, em Portugal.⁵⁶⁷ É, também, preponderante na doutrina brasileira, fortemente influenciada pelo pensamento de Welzel, para quem “o autor deve ter podido saber da

⁵⁶⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 304-306.

⁵⁶⁷ *In verbis*: “Há que se tomar completamente a sério a idéia de que na falta de consciência do ilícito não se trata de uma falta de representação ou de conhecimento, mas de uma falta ou erro de consciência ética correctamente orientada para o problema da ilicitude”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: Parte Geral*. São Paulo/Coimbra: RT/ Coimbra, 2007, t. I, p. 640.

contradição entre seu comportamento em face da ordem comunitária, sobre a qual está baseada a proibição jurídico-penal e que lhe dá expressão”.⁵⁶⁸

Cezar Bitencourt ensina que a doutrina, na esteira de Binding, vinha aceitando a assim denominada “consciência profana do injusto, constituída do conhecimento da anti-socialidade, da imoralidade ou da lesividade de sua conduta”. Tal consciência, prossegue, proviria “das normas de cultura, dos princípios morais e éticos, enfim, dos conhecimentos adquiridos na vida em sociedade. São conhecimentos que, no dizer de Binding, ‘vêm naturalmente com o ar que a gente respira’”. O critério, todavia, não poderia se sustentar totalmente, eis que “nem sempre o dever jurídico coincide com a lei moral”, protegendo o Direito “situações amorais e até imorais, contrastando com a lei moral, por razões de política criminal, de segurança social etc”.⁵⁶⁹

Teria sido essa a inspiração de Hans Welzel quando da reformulação da consciência da ilicitude, nela inserindo o dever de se informar. A consciência tornar-se-ia, assim, potencial, não bastando “ter a consciência do injusto para inocentar-se. É preciso indagar se havia a possibilidade de adquirir tal consciência e, em havendo essa possibilidade, se ocorreu negligência em não adquiri-la ou falta ao dever concreto de procurar esclarecer-se sobre a ilicitude da conduta praticada”.⁵⁷⁰

Trata-se, sem dúvida, de dimensão incorporada pelo Código penal brasileiro que considera o erro evitável quando o autor podia, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência (art. 21) de sorte que, ensina Assis Toledo, não aproveitaria ao agente a falta de consciência da ilicitude quando: “a) teria sido fácil para ele, nas circunstâncias, obter essa consciência com algum esforço de inteligência e com os conhecimentos hauridos na vida comunitária de seu próprio meio; b) propositadamente (...) recusa-se a instruir-se para não ter de evitar uma possível conduta proibida; c) não procura informar-se convenientemente, mesmo sem má-intenção, para o exercício de atividades regulamentadas”.⁵⁷¹

⁵⁶⁸ WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlim: Walter de Gruyter & Co.: 1969, p. 171.

⁵⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 463-464.

⁵⁷⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 465.

⁵⁷¹ *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 466.

Coerente com essa perspectiva, sustenta Cezar Bitencourt que “o objeto do erro não é, pois, nem a lei, nem o fato, mas a ilicitude, isto é, a contrariedade do fato em relação à lei”.⁵⁷²

A segunda corrente, representada por Otto e Neumann, sustenta que o objeto de conhecimento do injusto há de ser a punibilidade do fato, isto é, “a consciência do injusto significa ‘conhecimento da punibilidade do comportamento através de uma norma legal penal positiva’ e, portanto, consciência ‘de infringir uma prescrição penal’, embora não exija ‘conhecimento preciso dos parágrafos da lei’ infringidos.”⁵⁷³

Por fim, assumindo posição intermediária, a doutrina de Roxin, para quem é insuficiente o critério do conhecimento da ilicitude como aquele correspondente à consciência quanto à danosidade social ou imoralidade da ação, sendo, porém, exagerado demais aquele de exigir-se a consciência da punibilidade, eis que o conhecimento de que o fato era proibido por qualquer ramo do Direito é suficiente para se falar em conhecimento da proibição, mesmo na esfera penal.⁵⁷⁴ Filia-se, assim, à jurisprudência do Tribunal Federal Alemão segundo a qual: “há consciência do injusto, quando o autor reconhece a específica lesão ao bem jurídico, que está incluso no tipo penal em consideração, como injusta”⁵⁷⁵, ou seja, o agente tem de conhecer “a antijuridicidade concreta”, “o conhecimento da proibição concreta do tipo de injusto”.⁵⁷⁶

A teoria tradicional reflete cada aspecto da racionalidade penal moderna: como o Direito penal tutela apenas os interesses universalmente compartilhados, basta ao sujeito o conhecimento do

⁵⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 474. No mesmo sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito penal*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 1990, p. 199.

⁵⁷³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 304 e ss.

⁵⁷⁴ AT, I, § 21, n. 12, p. 932. Assim, “quando alguém sabe que comete um ato civilmente proibido (art. 858 do Código Civil alemão) por meio da utilização de utilização de automóvel ou bicicleta alheia, mas não tem idéia de tratar-se de um ilícito penal (art. 248b do Código Penal alemão), não se encontra em erro de proibição, tampouco pode esperar qualquer redução de sua pena de acordo com o art. 17, 2”.

⁵⁷⁵ AT, I, § 21, n. 12, p. 935. Em sentido semelhante a posição do Tribunal Federal Suíço, para quem basta para efeitos de erro de proibição que o agente tivesse o sentimento (*Empfinden*) de que transgredia o Direito, seja por agir contra um direito subjetivo de terceiro, seja por agir contra uma proibição geral do ordenamento jurídico (BGE 70, IV, 100). STRATENWERTH, Günther. *Schweizerisches Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 3 ed. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2005, t. I, § 11, n. 2, “a”, p. 280.

⁵⁷⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 305.

dia-a-dia do que seja certo ou errado para não incorrer em erro de proibição. Exemplifique-se com a conceituação de Hans-Joachim Rudolphi, para quem, além da contrariedade aos valores ético-sociais ou danosidade social (posição de Kaufmann⁵⁷⁷), o conteúdo da consciência do injusto abarcaria também “contrariedade do comportamento do agente em face dos valores jurídicos”.⁵⁷⁸ Em sentido semelhante, a posição de Hans Welzel que sustenta que “o conteúdo da consciência do injusto é a antijuridicidade do comportamento (planejado). O autor deve ter podido tomar consciência da contrariedade de seu comportamento em face do ordenamento comunitário”.⁵⁷⁹ As críticas aos pressupostos expendidas nos capítulos anteriores são suficientes para que se descarte tal concepção do erro de proibição.

A teoria intermediária, representada por Roxin, aproxima-se da visão do sujeito sustentada neste trabalho, pois exige que o objeto do erro de proibição seja a relação concreta entre um sujeito e o bem jurídico a que protege o tipo penal. Está, todavia, profundamente embebida na perspectiva segundo a qual o Direito penal deve punir inclusive aquele que previu que seu ato fosse ilícito, porém não criminoso. Afinal, a missão do Direito penal é prevenir a reiteração de condutas antijurídicas, vale dizer, condutas que atentem contra o ordenamento jurídico como um todo e não necessariamente contra o Direito penal em particular. Assim, quem comete um ilícito crendo-o mera infração civil, sendo, porém, um delito, não estaria agindo em erro de proibição, eis que sabia que sua ação atentaria contra o ordenamento jurídico, amplamente considerado.

Tal posição, todavia, contraria o âmbito elementar de previsibilidade das ações dos sujeitos. Quem espalha um segredo confiado por um amigo antevê a possibilidade de ser descoberto e perder a confiança daquele; quem atrasa o pagamento de uma conta sabe que arcará com a multa contratual; quem peca sabe que terá de lidar com a culpa e executar uma determinada penitência para ver-se perdoado. Em todas essas situações, o conhecimento da regra que rege a relação social, religiosa ou jurídica foi decisivo para levar a cabo um determinado projeto.

⁵⁷⁷ KAUFMANN, Arthur. *Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts*. Mainz: Krach, 1949, pp. 43 e 143; *Das Schuldprinzip*, Heidelberg: Winter, 1961, pp. 130 e ss.

⁵⁷⁸ RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*. Göttingen: Otto-Schwartz, 1969, p. 59.

⁵⁷⁹ WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlim: Walter de Gruyter & Co.: 1969, p. 171.

Foge ao escopo do presente trabalho analisar a legitimidade de uma reação extra-jurídica em face de um resultado não previsto, exemplificativamente: o amigo cujo segredo foi revelado viu nisso mais do que uma deslealdade, encarando a ação como uma traição, rompendo a relação com o então amigo; ou, ainda, o representante religioso, considerando o pecado uma heresia profunda, dá início a um procedimento de excomunhão do referido pecador. A reação “extra” do Direito em virtude de um ilícito que se cria civil (e se mostrou delitivo) com uma pena em sentido forte, contudo, pode e deve ser analisada sob o crivo da legitimidade.

É justamente nesse viés que se coloca a perspectiva teórica de Otto e Neumann, a que se subscreve. Para Otto, “consciência do injusto no sentido de consciência de antijuridicidade é o conhecimento da punibilidade do comportamento por meio de uma norma penal positivada”. Por certo que não se demandaria o conhecimento da letra da lei, “porém sim o conhecimento, de que se está a transgredir uma proibição penal”⁵⁸⁰, de sorte que “a consciência da transgressão contra uma norma qualquer do direito civil ou público é irrelevante”.⁵⁸¹

Isso porque, sustenta Neumann, a mera exigência de que o autor conheça a proibição de seu ato negligencia uma distinção fundamental: determinados atos são “juridicamente corrigíveis” e outros são apenas “puníveis”. Em regra, afirma ele, as obrigações de direito civil são juridicamente corrigíveis por meio da condenação a indenizar e a subsequente execução da obrigação, sendo apenas excepcionalmente punível.⁵⁸² Há *prima facie* uma diferença relevante, sob o ponto de vista da reação estatal: “enquanto o ordenamento jurídico se satisfaz, no primeiro caso, com a restauração da situação jurídica, sem opor uma reprovação ao lesionador da obrigação, quando afirma, na segunda situação, sua desaprovação em face do autor, pune seu ato”. A consequência das diversas reações gera uma implicação direta, isto é,

⁵⁸⁰ Na dicção de Neumann: que está dando causa a uma intervenção da autoridade pública (*amtliche Intervention*). NEUMANN, Ulfrid. *Strafgesetzbuch – Nomos Kommentar*. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2005, § 17, 21, p. 581.

⁵⁸¹ OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre*. 7. ed. Berlim: De Gruyter Recht, 2004, § 13, 41, p. 220. No mesmo sentido, Neumann: Esse conhecimento da punibilidade não deve ser entendido em sentido formal. Não precisa o autor conhecer a literalidade, formas e medidas da norma punitiva ou ainda os níveis de culpa subordinadas às condições de punibilidade. Basta o conhecimento material da punibilidade (*Strafgesetzbuch – Nomos Kommentar*. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2005, § 17, 21, pp. 581-582).

⁵⁸² A exemplo do art. 170 do Código Penal alemão, semelhante a delito de abandono material em face de qual o autor tem o dever de zelar pela respectiva manutenção.

“uma especificação do conhecimento jurídico da proibição”, a saber, o da norma proibitiva penal.⁵⁸³

Neumann também não secunda posição dominante no sentido de que “o conhecimento da proibição deve sempre bastar ao autor, para que ele se motive a um comportamento leal ao Direito”⁵⁸⁴. A motivação pode ser bastante, por exemplo, para o imediato pagamento de um valor devido que, todavia, já deveria ter sido quitado. Caso esse pagamento extemporâneo venha a configurar um delito⁵⁸⁵, não terá o devedor agido com consciência do injusto apenas por que conhecia a obrigação civil de quitar a dívida. Isso porque o delito “só pode ser apreendido como tal a partir de seu peso correspondente”⁵⁸⁶, vale dizer, a partir de sua punibilidade.⁵⁸⁷

O conteúdo do erro de proibição deve ser, portanto, fundamentalmente o falso juízo quanto ao fato de uma determinada conduta contrariar uma norma penal, não bastando a relação concreta com o bem jurídico (Roxin) ou o conhecimento profano do injusto. Tal posição, decorre, primeiramente, como mais coerente às próprias premissas do Direito penal, que situa na ameaça da pena sua estratégia central de imposição de comportamentos; em segundo lugar, como mais coerente com a função de garantia adscrita, neste trabalho, à culpabilidade.

Anote-se, por fim, que o erro invencível teria o condão de excluir a culpabilidade do agente, sendo mister inaugurar a indagação de que critérios determinariam a referida invencibilidade.

⁵⁸³ NEUMANN, Ulfrid. *Strafgesetzbuch* – Nomos Kommentar. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2005, § 17, 21, p. 581.

⁵⁸⁴ Menção expressa a Roxin, Allgemeiner Teil, I, § 21, 13. NEUMANN, Ulfrid. *Strafgesetzbuch* – Nomos Kommentar. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2005, § 17, 21, p. 581.

⁵⁸⁵ Art. 266 do Código Penal alemão: “Quem abusa do poder conferido por lei, ordem judicial ou ato jurídico, de dispor da propriedade alheia ou do de oferecê-la em outra forma de garantia, ou fere o dever a ele incumbido em virtude de lei, ordem judicial, ato jurídico ou uma relação de confiança, de zelar pelo interesse dos bens (Vermögensinteresse), gerando, com isso, prejuízo aos interesses dos bens em face dos quais tinha dever de cuidado, será punido com pena privativa de liberdade de até cinco anos ou com pena de multa”. Tradução feita pelo autor.

⁵⁸⁶ JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*. 2. ed. Berlin: De Gruyter, 1991, cap. 19, n. 23, p. 552. Note-se que Jakobs usa essa afirmação como uma ressalva, à qual não confere valor decisivo, isto é, embora faça a ressalva, filia-se à posição de que o conhecimento da punibilidade é dispensável para o erro de proibição.

⁵⁸⁷ NEUMANN, Ulfrid. *Strafgesetzbuch* – Nomos Kommentar. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2005, § 17, 21, p. 581.

“Pré-requisito para a evitabilidade do erro de proibição”, afirma Neumann, “é que o autor tenha tido a oportunidade de verificar a legalidade da sua conduta, e que lhe fosse possível obter, durante esse processo de verificação, a compreensão da juridicidade de seu comportamento”.⁵⁸⁸ O autor tem essa oportunidade, primeiramente, quando nutra alguma dúvida (ainda que reduzida) quanto à legalidade de seu ato.⁵⁸⁹ Tal dúvida pode surgir: (i) de decisões judiciais ou de manifestações administrativas que contrariam a certeza do autor quanto à licitude de seu ato; (ii) da consciência de que se está a ferir um bem jurídico⁵⁹⁰; ou (iii) da consciência de que aquele comportamento está, de alguma forma, juridicamente regulamentado⁵⁹¹.⁵⁹² Há autores que defendem que, na circunstância de uma ação claramente configurar uma ofensa às normas de ética social, surgiria ao autor o dever de se informar quanto à correspondente legalidade.

A consciência da ilicitude, assim, pode ser obtida por meio da reflexão e da informação, especialmente as provenientes de fontes do Direito (jurisprudência) e de especialistas (peritos em matéria jurídica).⁵⁹³

4.2.3. Falta de motivabilidade como modalidade de “inexigibilidade de conduta diversa”

Sob a rubrica genérica “inexigibilidade de conduta diversa” encontram-se aquelas circunstâncias em face de cuja presença exculpa-se a transgressão ao bem jurídico por revelar-

⁵⁸⁸ NEUMANN, Ulfrid. *Strafgesetzbuch – Nomos Kommentar*. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2005, § 17, 63, p. 596. No mesmo sentido: OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre*. 7. ed. Berlin: De Gruyter Recht, 2004, § 13, 46, p. 222; ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4ª. ed. München: De Boeck, 2006, t. I, § 21, 52, p. 950.

⁵⁸⁹ A mera dúvida, adverte Roxin, não leva ao desconhecimento da proibição, sendo antes hipótese de consciência condicionada do injusto. Apenas aquela dúvida relegada em face de uma crença de que se age juridicamente é capaz de configurar erro de proibição inevitável (*Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4ª. ed. München: De Boeck, 2006, t. I, § 21, 56, pp. 951-952).

⁵⁹⁰ No mesmo sentido: ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4ª. ed. München: De Boeck, 2006, t. I, § 21, 58, p. 952.

⁵⁹¹ No mesmo sentido: ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4ª. ed. München: De Boeck, 2006, t. I, § 21, 57, p. 952.

⁵⁹² NEUMANN, Ulfrid. *Strafgesetzbuch – Nomos Kommentar*. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2005, § 17, 63-65, p. 596.

⁵⁹³ NEUMANN, Ulfrid. *Strafgesetzbuch – Nomos Kommentar*. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2005, § 17, 67-82, pp. 597-601. A esse respeito: ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4ª. ed. München: De Boeck, 2006, t. I, § 21, 62-68, pp. 954-958.

se um outro agir inexigível. Prepondera na doutrina nacional serem causas que excluem a culpabilidade: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica ou devida.

A idéia de que as circunstâncias sob nas quais o agente praticou o delito deveriam ser consideradas quando da aferição de sua culpabilidade data pelo menos de 1907, quando Reinhard Frank, superando a abordagem psicológica do sistema Liszt/Beling, funda a chamada teoria normativa da culpabilidade, como visto, fazendo inserir na culpabilidade a idéia de reprovabilidade: “um comportamento proibido pode ser imputado à culpabilidade de alguém quando a ele pode-se fazer uma reprovação por tê-lo posto em curso”.⁵⁹⁴

No tocante às causas de exclusão de culpabilidade, todavia, decisiva foi a formulação de Freundenthal, em 1922, da inexigibilidade de conduta diversa.⁵⁹⁵ Para ele, assim, pouco importaria se a culpabilidade fosse identificada como reprovabilidade (Frank e Beling), como contrariedade evitável ao dever jurídico (Mittermaier) ou como comportamento culpável meramente contrário ao dever (M. E. Mayer): “de toda forma afirma-se com isso a desaprovação, de que o autor se comportou de determinada maneira, ao passo que ele poderia e deveria ter se comportado de maneira diversa”. “Com a falta do poder do autor”, sintetiza, “falta-lhe culpabilidade”.⁵⁹⁶

A teoria normativa, em sua versão pura, desloca o dolo e a culpa para a tipicidade, restando na culpabilidade, essencialmente, a idéia de reprovabilidade que deixaria de existir quando se pudesse constatar que o autor não poderia ter agido de acordo com a norma, não em sentido abstrato (“um alguém qualquer no lugar do autor”), porém aquela pessoa naquela situação: exige-se que ela pudesse ter engendrado uma vontade consoante a norma.⁵⁹⁷ Tem, assim, duas premissas: (i) o autor é capaz em suas forças espirituais de se motivar de acordo com a norma (o pré-requisito existencial da reprovabilidade: a capacidade de imputação); e (ii) ele é capaz

⁵⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 529.

⁵⁹⁵ FREUDENTHAL, Berthold. *Schuld und Vorwurf*. Tübingen: F.C.B. Mohr, 1922, p. 2.

⁵⁹⁶ *Idem, ibidem*, pp. 6-7.

⁵⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 141.

de se motivar de acordo com a norma, por meio da compreensão da juridicidade de seu projeto.⁵⁹⁸

Ao lado das hipóteses de inimizabilidade e de erro invencível de proibição, vislumbrou o legislador duas situações que poderiam excluir a culpabilidade: (i) a realização de um delito mediante coação moral irresistível, isto é, “grave ameaça (*vis compulsiva*), em que a vontade do coacto não é livre, mas viciada, sendo punível o autor da coação (autoridade mediata)”⁵⁹⁹; (ii) a obediência hierárquica legal ou devida, a saber, conduta do subordinado que “obedece a mandato procedente de superior hierárquico, quando este ordena no círculo de suas atribuições e na forma requerida pelas disposições legais”⁶⁰⁰. Luiz Régis Prado sustenta, ainda, poder deduzir-se do art. 24 do Código Penal brasileiro⁶⁰¹ uma terceira hipótese: o estado de necessidade, quando o bem sacrificado é de igual ou maior valor que o protegido.⁶⁰²

Em que pese o Código ter previsto aquelas apoucadas situações, a jurisprudência tem acolhido a tese de que a inexigibilidade de conduta diversa é uma fórmula ampla, abrangendo hipóteses supra-legais. Um exemplo nítido, nesse sentido, é a ampla aceitação jurisprudencial de que a

⁵⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 141.

⁵⁹⁹ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, vol I, p. 447. No mesmo sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 446; LUNA, Everardo Cunha. *Estrutura jurídica do crime*. 3. ed. Recife: UFP, 1970, p. 233; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 328; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 190 e ss.

⁶⁰⁰ Definição de José Frederico Marques transcrita por PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, vol I, p. 448. No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 448 (chamando a atenção para a circunstância de que a hierarquia privada não está abrangida na hipótese em tela); SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 330 e ss.; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 198 e ss;

⁶⁰¹ Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

⁶⁰² PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, vol I, p. 451. O Código Penal alemão prevê duas formas de estado de necessidade: uma justificante e outra exculpante, esta última ocorrendo quando o perigo a ser afastado é atual, incide sobre um determinado bem jurídico (corpo, vida ou liberdade) e sobre uma pessoa determinada (o próprio autor, um dependente ou alguém próximo a ele). A ação deve ser adequada, inafastável de outro modo e proporcional e requer alguns elementos subjetivos (conhecimento da necessidade, consciência de que a ação prevenirá o perigo e que ação se dê para tal prevenção). HEINRICH, Bernd. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. Stuttgart: Kohlhammer, 2005, vol. I, pp. 197-202.

realização da conduta típica de apropriação indébita previdenciária, quando praticada em situação financeira tal que uma alternativa não se mostrasse exigível, exclui a culpabilidade.⁶⁰³

Juarez Cirino dos Santos menciona, ainda, duas hipóteses legais em que se configuraria a inexigibilidade de conduta diversa: o excesso de legítima defesa real e o excesso de legítima defesa putativa. Em que pese, no entanto, sua relativa aceitação jurisprudencial, não há falar em hipótese legal, pois a lei não as previu expressamente, ao contrário da Alemanha, fonte do referido autor.⁶⁰⁴ Aduz, ainda, como causas supralegais: o fato de consciência⁶⁰⁵, a provocação da situação de legítima defesa, a desobediência civil e o conflito de deveres.⁶⁰⁶

À busca de uma hipótese ainda não aventada de inexigibilidade de conduta diversa, lance-se, a exemplo do que fez Frank, a seguinte provocação:

Alberto nasceu em um morro da cidade do Rio de Janeiro. Décimo filho de uma empregada doméstica, não conheceu o pai nem sabe de seu paradeiro. Embora conte com dezoito anos nunca frequentou a escola, pois a mãe sempre saía às segundas de madrugada para trabalhar e voltava sábado à tarde, não lhe sobrando tempo para se ocupar da educação formal dos filhos. Quem cuidou dele foi uma irmã adolescente, que já tinha filho pouco mais novo que Alberto. Ele viu parte de seus irmãos serem mortos em troca de tiros. Sabe muito bem quem são seus inimigos: os traficantes de outros morros e os policiais que, segundo dizem, entram atirando na comunidade sem mais perguntas, dizimando moradores inocentes e empregados do tráfico, essa entidade complexa que providencia proteção, cuidados médicos e atividades de lazer, exigindo muito pouco em retorno: lealdade. Ser bem sucedido é crescer na única atividade disponível no morro: ser gerente do tráfico, quem sabe mesmo um dia dono do morro. Eventuais violências contra a polícia são facilmente justificáveis como um ato de defesa;

⁶⁰³ TRF1: ACR 200136000067386, Rel. Í'Talo Fioravanti, publicado do e-DJF em 3/11/2008; TRF2: ACR 199950010002720, Rel. Abelo Gomes, publicado em 22/10/2008; TRF3: ACR 199903990050871, Rel. Juiz Nelson dos Santos, publicado em 4/12/2008; TRF4: ACR 200771070018843/RS, Rel. Gerson Luiz Rocha, publicado em 18/11/2008; e TRF5: ACR 200771070018843/PB, Rel. Luiz Alberto Gurgel de Faria, publicada em 3/9/2008.

⁶⁰⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 332-336.

⁶⁰⁵ No Brasil, detalhadamente, sobre o tema: HERINGER JÚNIOR, Bruno. *Objecção de consciência e Direito penal*: justificação e limites. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁶⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 336-343.

eventuais danos trazidos pelo consumo das drogas devem ser tributados aos próprios usuários que escolheram consumi-las; o horizonte de morrer logo e violentamente parece ser inevitável e, portanto, a vida perigosa garante excitação e reconhecimento social. Sabe que a polícia, em princípio, é um agente do Estado e da Lei, mas a escolha “pelo lado certo da vida errada”⁶⁰⁷ é justificável pelas circunstâncias. Ademais, a mãe poderia parar de trabalhar e descansar, pois já não é moça. Poderia até ajudar a cuidar dos netos para que as irmãs comecem/voltem a estudar.

É possível reprovar Alberto pelo delito de tráfico de entorpecentes? Melhor formulando: dadas as condições específicas de vida de Alberto, em grande parte tributáveis à falência estatal na efetivação dos mais elementares direitos fundamentais individuais e sociais, pode-se reprová-lo por não ter se motivado pela conhecida proibição de traficar substância entorpecente?

Bernardo nasceu em um modesto bairro de uma pequena cidade no interior do Mato Grosso. Décimo filho de uma empregada doméstica, não conheceu o pai nem sabe de seu paradeiro. Embora conte com dezoito anos nunca terminou os estudos, pois precisou trabalhar muito cedo para ajudar a mãe que sempre saía às segundas de madrugada para trabalhar e voltava sábado à tarde. Quem cuidou dele foi uma irmã adolescente, que já tinha filho pouco mais novo que Bernardo, assim como de outros tantos irmãos e sobrinhos, mais novos. Ele viu parte de seus irmãos migrarem em busca de vidas melhores. Não parece ter inimigos. Para ele, ser bem sucedido é poder constituir família e sustentá-la com dignidade. Sabe que o narcotráfico é proibido, mas encontra nele uma saída mais lucrativa que o trabalho formal e justifica sua escolha pelo bem que fará aos seus. Acredita que se trata de uma fase, da qual sairá assim que uma oportunidade melhor surgir.

Pode-se reprovar Bernardo pelo delito de tráfico de entorpecentes? Melhor formulando: dadas as condições específicas de vida de Bernardo, em grande parte tributáveis à falência estatal na efetivação dos mais elementares direitos fundamentais individuais e sociais, pode-se reprová-lo por não ter se motivado pela conhecida proibição de traficar substância entorpecente?

⁶⁰⁷ Expressão utilizada pelo traficante conhecido como Marcinho VP, segundo relato do jornalista Caco Barcelos em seu livro *Abusado: o dono do Morro Dona Marta* (Record: 2003).

Antes de responder a essas indagações, mister reconhecer um elemento comum às situações. Tanto para Alberto como para Bernardo, traficar é uma atividade inspirada por valores morais, isto é, responsabilidade, dedicação à família, amor, zelo etc. Alberto, aliás, acredita-se um verdadeiro soldado defensor da comunidade e de uma instituição que surgiu à margem do Estado para proteger os que dela dependem: a quadrilha (ou “movimento”, jargão empregado, quer parecer, justamente para despir o vocábulo “quadrilha” de seu incontornável conteúdo negativo).

Esses valores, a propósito, dão conteúdo a um projeto de vida ética, isto é, dão resposta à pergunta “que vida viver”, tendo como condição a busca da expansão de si mesmo. Crescer na atividade de traficância coincide, principalmente para Alberto, com uma percepção subjetiva e duradoura de si, com referência a valores morais, em que reconhece a expansão de si mesmo. Trata-se, como afirma Yves de La Taille, de “escolher um sentido para a vida e formas de viver” e, com isso, “escolher a si próprio”, “definir-se como ser”.⁶⁰⁸

Retomando a pergunta central da reprovabilidade, a saber, poderiam Alberto e Bernardo ter agido diferentemente, isto é, não terem comercializado drogas?

A perspectiva de “como agir” (pergunta central da moral), estará sempre, do ponto de vista psicológico, alinhada àquela de “como viver”, de sorte que “somente se sente obrigado a seguir determinados deveres quem os concebe como expressão do valor do próprio eu, como tradução da sua auto-afirmação”. A energética das ações significativas em geral, e das ações morais em particular, novamente em de La Taille, é a expansão de si próprio. “Em poucas palavras, identificamos no plano ético as motivações que explicam as ações no plano moral”.

A ação moral, portanto, é uma escolha de alguém que reconhece nesse agir uma representação de si de valor positivo que pode ser sinônimo de auto-estima, quando essa representação de si recair sobre um valor qualquer, ou auto-respeito, quando recair sobre um valor moral.

⁶⁰⁸ DE LA TAILLE, Yves. *Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas*. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 46.

Até este momento o projeto de vida ético de Alberto e de Bernardo ao contrário de sugerir uma restrição da ação delituosa, antes sugeriam que nela reconhecer-se-iam seus projetos éticos (com conteúdos morais).

Toda e qualquer moral pode ser conteúdo de uma vida boa que mereça o nome de ética? Para de La Taille toda ética deve traduzir um projeto de felicidade no qual outrem tem lugar e cuja moral que a alimenta tenha por conteúdo necessário a justiça, a generosidade e a honra, sendo esta última verdadeira tradução do auto-respeito: “o valor moral que a pessoa tem aos próprios olhos e a exigência que faz a outrem para que esse valor seja reconhecido e respeitado”.

Com efeito, as histórias de Alberto e a de Bernardo autorizam a conclusão de que seus projetos são morais. O outro não só é respeitado como também é a própria inspiração dos agires; os consumidores das drogas se apresentam voluntariamente para obtenção de prazer, não podendo se falar em geração de dor. Generosidade e honra estão fortemente presentes nos contornos morais dados aos projetos de vida.

A crítica natural que a presente construção poderia receber é a seguinte: na medida em que o Direito penal protege os bens jurídicos mais importantes, impensável que um agir antijurídico possa ser moral. Delito e moralidade excluem-se reciprocamente. Afirmado de outro modo: quem comete um delito não pode agir ética e moralmente.

A crítica mostra-se, contudo, insustentável. Quem desliga os aparelhos que mantém vivo um doente em estado terminal por piedade, age inspirado por um valor moral (justiça ou generosidade, conforme se encare o fim de um sofrimento inútil e irreversível como um direito ou não). Comete, todavia, homicídio. Um índio que destrua os restos mortais de um membro de sua comunidade para que a alma deste descanse em paz, age inspirado por um valor moral, mas pratica, em princípio, o delito de destruição de cadáver.

De fato, do ponto de vista teórico, na medida em que o Direito penal é, no limite, um conjunto de regras, é muito provável que transgredi-las seja o moralmente indicado, eis que regras são moralmente neutras: quem carrega sentido é o valor que as inspira. Dito de outro, a regra “não matarás” não é moral nem imoral; moral é o valor conferido ao respeito à vida alheia (e própria). Também, em um Direito penal hipertrófico não faltarão tutelas que não tenham nenhum conteúdo moral, porém moralista. Assim, por exemplo, a criminalização do uso de entorpecentes leves e do aborto de anencéfalos, para evitar hipóteses mais polêmicas. Cezar Bitencourt aponta que a norma penal, “pela sua particular força e eficácia, induz os detentores do poder político a avassalar a tutela de certos interesses e finalidades, ainda que contrastantes com os interesses gerais do grupo social”. Com efeito, relembra que já Eugenio Florian, em 1910, advertia que “nem todos os crimes são também ações imorais, reprovadas pelo sentimento e pelo costume”. Também Alcides Munhoz Netto afirmava que o Direito penal brasileiro transformava-se em verdadeiro “arsenal que todo dia se renova e se aperfeiçoa, à medida que se aprimora o senso da necessidade civil”.⁶⁰⁹

Critica mais contundente seria a de que projetos de vida, ainda que éticos e morais, que colidam com o Estado Democrático de Direito não podem ser admitidos. A expansão de si mesmo com referência a valor moral não autoriza a subtração do outro ou uma saliência individual para além dos demais membros da comunidade.

Com efeito, existe um conteúdo definido dentro do marco democrático para o quanto seja “legal” e “ilegal”, cujo alcance deve, por definição, ser o mesmo para todos. Afinal, decorre do princípio moral por excelência, a justiça, que todos sejam tratados de maneira igual (ou para que se tornem iguais). A possibilidade de cada qual imprimir, na vida social, a seus projetos, ainda que éticos, uma pluralidade de binômios “legal” e “ilegal” tal, que o Direito não poderia ser administrado.

⁶⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 464-465.

Basta pensar na questão da propriedade. Nada mais moral do que a divisão igualitária de todos os bens entre todos os cidadãos. Nem por isso seria razoável que cada um re-dividisse os quinhões alheios consoante seus padrões morais. Ainda que pudéssemos descartar totalmente o apego e o egoísmo, haveria forçosa colidência entre os critérios de divisão: uns defenderiam que os idosos, mais longamente privados de riquezas, deveriam receber quinhões maiores; outros redargüiriam que justamente os jovens, por ainda terem uma vida toda pela frente, necessitariam de mais; não faltaria quem quisesse dar mais a famílias numerosas, em virtude das bocas a sustentar e outros que precisamente delas retirariam bens, em razão da pluralidade de braços aptos ao trabalho. Como se vê, o Direito se mostra necessário mesmo dentro dos estritos limites do agir moral e ético.

O Estado Democrático de Direito, todavia, não pode ser invocado apenas como bandeira em nome da qual a punição é exercida. Também em nome dele que o rol das garantias constitucionais foi construído, muito embora a correspondente não efetivação seja encarada como um mal menor, sub-efeito inevitável da periferia do capitalismo. Um balanceamento entre direitos e deveres no Estado Democrático de Direito sugere haver um certo grupo de pessoas cujo agir moral antijurídico deva ser mais cuidadosamente analisado.

Retomem-se as tramas de Alberto e Bernardo. O projeto ético de Alberto recai sobre os mesmos valores de qualquer carreira licita: quer ser reconhecido, crescer na vida, ajudar a mãe idosa, melhorar a condição das irmãs. Percebe-se como trabalhador corajoso, um verdadeiro soldado na defesa da comunidade e operário da empresa que protege os que em torno dela orbitam. É imputável, conhece o Direito e a ele não socorre nenhuma das hipóteses clássicas de exculpação. O de Bernardo, igualmente, recai sobre o reconhecimento como pai zeloso, provedor de seu lar, que embora vislumbre a ilicitude de sua ação, encontra na traficância um sustento digno, ainda que a culpa o leve a querer mudar, quando possível, o rumo de sua vida.

A conduta de Alberto, quer parecer, não merece reprovação (ao menos aquela reprovação que traz como consequência inexorável a aplicação de uma pena em sentido forte). As circunstâncias sociais em que se desenvolveu não lhe permitiram a construção de um projeto

ético que não aquele vinculado ao crime. Colocando em uma terminologia mais cara às ciências criminais, Alberto não escolheu formar seu projeto de vida boa, de inspiração moral, porém ilegal, dentre uma gama de outros tantos possíveis e legais. Ele não escolheu propriamente um estilo de vida contrário ao Direito; ele rendeu-se ao único projeto de vida boa alcançável. E nem se diga que ele poderia ter bravamente resistido e se humilhado a vida toda como assistente de obras, mediante remuneração e condições laborativas desumanas. A busca da felicidade, como se viu, é incontornável e não se pode exigir que alguém escolha uma vida indigna apenas para atender aos reclamos de um Estado que nunca lhe valeu.

Tratar-se-ia de uma espécie de perda da possibilidade de exercício do poder punitivo estatal em virtude de sucessivas e reiteradas falhas de todos os seus braços (educacional, de saúde, de assistência social, de trabalho, de lazer, de higiene, de habitação etc.), que redundaram na impossibilidade absoluta de um determinado indivíduo escolher um projeto de vida ético e moral conforme ao Direito.

A idéia de impedir o exercício do *jus puniendi* em virtude do mau funcionamento estatal não só não é nova, mas encontra-se até mesmo regulamentada no Código Penal. Trata-se do instituto da prescrição, definível como “a perda do direito de punir do Estado, pelo decurso de tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado”.⁶¹⁰ Coerentes com a perspectiva segundo a qual o crime é um ato que gera repulsa social e que reclama, para aplacá-la, a imposição de uma pena, os fundamentos da prescrição estão centralmente relacionados ou com o enfraquecimento do alarme social em razão do transcurso temporal, ou com a desnecessidade da pena em face da recuperação do criminoso, da expiação de sua culpa ou de sua constituição psíquica.⁶¹¹ Se o Estado pode (e deve) se responsabilizar quanto à omissão *ex post*, igualmente razoável que o possa em face de uma omissão *ex ante*.

⁶¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 873. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Da prescrição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

⁶¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 875-876.

A trama de Bernardo, por sua vez, talvez merecesse uma nuance: propositadamente se construiu um cenário em que ele experimentasse alguma culpa associada à sua atividade, a demonstrar algum incômodo interno em face desse projeto de vida, o que poderia servir como mitigador da exculpação que ora se sugere. Assim, em vez de servir como causa de exclusão da culpabilidade, poder-se-ia pensar em uma redução da pena, a exemplo do erro de proibição evitável.

Há, naturalmente, que restringir entre as hipóteses de projetos de vida éticos e morais, porém ilegais, aqueles que redundam na descaracterização dos injustos cometidos inspirados nesse projeto como sendo delito. Não se deve confundir marcada exclusão social como espécie de carta branca para a prática de atos delituosos. O que se defende é que determinados injustos, quando alinhados a projetos de vida éticos cuja adoção mostrou-se a única possível, não podem receber o rótulo de delitos. Trata-se de nova causa de exclusão da culpabilidade, ora denominada de falta de motivabilidade⁶¹², cujos requisitos seguem:

1. Que o injusto seja cometido inspirado por um projeto de vida ético e moral em sentido estrito, isto é, o valor moral associado ao projeto de vida deve ser associado ao auto-respeito e deve incluir, sempre, o outro. Excluem-se, assim, todos os atos praticados com violência, que causam dor a uma vítima concreta, sensível, ou que demonstrem completo desprezo pela natureza humana. Nenhum projeto ético e moral pode contemplar o homicídio, infligir dor, reduzir alguém à condição de escravo, explorar sexualmente pessoas especialmente frágeis, violências sexuais, tortura etc.

2. Que os valores morais que informam o projeto de vida ético sejam legitimados no seio do grupo social de que faz parte o agente. Excluem-se, assim, aqueles que, embora inseridos em um ambiente que compelia à motivação pela proibição, outrossim escolhe um projeto ilícito. Carlos, filho de profissionais liberais, representante da classe média urbana de Porto Alegre,

⁶¹² A expressão motivabilidade como uma das funções da norma penal já vinha empregada por Muñoz Conde, conforme exposto acima. Aqui, assume conteúdo específico e é apresentada como causa de exclusão da culpabilidade, diferindo, portanto, materialmente, do emprego do autor espanhol ou da doutrina alemã precedente.

sente-se socialmente deslocado nos ambientes universitário e familiar e encontra na pichação um projeto de vida, inspirado nos ideais de beleza (arte), comunitarismo e democracia (justiça). Escolhe muros e outras superfícies de construções sem vítimas definidas, como cemitérios, órgãos públicos, etc. Em seu grupo social, todavia, é encarado como excêntrico, desviado. Dito de outro modo: a legitimação do seu agir moral não encontra respaldo em seu pertencimento social. Excluída, portanto, a hipótese de exculpação por falta de motivabilidade.

3. Por fim, a equação da reprovação exige que o projeto de vida ético, moral e ilegal seja exculpado quando, por parte do Estado, não foram criadas condições que compelissem o agente a formar um outro projeto de vida ético e moral, porém condizente com o Direito. Trata-se do ônus que o Estado, justamente por ser democrático e de Direito, deve assumir por ter permitido que subculturas criminais e criminógenas grassassem à sua margem.

A pena, ao menos no caso de Alberto, exposto acima, mostra-se exercício arbitrário de poder de um Estado que, tendo falhado em todas as outras missões de garantia da dignidade humana, pretende reprovar alguém que não se motivou por uma proibição absolutamente incompatível com o único projeto de vida ético e moral que lhe restou naquela circunstância dada. Pode-se dizer que não houve uma escolha propriamente dita de agir contra o Direito; houve uma escolha de agir consoante seu inescapável projeto de felicidade, nos limites da ética e da moral, sendo justificável o sacrifício ao Direito.

4.2.4. Excurso: notas quanto à aplicação da pena em sentido forte

Como a idéia de culpabilidade está intrinsecamente ligada à de quantificação da pena, proporcional à reprovabilidade do ato, mister, ainda que fora dos estritos alcances deste trabalho, tecer breves considerações quanto ao tema. O intento desse tópico é oferecer (ou mais propriamente apontar) interpretações às normas penais correlatas à fixação da pena que fujam da armadilha que a união do conceito de culpabilidade ao de reprovabilidade em regra gera.

4.2.4.1. Pena mínima

O Código Penal brasileiro adotou, no tocante à fixação da pena, o sistema trifásico, isto é, o juiz fixa, primeiramente, a pena-base, aplica eventuais atenuantes e agravantes e, por fim, as causas especiais de aumento ou de diminuição de pena (art. 68 do CP).⁶¹³ A pena-base, por sua vez, conta com os critérios fixados pelo artigo 59 do CP:

o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

A extensiva redação merece uma primeira leitura, simplificada, da seguinte forma: o juiz estabelecerá uma pena. Esse estabelecimento tem de estar coerente com a complexa missão do Direito penal, buscando ser um ponto ótimo entre as tarefas que a compõem: a reprovação e prevenção do crime, de um lado, e a garantia do acusado, do outro, idéia reconhecível na locução “necessário e suficiente”. Deve, ademais, seguir um conjunto de requisitos ou circunstâncias (culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima). A pena, por fim, deve ser especificada quanto à modalidade, à quantidade, ao regime inicial de cumprimento e à viabilidade de substituição por outra modalidade.

Assim, em face da condenação de um sujeito pela prática de ato definido como contrabando (art. 334, CP), conforme exemplifica Agapito Machado⁶¹⁴, o juiz, levando em consideração

⁶¹³ Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

⁶¹⁴ MACHADO, Agapito. *As atenuantes podem fazer descer a pena abaixo do mínimo legal*: inteligência do art. 68 do Código Penal após a redação da Lei 7.209/84. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 78, vol. 647, setembro de 1989, p. 388.

tudo quanto elencado no art. 59, conforme se mostre suficiente e necessário para as missões do Direito penal, fixará a base para o cálculo da pena privativa de liberdade entre um e quatro anos de reclusão. Em termos muito genéricos e sem compromisso com a idéia, prepondera que o menos grave dos contrabandos, isto é, aqueles em que todas as circunstâncias se aproximem das ideais, deve ter a pena-base fixada, com vistas à missão do Direito penal, em um ano de reclusão.⁶¹⁵

Uma primeira pergunta, a ser explorada oportunamente, é se o juiz tem realmente de impor alguma pena. A segunda, que ora merece atenção, é o alcance da expressão pena mínima. Essa indagação nasce quando se passa à segunda fase, isto é, à consideração da presença de circunstâncias que atenuem ou agravem um delito, previstas nos artigos 61 a 66 do CP.⁶¹⁶

Imagine-se, dando-se seqüência ao exemplo acima, que nesse contrabando não se note nenhuma das hipóteses que o agravem; no campo das atenuantes, todavia, tem-se a idade do agente: 20 anos. Diz o Código Penal que essa circunstância “sempre” atenua a pena. Diz a

⁶¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 710, para quem, a propósito, a regra geral leva para a fixação próxima ao mínimo; mesmo quando as circunstâncias judiciais forem desfavoráveis ao réu poderá o juiz, no máximo, aproximá-la da pena média.

⁶¹⁶ Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência; II - ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada. Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II - coage ou induz outrem à execução material do crime; III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; II - o desconhecimento da lei; III - ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

doutrina e jurisprudência majoritária⁶¹⁷, todavia, que não se pode, nessa fase, fixar a pena para aquém do mínimo legal (pena mínima prevista no tipo penal),⁶¹⁸ pois estaria se ferindo o “primeiro momento da individualização da pena, que é legislativo, privativo de outro poder, é realizada através de outros critérios e com outros parâmetros, além de infringir os princípios da reserva legal e da pena determinada (art. 5º., XXXIX e XLVI, da CF)”.⁶¹⁹

A posição predominante deve ser desde logo afastada.

A interpretação de que a fixação da pena, nesse momento, para aquém da mínima, feriria o texto constitucional merece dois reparos. Primeiramente, usa-se o princípio da legalidade na contramão de sua dimensão garantista, que é justamente a de impor “limite ao Estado para que ele não agrave a situação do cidadão mais do que o permitido pela legislação”, de modo que tal princípio não pode ser, adverte Alexandre Bizzotto, “um instrumento de opressão estatal para a aplicação de tutela jurisdicional pena diferenciada para o caso concreto. A legalidade é uma garantia substancial do cidadão e não do Estado”.⁶²⁰

O segundo reparo está no âmbito da expressão “pena mínima”. Imbuídos da racionalidade penal moderna, lêem nela os aplicadores e doutrinadores do Direito penal aquela idéia já expressa acima segundo a qual “mínima” quer dizer aquela pena adequada para a mais leve das infrações. Andrei Schmidt propõe uma outra: que o mínimo seja um indicativo daquilo

⁶¹⁷ O tema é tão pacífico, que foi sumulado no Superior Tribunal de Justiça: “Súmula 231: a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. O entendimento encontra eco no Supremo Tribunal Federal, a exemplo do HC 94446/RS, julgado pela Primeira Turma em 14/10/2008, cujo relator é o Min. Ricardo Lewandowski: “é firma a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição, as circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena aquém do mínimo legal”; e do HC 93.946/RS, julgado pela Segunda Turma em 19/08/2008, cujo relator é o Min. Joaquim Barbosa: “é tranqüila a jurisprudência da Corte no sentido da impossibilidade de redução da pena a patamar inferior ao mínimo legal, em razão da presença de circunstância atenuante”. No campo doutrinário, após inventariar os argumentos a esse respeito, concluir Sérgio Salomão Shecaira que prevalece “a impossibilidade de redução de pena abaixo do mínimo legal por incidência de circunstâncias atenuantes na segunda fase do cálculo da pena, tanto na doutrina quanto na jurisprudência”. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: RT, 2002, p. 282.

⁶¹⁸ Com ressalvas: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 711 e PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, vol I, p. 679.

⁶¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 713.

⁶²⁰ BIZZOTTO, Alexandre. *A imposição constitucional na cominação da pena concreta*. In: FÖPPEL, Gamil (coord.). *Novos desafios do Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 203-223, p. 217.

que o legislador considere suficiente para que o tipo penal atinja um mínimo de intimidação, enquanto a pena máxima representaria o limite do que possa se mostrar suficiente para reprimir. Assim, conclui, ao juiz é imposto, “por um lado o dever de respeitar o limite máximo da pena prevista e, por outro lado, o dever de reduzir a pena aquém do mínimo legal sempre que se mostre ele, no caso concreto, além do necessário para formalizar a intervenção penal”.⁶²¹

Com esse novo olhar, a pena mínima é uma garantia que o cidadão tem de que o juiz, quando da indagação da pena adequada, parta de um parâmetro legal pré-fixado (eis o sentido do princípio da legalidade), primeiro passo na busca daquela reprimenda que se mostre, a um só tempo, suficiente para a missão do Direito penal e respeitadora das garantias individuais. Essa busca, portanto, conhece um único limite: o máximo, igualmente previsto em lei, cabendo ao magistrado, em respeito ao princípio republicano, como afirmam Zaffaroni e Nilo Batista, ultrapassar os parâmetros mínimos “quantas vezes fossem necessárias, naqueles casos cujas circunstâncias concretas indicassem que as penas, mesmo em seu patamar mínimo, lesavam o princípio da humanidade”.⁶²²

Ainda no próprio plano da dogmática penal não se sustenta a vedação à redução da pena para aquém do mínimo da segunda fase da dosimetria da pena. Em primeiro lugar, o art. 68 do CP manda expressamente que as circunstâncias atenuantes sejam consideradas no cálculo da pena; e no art. 65 chega mesmo a ordenar que sempre reduzam a pena. Não bastasse ser essa conclusão límpida do ponto de vista da interpretação sistemática das normas apontadas, à mesma conclusão chega quem percorre, como Cezar Bitencourt, as sendas da interpretação teleológica, pois, na terceira fase, caso incidam causas especiais de aumento de pena, elas terão como base uma pena artificialmente mantida em virtude da “impossibilidade” de fixar-se aquela aquém do mínimo legal. Exemplifique-se, ainda no exemplo do furto: manda o art. 155 do CP que se aumente a pena em um terço quando o furto é cometido durante o repouso noturno. Como o hipotético juiz fixou a pena-base em um ano e a manteve inalterada na

⁶²¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 305.

⁶²² ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, vol. I, p. 234.

segunda fase mesmo em face da idade do agente, é sobre esses doze meses de pena que o acréscimo de um terço, vale dizer, quatro meses, será calculado. Se, entretanto, a idade tivesse sido levada em consideração na segunda fase, levando a reprimenda para, exemplificativamente, 9 meses, a sanção final seria de 12 meses (9 meses mais um terço, ou seja, 3 meses) e não dos 16 meses efetivamente impostos. O mesmo não se diga, apenas por registro, da pena de multa.⁶²³

Em segundo lugar, por parecer que a interpretação jurisprudencial redundava da aplicação inercial do sistema de precedentes. Ensina Luiz Régis Prado que prepondera na doutrina⁶²⁴ que o sistema de dosimetria da pena constante da redação original da parte geral do Código Penal de 1940 era o bifásico, defendido por Roberto Lyra. Em um primeiro momento, deveria o magistrado fixar a pena-base atento ao artigo 42 do Código Penal:

Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:

- I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;
- II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

Na segunda fase o juiz atentaria para as circunstâncias agravantes e atenuantes. A regra de como ponderá-las no cálculo da pena vinha explicitada no artigo 49:

Art. 49. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

A leitura do texto legal indica que ao magistrado cabia fixar a pena-base levando em consideração as circunstâncias indicadas no artigo 42 e, por ocasião da aplicação das agravantes e atenuantes, aproximar a reprimenda dos limites legais, isto é, aqueles previstos no tipo penal. “Esse entendimento”, ensina Bento de Faria, “é o que, a meu ver, sem complicar o que é fácil, permitirá a fixação e aplicação da quantidade da pena dentro dos limites legais

⁶²³ É que na segunda fase do cálculo da pena de multa, o que será decisivo é a condição econômica do autor, centrado todo o juízo de gravidade do fato na primeira fase.

⁶²⁴ COSTA E SILVA, Antonio José. *Código Penal*. São Paulo: Nacional, vol I, 1938, p. 292; FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro comentado*. Rio de Janeiro: Record, 1959, vol. III, p. 62; GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1982, pp. 563 e ss.; MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 248-249. Literatura retirada de: PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, vol I, pp. 677-678.

(máximo e mínimo), com rigorosa observância da sua adequação e proporcionalidade”.⁶²⁵ No tocante às circunstâncias interpreta o artigo 49 da seguinte forma: “estabelecida a prevalência da agravante ou agravantes, não há mais que considerar atenuante ou atenuantes, para o efeito de qualquer diminuição; o aumento far-se-á como for inculcado pela preponderância. O mesmo critério é aplicável no caso de prevalecerem as atenuantes”.⁶²⁶

Ocorre que, como lembra James Tubenchlak, o artigo 48 da então Parte Geral vigente continha expressa vedação de redução da pena para aquém do mínimo legal por ocasião da atenuante específica “ter querido o agente participar de delito menos grave”, de sorte que “tal proibição se estendia, *a fortiori*, às atenuantes gerais elencadas no *caput* do artigo citado, pois, como é sabido, o que não cabe para o mais, não cabe, por maior razão, para o menos”.⁶²⁷

Essa interpretação foi incorporada pelo Supremo Tribunal Federal. Já em 1954 o Ministro Luis Gallotti, relator do Recurso Extraordinário 25.306 consignou em seu voto, fazendo menção expressa ao magistério de Nelson Hungria, que:

(...) fixada a pena base de acordo com os elementos do art. 42 do Código Penal, sobre ela, a seguir, terá de versar o aumento ou a diminuição decorrente das agravantes ou atenuantes, respeitados os mínimo e máximo da pena cominada ao crime.⁶²⁸

A posição foi referendada pelo Tribunal Pleno em 1965, por ocasião do julgamento do Recurso em Hábeas Corpus 42.360, relator o Ministro Victor Nunes. A reforma levada a cabo em 1984, todavia, alterou esse dispositivo, inserindo uma nova fase, tornando-a trifásica, como o queria Nelson Hungria. As decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, mantiveram referência a decisões anteriores a tal data, ignorando a alteração legislativa. Assim, a orientação doutrinária baseada na formação da

⁶²⁵ No mesmo sentido: MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966, vol. III, p. 249.

⁶²⁶ FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1942, Vol. II, p. 75. Pedro Vergara aponta que a existência de uma atenuante pode ser suficiente para que a pena chegue ao mínimo, deixando-se “é óbvio” de se aplicar eventuais outras atenuantes, deixando implícito que a pena não poderia ser diminuída para aquém do mínimo legal. *Das penas principais e sua aplicação*. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1948, p. 446.

⁶²⁷ TUBENCHLAK, James. *Tribunal do Júri: contradições e soluções*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 286.

⁶²⁸ Acórdão publicado em 12.9.1955.

jurisprudência perpetua o vício de origem, vale dizer, não se dá conta de que a redação do Código Penal redundaria, no mínimo, na não vedação de redução da pena para aquém do mínimo legal na fase de ponderação das circunstâncias atenuantes, posição que se espousa neste trabalho.

A demonstrar a aplicação atual de interpretação coerente com texto legislativo não mais em vigor a seguinte cadeia de precedentes empregados pelo Supremo Tribunal Federal: em 2008, ao apreciar o HC 94.446/RS⁶²⁹, a Primeira Turma reafirmou a vedação de redução da pena, na segunda fase da dosimetria, para aquém do mínimo legal. Empregou como precedente o HC 70.883/SP⁶³⁰, de 1994, que, por sua vez, se vale do HC 56.688⁶³¹, de 1978. O emprego em cadeia de precedentes ignora a alteração legislativa e seus impactos sistemáticos, nos termos acima explicitados.

4.2.4.2. Reincidência

Ainda no campo da fixação da pena, verdadeiro mar de importantes questões dogmáticas, mister dedicar alguma atenção à reincidência, provavelmente a importante das circunstâncias agravantes. Sua presença no debate da quantificação da pena é quase emotiva: o reincidente é prova viva do fracasso dos discursos positivos da pena e gera, como reação do sistema, uma necessidade ainda maior de pena. De todos os reprováveis, o reincidente mostra-se ainda mais refratário ao ordenamento jurídico, incapaz mesmo de aprender com sua condenação pretérita, *tout court* um incorrigível. A reincidência, na feliz formulação de Lênio Streck, serve para dividir “os indivíduos em aqueles-que-aprenderam-a-conviver-em-sociedade e aqueles-que-não-aprenderam-e-insistem-em-continuar delinquindo”.⁶³²

⁶²⁹ Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado pela Primeira Turma do STF em 14.10.2008, publicado o acórdão em 31.10.2008.

⁶³⁰ Relator Ministro Celso de Mello. Julgado pela Primeira Turma do STF em 8.3.1994, publicado o acórdão em 24.6.1994.

⁶³¹ Relator Ministro Moreira Alves. Julgado pela Segunda Turma do STF em 14.11.1978, publicado o acórdão em 28.12.1978.

⁶³² STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 66-67.

Assim, ensina Luiz Régis Prado, além de influir na medida da culpabilidade, “em razão da maior reprovabilidade pessoal da ação ou omissão típica e ilícita”, o Direito penal subtrai do reincidente a possibilidade (i) de concessão da suspensão condicional da pena, (ii) da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito ou multa, na hipótese de crime doloso; (iii) da fixação de regime inicial de cumprimento de pena aberto ou semi-aberto (exceção feita quando a pena é de detenção); (iv) de reconhecimento de algumas causas de diminuição de pena, tais como o privilégio no furto, na apropriação indébita e no estelionato); e (v) de prestação de fiança, em caso de condenação por delito doloso. Torna, também, mais dificultosa a obtenção ou o reconhecimento: (i) do livramento condicional, em virtude do aumento da fração de pena a ser cumprida, para os delitos dolosos; e (ii) da prescrição, cujo prazo aumenta em um terço (salvo a multa). Pode gerar, por fim, a revogação do *sursis* e da reabilitação.⁶³³

Novamente tal percepção merece reparo. Reprovar o reincidente ou bem é reprová-lo por aquilo que ele é, ou bem pelo que voltou a fazer. Em ambas as hipóteses não pode haver harmonia com o Estado Democrático de Direito, ao menos quando se está a falar de circunstância agravante. À primeira modalidade de punição, ou seja, punir-se pelo que se é, denomina-se Direito penal de autor, cujo conteúdo principal é a eliminação do princípio da culpabilidade, abdicando-se de uma culpabilidade em virtude do ato em prol de outra, inculcada na condução da vida, segundo a qual, “longe de castigar-se uma conduta externa, se sancionaria (...) uma personalidade ou forma de ser, concretamente a de ‘ser’ reincidente: a possível ‘perversidade’ (...) que possa concorrer em um reincidente não pode, pois, ser objeto da pena”.⁶³⁴

Com efeito, a reincidência como agravante da pena tem marcada inspiração positivista, assim resumido por Donna e Iuvano: “dado o fracasso da pena privativa de liberdade, isto é, a não

⁶³³ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, vol I, p. 527.

⁶³⁴ ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia*. Madri: Poder Judicial (Consejo General del Poder Judicial), 2ª. época, n. 13, março, 1989, p. 87.

ressocialização que se buscou por meio dela, deve-se aumentar a pressão estatal sobre o indivíduo, segregando-o do resto das pessoas”.⁶³⁵

Na segunda hipótese, ter-se-á flagrante *bis in idem*, isto é, a pena será aplicada duas vezes pelo mesmo fato; em verdade, afirma Salo de Carvalho, a reincidência “configura um *plus* para a condenação anterior já transitada em julgado. Quando o juiz agrava a pena do delito anterior, está em verdade, aumentando o *quantum* da pena do delito anterior, e não elevando a pena do segundo crime”.⁶³⁶

O Código Criminal do Império de 1830 e o Código Penal de 1890 previam o agravamento da pena apenas nas hipóteses de reincidência específica, “ou seja, a prática de novo delito da mesma natureza do precedente”. O Código Penal de 1940 abrangeu o conceito para a reincidência genérica, cujo tratamento foi reformado em 1977 (Lei 6.416), “extinguindo a reincidência específica e limitando os efeitos da condenação anterior, a fim de não estigmatizar para sempre o condenado”. Assim, “para efeito de reincidência, se decorrido período superior a cinco anos entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e da infração posterior”,⁶³⁷ tem-se o réu como se nunca houvesse sido condenado.

A atual previsão de que a reincidência deva sempre majorar a pena mostra-se inconstitucional. No que a pena de um furtador deve ser aumentada (ou sua situação jurídica prejudicada) pelo fato de ele ter cometido um delito de calúnia anteriormente? Ou, ainda, por que a pena de estelionatário tem de ser exasperada em face de um estelionato cometido dez anos antes? Nenhuma resposta escapa à menção direta ou indireta à incorrigibilidade ou à reprovabilidade moral, de sorte que sempre se mostra incompatível com a Constituição.

⁶³⁵ DONNA, Edgardo Alberto; IUVARO, Maria José. *Reincidencia y culpabilidad*: comentario a la ley 23.057 de reforma al Código Penal. Buenos Aires: Astrea, 1984, p. 73.

⁶³⁶ CARVALHO, Salo de. Reincidência e Antecedentes Criminais: Abordagem Crítica desde o marco garantista. Revista da Ajuris. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1999, volume 76, pp. 738–755. No mesmo sentido ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Sobre la inconstitucionalidad de la agranvante de reincidencia*. Madri: Poder Judicial (Consejo General del Poder Judicial), 2ª. época, n. 13, março, 1989, p. 88; DONNA, Edgardo Alberto; IUVARO, Maria José. *Reincidencia y culpabilidad*: comentario a la ley 23.057 de reforma al Código Penal. Buenos Aires: Astrea, 1984, pp. 75 e ss.

⁶³⁷ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, vol I, pp. 526-527.

Com efeito, não há como aplicar a reincidência tal como prevista hoje no Código Penal. Uma saída foi formulada por Luiz Vicente Cernicchiaro, para quem o juiz deverá considerar, caso a caso, a necessidade de se agravar a situação do réu por causa da reincidência.⁶³⁸ De fato, o próprio Código Penal teria admitido que o juiz fizesse exceção à proibição de substituição da pena privativa de liberdade aos reincidentes genéricos, desde que a medida fosse socialmente recomendável (art. 44, § 2º, CP). Para Salo de Carvalho, contudo, o único caminho é o reconhecimento da inconstitucionalidade, na medida em que “absolutamente toda agravamento de pena ou negativa de direitos pela reincidência constitui violação do princípio do *ne bis in idem*. Em consequência, existe profunda antinomia entre o instituto e a intangibilidade da coisa julgada, estabelecida no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal de 1988”.⁶³⁹ No mesmo sentido, porém fundada em aspectos político-criminais, a posição de Santiago Mir Puig, para quem a reincidência só merece especial atenção quando associada à periculosidade, situação a ensejar medidas de segurança.⁶⁴⁰

O emprego da reincidência como majorante mostra-se, com efeito, inconstitucional. O mesmo não se diga da possibilidade de o magistrado levar em consideração a reincidência, especialmente a específica, quando da fixação da pena-base.

Primeiramente, ao contrário do que geralmente afirmado pela doutrina, pode a reincidência denotar menor culpabilidade do agente (e não maior) reclamando como medida adequada a atenuação da reprimenda e não exasperação. Isso já vinha apontado por Jürgen Baumann, para quem “comumente os reincidentes são pessoas frágeis, cuja estabilidade foi ainda mais diminuída justamente por meio da condenação criminal anterior. Eles devem, em verdade, ser mais levemente punidos (culpabilidade diminuída!)”.⁶⁴¹ Em sentido semelhante, a posição de Stratenwerth, segundo a qual, no tocante aos efeitos de uma condenação em relação à reincidência, “são possíveis apenas juízos gerais e eles contradizem a frágil constatação, de

⁶³⁸ CERNICHIARO, Luiz Vicente. *Reincidência*. Revista Jurídica. Porto Alegre: Síntese, 1997, pp. 39-41.

⁶³⁹ CARVALHO, Salo de. *Reincidência e antecedentes criminais*: abordagem crítica desde o marco garantista. Disponível em http://andreischmidt.sites.uol.com.br/Salo_reincidencia.htm, consultado em 22.12.2008.

⁶⁴⁰ MIR PUIG, Santiago. *La reincidencia en el codigo penal*: análisis de los arts. 10,14, 10,15, 61,6 y 516,3. Barcelona: Bosch, 1974, p. 547.

⁶⁴¹ BAUMANN, Jürgen. *Strafreformgesetz*: Ergänzung zum Lehrbuch Strafrecht Allgemeiner Teil. Bielefeld: Ernst und Werner Giesekin, 1970, p. 58.

que a reincidência significa particular insensibilidade (*Indolenz*) em face dos esforços educativos do tratamento criminal”.⁶⁴²

Mais recentemente, referindo à realidade latino-americana, Zaffaroni aponta como a criminalização secundária incide, em regra, sobre “fracassados reincidentes de empreitadas ilícitas, que insistem em seus fracassos, em boa medida devido aos requisitos do papel que o próprio poder punitivo lhes formula, ao reforçar a associação com as características das pessoas mediante o estereótipo seletivo”.⁶⁴³

Em segundo lugar, pode a reincidência ter uma relação neutra ou remota com o delito precedente. Em nada deve a condenação de Douglas por lesão corporal influir na pena por delito de dano ambiental culposos, dez anos depois, sobretudo quando a primeira decisão judicial tiver tido pequeno impacto na vida do réu, em virtude de uma substituição por pena restritiva de direitos.

Em terceiro lugar, por força de coerência, pode-se concluir pela maior culpabilidade daquele que demonstra, na reincidência, o que Stratenwerth denominou de especial energia criminal, cuja apreciação deve se dar em um contexto mais amplo. Para ele, a apreciação do impacto da reincidência na culpabilidade não deve ser feita “a partir de considerações de personalidade”. “Ponderações quanto aos motivos e atitudes do autor, quanto suas relações pessoais e sociais, quanto à vontade empregada no ato, o comportamento após o fato etc. convergem em última análise à determinação de uma maior ou menor medida de energia criminal ou inimizade ao Direito”.⁶⁴⁴ *Mutatis mutandis* pode-se reconhecer nas expressões de Stratenwerth as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código penal brasileiro, de sorte que, caso a caso, poderá o magistrado levar em consideração, na fixação da pena-base, a reincidência com fins de agravamento da pena.

⁶⁴² STRATENWERTH, Günter. *Tatschuld und Strafzumessung*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1971, p. 17.

⁶⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 13.

⁶⁴⁴ STRATENWERTH, Günter. *Tatschuld und Strafzumessung*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1971, p. 17.

4.3. Alternativas à racionalidade penal moderna

Como síntese dos capítulos anteriores tem-se que o Direito se auto-atribui a missão de proteção de bens jurídicos particularmente importantes por meio da criminalização de condutas que os lesionem ou os coloque em perigo, bem como da imposição, como resposta a tais condutas, na quase totalidade das vezes de uma pena em sentido forte. Os autores são merecedores dessa pena por terem podido se comportar conforme o Direito, em face da somatória de dois elementos interligados: a racionalidade humana e a condição universal do bem jurídico.

De outro lado, tem-se que o Direito penal serve ao intento de manutenção do *status quo*, selecionando, em um primeiro momento, aquelas condutas que lesionem ou coloquem em perigo os bens jurídicos que o compõem, e, em um segundo momento, selecionando aqueles que serão submetidos ao sistema de justiça criminal e receberão, ao final desses filtros de controle social, uma pena em sentido forte, cuja eficácia protetiva do bem jurídico é indemonstrável ou mesmo duvidosa.

A sobreposição do auto-discurso à prática do Direito penal revela três elementos comuns, a partir dos quais se pode buscar um novo balanceamento da equação composta pelas variáveis missão, instrumento de consecução dessa missão e destinatário desse instrumento. São eles: (i) o recurso à criminalização; (ii) a imposição de determinadas medidas como resposta à prática delitiva; e (iii) o efeito que essa imposição alcança diante da missão do Direito penal.

4.3.1. Por uma nova semântica do delito

A noção primeva de delito era substancialmente a de causação de um dano concreto a uma vítima específica, que engendrava o direito de reclamar uma reparação por meio da vingança. Aos poucos o Rei e o Estado vão se apropriando dessa relação inter-partes fazendo nelas inserir uma dimensão pública: o delito tem uma vítima direta, mas afeta indiretamente a Coroa ou o Estado. Paulatinamente a vítima sai da cena, nela adentrando o Ministério Público por meio do exercício da ação pública. O recurso mostrou-se eficiente na missão de construção de

um Estado e, mais tarde, na manutenção deste. Com o surgimento da racionalidade penal moderna, criminalizar tornou-se sinônimo de imposição de pena em sentido forte como resposta à prática de delito ofensivo à sociedade como um todo, para além de uma eventual vítima.

É possível, todavia, imaginar-se outros contornos para o conceito, reorganizando os papéis dos atores ofensor, vítima e Estado. Basta que o **delito** seja compreendido como uma ofensa culpável⁶⁴⁵ a um bem jurídico, cujo detentor é uma vítima⁶⁴⁶; o Estado, representado no sistema de justiça criminal, deixa de ser vítima necessária de todas as infrações, e passa a ser simplesmente o mediador dos contendores rumo a uma solução do conflito. Com isso, deixa de se orientar a uma punição, confundindo-se (ou mesmo substituindo) a vítima, e passa a se orientar à viabilização de pacificação entre vítima e ofensor.

Criminalizar, portanto, seria escolher entre aquelas condutas que ameaçam o *status quo* as condutas que contariam com o aparato estatal na sua apuração e prevenção. Crime, na exata medida em que é apenas um rótulo, deixaria de designar aquela conduta a que se pune com pena de detenção ou reclusão (Lei de Introdução ao Código Penal, art. 1º.⁶⁴⁷) e passaria a ser a conduta cuja negatividade social faz com que o Estado se movimente ativamente em face de sua prática.

O referido “aparato estatal” designa, evidentemente, o **sistema de justiça criminal** ou controle social punitivo institucionalizado, que abarca, na proposição de Zaffaroni, desde a detecção ou suposta detecção (suspeita) de um delito até a imposição e execução de uma pena, “pressupondo uma atividade normativizadora que gera a lei que institucionaliza o

⁶⁴⁵ Emprega-se a expressão culpável ainda sem definir-lhe conteúdo, que será feito apropriadamente, apenas para evitar a sensação de que dela abrir-se-ia mão.

⁶⁴⁶ Havendo, portanto, hipóteses em que o Estado venha a ser a vítima direta de um delito, como no caso de delitos tributários.

⁶⁴⁷ Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

procedimento, a atuação dos funcionários e assinala os casos e condições para atuar”.⁶⁴⁸ Nessa acepção, a vítima continua contando com os órgãos policiais, pode se valer do Ministério Público na eventual persecução penal desse delito, pode comparecer diante de um juiz criminal e até mesmo vivenciar a execução de uma pena privativa de liberdade a ela imposta. A única alteração que, embora pareça pequena, tem grandes impactos semânticos é a desvinculação necessária entre delito e pena em sentido forte.

Qual seria, portanto, a função desse sistema de justiça criminal? Viabilizar soluções a situações problema em que a missão do Direito penal, como poder, e da dogmática, como ciência, sejam máximas, vale dizer, em que a manutenção do *status quo* seja buscada evitando-se o emprego da pena em sentido forte.

Abre-se, conseqüentemente, espaço para que a **sanção penal** passe a ser concebida em padrões outros que o da imposição de dor. Isso porque o sistema penal deixa de ser orientado à proteção de bens jurídicos (ou prevenção de novos delitos) por meio da pena, porém à viabilização de situações problemáticas inclusive, ainda que excepcionalmente, por meio da pena. O central deixa de ser punir, mas encontrar uma solução que a um só tempo preserve o *status quo*, vale dizer, que reafirme que determinado bem jurídico é válido (não porque ele é universalmente importante, mas pela simples circunstância de que compõe aquele grupo de bens jurídicos que o legislador, dentro do marco do Estado Democrático de Direito escolheu como particularmente importante) ao mesmo tempo em que contenha o poder punitivo estatal.

Quebrado o feitiço que une o delito à pena aflitiva, desaparece o encanto que condiciona o pensamento criminal dentro do marco da privação da liberdade, nascendo a possibilidade de introduzir do hermético Direito penal (racionalidade penal moderna) outras soluções encontradas por outros ramos do saber, exemplificativamente, mediação, reparação, perdão, procedimentos restaurativos, penas alternativas, composição, transação etc.

⁶⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 31.

A pena, destituída de qualquer função positiva, como exposto acima, passa a coexistir com outras respostas estatais que, despidas da violência do Estado, podem sim assumir uma **função positiva**: na medida em que representem uma decisão obtida pelas partes, cujo ponto gravitacional será sempre um direito (que foi ou não, justificadamente ou não, por esse ou aquele autor etc. lesionado), está-se sempre a incutir nos contendores, reciprocamente, por meio de processos dialogais, a validade de um determinado bem jurídico em uma sociedade dada. Dito de outra forma, tais decisões tendem a reforçar a democracia, na medida em que reforçam os contornos, de acordo com a percepção dos próprios contendores, do que seja o Estado Democrático de Direito. Do ponto de vista individual, como consequência do abandono da busca incessante por um culpado, em prol da busca de um ou mais responsáveis, abre-se espaço para um exercício ético, que poderá também ele reverter em ganhos individuais e sociais, sugerindo nova função positiva, cujos contornos delineiam-se abaixo.

4.3.2. Por um novo *locus* da culpabilidade

O sentimento de culpabilidade é certamente um dos pontos fulcrais da civilização ocidental, bastando para demonstrar essa afirmação o fato de que o Direito (sobretudo o penal), a Moral e a Religião se ocupam, embora de diferentes maneiras, desse sentimento. O tema despertou, portanto, inevitavelmente a atenção dos estudiosos da Psicologia.

Freud identificou um primeiro sentimento de culpa associado ao seguinte fenômeno: algumas ações dirigidas contra os pais, quando encontravam resistência, geravam, na criança, medo de perder o amor parental. Com o desenvolvimento do superego, ou seja, com a assimilação de uma instância julgadora do ego, o sentimento de culpa passa a ser experimentado de maneira mais intensa, eis que (i) incide inclusive sobre pensamentos; e (ii) ao contrário das figuras parentais, a quem se poderia iludir ou a cujo conhecimento se poderia evitar que as faltas chegassem, nada escapa ao crivo do superego. Em termos muito sintéticos, sentimento de

culpa é aquele que alguém experimenta por ter agido (ou mesmo pensado) de maneira má, reprovável aos olhos do próprio sujeito.⁶⁴⁹

Ainda anteriormente a uma elaboração teórica mais acabada do superego, Freud já observava, em *Luto e Melancolia* (1915), que a consciência moral (corporificada no ideal do ego), guarda certa independência em relação ao ego e assume para com ele posição crítica, dele fazendo objeto de julgamento de valor. “Assim, do ponto de vista teórico”, afirma Flávio Carvalho Ferraz, “é importante a constatação de que só há consciência moral a partir do distanciamento entre o ego e o ideal do ego”.⁶⁵⁰ Essa clivagem entre ego e superego advém diretamente do complexo de Édipo, ou melhor dizendo, de seu declínio, assim entendida a “resolução” dos múltiplos sentimentos de amor e ódio que a criança sente por seus pais: “o curso do desenvolvimento da infância conduz a um desligamento sempre crescente dos pais e a significação pessoal desses para o superego para o segundo plano”.⁶⁵¹ Em verdade, o superego adquire, no seio do aparato psíquico, a função moral exercida anteriormente pelos pais: “tal como a criança esteve um dia sob a compulsão de obedecer aos pais, assim o ego se submete ao imperativo categórico de seu superego”.⁶⁵²

De maneira simplificada, a construção do superego, portanto, é fruto, como já apontado, de um processo dialético de definição do sujeito como oposição ao outro; melhor dizendo, não como objeto de direcionamento da violência, mas já como objeto libidinal, fruto do amadurecimento da capacidade de amar. “Essa integração da violência fundamental” afirma Alvino de Sá, “se fará a partir de uma resolução sadia do complexo de Édipo, a saber, da

⁶⁴⁹ No texto *O ego e o eu*, Freud afirma que “o sentimento de culpa é a percepção que corresponde no ego à crítica” do superego. LAPLANCHE, Jean. *Vocabulário da psicanálise*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 473.

⁶⁵⁰ FERRAZ, Flávio Carvalho. *A eternidade da maçã: Freud e a ética*. 2. ed. São Paulo: Escuta, 1994, p. 66.

⁶⁵¹ FREUD, Sigmund. *O problema econômico do masoquismo*. In: *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas*. Rio de Janeiro: Imago, 1980 (1924), vol. III, p. 209.

⁶⁵² FREUD, Sigmund. *O ego e o id*. In: *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas*. Rio de Janeiro: Imago, 1980 (1923), vol. XIX, p. 64.

resolução das relações conflitivas de amor, ódio (agressividade) e competitividade que se estabelecem entre os pais e o filho”.⁶⁵³

Também na literatura psicanalítica pós-freudiana, a constituição da consciência moral se dá em função da assimilação do outro. Nesse sentido, notória a contribuição de Abraham, que, ao analisar os modelos de caráter afirmou que:

a primeira função deste terceiro estágio (genital) na formação do caráter é, naturalmente, livrar-se dos traços remanescentes dos estágios mais primitivos do desenvolvimento, naquilo em que não são favoráveis ao comportamento social do indivíduo, pois ele não poderá, por exemplo, alcançar uma atitude tolerante e justa para com outras pessoas e com interesses alheios aos seus até haver extraído o melhor dos seus impulsos destrutivos e hostis, originados de fontes sádicas, ou de sua avareza e desconfiança, derivadas de fontes anais”.⁶⁵⁴

Como se vê, para Abraham, “uma atitude genuinamente ética por parte do indivíduo seria aquela que pressupõe tolerância e justiça em relação aos outros, peculiar ao caráter formado no nível genital da organização libidinal”.⁶⁵⁵ No mesmo sentido a idéia de a ética no pensamento de Melanie Klein, que

pode ser vislumbrada na passagem da preocupação com a própria sobrevivência, peculiar à posição esquizo-paranóide, para a preocupação com o outro (a mãe) característica da posição depressiva. Em outras palavras, os atributos éticos de uma pessoa teriam sua origem na transição do sentimento egoísta para o sentimento altruísta, quando se deixa de agir em função do medo da retaliação para se agir em função da culpa, superando-se, assim, o primado da lei de talião.⁶⁵⁶

A exposição linear da constituição do superego e do sentimento de culpabilidade não deve gerar, todavia, a sensação de que esse processo se dê linear e tranqüilamente, como já se pode apontar, acima. Como ensina Alvino de Sá, “se o sentimento de culpa, proveniente de um

⁶⁵³ SÁ, Alvino Augusto de. *Razões e perspectivas da violência e da criminalidade: uma análise sob o enfoque da criminologia clínica*. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 36.

⁶⁵⁴ ABRAHAM, K. *A formação do caráter no nível genital do desenvolvimento da libido*. In: *Teoria psicanalítica da libido*. Rio de Janeiro: Imago, 1970 (1925), pp. 196-197.

⁶⁵⁵ FERRAZ, Flávio Carvalho. *A eternidade da maçã*: Freud e a ética. 2. ed. São Paulo: Escuta, 1994, p. 100.

⁶⁵⁶ *Idem, ibidem*, pp. 118-119.

superego flexível, apresenta-se plenamente suportável, ele conduz à reparação”,⁶⁵⁷ conceito central do pensamento de Melanie Klein, definido como um mecanismo “pelo qual o sujeito procura reparar os efeitos produzidos no seu objeto de amor pelas suas fantasias destruidoras”.⁶⁵⁸ Se, todavia, prossegue “proveniente de um superego severo e fazendo-se acompanhar de forte ansiedade, acarreta à vida interior do indivíduo ataques insuportáveis à própria conduta, inviabiliza a reparação, conduzindo, pelo contrário, ao acirramento dos processos destrutivos, que podem se dirigir contra o próprio indivíduo ou contra o ambiente”.⁶⁵⁹

Esboçado um esquema explicativo da gênese e das possíveis conseqüências do sentimento de culpa, mister, retomando a premissa de que tal sentimento é central no pensamento jurídico-penal, compreender como ele é utilizado dentro daquele saber.

A missão da pena, sustenta Beristain, é promover a expiação da culpa, supondo-se a culpabilidade moral do delinqüente.⁶⁶⁰ Expiar é “reparar, remir (um crime, pecado ou falta) por meio da penitência ou castigo”.⁶⁶¹ Essa idéia foi desenvolvida com profundidade por Theodor Reik, para quem o direito penal está baseado em uma dupla função da pena, a saber, satisfazer: (i) uma necessidade inconsciente: “a pena oferece a satisfação das necessidades inconscientes de punição que leva a um ato proibido”;⁶⁶² e (ii) e uma necessidade de castigo da sociedade: “a pena pacifica também a necessidade de punição da sociedade por meio da identificação inconsciente com o delinqüente”.⁶⁶³ É como se a sociedade projetasse, no

⁶⁵⁷ SÁ, Alvino Augusto de. *Privação emocional e delinqüência*. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 73.

⁶⁵⁸ LAPLANCHE, Jean. *Vocabulário da psicanálise*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 447.

⁶⁵⁹ SÁ, Alvino Augusto de. *Privação emocional e delinqüência*. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 73.

⁶⁶⁰ *Aproximación jurídica, criminológica, victimológica y teológica a los jóvenes infractores*. Bogotá: Derecho Penal y Criminología, n. 11 (37), pp. 127-150, 1989 *apud* SÁ, Alvino Augusto de. *Algumas ponderações acerca da reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade*. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 144.

⁶⁶¹ AULETE, Caldas. *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Delta, vol. II, 1964.

⁶⁶² REIK, Theodor. *Geständniszwang und Strafbedürfnis*. In: MOSER, Tilmann (org.). *Psychoanalyse und Justiz*. Frankfurt: Suhrkamp, 1971, p. 133.

⁶⁶³ *Idem, ibidem*, p. 133-134.

delinqüente, seus próprios crimes e punindo-o, encontrassem paz para seus próprios sentimentos de culpa.

O ego busca, assim, expiação sempre que verifica uma violação do Direito para que com isso aumente a força do próprio superego, quando se vê pressionado pelos impulsos. “O mau exemplo do agente influencia de maneira sedutora sobre os próprios impulsos reprimidos e aumenta sua pressão. Por isso o ego precisa de um fortalecimento do poder de seu superego e pode receber esse reforço apenas das pessoas reais que encarnam a autoridade, que são o modelo de superego”.⁶⁶⁴

Como se vê, o Direito penal, além do maléfico recurso à pena, que em nada contribui para a sublimação, como já visto, opera com um código de reforço e sobrecarga do superego que, por sua vez, acirrará mais intensamente o sentimento de culpa, cujo resultado, são necessariamente processos destrutivos.⁶⁶⁵

A culpa pode, entretanto, assumir um novo *locus*. É possível valer-se da dimensão reparadora do sentimento de culpabilidade, notadamente em sua versão positiva formulada por Winnicott, sob a denominação de envolvimento, ou seja, “a capacidade de o indivíduo se responsabilizar pessoalmente pela destrutividade que existe dentro dele”. Envolve, afirma Sá, “maior integração dos impulsos contraditórios, maior desenvolvimento do senso de responsabilidade, e não há se falar em angústia ou ansiedade. De fato, ‘sentir-se culpado por’ tem uma

⁶⁶⁴ ALEXANDER, Franz; STAUB, Hugo. *Der Verbrecher und seine Richter: ein psychoanalytischer Einblick in die Welt der Paragraphen*. In: MOSER, Tilmann (org.). *Psychoanalyse und Justiz*. Frankfurt: Suhrkamp, 1971, p. 388.

⁶⁶⁵ Para não ser coincidência o fato de que também a religião se vale desse mesmo recurso: Se tanto a religião quanto a psicanálise foram capazes de perceber a importância da culpabilidade originária presente no homem, elas divergem frontalmente quanto ao destino que se quer dar para o sentimento de culpa. A religião, assimilando-o ao pecado original, e portanto, à condição de pecabilidade humana busca incrementá-lo e, assim usá-lo na manutenção do nível de renúncia. FERRAZ, Flávio Carvalho. *A eternidade da maçã: Freud e a ética*. 2. ed. São Paulo: Escuta, 1994, p. 95.

conotação diversa de ‘sentir-se responsável por’”, que “sugere capacidade de se envolver, de se colocar no comando dos próprios atos”.⁶⁶⁶

A gênese da capacidade de envolvimento também está na relação do sujeito com outro, inclusive no que tange aos sentimentos de amor e de ódio. Na hipótese de Winnicott, a criança dirige, em uma fase primeva, seus impulsos principalmente contra a mãe; na medida em que consiga nela confiar, isto é, na medida em que sinta que não será rejeitada por causa de seus impulsos agressivos, poderá, ao mesmo tempo, “manifestar seu desejo de construir e contribuir”, assim “se permitirá desenvolver um sentimento de culpa tolerável, que leva à reparação”. Na medida em que sua agressividade não é rejeitada, porém acolhida, permite-se ao sujeito desenvolver “a confiança e a coragem de reconhecer suas pulsões instintivas como autenticamente suas, ou seja, começará a aceitar responsabilizar-se por elas. Começa a desenvolver-se a capacidade de envolvimento”.⁶⁶⁷

Tal conceito, acrescente-se, não é mera capacidade de responsabilização pelos atos praticados, como sinônimo de autoria. Mais uma vez ensina Sá que se trata:

antes de tudo (d)a capacidade de assumir a responsabilidade pelas pulsões instintivas que os motivaram. Não se trata unicamente de assumir a responsabilidade pela autoria do ataque feito ao outro, ou do furto, mas de assumir a responsabilidade pelo ódio subjacente ao ataque, pela voracidade subjacente ao furto, à guisa de exemplos.⁶⁶⁸

Oferece, ademais, uma vantagem fundamental: como tem sempre conotação positiva, “não oferece o risco de, com sua intensificação, realimentar impulsos autodestrutivos ou heterodestrutivos. Está mais diretamente voltado para um processo de revisão do padrão de conduta, consoante orientação do senso ético”.⁶⁶⁹ Nessa formulação, “o impulso agressivo e a

⁶⁶⁶ SÁ, Alvino Augusto de. *Privação emocional e delinquência*. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 73.

⁶⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 73.

⁶⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 75.

⁶⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 74.

conseqüente culpabilidade não são negados, e sim integrados em um contexto de sublimação”.⁶⁷⁰

Embora não se busque nem remotamente conciliar em cada aspecto a Psicanálise com a Psicologia Moral, se é que tal tarefa seria exequível, quer parecer que esta última concordaria com a importância do binômio envolvimento-reparação como ingrediente para o assenhramento do sujeito de suas ações, dimensão importante da moral e fundamental da ética. Afinal, só age moralmente quem quer, o que equivaleria dizer, quem se reconhece como autor de seus próprios atos e responsável por suas conseqüências e motivações subjacentes, a ensinar, conseqüentemente, uma busca de reparação que “é, sem dúvida, uma atitude moral”.⁶⁷¹

Yves de La Taille identifica seis sentimentos que compõem o despertar do senso moral, etapa que poderá implicar a formação de uma personalidade ética, quando e se integrados de maneira coordenada na organização psíquica do sujeito. São eles: medo e amor, confiança, simpatia, indignação e culpa. Todos estão contemplados na idéia de envolvimento, sem com ela se confundir nem do ponto de vista material nem do ponto de vista da gênese. Busca-se, insista-se, apenas estabelecer uma relação de homologia entre o envolvimento da Psicanálise e a personalidade ética, na Psicologia Moral.

Os elementos medo (de uma possível retirada de amor por parte dos pais e da decorrente desproteção, de um lado, e da desagradável experiência da punição, de outro) e amor (apego e admirações naturais das crianças pelos pais), combinados, explicam o respeito filial. Essa dimensão, muito semelhante à abordagem freudiana, mostrar-se-ia insuficiente sem outros sentimentos detectáveis empiricamente nas crianças, sem os quais não se poderia, por exemplo, interpretar o seguinte dado: já em um terço das crianças de cinco anos de idade identifica-se a percepção de que não devam obedecer a adultos que não costumam cumprir

⁶⁷⁰ FERRAZ, Flávio Carvalho. *A eternidade da maçã*: Freud e a ética. 2. ed. São Paulo: Escuta, 1994, p. 129.

⁶⁷¹ DE LA TAILLE, Yves. *Moral e ética*: dimensões intelectuais e afetivas. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 129.

suas promessas.⁶⁷² Tal dado remete diretamente à confiança, não em si mesmo, mas nas figuras de autoridade. Considerando-se o caráter preponderantemente heterônomo das pessoas, se as fontes externas de autoridade não revelam elas mesmas respeito às normas morais, o “que sobrarão ao heterônomo para permanecer legitimando a moral que lhe foi imposta? A razão?”.⁶⁷³

Mister, ainda, adicionar ao quadro teórico a simpatia, definida por Adam Smith como “a afinidade com toda paixão”.⁶⁷⁴ Trata-se “da capacidade de sentir o que outrem sente” ou “da faculdade ou tendência que temos de participar das penas, dos prazeres e das impressões de outrem”.⁶⁷⁵ Sua importância para o senso moral está intimamente ligada à do envolvimento, pois (i) sensibiliza em relação aos estados afetivos alheios, o que leva o sujeito à descentração, “de procura, de compreensão do ponto de vista alheio, (...) processo essencial do desenvolvimento cognitivo, afetivo e moral”; e (ii) possibilita a saliência do outro no seu universo, ou seja, “justamente a presença de outrem como objeto de atenção”.⁶⁷⁶

Outro sentimento independente dos anteriores é a indignação, “muito próximo da cólera, desencadeado por um juízo negativo feito por quem o experimenta, sendo que tal juízo é de ordem moral”, fortemente associado à percepção de injustiça.

Por fim a culpa, aqui definida como “sentimento penoso decorrente da consciência de se ter transgredido uma regra moral”.⁶⁷⁷ A colaboração da culpa ao querer agir moral, justifica-se, segundo de La Taille por três motivos: (i) sentir culpa indica a legitimação da moral; (ii) a experiência de culpa não raras vezes leva o sujeito a querer, se possível, reparar o seu ato; e (iii) o central para a moral não é tanto o sentir efetivamente uma culpa, mas sim a capacidade de experimentar esse sentimento.

⁶⁷² *Idem, ibidem*, p. 114.

⁶⁷³ *Idem, ibidem*, p. 112.

⁶⁷⁴ *Théorie des sentiments moraux*. Paris: Beauchesne Editeur, 1999 /1723) *apud* DE LA TAILLE, Yves. *Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas*. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 114.

⁶⁷⁵ AULETE, Caldas. *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Delta, vol. IV, 1964.

⁶⁷⁶ DE LA TAILLE, Yves. *Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas*. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 117.

⁶⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 129.

A culpa, assim, alinha-se também na perspectiva da Psicologia Moral com a noção de responsabilidade, eis que se sente culpa pelo que se fez e não pelo que se é (conteúdo da vergonha). Ademais, pode-se sentir culpa em uma situação que embora moralmente motivada tenha gerado um resultado indesejado. De La Taille exemplifica: alguém dá a um amigo, de boa-fé, um conselho que, ao fim e ao cabo, mostra-se desastroso; muito embora a ação do conselheiro não mereça nenhuma reprovação moral, mesmo assim este poderá vivenciar culpa por se sentir de alguma forma responsável pelo ocorrido.⁶⁷⁸ Formulado sinteticamente, “o ‘querer agir moral’ implica o ‘querer responsabilizar-se’ pelas ações, e somente possui tal querer quem é capaz de experimentar o sentimento de culpa”.⁶⁷⁹

Nos estreitos limites explicitados, pode-se aproximar a idéia de capacidade de envolver-se com aquela de responsabilizar-se, ambas movidas por uma sadia experimentação de culpa. Podem engendrar, da mesma forma, um desejo de reparação, genericamente concebível como um esforço de restauração ao *status quo ante*. Essas linhas gerais podem ser transportadas para o âmbito jurídico-penal, dando ensejo a uma nova semântica da **culpabilidade** que deixa de ser uma reprovação, uma rejeição, sendo antes como propõe Dirk Fabricius, “a relação que, através da ação de um indivíduo, perde seu equilíbrio e passa a necessitar o contrabalanço pelo causador do desequilíbrio”. Trata-se de compreendê-la como “dano de relacionamento”, isto é, que o “desequilíbrio resulta da dor, do dano, do mal causado ao outro”.⁶⁸⁰

As novas semânticas de delito e de culpabilidade permitem, por fim, uma nova abordagem do processo penal.

⁶⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 130.

⁶⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 130.

⁶⁸⁰ FABRICIUS, Dirk. *Folter und unmeschliche Behandlung in Institutionen: Feldeffekte und Schuldfähigkeit als kriminogene Faktoren*. Hamburg: Merus, 2006, p. 39.

4.3.3. Por uma nova semântica do Processo penal

Joaquim Canuto Mendes de Almeida define a jurisdição, em potência, como o “poder-dever de fazer justiça estatal, e em ato, como a atividade mesma de a exercerem seus agentes”. E prossegue: “sendo o movimento a passagem do ser em potência para o ser em ato, o processo judiciário, por sua vez, nada mais é do que o movimento forense, contemplável concretamente no curso dos atos da ação judiciária em sua frontal direção ao justo”. O justo, conclui, “refulge na medida qualitativa e quantitativa da restrição imposta pela lei positiva à liberdade do ser humano”.⁶⁸¹ Notam-se nessa definição os traços da racionalidade penal moderna. O Estado tem mais do que o poder, tem o dever de julgar, isto é, obter o resultado justo, que brilha (eis o sentido do verbo refulgir) na pena em sentido forte.

Hélio Tornaghi oferece definição que à primeira vista mostra-se mais neutra: “o processo penal como procedimento é uma seqüência ordenada de fatos, atos e negócios jurídicos que a lei impõe (normas imperativas) ou dispõe (regras técnicas e normas puramente ordenatórias) para a averiguação do crime e para o julgamento da ilicitude e da culpabilidade”.⁶⁸² Há, todavia, que ser completada com a hialina afirmação de que: “todo crime deve ser punido”.⁶⁸³

O processo penal, portanto, serve à mesma missão do Direito penal: movimentar atos públicos com vistas à aplicação da pena em sentido forte como resultado da reprovável escolha de praticar um ato sabidamente violador daqueles bens jurídicos universalmente compartilhados. Representa a atuação do Estado que se imiscui em uma relação originalmente privada, fazendo-se ele mesmo vítima de todos os delitos.

Essa idéia faz-se notar no pensamento de Joaquim Canuto Mendes de Almeida (“as sanções visam, sobretudo pela ameaça de sua cominação, à permanência da ordem jurídica”, sendo “de interesse geral” que elas sejam concretamente aplicadas: “há, pois, unidade no Direito. A lei,

⁶⁸¹ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo penal: ação e jurisdição*. São Paulo: RT, 1975, p. 7.

⁶⁸² TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, t. I, p. 3.

⁶⁸³ *Idem, ibidem*, p. 33.

sua observância, a sanção, sua aplicação coativa, tudo representa interesse público”)⁶⁸⁴, de Hélio Tornaghi (“no trabalho de reconstrução da harmonia atingida pelo delito, o juiz segue o caminho do processo penal”; ao condenar o acusado, manda-o ao purgatório de onde “o antigo convicto, reabilitado, volta a ser útil ao próximo, e a sociedade se beneficia do concurso positivo de quem outrora agiu negativamente. Reproduz-se a bela passagem bíblica da volta do filho pródigo”)⁶⁸⁵; e Eduardo Espínola Filho (“toda vez quando se efetivar uma infração penal”, ainda que não chegue a se consumir, “emerge concretamente a figura da correspondente ação, destinada a aplicar a devida pena ao responsável”; chega mesmo a afirmar que a previsão contida no art. 1º. Do Código de processo penal do Rio Grande do Sul, a saber, “a ação penal tem diretamente por fim a aplicação da pena ao delinquente”, embora não conste do novo Código de Processo penal brasileiro, está “seguramente assentada pela doutrina, cuja verdade é irretorquível”).⁶⁸⁶

Como consequência disso, autor e vítima são retirados de seus papéis de proeminência, revestindo aquele o papel de agressor da sociedade e esta, precipuamente, de informante. O Ministério Público, afirma Canuto, exerce seu dever “em caráter de substituto processual de qualquer pessoa ‘do público’” e o interesse do acusado, “embora pessoal, permanece irrenunciável”;⁶⁸⁷ para Tornaghi, “os promotores, como membros do Ministério Público, são parte”.⁶⁸⁸ Conseqüentemente Eduardo Espínola acaba reconhecendo que à exceção das ações penais privadas, o ofendido desempenha papel de fonte de prova;⁶⁸⁹ seu papel secundário encoraja Mirabete a sustentar a tese de que sua oitiva seja dispensável.⁶⁹⁰

Pode-se afirmar, de maneira sintética, que o processo penal (i) coloca o autor em posição passiva, objeto estático da intervenção penal; (ii) coloca a vítima em posição passiva,

⁶⁸⁴ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo penal: ação e jurisdição*. São Paulo: RT, 1975, p. 7.

⁶⁸⁵ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, t. I, pp. xiv-xv.

⁶⁸⁶ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo penal brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p. 320.

⁶⁸⁷ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo penal: ação e jurisdição*. São Paulo: RT, 1975, pp. 16-17.

⁶⁸⁸ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, t. I, p. 45.

⁶⁸⁹ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo penal brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980, t. II, p. 53.

⁶⁹⁰ MIRABETE, Julio Fabrini. *O Código de Processo penal anotado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1995, pp. 252-253.

reduzindo-a praticamente ao papel de informante do delito; e (iii) opera basicamente com o elemento da ameaça. Nenhum desses aspectos coopera nem para o fortalecimento da cidadania, nem da capacidade de envolvimento nem para uma personalidade ética. Tanto psicanálise quanto psicologia moral concordam que tal condição, se e quando alcançável, reclama (i) o exercício da inteligência e da descentração, requerendo postura ativa do autor; (ii) a exposição ao outro, ingrediente inescapável da moral, requerendo postura ativa da vítima; e (iii) um processo de assimilação que, desde logo, mostra-se incompatível com a ameaça e a violência (só age moralmente quem quer, discordando psicanálise e psicologia moral quanto ao domínio desse querer). Com efeito, Alvino de Sá explicita que “quando o Estado assume para si a causa do crime, neutraliza o conflito, neutraliza a natureza dramática do crime, dramática não no sentido sensacionalista, mas no sentido de expressão de profundos problemas humanos”. Como consequência dessa atuação, “depurado do conflito, o crime transforma-se em mera infração às normas, e sua resolução, ou seja, a resolução da criminalidade consistiria no desenvolvimento da capacidade ‘ética’ de acatar as normas”.⁶⁹¹ “Reintroduzir a vítima no processo de resolução dos problemas derivados do crime”, todavia, pondera Leonardo Sica, “dando-lhe voz e permitindo-lhe reapropriar-se do conflito, é um provimento relegitimante, que restabelece a confiança da coletividade no ordenamento muito mais do que a ilusão preventiva derivada da cominação da pena, além de afastar o direito penal do papel de vingador público”.⁶⁹²

O **processo penal** na nova semântica proposta seria o ramo do Direito incumbido de dar forma jurídica aos instrumentos de resolução de situações problemáticas buscando o ponto ótimo entre o re-equilíbrio da relação lesionada e a dignidade dos contendores. O resultado final está desatrelado da imposição de uma pena em sentido forte, solução reservada às hipóteses em que todos os demais diques de contenção do poder punitivos se mostraram insuficientes ou inadequados. Abdica-se da ameaça em prol da conciliação; o Estado recua de sua posição de vítima e assume a de juiz; o dano central é o de relacionamento entre os partícipes, estando o caráter público do Direito penal não em um abstrato (e questionável) interesse geral pela

⁶⁹¹ SÁ, Alvino Augusto de. *Algumas ponderações acerca da reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade*. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 166.

⁶⁹² SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e da gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 5.

punição, porém no legítimo interesse de que os conflitos que surjam no corpo social sejam compostos com a menor repercussão possível ao Estado Democrático de Direito.

4.3.3.1. Primeiro filtro: detecção da situação problema

O pensamento punitivo é um verdadeiro buraco negro que, em razão de sua gravidade extraordinária, atrai para seu centro e ali desintegra qualquer luz que se pretenda lançar sobre o fenômeno criminal. Este tópico é inaugurado com uma advertência, pois a experiência legislativa brasileira mostra como determinados institutos, dragados pela gravidade punitivista, foram deturpados de suas missões iniciais.

Rafael Mafei Rabelo Queiroz, ao estudar o contexto da regulamentação no Brasil dos institutos do *sursis* e do livramento condicional identifica, com clareza, que coexistente a um discurso de modernização (conservadora) do Direito penal havia, na implementação desses institutos, claro projeto de expansão do poder punitivo estatal:

sursis e livramento condicional parecem ter desempenhado um papel de calibração no novo direito penal brasileiro das primeiras décadas do século XX: com o respaldo da ciência, que alicerçava a idéia de “periculosidade”, ambos os institutos eram concebidos como instrumentos de relativização das práticas punitivas, a fim de, por um lado, excluir de seu alcance aqueles que, mesmo capturados pelas instâncias formais de controle penal, “não mereciam” o rigor de sua punição; e, por outro, aumentar o âmbito de vigilância sobre aqueles que, ao contrário, mereciam a vigilância do direito penal.⁶⁹³

Bem mais recentemente, observa-se como a Lei 9.099/95, conhecida como lei dos juizados especiais, a pretexto de promover a despenalização acabou expandindo o âmbito do Direito penal. Primeiramente, pelo fato de situações que a autoridade policial classificaria como incivilidades, por vezes resolúveis mediante uma espécie de admoestação ao infrator,

⁶⁹³ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A modernização do direito penal brasileiro: sursis, livramento condicional e outras reformas do sistema de penas clássico no Brasil, 1924-1940*. São Paulo: Direito GV/Quartier Latin, 2007, p. 263.

acabarem tendo um lugar mais adequado nos termos circunstanciados, assim o que antes era desviado do sistema por **não parecer uma situação problema (delito)**, passa a ser nele incluso, sob o rótulo de infração de menor potencial ofensivo. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes referem-se a essa prática como uma “seleção caótica e informal dos casos a serem submetidos à Justiça penal”. Em sua percepção, “diversos critérios, frequentemente inconfessados, operavam nesse sentido, tornando o princípio rigoroso da indisponibilidade da ação penal uma verdadeira falácia”. Encaram negativamente o fato de que “em muitos casos a polícia não instaurava o inquérito, promovendo acordos entre as pessoas em conflito”.⁶⁹⁴ Com perspectiva divergente a posição de Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, que entende ter havido uma expansão da punição para âmbitos outrora resolvidos, por meio de mediação, nas próprias Delegacias de Polícia.⁶⁹⁵

Em segundo lugar porque, no Poder Judiciário, essa situação não recebe o tratamento exigido por lei justamente porque, em nome do menor potencial ofensivo, flexibilizam-se, indevidamente, as regras processuais.

Em qualquer ação penal pública o primeiro ato do juiz é o recebimento da denúncia, ocasião em que verifica os indícios de autoria e a materialidade delitiva. Só depois se iniciam os atos processuais. A Lei 9.099/95 trouxe, entre outras inovações, a chamada fase preliminar: a autoridade policial deve, lavrado do Termo Circunstanciado, encaminhar as partes ao Juizado Especial, quando o juiz procurará, em audiência preliminar, buscar a composição dos danos ou a transação penal. Frustrada a tentativa de composição, cabe ao Ministério Público avaliar ser o caso de requerer arquivamento, pois, adverte a doutrina: “a proposta de transação não é alternativa ao pedido de arquivamento, mas algo que pode ocorrer somente nas hipóteses em que o Ministério Público entenda deva o processo penal ser instaurado”.⁶⁹⁶ “O controle

⁶⁹⁴ GRINOVER, Ada *et al.* *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 105.

⁶⁹⁵ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2000, p. 136.

⁶⁹⁶ GRINOVER, Ada *et al.* *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 151.

jurisdicional só seria feito após o acordo, quando o juiz verificaria a legalidade da adoção da medida proposta e a análise de sua conveniência”.⁶⁹⁷

Nesse quadro, o autor pode ter sido chamado a procedimentos correlatos a fato atípico, por exemplo. Pode, temeroso do errático Poder judiciário brasileiro, inclusive, ter aderido à proposta de transação em face de uma conduta atípica. Como, em princípio, o juizado especial não impõe pena em sentido forte, admite-se a flexibilização das normas procedimentais, expandindo o poder penal (ainda que sob formas mais suaves do que a pena) a situações outrora consideradas meras incivilidades. Um dos entrevistados por Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, no âmbito dos juzados especiais criminais porto-alegrenses, externou sua preocupação no tocante à notificação falsa de delito, somada ao fato de que o sistema impele naturalmente à aceitação de uma transação, homologando-se injustiças:

Pode perfeitamente uma determinada pessoa, se dizendo vítima, ir até uma autoridade policial, fazer o relato circunstanciado de um delito de ameaça que tenha sofrido, e essa comunicação de ocorrência, sem base nenhuma, gerou um termo circunstanciado, esse termo veio ao judiciário, o judiciário e o Ministério Público analisaram e viram que dali existe condição para iniciar um processo criminal, é marcada a audiência preliminar, o autor do fato vem ao judiciário, se debate na audiência preliminar pela inexistência daquele fato, mas como não se permite a discussão do mérito na audiência preliminar, e insistindo a vítima na representação criminal, se tem então a necessária imposição da transação criminal. Se sabe que a transação criminal só é possível uma vez a cada cinco anos, e naturalmente que a vítima, caso se comprove a denúncia caluniosa ou a comunicação falsa de ocorrência policial pode ser processada criminalmente, mas me parece que esse é o elo falho da estrutura do sistema, que pode ser utilizado como instrumento de pressão ou qualquer outro interesse.⁶⁹⁸

Foi ainda Azevedo a levantar dados que dão conta de que: 58% das audiências ocorreram sem a presença do representante do Ministério Público, bem como da freqüente realização delas mesmas sem advogado ou defensor público (50%).⁶⁹⁹

⁶⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 166.

⁶⁹⁸ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2000, pp. 167-168.

⁶⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 169.

Assim, esposando-se as propostas para escapar à racionalidade penal moderna aqui expendidas, há que se atentar para o perigo de, por ter-se aberto mão da pena em sentido forte, poder-se flexibilizar a atenção às regras procedimentais ou materiais. O primeiro e mais importante passo para o processo penal que ora se propõe é que se tenha claramente identificado o caráter problemático da situação; do contrário, não há por que incluí-la no processo penal, sob pena de expandir o poder que se pretendia reprimir.

Nesse particular, portanto, é muito importante dar seqüência às decisivas construções doutrinárias de limitação do poder punitivo já delineadas em outros campos da teoria do delito. Mencionem-se os princípios intra-sistemáticos da mínima intervenção penal apontados por Alessandro Baratta⁷⁰⁰. Primeiramente, os de limitação formal: (i) princípio da reserva legal (ou da legalidade em sentido estrito): “o primeiro elemento de um programa de limitação formal da violência punitiva consiste, pois, em relacioná-la ao âmbito da lei e sob o controle da mesma”; (ii) princípio da taxatividade: “a pena é aplicável apenas no caso de realização de tipos de conduta expressamente previstas na lei com a indicação de seus elementos descritivos e normativos”; (iii) princípio da irretroatividade que “exclui a aplicação de penas, de equivalente à pena ou quaisquer condições menos favoráveis ao imputado que não tenha sido prevista em lei anteriormente ao fato, inclusive no que toca ao regime processual e a execução”; (iv) princípio do primado da lei penal substancial, cujo escopo é o de “assegurar que a extensão das garantias contidas no princípio da legalidade às posições do indivíduo em qualquer subsistema em que pode ser subdividido o sistema penal”, a exemplo da polícia e da execução; (v) o princípio da representação popular, que “impõe no procedimento de formação da lei penal o respeito dos requisitos mínimos do Estado de Direito no que toca à representatividade das assembleias legislativas e seus funcionamentos regulamentares”.

Em segundo lugar, os princípios de limitação funcional: (i) princípio da resposta não contingente: “a lei penal é um ato solene de resposta a conflitos e problemas sociais fundamentais e representáveis como gerais e duradouros na sociedade”; (ii) princípio da

⁷⁰⁰ BARATTA, Alessandro. *Principi del diritto penale minimo*. Per una teoria dei diritti umani como oggetti e limiti della legge penale. Bologna: Dei delitti e delle pene, ano III, n. 3, 1985, pp. 443-473.

proporcionalidade abstrata, isto é, apenas “as violações graves a direitos humanos podem ser objeto de sanção penal. As penas devem ser proporcionais ao dano social causado pela violação”; (iii) princípio da idoneidade, que complementa o princípio anterior que embora necessário não se mostra suficiente com vistas à imposição de uma pena: esse princípio “obriga o legislador a um estudo atento dos efeitos socialmente úteis que se podem ser atendidos pela pena”; (iv) princípio da subsidiariedade: “uma pena pode ser cominada apenas quando se pode provar que não existem outras intervenções, diversas das penais, para responder às situações em que os direitos humanos encontram-se ameaçados”; (v) princípio da proporcionalidade concreta ou da adequação do custo social, em face da constatação de que a pena produz altos custos sociais, de sorte que se a imposição for gerar mais custos do que prevenir, deve ser deixada de lado; (vi) princípio da implementabilidade administrativa da lei; (vii) princípio do respeito às autonomias culturais; e o (viii) princípio do primado da vítima.

Por fim, os princípios gerais de limitação pessoal ou princípios limitadores da responsabilidade penal: (i) princípio da imputação pessoal; (ii) princípio da responsabilidade pelo ato; e (iii) princípio da exigibilidade social do comportamento conforme a lei, fortemente ligado à depuração do conceito de culpabilidade, dela excluindo elementos metafísicos e moralizantes.

Situação-problema é apenas o injusto (fato típico e antijurídico), cujos contornos devem ser sempre fixados à luz dos princípios indicados acima, e só quando robustamente definido é que se pode dar início à engrenagem do processo penal, desvinculado da aplicação necessária de uma pena em sentido forte, porém dentro das estreitas margens do princípio do devido processo legal.

4.3.3.2. Segundo filtro: a paz por meio da reparação

Detectada a situação-problema, tanto pretense ofensor como alegada vítima devem ser chamados a um diálogo, pois o que está em jogo, fundamentalmente, insista-se, é um dano de

relação, de sorte que, valendo-se da definição de Leonardo Sica de que “qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime pode ser considerada como ‘prática restaurativa’”,⁷⁰¹ pode-se afirmar, que as estratégias aqui apontadas alinham-se ao conceito mais amplo de justiça restaurativa.⁷⁰² A harmonia teórica fica ainda mais patente diante da observação de Milene Jaccoud, para quem “a justiça restaurativa apóia-se no princípio de redefinição do crime, que deixa de ser concebido como uma violação contra o Estado ou somente uma transgressão de uma norma jurídica”.⁷⁰³ Emprega-se, todavia, o termo reparação para manter-se, ao menos neste tópico, o horizonte daquilo que mais importante, nesse momento, do que a efetiva paz entre os contendores, é abrir a possibilidade para a reparação, ou seja, a busca da reconstrução da relação rompida, do refazimento do *status quo ante*.

Trata-se, portanto, de colocar-se na contramão de movimento de apropriação do Estado do conflito, situação a que Antonio Scarance Fernandes denominou de desprestígio da vítima. Tal fenômeno teria se iniciado na Idade Média, quando “os senhores feudais, a Igreja e os reis passaram a se responsabilizar pela punição dos culpados e, paulatinamente, pela iniciativa dos procedimentos”. É, todavia, “com o fortalecimento das Monarquias e do Estado Moderno” que “a vítima é relegada definitivamente a segundo plano. O direito penal é considerado de ordem pública, sendo o crime visto como ofensa à boa ordem social, cabendo ao soberano ou ao Estado reprimi-lo”.⁷⁰⁴

A mediação, ao contrário, aponta Sica, “visa restabelecer o diálogo entre as partes para poder alcançar um objetivo concreto: a realização de um projeto de reorganização das relações, com resultado o mais satisfatório possível para todos”.⁷⁰⁵ Requer: (i) a intervenção de terceiros

⁷⁰¹ SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e da gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 10.

⁷⁰² O tema foi esgotado por Leonardo Sica em sua obra *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e da gestão do crime* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007). A contribuição aqui é apenas ordenar as propostas dentro do marco crítico proposto, estabelecendo diálogo com os avanços já obtidos pelo autor.

⁷⁰³ SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e da gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 11.

⁷⁰⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 15.

⁷⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 46.

imparciais na função de facilitadores; (ii) o envolvimento das partes em conflito; (iii) o consenso destas mesmas à atividade de mediação; e (iv) a natureza extrajudicial.⁷⁰⁶

Esse último requisito, na medida em que escapa aos códigos binomiais caros à justiça penal, atende à ruptura do que Alvino de Sá chamou de bipolaridade: na medida em que na mediação não se busca definir um agressor em oposição a uma vítima, pode-se abdicar de dicotomias tais como culpado *versus* inocente. O recurso a cindir as coisas dessa forma reproduz os instrumentos infantis do isolamento “pelo qual o ego (para se defender da ansiedade e ameaça causadas pelos seus impulsos censurados, tidos como perigosos e maus) não integra esses impulsos e cinde-os do restante da personalidade”, e o da projeção, pelo qual o ego “joga” no ambiente as coisas ruins, isto é, “os impulsos censurados, ou seja, projeta-os no mundo exterior, passando a identifica-los nos outros, como uma forma de não reconhecê-los em si mesmo”.⁷⁰⁷ Muito mais rica, prossegue, seria aquela situação em que todos pudessem

desenvolver valores e crenças que (n)os levem sempre mais a reconhecer, entre outras coisas, que: no forte também existe fragilidade, assim como frágil também existe força; no justo também existe o delinqüente, assim como no delinqüente também existem virtudes; no civilizado também existe o primitivo, assim como no primitivo existe, ao menos, a vocação para o civilizado; no inimputável, também existe a imputabilidade, assim como em todos os imputáveis existem muitas vezes parcelas de inimputabilidade.⁷⁰⁸

Para que possa funcionar, a mediação deve ser fruto de uma decisão voluntária das partes (que deverão ser devidamente informadas dos métodos, alcances e limites), deve ter um mediador neutro, requer ativo envolvimento comunitário e autonomia em relação ao sistema de justiça, embora sob o controle do poder judiciário, em matéria penal; deve, ainda, ter caráter confidencial e oral, pois o que é dito naquele ambiente não o é em um processo adversativo, contraditório, porém pautado por outros recursos que transigem de um ganhador e de um

⁷⁰⁶ *Idem, ibidem*, pp. 53-54.

⁷⁰⁷ Sá, Alvino Augusto de. *Algumas ponderações acerca da reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade*. In: Criminologia clínica e psicologia criminal. São Paulo: RT, 2007, pp. 158-160.

⁷⁰⁸ *Idem, ibidem*, p. 162. No mesmo sentido: GALAIN PALERMO, Pablo. *La reparación del dano como “terceira via” punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin*. La Rioja: Revista Electrónica de Derecho, n. 3, 2005, pp. 183-220, p. 192.

perdedor.⁷⁰⁹ O controle judicial, nesse contexto, diz respeito à gravitação punitiva: “embora não haja uma contradição necessária entre a conciliação e efetivação de direitos, a ideologia de seus proponentes e sua atual aplicação sugerem que o mecanismo da conciliação tende, em alguns casos, a solapar a efetivação de direitos”.⁷¹⁰

Um primeiro produto que possa advir de uma prática restaurativa é a **confissão**. No sistema penal vigente no Brasil é francamente desencorajada. É mera atenuante genérica que, como se viu, em pouco auxilia a situação de quem cometeu um delito despido de agravantes. Assim, nada se ganha com a confissão, de sorte que se mostra prática raríssima nos tribunais. Localiza-se uma resistência aberta a ela na literatura. Hélio Tornaghi a define como algo necessariamente pejorativo: “confissão é a declaração pela qual alguém admite ser autor de crime. Em sentido um pouco mais amplo, é também a afirmação da existência de circunstância exasperadora. Dessarte, seria a confissão o fato de alguém dizer que matou; mas também o seria o de manifestar que fez por motivo torpe”.⁷¹¹

Em um sistema, no entanto, em que a pena não é a única possibilidade, mormente quando se adota um mecanismo como a mediação, protegido pelo sigilo, abre-se espaço para que a confissão possa acontecer. E com ela a verbalização de todos os motivos e as dores envolvidos no delito, possibilitando, por sua vez, que o autor ouça os impactos dolorosos que sua ação causou na vítima. Arvorado na figura neutra do mediador, o ofensor pode reconhecer no espaço de mediação ambiente confiável (a exemplo da criança em relação à sua mãe) e nele projetar sua agressividade, sem medo de ser rejeitado, permitindo, ao mesmo tempo, que emergja sua capacidade construtiva, sua capacidade de envolvimento. Como consequência, o sentimento de culpabilidade pode ser integrado de maneira sadia despertando um desejo de reparação cujo passo inicial pode ser um mero, porém sincero, pedido de perdão.

⁷⁰⁹ SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e da gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 55.

⁷¹⁰ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2000, p. 189.

⁷¹¹ TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, t. I, p. 381.

Para a missão do Direito penal, tal mero pedido de perdão já é mais proveitoso que uma pena privativa de liberdade, pois nasce de um reconhecimento íntimo de que se transgrediu, erradamente, um bem jurídico importante. É importante dizer que a percepção da transgressão, na noção de “erradamente” e de bem jurídico importante é dada em uma relação concreta, em face de um outro determinado, e não em relação a um Estado abstrato, intangível.

A aceitação desse pedido de perdão, todavia, teria efeitos ainda mais desejáveis. Para a vítima, nasceria a sensação de que incumbiu a ela o desenlace da situação jurídica, vale dizer, que sua voz foi determinante para o alcance de seu interesse. Não foi substituída pela pouco razoável perspectiva de que a remessa do agressor à cadeia de alguma forma lhe traria efeitos positivos ou reparadores. A esse respeito aponta Sá que “na medida em que o agressor compreende melhor sua conduta naquele conflito específico que teve com aquela vítima e compreende as consequências da mesma, saberá se analisar e se compreender melhor em suas reações perante outros conflitos e aprenderá a se rever”.⁷¹² Também o ofendido aproveita desse recursos, “na medida em que compreende melhor a pessoa do agressor, sua história, seus motivos, terá condições de melhor superar o trauma sofrido na ofensa. Busca-se, portanto, um fortalecimento de ambas as partes perante o conflito”.⁷¹³

Rodrigo Ghiringuelli de Azevedo, em pesquisa conduzida no Juizado Especial Criminal de Porto Alegre, constatou que “o interesse da vítima”, nas audiências, “principalmente nos delitos de ameaça e lesões leves, é que o autor do fato demonstre o seu arrependimento e comprometa-se, perante o juiz, a não repetir o ato. É o chamado ‘compromisso de respeito mútuo’, que segundo os entrevistados, tem dado bons resultados, com baixos índices de reincidência”.⁷¹⁴

⁷¹² SÁ, Alvino Augusto de. *Concepção de crime como expressão de uma história de conflitos: implicações na reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade*. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 64.

⁷¹³ *Idem, ibidem*.

⁷¹⁴ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringuelli de. *Informalização da justiça e controle social*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2000, p. 167.

De maneira sintética, o re-equilíbrio estaria restabelecido entre as partes, com maior ganho ao Estado Democrático de Direito, pois aqui se pode pensar em ganho de democracia, de fortalecimento de tecitura social, impensável no processo judicial clássico; e às partes que falaram, foram ouvidas e se viram como sujeitos de uma relação que as chamava à responsabilidade, ao envolvimento e não à cisão, à inculpação. Ao Direito penal, em face dessa situação, tendo sido obtida sua missão, cabe nela reconhecer um filtro do poder punitivo estatal e interromper o processo de criminalização. Em jargão jurídico: ao juiz caberia tão somente, verificada a lisura do procedimento de mediação, reconhecer a irrelevância jurídico-penal do conflito, extinguindo a ação e a pena.

Claro está que muito possivelmente o ato delituoso deixou danos concretos, para além daqueles atinentes à relação. Razoável supor que o perdão venha condicionado à reparação dos danos causados, embora possa se dar sem maiores condições, especialmente no caso daqueles de natureza não-patrimonial.

Ainda que o perdão não seja possível, a reparação deve ser suficiente naqueles casos de delitos puramente patrimoniais. A previsão não seria nem sequer uma novidade: basta lembrar que o pagamento da dívida tributária extingue a punibilidade do correspondente delito contra a ordem tributária mesmo após o recebimento da denúncia. Gamil Föppel El Hireche defende, a propósito, a aplicação dessa causa de extinção da punibilidade aos delitos patrimoniais comuns.⁷¹⁵ A idéia certamente não será bem recebida nos tribunais, haja vista a resistência de estender os efeitos acima mencionados para o delito de contrabando ou descaminho, que é, a rigor, de natureza tão tributária quanto os contidos na Lei 8.137/90 e 168-A e 337-A do CP.

Outro exemplo em que a reparação pode ter impactos decisivos, com maior ganho social, é aquela celebrável por meio dos Termos de Ajustamento de Conduta, em especial no âmbito

⁷¹⁵ FÖPPEL, Gamil. *O princípio da legalidade como um ideal radicalmente garantista*. In: FÖPPEL, Gamil (coord.). *Novos desafios do Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 505-538, p. 508, nota 6.

dos delitos ambientais. Firmado o acordo, cumpre ao Estado estimular e fiscalizar o cumprimento da reparação, abdicando do processo criminalizante.

Secunde-se, porém, a ponderação de Schünemann, para quem mera restituição, intrinsecamente ligada à compensação privada de danos, seria substituto insuficiente da pena; ela só servirá na medida em que for capaz de prover meios para a verdadeira expiação, que “significa que o ofensor faz um contra-sacrifício maior do que aquele requerido, no direito civil, quando da compensação”.⁷¹⁶

É possível que os filtros anteriores falhem, seja pela impossibilidade da mediação, seja pela natureza não-patrimonial do delito. Ao Estado surge apenas nesse momento a possibilidade de construir ativamente uma solução substituta, uma resolução possível para a situação-problema. Uma delas já está prevista na Lei 9.099/95 sob o nome de transação penal, a saber, o sujeito apontado como autor de uma infração de menor potencial ofensivo aceita cumprir uma pena restritiva de direitos ou de multa, cuja consequência é não ter de se submeter a uma ação penal. Por se tratar de uma transação, isto é, de uma transigência acordada pelas “partes”, a sentença tem caráter homologatório e não condenatório, não podendo dela sobrevir qualquer ônus a quem a aceita, tais como reincidência ou antecedentes criminais.⁷¹⁷ Igualmente, não há assunção de culpa: “o acordo sobre a aplicação imediata da pena é anterior à acusação, e na técnica da Lei 9.099/95 não há discussão nem reconhecimento da culpa. Nosso sistema (...) tem mais afinidade com o *nolo contendere* (não contesto, mas tampouco assumo culpa)”.⁷¹⁸

São requisitos da transação penal: (i) que se trate de uma infração de menor potencial ofensivo; (ii) ausência de condenação irrecorrível, por crime, à pena de prisão, o que se tem

⁷¹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal: un concepto de tres escalas*. In: SCHÜNEMANN, Bernd *et al.* *La víctima en el sistema penal: dogmática, proceso y política criminal*. Lima: Grijley, 2006, pp. 18-37, p. 35.

⁷¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada *et al.* *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 166.

⁷¹⁸ GRINOVER, Ada *et al.* *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 105.

convencionado chamar de não reincidência; (iii) não ter o agente sido beneficiado, nos últimos cinco anos, com a aplicação da pena restritiva de direitos ou da de multa, nos termos da lei; (iv) que a medida se mostre indicada em face dos antecedentes, da conduta social e a da personalidade do agente, bem como dos motivos e circunstâncias, além da necessidade (art. 76, III, Lei 9.099/95).

Também a Lei 11.343/2006, em matéria de substâncias entorpecentes⁷¹⁹, trouxe inovação que pode se mostrar interessante. Trata-se de hipótese contida em seu artigo 28, que prevê a possibilidade de se sancionar com (i) advertência sobre os efeitos da droga; (ii) prestação de serviços à comunidade; ou (iii) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, para “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Político-criminalmente, considerando o paternalismo subjacente à proibição de auto-lesão,⁷²⁰ melhor seria manter a tutela do consumo de drogas fora do âmbito penal, merecendo atenção no campo da saúde pública. Ademais, qualquer forma de punição do usuário deve ser desde logo descartada, sendo esse o principal desacerto da medida acima apontada.

A medida, todavia, pode ser adequada para aqueles que cometem delitos patrimoniais com vistas ao sustento do vício. Deixaria de ser, como previsto na lei, uma sanção (como se se pudesse obrigar alguém a cuidar de si mesmo...) para ser uma medida, com a qual o réu teria de aquiescer. Com isso o Estado estaria agindo no melhor interesse daquele que reconhece o malefício do vício e vislumbra no tratamento uma alternativa desejável. Comporia o dano de relação com maior ganho para o dependente e para a sociedade.

⁷¹⁹ A proposta tem em vista um instrumento em face da legislação existente. O mais indicado no âmbito dos entorpecentes parece ser a descriminalização e o enfrentamento desse problema no âmbito das políticas de saúde. Todavia, como o tema mobiliza fortemente temas correlatos à moral, provável sua manutenção no sistema pena, convindo apontar estratégias de redução de danos também nesse âmbito.

⁷²⁰ VON HIRSCH, Andrew. *Paternalismo direto: auto-lesões devem ser punidas penalmente?* Tradução de Helena Regina Lobo da Costa. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 15, n. 67, julho-agosto, 2007, pp. 11-28.

4.3.3.3. Terceiro filtro: a paz por meio da condenação sem pena

As medidas anteriormente apontadas têm em comum o fato de acontecerem antes da prolação de uma sentença; preferencialmente antes mesmo de uma ação penal. O fato, todavia, de uma ação penal iniciar não precisa redundar em pena em sentido forte.

Primeiramente, não é preciso que redundem em qualquer forma de punição.

O afastamento da pena mínima proposto acima, insere-se em um contexto amplo de que a pena, por ser um recurso violento e negativo, deve ser evitada ao máximo. Defende-se, ao mesmo tempo, que o Estado tem que se mostrar sensível às dores de relacionamento causadas por delitos. Assim, por vezes, uma sentença como ato de dicção do Direito pode se mostrar muito importante para uma vítima, ainda que ao agressor não se imponha uma pena. Imagine-se um veículo conduzido por um pai, tendo a mãe e o filho como passageiros, e que ele colida por fruto da imprudência paterna e o filho venha a falecer. A mãe tortura-se com a inquietude da indagação: será que eu não poderia ter evitado esse acidente? Nesse caso, uma sentença que reconheça a responsabilidade do pai pelo acidente tem uma serventia importante para mãe; uma pena, porém, não se mostra mais necessária em face da dor que o pai carregará para sempre. Essa modalidade de perdão judicial encontra-se já prevista no art. 121, § 5º, do Código Penal.⁷²¹

Ora, se a sanção é um ato voltado para um objetivo (pois do contrário seria puro arbítrio, pura violência estatal) e deve originar-se do Poder Judiciário, nada mais razoável que o magistrado possa, ou melhor, deva avaliar se dadas as circunstâncias do caso concreto uma reprimenda se mostra necessária. Os casos clássicos de perdão judicial costumam estar ligados ao fato de que o resultado natural torna a pena inútil. Pode-se pensar, portanto, que o decurso temporal (inferior aos limites da prescrição, por exemplo) tenha permitido uma mudança nas condições

⁷²¹ Na hipótese do homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências do crime atingirem o próprio agente de maneira tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

de vida de um infrator que já não mais aconselham uma pena em sentido forte. Seria o caso de um condenado ao delito de tráfico de entorpecentes que experimenta um evento traumático qualquer (a exemplo de morte de um irmão ou amigo muito próximo) e resolve abandonar esse projeto de vida em prol de outro conforme o Direito, reconstituindo sua vida nesse sentido. A própria experiência trouxe-lhe o respeito pelo bem jurídico que o ordenamento jurídico dele demandava, mostrando-se qualquer penalidade inútil.

Também pode-se pensar em perdão quando o magistrado reconhecer que bastará à missão ao Direito penal que ele atue de maneira didática, explicitando ao condenado a importância do bem jurídico lesionado para o ordenamento jurídico pátrio. Assim, um pequeno proprietário rural, com pouquíssima instrução, que polua o córrego que atravessa sua gleba, em condições tais que se tenha um ato típico, antijurídico e culpável, prova ao longo do processo que abandonou a prática que não imaginava tão nociva. O juiz poderia, nesse caso, intimá-lo a uma espécie de audiência admonitória em que reafirmaria, imbuído de sua autoridade, o valor do meio ambiente e como a poluição por ele gerada comprometia esse bem jurídico, e advertiria que em caso de reiteração da conduta delitiva, o réu poderia vivenciar sanção bem mais desagradável.

O dano de relacionamento teria sido composto (sempre na medida do possível, não se podendo pedir do Direito mais do que ele possa dar), tanto no caso dos pais envolvidos no acidente, como no do traficante, como ainda do trabalhador rural por meio do perdão. Em todos os casos a proteção do bem jurídico integrante do *status quo* mostrou-se muito mais plausível do que a simples remessa dos réus à prisão ou outra reprimenda qualquer.

Segundamente, pode-se sancionar sem o emprego de penas afliativas.

Há, no Código Penal, uma série de gravames que incidem sobre o réu reunidos sob a rubrica de efeitos da sentença condenatória. Na definição de Prado “são todos aqueles que, de modo direto ou indireto, atingem a vida do condenado por sentença penal irrecorrível”. Interessam

particularmente os chamados efeitos secundários extra-penais que, na percepção de Prado, marcadamente inserida na racionalidade penal moderna,

alcançam âmbitos vários, a saber: cível (obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; confisco e incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela – arts. 91, I, II; 92, II, CP); administrativo (perda de cargo ou função pública, inabilitação para dirigir veículo – art. 92, I, 1ª parte, III, CP); político (perda do mandato eletivo – art. 92, I, *in fine*, CP) e trabalhista (justa causa para rescisão de contrato de trabalho – art. 483, *c, e, f*, CLT).⁷²²

Com efeito, diz o Código Penal brasileiro que:

Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

⁷²² PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, vol I, p. 723.

Em que pese, todavia, a denominação doutrinária, os efeitos específicos são verdadeiras sanções, justapostas às penas em sentido estrito. Basta rememorar que constavam, antes da reforma da Parte Geral do Código Penal, do rol das penas acessórias, conforme tabela abaixo

	1940 – Penas acessórias	1984 – Efeitos secundários específicos
a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo	Art. 67, I, c.c. art. 68	Art. 92, I
incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela	Art. 67, II, c.c. art. 68, II e III.	Art. 92, II
a inabilitação para dirigir veículo	Art. 67, II, c.c. art. 69, IV (indiretamente)	Art. 92, III

Sendo verdadeiras sanções de natureza penal, podem bastar à condenação, dispensando-se a pena afliativa. Analise-se cada uma delas.

Primeiramente, “a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo”, que se faz sentir: “a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública”; e “b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos”.

Sob a mesma rubrica dois fenômenos diversos se imiscuem. A hipótese da alínea “a” serve como uma verdadeira pena, baseada na regra geral de quem abusa de um direito ou de uma condição, pode ver-se privado do mesmo. Tal sanção, mais do que um *plus* em relação à pena privativa de liberdade, deveria ser a consequência principal para esses delitos, quando os filtros precedentes de contenção do poder punitivo tiverem falhado. O “abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública” causa um tal dano de relacionamento que a sociedade retira do condenado a confiança outrora depositada. Fonte de renda e

consubstanciação de uma carreira, sua perda é uma severa sanção suficiente para a missão do Direito penal.

Já a alínea “b” decorre da imagem de que o condenado a uma pena superior a quatro anos mostra-se um sujeito desmerecedor de exercer poder em nome da Administração. Embora o magistrado deva fundamentar tal efeito, certo é que dificilmente escapará da execrável concepção de que o infrator é ontologicamente mau e deve, portanto, perder qualquer *munus* público. Tal visão mostra-se acentuada quando se analisa o instituto da reabilitação, verdadeiro certificado de conversão do infrator em cidadão correto, que exclui a incidência do efeito da condenação ora em análise (ainda que sem garantir a reintegração na situação anterior, evidentemente). Para consegui-la, dentre outros, o condenado deve provar que se regenerou por meio da “demonstração de bom comportamento público e privado” (art. 94, II, CP).

O inciso II do artigo 92 traz “a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela” para aqueles condenados em “crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado”. Trata-se de hipótese análoga à anteriormente analisada: pais, tutores ou curadores que cometam crimes dolosos apenas com reclusão contra seus filhos, tutelados e curatelados, respectivamente, mostram-se inidôneos para o exercício do *munus* que lhes incumbia: “o Código Penal presume ‘*iuris et iure*’ manifesta incompatibilidade quando o agente é condenado por crime doloso ao qual seja cominada pena de reclusão”.⁷²³ Igualmente, tem-se que o efeito da condenação pode se mostrar medida rigorosa o suficiente, tornando desnecessária a aplicação de uma pena em sentido forte. Assim, por exemplo, no caso do tutor que cometa o delito de apropriação indébita em face de seu tutelado (na hipótese em que a reparação não tenha se mostrado possível, conforme sustentado acima).

⁷²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 829.

Finalmente, “a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso”, que objetiva “afastar o condenado da situação criminógena, impedindo que se oportunizem as condições que, provavelmente, poderiam levá-lo à reincidência: reforça a proteção dos bens jurídicos violados e previne a reiteração da conduta delituosa”.⁷²⁴ A previsão é contraditória com os poderes conferidos à pena, cujos efeitos positivos são tão apregoados pela dogmática jurídico-penal. Se o fato de o crime ter sido cometido com emprego de veículo automotor merecer um tratamento especial, poderá o juiz, dentro dos mecanismos dialogais apontados, suspender a habilitação do agente – ou mesmo cassá-la. Seria, nesse caso, sanção imposta e fundamentada pelo magistrado como alternativa, total ou parcial, à pena em sentido forte, e não um *plus* àquela, cuja racionalidade mostra-se questionável.

Igualmente as penas hoje aplicadas como substitutivas à pena privativa de liberdade poderiam ser previstas diretamente no tipo penal, como penas originárias, por assim dizer. As penas restritivas de direitos estão previstas no artigo 43 do Código Penal:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I – prestação pecuniária;
- II – perda de bens e valores;
- III – (VETADO);
- IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V – interdição temporária de direitos;

Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:

I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo;

IV – proibição de freqüentar determinados lugares.

VI – limitação de fim de semana.

⁷²⁴ *Idem, ibidem.*

Consoante o quanto afirmado anteriormente, os incisos I e II, em razão de sua natureza patrimonial, deveriam ter o condão de extinguir a punibilidade. As demais sanções, todavia, podem se mostrar suficientes para a missão do Direito penal. Com isso não se advoga a extinção das penas substitutivas; ao revés: na medida em que se tratam de respostas estatais sem recurso à violência estatal, devem ser perpetuadas e, em verdade, ampliadas. Apenas sustenta-se que possam assumir caráter de preceito secundário, evitando-se o recurso à pena privativa de liberdade.

4.3.3.4. Quarto filtro: a paz perdida e a subsequente redução de danos no cumprimento da pena

Quando todos os filtros precedentes tiverem falhado e o processo de criminalização não tenha sido interrompido, então uma pena em sentido forte surgirá. Será desde logo um fracasso de relacionamento, o reconhecimento de que não se conseguiu re-equilibrar a relação fundamental; tal fracasso, porém, não implica um fim. A execução penal tem que assumir uma postura clara de redução de danos, já que o cárcere se mostrou absolutamente incapaz de gerar quaisquer efeitos positivos no apenado. Nas palavras de Zaffaroni: “é sabido que a criminalização, por regra geral, obedece mais à vulnerabilidade que ao delito, ou seja, à disposição do autor à criminalização, em especial quando esta resulta de um estado alto de vulnerabilidade (...). Com este dado, deve designar-se também ao direito de execução penal a função de oferecer (não impor) à pessoa a possibilidade de reduzir seu nível de vulnerabilidade”.⁷²⁵

Mister, nesse ponto, alinhar-se ao que Alessandro Baratta denominou de reintegração social, “para designar o objetivo a ser perseguido no trabalho de assistência aos presos e de facilitar-lhes o reingresso na sociedade”.⁷²⁶ Nesse conceito estariam inclusos processos de abertura do cárcere para a sociedade e da sociedade para o cárcere. Alvino Augusto de Sá desenvolve

⁷²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 174.

⁷²⁶ SÁ, Alvino Augusto de. *Algumas ponderações acerca da reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade*. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 164.

algumas estratégias nesse sentido, tendo como pano de fundo o estímulo ao pensamento, à reflexão e à simbolização. Primeiramente, a reaproximação cárcere-sociedade, tais como “estímulo a saídas temporárias, aos serviços externos e outras atividades externas. Na direção comunidade-presídio: visitas, desenvolvimento de programas de debates entre grupos da comunidade e grupos de presos”.⁷²⁷ Medida especialmente importante é a inserção do trabalho voluntário no espaço penitenciário, que, “além de promover o desenvolvimento social e humano dos reclusos, servem como verdadeiros freios aos abusos de poder por parte das autoridades, tanto das autoridades das unidades, como das instâncias superiores”.⁷²⁸ Uma vantagem fundamental do voluntariado é o fato de não terem relação de poder em face dos apenados; é antes uma relação desinteressada, ou melhor, é a promoção do outro, o bem do outro.

Uma segunda forma de busca de reintegração social é a do fortalecimento psíquico do apenado, ou seja, o de conscientizá-lo não só de seus conflitos, como também “dos conflitos que surgem na dinâmica de sua inserção no meio social e sobre as reais conseqüências das respostas que ele dá aos mesmos”.⁷²⁹

Por fim, Sá aponta os programas de recompensa ou encontros agressor-vítima-sociedade. “Na medida em que o agressor compreende melhor sua conduta naquele conflito específico que teve com aquela vítima e compreende as conseqüências da mesma, saberá se analisar e se compreender melhor em suas reações perante outros conflitos e aprenderá a se rever”.⁷³⁰ Também o ofendido aproveita desse recursos, pois “na medida em que compreende melhor a pessoa do agressor, sua história, seus motivos, terá condições de melhor superar o trauma sofrido na ofensa. Busca-se, portanto, um fortalecimento de ambas as partes perante o conflito”.⁷³¹

⁷²⁷ Sá, Alvino Augusto de. *Concepção de crime como expressão de uma história de conflitos: implicações na reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade*. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 64.

⁷²⁸ Sá, Alvino Augusto de. *Algumas ponderações acerca da reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade*. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 167.

⁷²⁹ Sá, Alvino Augusto de. *Concepção de crime como expressão de uma história de conflitos: implicações na reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade*. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007, p. 63.

⁷³⁰ *Idem, ibidem*, p. 64.

⁷³¹ *Idem, ibidem*.

Todas estas medidas, orientam-se a um juízo prospectivo, a saber, reduzir ao máximo as inevitáveis chagas que ele trará quando do retorno ao convívio social. Todas devem estar alinhadas à oferta da possibilidade ao apenado para que construa um projeto de vida conforme o Direito. Não porque o Direito é bom; não porque os bens jurídicos que compõe o ordenamento jurídico sejam realmente tão importantes; mas essencialmente porque essas são as regras do jogo democrático e não observá-las insere o apenado em uma situação particularmente desfavorável.

A situação de transitoriedade do cárcere é elemento fundamental para o sucesso da formulação de um projeto de vida, de sorte que os institutos da progressão de regime e do livramento condicional mostram-se essenciais.

A natureza constitucional do sistema progressivo do cumprimento da pena privativa de liberdade foi afirmado, recentemente, pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 82.959, ocasião em que se declarou inconstitucional a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crime rotulado como hediondo, contida na Lei 8.072/90. O fundamento central da decisão foi justamente o caráter constitucional da individualização da pena.

O livramento condicional, por sua vez, “consiste na liberação do condenado após o cumprimento de parte da sanção penal aplicada em estabelecimento penal, desde que cumpridamente observados os pressupostos que regem a concessão e sob certas condições previamente estipuladas”.⁷³² Trata-se, nas belas palavras de Aníbal Bruno, de uma libertação de ensaio, isto é, de uma “experiência de vida livre a que se submete o condenado para pôr à prova a sua readaptação e levar isto até o fim, então em contato com a realidade da vida social, onde o liberado irá finalmente passar a viver”.⁷³³

⁷³² PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, vol. I, p. 706.

⁷³³ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, vol. III, 1959, p. 190.

Seus requisitos são de duas ordens. O objetivos⁷³⁴ são (i) existência de uma pena privativa de liberdade; (ii) igual ou superior a dois anos; (iii) cumprimento de uma fração do montante total da pena; e (iv) a reparação do dano, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo. Os de natureza subjetiva são: (i) bons antecedentes, dizendo tal expressão “respeito aos fatos desenrolados antes do início do cumprimento da pena privativa em questão, ou seja, abrange a vida pretérita do condenado”; (ii) comprovação de comportamento satisfatório do condenado durante a execução da pena, de modo que não será concedida “na hipótese de prática de falta disciplinar grave pelo condenado (cfr. art. 50, LEP)”;⁷³⁵ e (iii) bom desempenho do condenado no trabalho que lhe foi atribuído e a aptidão deste para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto. Para os crimes cometidos mediante violência, há um requisito adicional: a constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir, cuja aferição não supõe mais, após o advento da Lei 10.792/2003, laudo pericial, “sendo suficiente que o magistrado forme sua convicção com as informações e documentos constantes do processo”.⁷³⁶

O candidato ao livramento deve, ainda, submeter-se a determinadas condições obrigatórias e facultativas. Dentre as primeiras, encontram-se; (i) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho; (ii) comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação; (iii) não mudar do território da comarca do Juízo da execução sem prévia autorização; no segundo grupo, tem-se: (i) não mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção; (ii) recolher-se à habitação em hora fixada; (iii) não freqüentar determinados lugares.

⁷³⁴ Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

⁷³⁵ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, vol. I, p. 709.

⁷³⁶ *Idem, ibidem*, p. 710.

4.4. Considerações finais

Encarar a culpabilidade de maneira mais condizente com seus pilares permite uma recuperação ética do Direito penal, isto é, uma situação coerente com o que Paul Ricoeur denominou de perspectiva ética: “a vida boa, com e para outrem, em instituições justas”.⁷³⁷

Ainda dentro das entranhas da racionalidade penal moderna, pode-se, por meio do reforço garantista da culpabilidade, reduzir o poder punitivo estatal, enfraquecendo os processos de criminalização. Ao lado das incontáveis contribuições teóricas existentes tanto no campo do injusto como no da culpabilidade, buscou-se lançar luz para a importância de reverberar interpretações do erro de proibição invencível mais condizentes com a *Menschenbild* aqui desenhada. Ainda, ofereceu-se uma causa de exclusão da culpabilidade pela impossibilidade de motivabilidade em face da norma penal, impensável na doutrina européia, porém decisiva para a implementação de um Direito penal democrático na margem fixada para a presente análise: o capitalismo periférico.

A re-estruturação semântica do delito e do processo penal permitem um novo *locus* da culpabilidade, inaugurando um pensamento da culpa como ligada ao envolvimento e à personalidade ética, abdicando-se, portanto, dos papéis bipolares infantilizadores (culpado como antônimo de livre de reprovação ou autor como antônimo de vítima, releituras do maniqueísmo) e da missão expiatória da pena.

As propostas nascem na contramão da poderosa força gravitacional punitiva já mencionada. Mostram-se divergentes da consciência judiciária nacional, que ainda tem pavor do erro de proibição ou das medidas de desprisionização. Colidem com o totalitarismo *cool* que atou (e ata) as mãos do legislador e dos operadores do Direito, fazendo deles verdadeiros operados pelo Direito, na medida em que, como preconiza Alvino de Sá, deixaram de refletir sobre o

⁷³⁷ Apud DE LA TAILLE, Yves. *Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas*. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 64.

Direito e de se escudarem na lei, usando-a antes como “escudo, sob a alegação de que a pena pensa por eles”,⁷³⁸ tornando-se, assim, seus serviçais.

São, desse ponto de vista, propostas de resistência. Ou utópicas. Mas com isso não se deve atemorizar; é de se dar a mão ao poeta uruguaio Eduardo Galeano, e repetir-se que a utopia, afinal, serve para que se siga caminhando.⁷³⁹

⁷³⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Pena e política criminal*. A experiência brasileira. In: SÁ, Alvino Augusto; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 321-334, p. 323.

⁷³⁹ Verso contido na obra *Memoria del Fuego*, cujo tomo terceiro recebeu o nome de *O século do vento* (Madrid: Siglo Veintiuno de España, 1993).

5. CONCLUSÕES

1. Prepondera na doutrina brasileira que a culpabilidade seja, ao lado da tipicidade e da antijuridicidade, uma das categorias do delito. Trata-se de um juízo de reprovabilidade dirigido contra aquele que escolheu agir em contrariedade ao ordenamento jurídico. Compõe-se da imputabilidade, do potencial conhecimento da ilicitude e da inexigibilidade de conduta diversa.

2. A culpabilidade, porém, nasce como superação da responsabilidade objetiva pelo resultado, isto é, como forma de exclusão do acaso em relação ao dolo e à culpa. Com a consolidação da racionalidade penal moderna, ou seja, com a formação do Direito penal como ramo autônomo, herdeiro do Direito natural, atrelou-se ao delito a imposição da pena em sentido forte, servindo a culpabilidade como elemento diferenciador do crime em relação às demais infrações legais.

2.1. Desde Pufendorf engendra-se a perspectiva segundo a qual sendo o homem racional e o Direito natural verdadeira revelação da razão, basta, para a inculpação, que o sujeito agisse livremente para que fosse culpável. Na teoria de Hegel, que considera apenas a ação livre como verdadeira ação, bastaria o agir humano. A visão de sujeito subjacente a essa concepção de culpabilidade é aquela de alguém livre, igual e racional que conhece sempre o Direito Natural.

2.2. Karl Binding é o primeiro a empregar a expressão culpabilidade como integrante do delito (e não mais como noção genérica de *nullum crimen sine culpa*), aproximando-a da capacidade de ilícito, ou seja, “a aptidão de reconhecer o próprio ato em relação com a norma e manter-se em harmonia com ela”.⁷⁴⁰

2.3. Seria apenas com as obras de Beling e de von Liszt que a culpabilidade passaria a ter lugar sistemático na teoria do delito. Inauguram a teoria psicológica, pois reconhecem que a relação entre os dois elementos constitutivos da ação humana, o impulso da vontade e o

⁷⁴⁰ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*.: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872, vol. II, p. 77.

resultado, tem uma dimensão objetiva (relação de causalidade) e outra psicológica (previsão ou possibilidade de previsão do resultado), a que denominaram de culpabilidade.

2.4. Ao positivismo naturalista de Beling e de von Liszt opuseram-se importantes reações teóricas sintetizáveis em duas orientações: uma histórica (encabeçada por Dilthey), e outra filosófica, o neokantismo que, por sua vez, tomou duas direções centrais: a Escola de Marburgo (representada por Cohen, Notarp e Stammler) e a escola sub-ocidental alemã (Lask, Radbruch e Sauer).

2.5. Paulatinamente observou-se a inserção da dimensão normativa na culpabilidade. Decisivas, nesse sentido, as contribuições de Reinard Frank (circunstâncias concomitantes), Goldschmidt (que inverte a abordagem de Frank para centrar-se na norma de dever) e Freudenthal (exigibilidade de conduta diversa).

2.6. A teoria normativa pura adviria da obra de Hans Welzel, para quem a culpabilidade é a responsabilidade pelo comportamento antijurídico, estando dolo e culpa inseridos na tipicidade. Trata-se de reprovação em face de um autor que poderia ter agido de acordo com a norma, não em sentido abstrato (“um alguém qualquer no lugar do autor”), porém aquela pessoa naquela situação: exige-se que ela pudesse ter engendrado uma vontade consoante a norma.⁷⁴¹ Trata-se da posição preponderante na doutrina brasileira.

2.7. A grande ruptura com o modelo finalista de Welzel deu-se por meio do pensamento funcionalista, cujos eixo central é a superação do problema do livre-arbítrio inerente à inexigibilidade de conduta diversa por paradigmas atrelados à prevenção geral. A pena deve ser apreciada com vistas à prevenção de novos delitos, cabendo à culpabilidade papéis variados: (i) numa primeira versão, defendida por Roxin, é sentida como um limite à missão preventiva do Direito penal; (ii) em versão mais radical, é eliminada, cedendo à pura prevenção (Jakobs e Gimbernat Ordeig); e (iii) na formulação de Muñoz Conde é definida no marco do processo de socialização, deixando de ser reprovação, e adquirindo contornos de frustração de expectativa social.

⁷⁴¹ WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlim: Walter de Gruyter & Co.: 1969, p. 141.

3. Há uma imagem de sujeito, racional, livre e igual, engendrada nas primeiras formulações de culpabilidade que se mantém inalteradas ao longo das teorias subseqüentes. Há, igualmente, uma imagem de Direito penal como herdeiro do Direito natural que *mutatis mutantis* mantém muito pouco alterada, alterando seu lócus do Direito natural para o de bem jurídico penalmente relevante, fórmula genérica que legitima *ex ante* a importância dos bens jurídicos tutelados penalmente. Por fim, a máxima de que a um delito há que se impor uma pena mantém-se intocada, alcançando, no funcionalismo, sua versão extremada.

3.1. A imagem de sujeito que dá sustento à culpabilidade mostra-se questionável desde a perspectiva psicológica. A Psicologia Moral logrou demonstrar que sujeitos moralmente autônomos (capazes de deduzir o conteúdo moral de suas ações em quaisquer circunstâncias) são excepcionais. A Psicanálise, percorrendo outras sendas, chega a conclusão semelhante: a poucos será dada maturação psicológica tal que lhes torne semelhantes ao sujeito pressuposto pelo Direito penal.

3.2. Igualmente questionável a noção de que os bens jurídicos protegidos pelo Direito penal gozem de universalidade. A teoria das subculturas criminais escancara a constituição heterogênea do corpo social e como a apreciação de valores dependerá sempre do contexto social; a teoria do *labeling*, por sua vez, denuncia os filtros do sistema punitivo, revelando que o delito é antes um rótulo e, portanto, desprovido de conteúdo ontológico não podendo ser, conseqüente, universal. Ainda que não se aceitassem os argumentos dessas teorias, a expansão do Direito penal contradiz, no plano fático, a idéia de que este tutela apenas aqueles bens jurídicos especialmente relevantes.

3.3. Por fim, a relação entre delito e pena mostra-se contraditória. A psicanálise logrou mostrar como a violência só encontra uma resolução saudável em mecanismos integradores da libido, servindo a pena como puro reforço de violência, formando um círculo vicioso. Também a sociologia da punição, especialmente por meio da produção do abolicionismo penal, explicitou os efeitos negativos da prisão, inerentes à sua condição mesma (e não tanto à gestão do cárcere).

3.4. A culpabilidade, assim, sustenta-se sobre pilares que se mostram frágeis em face das críticas das ciências empíricas e revelam um superávit punitivo. O Direito penal, conseqüentemente, sofre de um déficit ético, eis que organiza o aparato estatal a partir de premissas equivocadas, tornando eventual poder punitivo legítimo em violência estatal.

4. Como propostas de re-adequação ética do Direito penal, tem-se, dentro do marco da racionalidade penal moderna: (i) a interpretação do erro de proibição de maneira coerente com a imagem de sujeito fornecida pela psicologia, a saber, erro quanto ao fato de a ação ser penalmente proibida; e (ii) a inserção no rol das causas de exclusão da culpabilidade de uma nova hipótese, a de falta de motivabilidade. No âmbito da aplicação da pena, propõe-se: (iii) uma nova interpretação do conceito de pena-mínima, de sorte que se possa fixar na segunda fase da dosimetria da pena *quantum* aquém no mínimo previsto no tipo penal; e (iv) a inconstitucionalidade da reincidência como agravante.

5. A verdadeira superação, todavia, dar-se-ia escapando-se da racionalidade penal moderna, desatrelando-se, definitivamente, o delito da pena. Delito passaria a ser entendido apenas como uma situação problema que enseja a mobilização da máquina estatal em sua resolução; culpabilidade seria apenas um dano de relação, sendo entendida como uma oportunidade de reparação; e o processo penal seria o ramo do Direito incumbido de dar forma jurídica aos instrumentos de resolução de situações problemáticas buscando o ponto ótimo entre o re-equilíbrio da relação lesionada e a dignidade dos contendores.

5.1. O processo de criminalização teria vários filtros de contenção: (i) o primeiro pelo reconhecimento de que se trate de um delito em sentido estrito; (ii) o segundo por meio dos mecanismos de reparação (psicológica e material); (iii) o terceiro pela condenação sem pena ou a pena não-aflitiva; (iv) o quarto, por fim, quando a pena aflitiva se mostrar inevitável por meio da redução de danos (reintegração social e clínica da vulnerabilidade).

6. Com esses novos contornos, o Direito penal pode re-equacionar seu caráter ético. Desvinculando-se da pena, abdica do poder punitivo em prol de soluções mais dignas e socialmente desejáveis; dentro da racionalidade penal moderna, reforça os filtros de contenção

do poder punitivo, a partir de um conceito de culpabilidade mais coerente com a realidade humana e social, bem como com os próprios pressupostos da dogmática jurídico-penal.

6. BIBLIOGRAFIA CITADA

ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974.

ALEXANDER, Franz; STAUB, Hugo. *Der Verbrecher und seine Richter: ein psychoanalytischer Einblick in die Welt der Paragraphen*. In: MOSER, Tilmann (org.). *Psychoanalyse und Justiz*. Frankfurt: Suhrkamp, 1971.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo penal: ação e jurisdição*. São Paulo: RT, 1975.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea. Dogmática, missão do Direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2007.

ARECHIGA, Manuel Vidaurri. *Estúdios jurídico-penales*. Guanajuato: Universidad de Guanajuato, 1997.

AULETE, Caldas. *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Delta, vol. II, 1964.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2000.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia critica e critica do Direito penal: introdução à sociologia do Direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: ICC/Freitas Bastos Editora, 1999.

_____. *Funções instrumentais e simbólicas do Direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, 1994, ano 2, n. 5, pp. 5-24.

_____. *Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad*. *Nuevo Foro Penal*, n. 15, 1982, jul/set, pp. 737-749.

_____. *Principi del diritto penale mínimo*. Per una teoria dei diritti umani como oggetti e limiti della legge penale. *Bologna: Dei delitti e delle pene*, ano III, n. 3, 1985, pp. 443-473.

BARBOSA, Marcelo Fortes. *Culpabilidade, conceito e evolução*. In: *Revista dos Tribunais*, ano 84, n. 720, outubro, 1995, pp. 374-379.

BARCELOS, Caco. *Abusado: o dono do Morro Dona Marta*. Record: 2003.

- BARNES, Harry Elmer. *The story of punishment*. Boston: The Stratford Company, 1930.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BAUMANN, Jürgen. *Strafreformgesetz: Ergänzung zum Lehrbuch Strafrecht Allgemeiner Teil*. Bielefeld: Ernst und Werner Giesekin, 1970.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Atena Editora, 1959.
- BECKER, Howard. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press, 1966.
- BICUDO, Tatiana Viggiani. *A globalização e as transformações no Direito penal*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 23, julho-setembro, 1998, pp. 97-109.
- BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- _____. *O “sabe” e o “deve saber” como moduladores da culpabilidade – reflexões sobre inovações da Lei 9.426/96*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 23, julho-setembro, 1998, pp. 31-40.
- _____. *Tratado de Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BIZZOTTO, Alexandre. *A imposição constitucional na cominação da pena concreta*. In: FÖPPEL, Gamil (coord.). *Novos desafios do Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 203-223.
- BRANDÃO, Cláudio. *Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito penal brasileiro*. Coimbra: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 15, n. 2, abr/mai 2005, pp. 209-227.
- BRETON, André. *Manifesto surrealista*. 1924. Consultado no sítio www.dominiopublico.gov.br.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- _____. *Direito penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, vol. II.
- CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*. Parte Generale. 7a. ed. Lucca: Tipografia di G. Canovetti, 1889.
- CARTUYVELS, Yves. *D’où vient le Code Penal: une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle*. Montreal: De Boeck Université, 1996.

- CARVALHO, Amilton Bueno de. *O (im)possível julgar penal*. In: FÖPPEL, Gamil (coord.). *Novos desafios do Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 235-245.
- CARVALHO, Salo de. *Anti-manual de criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. *Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista*. Disponível em http://andreischmidt.sites.uol.com.br/Salo_reincidencia.htm, consultado em 22.12.2008.
- _____. *Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo*. Rio de Janeiro: Discursos Sediciosos, ano 11, n. 15/16, 2007, pp. 83-103.
- CATTANEO, Mario A. *Illuminismo e legislazione penale: saggi sulla filosofia del diritto penale nella germania del settecento*. Milão: Edizione Universitarie di Lettere Economia Diritto, 1993.
- CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- CHRISTIE, Nils. *Limits to pain*. Oslo: Universitetsforlaget, 1981.
- COHEN, Albert. *Delinquent boys: the culture of the gang*. New York: The Fress Press e London: Collier Macmillan Publishers, 1971.
- COLLETTE, Albert. *Introdução à psicologia dinâmica: das teorias psicanalíticas à psicologia moderna*. São Paulo: Nacional, 1978.
- CORREIA, Eduardo. *Direito penal e direito de mera ordenação social*. In: INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO EUROPEU DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA (Coimbra). *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra, 1998, pp. 3-18.
- COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de la culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.
- DE LA TAILLE, Yves. *Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas*. Porto Alegre: Artmed, 2006.
- DEBUYST, Christian, DIGNEFFE, Françoise, LABADIE, Jean-Michel, PIRES, Álvaro P. *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*. Montreal: De Boeck, 1996.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. São Paulo/Coimbra: RT/ Coimbra, 2007.

- _____. *Liberdade, culpa e Direito Penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- _____. *O problema da consciência da ilicitude em Direito penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- DONNA, Edgardo Alberto; IUVARO, Maria José. *Reincidencia y culpabilidad: comentario a la ley 23.057 de reforma al Código Penal*. Buenos Aires: Astrea, 1984.
- DURKHEIM, Emile. *Erziehung, Moral und Gesellschaft*. Neuwied: Luchterhand, 1973.
- DURKHEIM, Emile. *L'Éducation Morale*. Paris: PUF, 1902.
- ENGELMANN, Woldemar. *Die Schuldlehre der Postglossatoren*. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1965.
- ERLER, Adalbert; KAUFMANN, Ekkehard (orgs.). *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. Berlin: Erich Schmidt, 1998.
- ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminelle en France: et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu'à nos jours*. Topos Verlag AG: Vaduz e Librairie Edouard Duchemin: Paris, 1882.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo penal brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980.
- FABRICIUS, Dirk. *Folter und unmeschliche Behandlung in Institutionen: Feldeffekte und Schuldfähigkeit als kriminogene Faktoren*. Hamburg: Merus, 2006.
- FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1942.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FERNANDEZ, Gonzalo. *Culpabilidad y teoría del delito*. Montevideu: B de f, 1995.
- FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.
- FERRAZ, Flávio Carvalho. *A eternidade da maçã: Freud e a ética*. 2. ed. São Paulo: Escuta, 1994.

- FIORILLO, Vanda. *Prefácio*. WELZEL, Hans. *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf: un contributo allá storia delle idee dei secoli XVII e XVIII*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993 (1958).
- FÖPPEL, Gamil. *O princípio da legalidade como um ideal radicalmente garantista*. In: FÖPPEL, Gamil (coord.). *Novos desafios do Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 505-538.
- FOUCAULT, Michel. *La verité et les formes juridiques*. In: *Dits et écrits*, t. II, pp. 538-646. Paris: Gallimard, 1974.
- FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1975.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- FRANCO, Alberto Silva. *Globalização e criminalidade dos poderosos*. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2001, pp. 235 a 277.
- FRANK, Reinhard. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*. In: FRANK, Reinhard (org.). *Festschrift für die Juristische Fakultät in Gießen zum Universitäts-Jubiläum*. Giessen: Verlag von Alfred Töpelmann, 1907, pp. 519-547.
- FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *O estatuto teórico da Política criminal*. In: FÖPPEL, Gamil (coord.). *Novos desafios do Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 801-822.
- FREUD, Sigmund. *A general introduction to psycho-analysis*. New York: Permabooks, 1953.
- _____. *O futuro de uma ilusão*. In: *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*: edição brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996, vol. XXI.
- _____. *O mal estar na civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1997.
- _____. *Reflexões para tempos de guerra e morte*. In: EDIÇÃO eletrônica brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1998. CD-ROM.
- FREUDENTHAL, Berthold. *Schuld und Vorwurf*. Tübingen: F.C.B. Mohr, 1922.
- GALAIN PALERMO, Pablo. *La reparación del dano como “terceira via” punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin*. La Rioja: Revista Electrónica de Derecho, n. 3, 2005, pp. 183-220.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1982.

- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de criminologia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- GARZ, Detlef. *Lawrence Kohlberg zur Einführung*. Hamburg: Junius, 1996.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?* Berlin: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, f. 2, 1970, pp. 379-410.
- _____. *Strafrechtssystematik und Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit*. In: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Kenkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973. Berlin: Walter de Gruyter, 1974, pp. 151-169.
- GONZALES, Juliana. *El malestar en la moral: Freud y la crisis de la etica*. Cidade do México: UNAM (Faculdade de Filosofia e Letras), 1997.
- GRINOVER, Ada *et al.* *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.
- GROTHEGUT, Thomas. *Norm- und Verbots(un)kenntnis § 17 Satz 2 StGB*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1992.
- GÜNTHER, Klaus. *A culpabilidade no Direito penal atual e no futuro*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 24, outubro-dezembro, 1998, pp. 78-92.
- _____. *Schuld und kommunikative Freiheit*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2005.
- HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. München: C.H.Beck'sche Verlags, 1981.
- _____. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*. Frankfurt, 1973.
- HEGLER, M. *Die Merkmale des Verbrechens*. Berlin: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 36, 1915, pp. 19-44 e 184-232.
- HEINRICH, Bernd. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Stuttgart: Kohlhammer, 2005, vol. I.
- HERINGER JÚNIOR, Bruno. *Objecção de consciência e Direito penal: justificação e limites*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- HOLDSWORTH, W. S. *A history of English Law*. Boston: Littel, Brown and Co., 1923, vol. II.
- HOLLINGSHEAD, A. B. *Controle social*. Capítulo XXIII de PIERSON, Donald. Estudos de organização social. São Paulo: Martins, 1979, t. II.

- HOMMEL, Karl Ferdinand. *Philosophische Gedanken über das Criminalrecht*. Breslau: Johann Friederich Korn, 1784.
- HOULSMAN, Louk. *La criminologia critica y el concepto de delito*. Capítulo de UNIVERSIDAD DE MEDELLIN. Criminologia Critica. I Seminário. Medellín, 1984.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*. Parte general. Fundamentos y teoria de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- _____. *El principio de culpabilidad*. Madrid: Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales, tomo XLV, fascículo I, janeiro-abril, 1992, pp. 1051-1083.
- _____. *Schuld und Prävention*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976.
- _____. *Sociedad, norma y persona en una teoria de un Derecho penal funcional*. Buenos Aires: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, ano V, n. 9A, 1999, pp. 19-58.
- _____. *Strafrecht Allgemeiner teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Lehrbuch. 2. ed. Berlin: De Gruyter, 1991.
- _____. *Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?* In: HENRICH, Dieter (org.). *Aspekte der Freiheit*. Regensburg: Universität Regensburg, 1982, pp. 69-83.
- JEFFERY, Clarence Ray. *Crime in early English society*. Chicago: The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, vol. 47, n. 6, mar/abr, 1957, pp. 647-666.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; RUSS, Wolfgang; WILLMS, Günther. *Strafgesetzbuch*. Leipziger Kommentar. 10. ed. Berlin: Walter de Gruyter, Erster Band, 1985.
- JESUS, Damásio de. *Direito penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- JIMÉNES DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956, t. V.
- KANT, Immanuel. *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* In: *Werke in zwölf Bänden*. Frankfurt: Wilhelm Weischedel, 1964, vol. XI, pp. 53-61.
- _____. *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*. In: *Werke in zwölf Bänden*. Frankfurt: Wilhelm Weischedel, 1964, vol XI, pp. 33-50.
- KAUFMANN, Armin. *Die Aufgabe des Strafrechts*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1983.
- KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. Heidelberg: Winter, 1961.
- _____. *Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts*. Mainz: Krach, 1949.

_____. *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankes um Strafrecht*. Tübingen: Juristenzeitung, ano 22, n. 18, 1967, pp. 553-560.

KELLY, J. M. *A short history of western legal theory*. Oxford: Clarendon Press: 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Armado Editor, 1984.

KUSNETZOF, Juan Carlos. *Introdução à psicologia dinâmica: das teorias psicanalíticas à psicologia moderna*. São Paulo: Nacional, 1978.

LAPLANCHE, Jean. *Vocabulário da psicanálise*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LEE, A. M. *The levels of culture as level of social generalization*. Washington: American Sociological Review, v. 10, n. 4, agosto, 1945, pp. 485-495.

LUNA, Everardo da Cunha. *Culpabilidade*. São Paulo: Ciência Penal, ano III, n. 4, 1976, pp. 55-74.

LENCKNER, Theodor. *Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit*. In: GÖPPINGER, Hans (org.). *Handbuch der forensischen Psychiatrie*. Berlin: Springer, t. I, Parte A, 1972.

MACHADO, Agapito. *As atenuantes podem fazer descer a pena abaixo do mínimo legal: inteligência do art. 68 do Código Penal apos a redação da Lei 7.209/84*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 78, vol. 647, setembro de 1989.

MACHADO, Marta. *Sociedade de risco e Direito penal: uma avaliação de novas tendências de política criminal*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005.

MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito penal*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, vol. I.

MANZINI, Vincenzo. *Tratatto di diritto penale italiano*. 5. ed. Torino: UTET, 1981.

MATHIESEN, Thomas. *The Politics of Abolition*. Oslo: Universitetsforlaget, 1974.

MELLO, Lydio Machado Bandeira de. *O direito penal hispano-lusitano medieval*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1961.

MERKEL, Adolf. *Derecho penal*. Parte general. Montevidéo/Buenos Aires: B de f, 2004.

MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoria del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. In: MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado Social*. Barcelona: Bosch, 1979.

_____. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevidéo: B de f, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito penal*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 1990.

- _____. *O Código de Processo penal anotado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: Bordas, 1990, t. II.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte general*. Valencia: Tirant lo blanch, 1993.
- _____. *Introdução*. ROXIN, Claus. *Culpabilidade y prevención en derecho penal*. Barcelona: Reus, 1982.
- _____. *Política criminal y dogmática jurídico-penal en la Republica de Weimar*. Revista DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 15-16, vol II, 1994, pp. 1025-1050.
- _____. *Über den materiellen Schuldbegriff*. Heidelberg: Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1978, pp. 65-78.
- NEUMANN, Ulfried. *Der Verbotsirrtum*. München/Frankfurt: Juristische Schulung, ano 33, f. 10, 1993, pp. 793-799.
- _____. *Strafgesetzbuch – Nomos Kommentar*. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2005.
- OTTO, Harro. *Der Verbotsirrtum*. Berlim: Juristische Ausbildung, ano 12, v. 12, 1990, pp. 645-650.
- _____. *Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre*. 7. ed. Berlim: De Gruyter Recht, 2004.
- PESSINA, Enrico. *Elementi di Diritto Penale*. 3. ed. Nápoles: 1872.
- PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo. *Ein unausrottbares Mißverständnis*. Berlin: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 110, f. 3, 1998, pp. 640-657.
- PIRES, Álvaro. *A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos*. São Paulo: Novos Estudos Cebrap, n. 68, março de 2004, pp. 39-60.
- PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, vol I.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A modernização do direito penal brasileiro: sursis, livramento condicional e outras reformas do sistema de penas clássico no Brasil, 1924-1940*. São Paulo: Direito GV/Quartier Latin, 2007.
- RAY-FLAUD, Henri. 2002. *Em torno de o mal-estar na cultura, de Freud*. São Paulo: Escuta, 2002.

- REALE JUNIOR, Miguel. *Dos estados de necessidade*. São Paulo: Bushatsky, 1971.
- _____. *Instituições de Direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- REGIS, Regiane. *Solidão em Estranhos no Paraíso de Olsen Jr.* 103 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Literatura, Departamento de Pós-graduação, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.
- REIK, Theodor. *Geständniszwang und Strafbedürfnis*. In: MOSER, Tilmann (org.). *Psychoanalyse und Justiz*. Frankfurt: Suhrkamp, 1971.
- RICOER, Paul. *De l'interprétation. Essai sur Freud*. Paris: Seuil, 1965.
- ROMAGNOSI, Giandomenico. *Genesis del Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1956.
- ROXIN, Claus. *Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el Derecho penal*. Buenos Aires: Nueva Doctrina Penal, 1996, pp. 479-498.
- _____. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 2. ed. Berlin: De Gruyter, 1973.
- _____. "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien. In: _____ *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4^a. ed. München: De Boeck, 2006, t. I.
- _____. *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*. In: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978. Munique: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, pp. 279-310.
- _____. *Zur problematik des Schuldsstrafrechts*. Berlin: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 96, f. 3, 1984, pp. 641-660.
- ROXIN, Claus; BRUNS, Hans-Jürgen; JÄGER, Herbert (org.). *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft*. Festschrift für Heinrich Kenkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973. Berlin: Walter de Gruyter, 1974, pp. 171-197.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*. Göttingen: Otto-Schwartz, 1969.
- SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: RT, 2007.
- _____. *Crimes ambientais: ensaiando algumas reflexões clínico-criminológicas*. In: SÁ, Alvino Augusto; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 197-215.
- SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

SALDAÑA, Quintillano. *Notas* (para la segunda edición española). CARRARA, Francesco. *Teoria de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*. Tradução de GIRÓN, Vicente Romero. Madri: Gongora, 1926.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHAFFSTEIN, Friederich. *Die allgemeine Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die wissenschaft des gemeinen Strafrechts*. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1930.

SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1965.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht*. In: SCHÜNEMANN, Bernd (org.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin: Walter de Gruyter, 1983, pp. 153-195.

_____. *El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal: un concepto de tres escalas*. In: SCHÜNEMANN, Bernd et al. *La víctima en el sistema penal: dogmática, proceso y política criminal*. Lima: Grijley, 2006, pp. 18-37.

_____. *La culpabilidad: estado de la cuestión*. In: ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madri: Civitas, 2000, pp. 93-128.

_____. *La política criminal y el sistema de derecho penal*. Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XLIV, f. III, set-dez, 1991, pp. 693-713.

_____. *L'evoluzione della teoria della colpevolezza nella Repubblica Federale Tedesca*. Milão: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1990, pp. 3-35.

SHECAIRA, Sergio Salomão. *Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminal, ano 15, vol. 64, 2007, pp. 222-238.

_____. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Pena e política criminal. A experiência brasileira*. In: SÁ, Alvino Augusto; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 321-334, p. 325.

- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: RT, 2002.
- SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: RT, 2002.
- _____. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e da gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch, 1992.
- _____. *A expansão do Direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2002.
- _____. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch, 1992.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *170 anos e legislação penal brasileira: as luzes na Constituição de 1824 e no Código Criminal do Império*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 8, v. 32, out-dez 2000.
- _____. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do Direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- STRATENWERTH, Günther. *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil* 3. ed. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2005, t. I.
- _____. *Tatschuld und Strafzumessung*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1971.
- SUMNER, William. *Folkways: estudo sociológico dos costumes*. Tradução de Lavínia Costa Villela. São Paulo: Livraria Martins Editores, 1950.
- TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Crime e cidade: violência urbana e a Escola de Chicago*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- TAVARES, Juarez. *Culpabilidade: a incongruência dos métodos*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 24, outubro-dezembro, 1998, pp. 145-156.
- TISSOT, J. *Le droit penal*. 3. ed. Paris: Arthur Rousseau, 1888.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, t. I.
- TOSTI, Alfredo. *La culpa penale*. Turin: Bocca, 1908.

- TRABANDT, Helga; TRABANDT, Henning. *Aufklärung über Abweichung*. Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1975.
- TUBENCHLAK, James. *Tribunal do Júri: contradições e soluções*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- VALERIUS, Brian. *Das globale Unrechtsbewusstsein*. Oder: zum Gewissen im Internet. München: Neue Zeitschrift für Strafrecht, ano 23, f. 7, 2003, pp. 341-346.
- VON BAR, Carl. *History of continental criminal law*. New York: Augustus M. Kelley, 1968.
- _____. *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Straftheorien*. Berlim: Weidmann, 1882.
- VON HIRSCH, Andrew. *Paternalismo direto: auto-lesões devem ser punidas penalmente?* Tradução de Helena Regina Lobo da Costa. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 15, n. 67, julho-agosto, 2007, pp. 11-28.
- VON LISZT, Franz. *Die Zukunft des Strafrechts*. Em: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Berlim: 1970, t. II.
- _____. *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche*. In: VON LISZT, Franz, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*. Berlim: Walter de Gruyter, 1905, t. I.
- _____. *Tratado de Derecho penal*. Traduzido da 20a. ed. alemã, por Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1927, t. II.
- _____. *Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*. In: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Berlim: 1970, t. II.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966, vol. III.
- WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlim: Walter de Gruyter & Co.: 1969.
- _____. *Gesetz und Gewissen*. In: WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1975.
- _____. *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf: un contributo alla storia delle idee dei secoli XVII e XVIII*. Torino: G. Giappichelli, 1993 (tradução de Vanda Fiorillo da obra alemã *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*. Berlim: Walter de Gruyter & Co, 1958).

_____. *Naturrecht und Rechtspositivismus*. In: WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1975.

_____. *Wahrheit und Grenze des Naturrechts*. Bonn: Peter Hanstein Verlag, 1963.

WESEL, Uwe. *Geschichte des Rechts*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Criminologia: aproximación desde un margen*. Segunda reimpressão. Bogotá: Temis, 1998.

_____. Culpabilidad por vulnerabilidad. Barcelona: Revista Anthropos, n. 204, 2004, pp. 136-151.

_____. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. *Manual de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 1999.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZIMMERMANN, Stefan. *Strafrechtliche Vergangenheitsaufarbeitung und Verjährung*. Freiburg im Breisgau: IUSCRIM, 1997.

ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Sobre la inconstitucionalidade de la agravante de reincidencia*. Madri: Poder Judicial (Consejo General del Poder Judicial), 2^a. época, n. 13, março, 1989.