

PAULO BUENO DE AZEVEDO

**Ensaio sobre a irracionalidade do sistema criminal à luz da obra
religiosa de Lev Tolstói**

Tese de Doutorado

Orientadora: Prof.^a Dra. Janaina Conceição Paschoal

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

PAULO BUENO DE AZEVEDO

**Ensaio sobre a irracionalidade do sistema criminal à luz da obra
religiosa de Lev Tolstói**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação da Prof.^a Dra. Janaina Conceição Paschoal.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

Autorizo a reprodução total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Azevedo, Paulo Bueno de

Ensaio sobre a irracionalidade do sistema criminal à luz da obra religiosa de Lev Tolstói / Paulo Bueno de Azevedo ; orientadora Janaina Conceição Paschoal -- São Paulo, 2018.

423 p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Direito Penal. 2. Religião. 3. Literatura. 4. Tolstói. I. Paschoal, Janaina Conceição, orient. II. Título.

Nome: AZEVEDO, Paulo Bueno de

Título: ENSAIO SOBRE A IRRACIONALIDADE DO SISTEMA CRIMINAL À LUZ
DA OBRA RELIGIOSA DE LEV TOLSTÓI

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência
parcial para obtenção do título de Doutor em
Direito.

Aprovado em: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Às minhas quatro crianças, Heloisa, Pedro Henrique, Clarissa e Lucas, pelo riso fácil e pela constante alegria que aquecem o meu coração, na esperança de que, no futuro, contribuam para um mundo melhor.

AGRADECIMENTOS

O caminho da elaboração de uma tese de doutorado é longo e difícil, cheio de reviravoltas em nossas próprias ideias e concepções, proporcionando uma espécie de autoanálise de nossos conhecimentos. Tudo isso decorre de leituras, conversas e, o pior de tudo, um certo distanciamento da família enquanto fazemos com que as ideias encarceradas em nosso subconsciente de repente ganhem vida e se tornem palavras, escritas na tela de um computador e, depois, impressas no papel. Dessa forma, o espaço de agradecimentos também pode ser utilizado para alguns pedidos de desculpas.

Sendo o presente trabalho fruto de toda uma vida, agradeço a Deus, preliminarmente, por tudo.

A meus pais, devo a minha educação e a criação do gosto pelo aprendizado.

À minha esposa e a nossos filhos, devo mais desculpas por ocupar tanto do meu escasso tempo com a tese, porém, ao mesmo tempo, agradeço a paciência.

A Jorge Miguel, meu primeiro professor de Direito Penal na Universidade Presbiteriana Mackenzie, agradeço as aulas sempre repletas de exemplos da Literatura, as quais também inspiraram o presente trabalho.

À minha orientadora, Janaina Conceição Paschoal, agradeço o zelo e a atenção com os quais leu os presentes originais, reconhecendo a importância das suas inúmeras sugestões, indagações e críticas que muito contribuíram para os acertos desta obra, sendo os erros de minha total responsabilidade.

Aos professores que compuseram a banca de qualificação, Helena Regina Lobo da Costa e Alvino Augusto de Sá, agradeço as pertinentes críticas e opiniões sobre o trabalho, que ajudaram a direcionar o rumo de minhas reflexões.

Agradeço, ainda, a todos os professores e colegas, sendo impossível nominar todos, das disciplinas que frequentei durante o doutorado, todas úteis para as ideias que procurei elaborar nesta tese.

É claro que tenho muito a agradecer a Lev Nikoláievich Tolstói, um dos mestres da Literatura russa, cuja obra, em especial o livro “Minha religião”, pelo

acaso ou não acaso, chegou às minhas mãos e mudou definitivamente todo o meu modo de ver e compreender o Direito Penal. Tolstói, a sua obra é eterna!

Finalmente, agradeço a meu filho que não chegou a nascer, mas cumpriu a sua missão, tornando tudo isso possível.

“A la luz de las nuevas técnicas, con un aparato experimental y estadístico de primerísimo orden y una metodología impecable, las ingeniosidades de un TARDE, un GAROFALO o un GUYAU nos parecen hoy como insignificantes juegos de palabras. Y sin embargo, es sorprendente constatar que, por el contrario, las obras de los grandes literatos, de un STENDHAL, un DOSTOIÉWSKI o un TOLSTÓI, no sólo no quedan anticuadas, sino que sus apreciaciones siguen teniendo, por regla general y en lo más esencial, la más absoluta vigencia.”

(ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, *La criminología en la literatura universal*)

*“Amar os próprios inimigos?
Impossível! Este era um daqueles
pensamentos sublimes que devemos
considerar apenas uma alusão a um
ideal moral impossível de atingir. Exigia
tudo ou nada. Talvez fosse possível
não fazermos o mal a nossos inimigos
– mas amá-los! Não! Mas Jesus não
exigia o impossível. E, além disso, nas
palavras que se referiam à lei antiga:
‘Vocês ouviram o que foi dito [...]
odeiem o seu inimigo’, havia causa
para dúvida. Em outras referências,
Jesus citava textualmente os termos da
lei mosaica; mas aqui, ele parece citar
palavras às quais não atribui
autoridade; parece estar criticando a lei
de Moisés.”*

(LEV TOLSTÓI, *Minha religião*)

RESUMO

AZEVEDO, Paulo Bueno de. **Ensaio sobre a irracionalidade do sistema criminal à luz da obra religiosa de Lev Tolstói**. 2017. 423 f. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

O presente estudo versa sobre a irracionalidade do sistema criminal sob a perspectiva da obra religiosa de Tolstói. Em sua obra “Minha religião”, equivalente a uma releitura dos Evangelhos por Tolstói, o escritor russo, em alguns trechos, critica veementemente o sistema de justiça criminal, por intermédio de três refutações. De fato, para Tolstói, o livre-arbítrio seria uma ilusão e o Direito Penal seria completamente contrário aos ensinamentos de Jesus Cristo e também à própria razão. De acordo com Tolstói, não se apaga o fogo com fogo. Nesta tese, serão analisadas, uma a uma, as assertivas de Tolstói. O livre-arbítrio será estudado sob diversos prismas (teológico, filosófico, literário, jurídico e neurofilosófico). Após, será examinado se o Direito Penal é realmente contrário aos ensinamentos de Jesus Cristo, discussão relevante num país de maioria cristã como o Brasil e no qual, ademais, igrejas cristãs têm influenciado o Parlamento em temas penais, como o aborto. Por fim, a irracionalidade ou racionalidade do sistema criminal será averiguada sob o ponto de vista tanto da existência quanto do funcionamento. Encerrando o trabalho, algumas propostas legislativas serão formuladas, concluindo-se com a demonstração da importância da leitura de Tolstói para os juristas contemporâneos.

Palavras-chave: Tolstói. Sistema criminal. Religião. Irracionalidade.

ABSTRACT

AZEVEDO, Paulo Bueno de. **Essay on the irrationality of the criminal system in the light of Lev Tolstoy's religious work**. 2017. 423 f. Doctorate – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

The present study deals with the irrationality of the criminal system from the perspective of Tolstoy's religious work. In his work "My religion", equivalent to a rereading of the Gospels by Tolstoy, the Russian writer, in some parts, vehemently criticizes the criminal justice system by means of three refutations. In fact, for Tolstoy, free will would be an illusion and Criminal Law would be completely contrary to the teachings of Jesus Christ and also to reason itself. According to Tolstoy, the fire is not extinguished with fire. In this work, Tolstoy's assertions will be analyzed one by one. Free will be studied under various prisms (theological, philosophical, literary and neurophilosophical). Afterwards, it will be examined whether criminal law is really contrary to the teachings of Jesus Christ, a relevant discussion in a country with a Christian majority such as Brazil and in which, in addition, Christian churches have influenced the Parliament in criminal matters, such as abortion. Finally, the irrationality or rationality of the criminal system will be investigated from the point of view of both existence and functioning. In closing the work, some legislative proposals will be formulated, concluding with the demonstration of the importance of the reading of Tolstoy for the contemporary jurists.

Keywords: Tolstoy. Criminal system. Religion. Irrationality.

RIASSUNTO

AZEVEDO, Paulo Bueno de. **Saggio sull'irrazionalità del sistema criminale alla luce dell'opera religiosa di Lev Tolstoj**. 2017. 423 f. Dottorato – Scuola di Legge, Università di São Paulo, São Paulo, 2017.

Il presente studio riguarda l'irrazionalità del sistema criminale dal punto di vista dell'opera religiosa di Tolstoj. Nella sua opera "Mia religione", equivalente a una rilettura dei Vangeli di Tolstoj, lo scrittore russo, in alcune parti, critica veementemente il sistema di giustizia criminale attraverso tre confutazioni. In effetti, per Tolstoj, il libero arbitrio sarebbe un'illusione, il Diritto Penale sarebbe completamente contrario agli insegnamenti di Gesù Cristo e anche alla ragione stessa. Secondo Tolstoj, il fuoco non si estingue con il fuoco. In questo lavoro, le asserzioni di Tolstoy saranno analizzate una per una. Il libero arbitrio sarà studiato sotto vari prismi (teologico, filosofico, letterario e neurofilosofico). Successivamente, verrà esaminato se il Diritto Penale è in realtà contrario agli insegnamenti di Gesù Cristo, una discussione rilevante in un paese di maggioranza cristiana come il Brasile e in cui, inoltre, le chiese cristiane hanno influenzato il Parlamento in materia penale, come l'aborto. Infine, l'irrazionalità o la razionalità del sistema criminale saranno investigate dal punto di vista dell'esistenza e del funzionamento. Chiudendo i lavori, verranno formulate alcune proposte legislative e si concluderà con la dimostrazione dell'importanza della lettura di Tolstoj per i giuristi contemporanei.

Parole: Tolstoj. Sistema criminale. Religione. Irrazionalità.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 O JULGAMENTO DO DIREITO PENAL (OU DESVENDANDO O TÍTULO DA PRESENTE TESE).....	22
1.1 Por que Tolstói?.....	22
1.2 O que queremos dizer ao nos referirmos ao sistema criminal?	31
1.3 Um ensaio sobre irracionalidades e uma proposta concreta de modificação.....	37
2 A ILUSÃO DO LIVRE-ARBÍTRIO (OU O JULGAMENTO DA LIBERDADE PERANTE A RELIGIÃO, A FILOSOFIA, A CIÊNCIA, A LITERATURA E O DIREITO).....	43
2.1 Afinal, por que você está lendo isto?.....	43
2.2 O julgamento da liberdade pela Religião	45
2.2.1 Santo Agostinho e o livre-arbítrio mitigado: a controvérsia pelagiana	47
2.2.2 Orígenes e sua interpretação da Bíblia.....	53
2.2.3 Tomás de Aquino e as limitações do livre-arbítrio	58
2.2.4 A disputa entre Erasmo de Roterdã e Martinho Lutero.....	62
2.3 O julgamento da liberdade pela Filosofia (primeira parte)	74
2.3.1 Aristóteles e a análise da vontade e da decisão.....	75
2.3.2 Leibniz e a teodiceia do livre-arbítrio	79
2.3.3 Nietzsche entre o livre e o cativo-arbítrio.....	85
2.3.4 Julián Marías e as tentações dos determinismos	94
2.4 A segunda parte do julgamento da liberdade pela Filosofia (Neurofilosofia, Filosofia da Mente ou do Cérebro) e a Neurociência ...	97

2.5 O julgamento da liberdade pela Literatura: considerações sobre a força misteriosa, o fardo e a culpa.....	119
2.6 O julgamento da liberdade pelo Direito	127
2.6.1 Pedro Lessa e, novamente, a força misteriosa	128
2.6.2 Hans Welzel, Gunther Jakobs e Winfried Hassemer: o livre-arbítrio na Dogmática germânica.....	133
2.6.3 Ronald Dworkin e o princípio da capacidade	140
2.6.4 O ator situado, de Alvíno Augusto de Sá	144
2.7 Interregno jocoso: se quem pratica o fato definido como crime não possui livre-arbítrio, por que o teria o juiz criminal?	149
2.8 Nossa decisão: <i>in dubio pro libertatis</i>	152
3 O ANARQUISMO CRISTÃO DE TOLSTÓI E O DIREITO PENAL	159
3.1 Por que ler este capítulo, se Tolstói está indubitavelmente errado? ...	159
3.2 A teologia de Tolstói	161
3.3 Tolstói, o primeiro abolicionista do Direito Penal?.....	166
3.4 Teologias literárias de Tolstói e Dostoiévski: Jesus Cristo, a Igreja e o único castigo verdadeiro	174
3.5 O processo e o sacrifício de Jesus Cristo como argumento de legitimidade do Direito Penal.....	179
3.6 Catolicismo e Direito Penal	188
3.7 Cristianismo e justiça restaurativa.....	193
3.8 Veredito sobre a compatibilidade do Direito Penal com o Cristianismo	199
4 TOLSTÓI E A IRRACIONALIDADE DO SISTEMA CRIMINAL	208
4.1 O Direito Penal entre a fé e a razão	208
4.1.1 É possível uma Ciência do Direito Penal?	209

4.1.2	<i>A existência do Direito Penal: fé racional ou irracional?</i>	222
4.1.3	<i>A hipótese abolicionista, o paradoxo de Nuremberg e a Lei do Amor: em busca da racionalidade do Direito Penal</i>	229
4.2	O inevitável funcionamento irracional do sistema criminal	237
4.2.1	<i>Aborto: religião, ética e democracia</i>	242
4.2.1.1	<i>Aborto e a irracionalidade dos argumentos favoráveis e contrários à descriminalização</i>	250
4.2.2	<i>Irracionalidade dos crimes contra o sentimento religioso</i>	262
4.2.3	<i>Apropriação indébita previdenciária: o que faz de um crime um crime?</i>	266
4.2.4	<i>Projetos de lei de abuso de autoridade e a inusitada semelhança com o artigo 34 da Lei nº 9.605/98</i>	271
4.2.5	<i>O artigo 273 do Código Penal, o mito da proporcionalidade e uma decisão racionalmente irracional</i>	279
4.2.6	<i>Encarceramento em massa e a seletividade: irracionalidade no tratamento dado aos crimes de rua e aos crimes do colarinho branco</i> ..	289
4.3	Veredito sobre a irracionalidade do sistema criminal	297
5	EM BUSCA DA MITIGAÇÃO DA IRRACIONALIDADE DO SISTEMA CRIMINAL: A ÚLTIMA RECOMENDAÇÃO DE TOLSTÓI	305
5.1	O que devemos fazer?	305
5.2	Em busca da racionalidade possível do sistema criminal	312
5.2.1	<i>Os níveis de racionalidade, seu critério e a eficiência</i>	316
5.2.2	<i>A última recomendação de Tolstói e as nossas propostas: instituição dos critérios da dúvida global, da seletividade inversa para os crimes não violentos e da eficiência como corolário da ultima ratio</i>	324
5.2.2.1	<i>O critério da dúvida global: pela utilização do Direito Penal Comparado</i>	328

5.2.2.2 O critério da seletividade inversa para os crimes não violentos	334
5.2.2.3 O critério da eficiência como corolário da <i>ultima ratio</i>	342
5.2.3 <i>Algumas propostas concretas</i>	346
5.2.3.1 Descriminalização parcial do aborto	346
5.2.3.2 Descriminalização dos crimes contra o sentimento religioso e algumas mudanças correlatas	354
5.2.3.3 Fraudes fiscais: correção de interpretação e de rumos	356
5.2.3.4 Como evitar a criminalização do mero descumprimento de regras administrativas: o caso da pesca e a importância do bem jurídico ..	358
5.2.3.5 Corrigindo penas extremamente desproporcionais: proposta para casos como o do artigo 273 do Código Penal.....	362
5.2.3.6 Algumas propostas para a redução do encarceramento em massa	364
5.3 A título de epílogo: ler Tolstói nos faz melhores juristas?	376
CONCLUSÃO.....	385
REFERÊNCIAS	389

INTRODUÇÃO

Há quem diga que uma introdução deve ser elaborada apenas ao final do trabalho, enquanto outros, já cientes de tudo o que será escrito, não têm problemas em confeccioná-la logo no início. De minha parte, estou escrevendo esta introdução mais ou menos no meio da elaboração da tese, após a redação de dois capítulos, de modo que ela acaba sendo um resumo do que já foi escrito e uma previsão do que ainda virá.

E se essa informação parece pouco convencional ou inútil ao leitor, aviso que assim o faço porque, depois de dois capítulos, consegui encontrar o tom da obra, ou, mais exatamente, o seu estilo. E essas poucas linhas já revelam que não se trata de algo muito convencional, ao menos para os padrões acadêmicos do campo jurídico. Trata-se de uma obra que, tentando não perder o rigor científico e argumentativo, é convidativa ao diálogo e busca mostrar mais incertezas do que certezas. Sobre as últimas, procurarei fundamentá-las da forma mais objetiva e racional possível. Não obstante a tentar demonstrar que uma total racionalidade é algo impossível no Direito Penal.

A essa altura, o leitor pode estar pensando que, desde a leitura do título, já esperava algo, digamos, diferente. Ou pode muito bem ter pensado que esta tese seria uma tentativa estéril de demonstrar uma suposta erudição. Garanto que não é o caso, e também asseguro que não se trata de falsa modéstia. Asseguro não ser o caso, visto que não concebo o presente trabalho como definitivo e não considero que falarei verdades absolutas. Tudo estará sujeito a críticas, contestações, concordâncias e discordâncias.

Neste momento, o leitor pode considerar a presente abertura demasiadamente não tradicional, quase como se eu estivesse lhe escrevendo uma carta, um *e-mail* ou, para tentar chegar à pós-modernidade, uma mensagem por um aplicativo de celular. Porém, é exatamente essa a minha intenção e já irei explicar o porquê.

Geralmente, ao ler introduções de obras jurídicas ou de outros campos do conhecimento, encontro uma série de informações sobre a relevância do tema, a metodologia de trabalho e o resumo dos capítulos. Contudo, em regra, falta uma

informação que talvez seja relevante para alguns, talvez não para outros: por que o autor decidiu escolher exatamente aquele tema? Por que crimes omissivos? Por que imputação objetiva? Por que crimes contra a vida ou contra o patrimônio? Alguns casos são bastante óbvios, como o penalista que escreve um manual acadêmico sobre a parte geral do Código Penal, dedicado a estudantes de graduação, ou sobre Direito Penal Econômico, tema atualíssimo e que atrai a predileção de muitos que desejam iniciar ou aprimorar a carreira de criminalistas.

Todavia, outros casos são muito pouco óbvios, gerando sérias dúvidas acerca das razões que levaram alguém a escrever sobre, por exemplo, o Direito Penal e Tolstói. E, como é este exatamente o meu caso, aqui chega o ponto em que desejo esclarecer essa questão.

A resposta pode decepcionar o leitor, mas a ideia me ocorreu por mero acaso (ou será que não?). Explico melhor. Alguns anos atrás, enfrentei um dos piores momentos da minha vida, com a descoberta do abortamento espontâneo de minha primeira criança. Ou, pelo menos, daquela que seria a primeira.

Como todo crente e religioso nada praticante, resolvi buscar o Senhor apenas no momento difícil, não exclusivamente por meio de orações, mas também por leituras de livros que melhor explicassem os ensinamentos de Jesus Cristo. Era um misto de tentativa de me redimir, de entender melhor o ocorrido e de reforçar a minha fé por meio da razão.

Foi por ocasião dessas leituras que o acaso, ou não acaso, me fez encontrar a obra “Minha religião”, de Tolstói.¹ Manuseando inicialmente o livro, chamaram-me a atenção as informações de que se tratava de uma crítica de Tolstói à Igreja Ortodoxa russa (tão severa a crítica que ele acabou por ser excomungado), além do que o grande escritor russo teria feito a sua própria tradução da Bíblia. A obra me interessou e a adquiri por motivos em nada relacionados ao Direito Penal.

No entanto, para a minha surpresa, e para o meu agrado (o Direito Penal sempre foi a minha disciplina predileta nos tempos da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie), Tolstói, nessa obra, falou algumas coisas sobre o Direito Penal. Não foram nada agradáveis, porém, suas considerações, e, embora a explicação mais abrangente esteja no capítulo 1 desta tese, as

¹ TOLSTÓI, Liev. *Minha religião*. Organização e tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Girafa, 2011.

resumirei aqui, rapidamente: 1) o livre-arbítrio é uma ilusão; 2) o Direito Penal é completamente contrário à Lei do Amor de Jesus Cristo; e 3) o Direito Penal é contrário à razão.

No primeiro capítulo, além de explicitar essas questões, farei uma espécie de explicação do título do presente trabalho, analisando os seus principais termos. A pergunta inicial será: por que Tolstói?

Tolstói, amparado na sua interpretação dos Evangelhos, condenou o Direito Penal, o que provocou em mim uma série de reflexões, passando eu a me perguntar se ele estava certo.

Há alguma importância em se saber se Tolstói tem razão ao apartar totalmente Direito Penal e Cristianismo?

Acredito que a conclusão seria muito relevante para os dias de hoje, eis que, quando se fala, por exemplo, em descriminalização do aborto ou das drogas, invariavelmente é noticiado que a Igreja Católica e outras Igrejas Cristãs posicionam-se de forma contrária. Num país laico, mas com uma população predominantemente religiosa, a oposição da Igreja é, sem dúvida, um obstáculo significativo à descriminalização de alguns temas.

É notório, ainda, que, não obstante o nosso país seja formalmente laico, existem diversos parlamentares ligados a Igrejas, comumente chamados de “bancada evangélica”, especialmente influente e interessada em alguns temas de Direito Penal, a exemplo do crime de aborto e das respectivas excludentes de ilicitude. Alguns desses parlamentares (ainda que para ganhar o voto dos fiéis), são movidos por razões expressamente religiosas, o que enfraquece a garantia da laicidade.

Mas, se Tolstói estiver certo, não deveria a Igreja posicionar-se, em verdade, pela total abolição do Direito Penal ou, no mínimo, se abster de confrontar tentativas de descriminalizar esse ou aquele crime? Isso é o que analisarei no capítulo 3 deste estudo, depois de, no capítulo 2, examinar a afirmação de que o livre-arbítrio é uma ilusão.

A respeito do segundo capítulo, vale notar que ele também possui grande relevância atual, em tempos nos quais a legitimidade do Direito Penal parece ser posta em questão pela Neurociência. Discutirei o tema do livre-arbítrio em seus diversos aspectos: teológico, filosófico, neurocientífico, jurídico e até literário.

A propósito, é importante ressaltar que a presente tese não buscará fazer proselitismo nem terá cunho religioso-moralista. Não pretendo induzir ninguém a acreditar nem a desacreditar. Cada qual com a sua fé ou falta dela. Por uma questão de transparência, a minha fé, desde já, está colocada, e o leitor pode levar isso em consideração ao avaliar a tese e suas propostas.

A análise da compatibilidade entre Cristianismo e Direito Penal, no capítulo 3, será, portanto, objetiva, e, na medida do possível, científica, mas com uma metodologia interdisciplinar, quase se aproximando da transdisciplinaridade.² Este estudo, portanto, não tem caráter estrita ou predominantemente dogmático. Vez ou outra, recorreremos à Dogmática, porém nem sempre. Poderei transitar entre a Filosofia, a Teologia, o Direito, a Literatura, a Política, a Criminologia etc. Sim, será mantido o enfoque jurídico. Mas, onde termina o olhar jurídico e começa o teológico ou o filosófico? Onde fica a Dogmática Penal na análise política ou na criminológica? A verdade é que o estudo do sistema criminal seria incompleto num olhar exclusivamente jurídico ou dogmático. Seria possível compreender, por exemplo, a jurisprudência penal somente sob a perspectiva dogmática? Não são poucos os casos de teorias penais que, em regra, restam ignoradas nas decisões dos juízes. A seletividade do sistema de justiça criminal, frequentemente acusada pela Criminologia, não pode ser analisada única e exclusivamente do ponto de vista dogmático. Não estou aqui a menosprezar a Dogmática. Pelo contrário, ela será importante auxiliar quando analisarmos, adiante, algumas normas penais, projetos de lei e julgados criminais. Contudo, deve-se reconhecer que um estudo sobre a racionalidade ou irracionalidade do Direito Penal deve ir muito além dela, como oportunamente será demonstrado nos dois últimos capítulos.

² Em tempo, cito os seguintes artigos da Carta da Transdisciplinaridade, adotada no Primeiro Congresso Mundial da Transdisciplinaridade, apoiado pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO): “Artigo 3 - A transdisciplinaridade é complementar à aproximação disciplinar: faz emergir da confrontação das disciplinas dados novos que as articulam entre si; oferece-nos uma nova visão da natureza e da realidade. A transdisciplinaridade não procura o domínio sobre as várias outras disciplinas, mas a abertura de todas elas àquilo que as atravessa e as ultrapassa. [...] Artigo 7 - A transdisciplinaridade não constitui uma nova religião, uma nova filosofia, uma nova metafísica ou uma ciência das ciências. [...] Artigo 9 - A transdisciplinaridade conduz a uma atitude aberta com respeito aos mitos, às religiões e àqueles que os respeitam em um espírito transdisciplinar. [...] Artigo 14 - Rigor, abertura e tolerância são características fundamentais da atitude e da visão transdisciplinar. O rigor na argumentação, que leva em conta todos os dados, é a barreira às possíveis distorções. A abertura comporta a aceitação do desconhecido, do inesperado e do imprevisível. A tolerância é o reconhecimento do direito às idéias e verdades contrárias às nossas”. Cf. *Educação e transdisciplinaridade*. Paris: UNESCO, 2000, p. 168-171. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001275/127511por.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2016.

No capítulo 4, analisarei a assertiva de que o Direito Penal é contrário à razão, investigando as doutrinas abolicionistas e as irracionalidades que permeiam o sistema criminal, examinando se elas são evitáveis ou se são inerentes ao seu funcionamento.

Finalmente, no capítulo 5, tentarei delinear algumas soluções aos problemas verificados e procurarei esboçar algumas propostas de mudanças para a legislação penal, explicitando as razões pelas quais enfocarei determinados crimes. Algumas propostas legislativas de terceiros também serão analisadas.

Sugerir um projeto de lei numa obra jurídica pode ser inusitado, mas é estranho que o seja. Na grande maioria das faculdades de Direito, inexistem disciplinas específicas sobre como se deve elaborar uma lei. As aulas práticas, em regra, restringem-se às peças processuais. O estudante de Direito aprende a interpretar a lei, porém não aprende a elaborá-la. Mas isso não é tarefa do jurista, dirão alguns. E por que não? Quem seria mais habilitado do que o jurista para elaborar uma lei? Serão propostos alguns critérios gerais para a elaboração de leis penais, seja criminalizando ou descriminalizando, atentando-se, ainda, a uma crucial recomendação de Tolstói, a ser oportunamente mencionada.

A propósito, devo admitir, ainda, uma falha crucial neste trabalho, que pretende analisar o Direito Penal sob a ótica das obras religiosas de Tolstói: não entendo o idioma russo. O resultado disso é que me limitarei às traduções de Tolstói. Isso pode ser um problema, se nos lembrarmos da expressão italiana *traduttore, traditori*.³ Para minimizar esse obstáculo, recorri à leitura de diversas obras de Tolstói, incluindo os seus grandes romances (“Guerra e paz” e “Anna Karênina”, dentre outros), com diferentes traduções e tradutores.

Além disso, entendo necessária ainda mais uma informação a meu respeito, a qual considero elementar ao desenvolvimento do presente trabalho.⁴ Escrevo estas linhas na perspectiva da minha atuação profissional, que a cada

³ Em Português: tradutor, traidor.

⁴ Essa informação, além de tudo de pessoal a meu respeito que já foi dito, justifica a redação da presente introdução na primeira pessoa do singular, o que difere da redação dos demais capítulos, escritos na primeira pessoa do plural. Não vislumbro que a escrita na primeira pessoa do singular seja uma questão de arrogância. Talvez transmita até mais transparência, ao indicar, de maneira clara, o posicionamento pessoal do autor, do qual os leitores podem discordar à vontade. Dentre os inúmeros textos na língua inglesa, analisados neste trabalho, a maioria é escrita na primeira pessoa do singular, não tendo me causado qualquer impressão de arrogância. Entretanto, no capítulo 1, explicaremos a nossa opção pela utilização da primeira pessoa do plural no corpo da tese.

dia me molda e me forma. Escrevo, pois, sob o olhar de um juiz criminal. Não conseguiria escrever qualquer coisa sobre Direito Penal esquecendo-me da minha atividade na vara criminal. Isso me traz uma dificuldade maior, qual seja o dever de coerência. Se eu tenho independência como juiz, tenho, da mesma forma, liberdade acadêmica. Em alguns momentos do texto, poderei fazer referência, ainda que genérica, a algum processo por mim decidido. Trata-se de algo um tanto quanto incomum nas obras jurídicas, é bem verdade, especialmente considerando-se a assertiva de muitos no sentido de que o Direito também é uma Ciência. Pois bem, muitos cientistas de outros campos do conhecimento comumente referem-se aos seus experimentos. Isso, em regra, não acontece no campo jurídico, que também se pretende científico.⁵

É preciso dizer, além disso, que o ingresso na magistratura modificou a minha percepção do Direito Penal. Não posso mais abraçar uma causa: tenho que decidi-la, não conforme a minha vontade pessoal (ou a minha fé), mas de acordo com o ordenamento jurídico, o qual, todavia, deve ser por mim interpretado. E qual a linha que separa a interpretação fundada em critérios dogmáticos da interpretação fundada em critérios pessoais? É possível traçar essa linha divisória? Isso vale para qualquer estudo ou obra doutrinária. O autor de um determinado trabalho é o acadêmico ou o advogado, o promotor etc.? Essa dúvida e esse dever de coerência certamente me perseguiram na realização deste trabalho. Apenas objetivo apontar, genericamente, em poucos momentos, alguns casos que já decidi e que serviram para moldar a minha atual visão.

Por sinal, dentro da minha experiência como juiz criminal, também posso traçar um divisor de águas, qual seja a experiência, como juiz substituto, numa vara especializada em crimes contra o sistema financeiro nacional e lavagem de valores. O trabalho na vara especializada tinha por enfoque aquilo que a Criminologia chamou de criminalidade do colarinho branco. Ao mesmo tempo, como juiz substituto, eu era chamado a atuar em outras varas criminais comuns, o

⁵ No decorrer do presente trabalho, analisarei, ainda que de maneira rápida, a questão do Direito como Ciência. De qualquer forma, o método deste estudo seguirá os critérios para se chegar à objetividade: 1) a resistência da coisa; e 2) a suprassubjetividade. Pelo primeiro, sempre enfrentarei a resistência do objeto de estudo às minhas análises e conclusões pessoais, o que equivale a desenvolver um olhar crítico aos meus próprios pré-conceitos e verificar a validade de minhas considerações. Já a suprassubjetividade envolve o enfrentamento crítico de diferentes pontos de vista. Tais critérios são vistos na obra de Enrique Gimbernat Ordeig acerca do caráter científico do Direito Penal (Cf. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Tradução de José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 103-105).

que me fez perceber, com maior clareza, uma diferença de tratamento, na jurisprudência, entre os crimes do colarinho branco e os crimes de rua. Minha percepção sobre tal diferença se consolidou com a minha promoção a juiz federal titular da Subseção Judiciária de Andradina, uma tranquila cidade do interior paulista.

Essa pode parecer uma informação inócua, mas não o é. Até adiantar que tem a ver com a tese do ator situado, a ser discutida no capítulo 2. Assim, os locais em que estive e aquele no qual estou interferem em minha visão das coisas. Quando cheguei à Andradina, uma interessante constatação: o número de presos provisórios era muito superior ao da vara especializada da Capital. Não é exatamente surpreendente. Tentarei explorar as razões disso no decorrer da tese.

A todos, desejo uma boa leitura e, espero, o início de um efetivo novo diálogo sobre o Direito Penal. Tenho esperança de que, um dia, pelo menos algum de meus filhos leia esta obra e possa aprimorá-la. Por causa do meu primeiro, que infelizmente não nasceu, escrevi este trabalho. Agradeço ao meu bebê, por ter cumprido a sua missão.

1 O JULGAMENTO DO DIREITO PENAL (OU DESVENDANDO O TÍTULO DA PRESENTE TESE)

1.1 Por que Tolstói?

É inevitável que, à primeira vista, pareça ao leitor que o título do presente trabalho se refira a mais uma obra excêntrica, ou, ainda, que excêntrico seja o autor, sem muito contato com a realidade ou com a prática jurídica. Outra possível impressão é a de que tudo o que esteja escrito nesta obra não passe de um palavrório inútil, fruto de vãs concepções sobre o Direito e de falíveis interpretações de um dos mestres da Literatura russa.

Essa foi uma de nossas⁶ primeiras preocupações, razão pela qual decidimos, desde já, explicar o título de nossa tese, mais exatamente palavra por palavra, tentando comprovar que escrevemos com finalidades palpáveis, as quais podem interferir ou transformar o atual estado de coisas na prática. Enfim, buscamos demonstrar que o presente texto serve para algo além do que uma mera exposição de um suposto saber do autor, pretendendo ser mais do que um patético exibicionismo intelectual com palavreado ininteligível.

E tal explicação, ou tentativa de nos fazer compreender, não se dará pela ordem cronológica dos termos do título. Nem se pode dizer que ocorrerá por uma ordem de importância ou relevância. Começamos por aquilo que imaginamos chamar mais a atenção, ou seja, pela referência a Tolstói e o porquê de ele ser relevante para o estudo do sistema criminal. As motivações estritamente pessoais já foram relatadas na introdução. Resta saber por que Tolstói é importante para o Direito Penal. Falemos, então, um pouco dele.

⁶ A utilização da primeira pessoa do plural será característica desta tese. A pretensão inicial seria a utilização da primeira pessoa do singular, porém, recordamo-nos das lições de Umberto Eco, para quem escrever é um ato social: escrevemos para que o leitor aceite aquilo que propomos. Cf. *Como se faz uma tese*. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 14. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996, p. 120. Também evitamos a terceira pessoa do singular, porquanto conferiria à obra um aspecto muito frio e distante, destoando do nosso objetivo de travar um diálogo com os que nos leem. E, como será visto adiante, este estudo é composto de diversas propostas que necessitam da aceitação dos leitores, razão pela qual procuramos escrever com humildade, sem a pretensão do *noi majestatis* criticado por Eco.

Leão, Leon, Liev ou Lev Nikoláievich Tolstói,⁷ não custa lembrar, é considerado um dos maiores escritores de todos os tempos, sendo especialmente reconhecido por dois dos maiores romances da Literatura universal: “Guerra e paz” e “Anna Karênina”. Contudo, Tolstói, se é que isso é possível, parece ter sido dividido em dois por alguns de seus críticos ou por alguns estudiosos em geral. Há, dessa forma, o “Tolstói literário” e o “Tolstói religioso”. O gênio e o fanático. O grande escritor e o moralista. E, nalguns casos, um pouco de um e de outro, como no livro “A sonata a Kreutzer”.

Considerando que não houve nenhuma dupla personalidade comprovada, podemos perguntar: quem é o verdadeiro Tolstói? Qual dos *Tolstóis* prevaleceu ou deveria ter prevalecido, ou, ainda, deve prevalecer? Não pretendemos responder a tais questões, até porque nos parece impossível saber a resposta com segurança.

Tolstói, como provavelmente todos nós, era um ser humano com diversas facetas. Para muitos, mostrou-se gênio em diversas obras, particularmente nos dois grandes romances acima citados. Também, para muitos, o gênio, de certa maneira, sucumbiu ao moralismo de algumas de suas obras. E talvez haja aí um viés em desfavor da religiosidade de Tolstói.

Mas, de fato, eventuais indagações sobre o verdadeiro Tolstói ou onde ele mais teria revelado a sua genialidade não são importantes para este trabalho, visto que não se trata de uma crítica literária. Aqui, simplesmente recai o enfoque sobre a obra religiosa de Tolstói, o que pode ensejar uma dúvida a respeito do presente texto: seria um estudo de Direito Penal e Literatura ou sobre Direito Penal e Religião, ou, talvez, sobre as três matérias combinadas?

O que podemos chamar de movimento de “Direito e Literatura” já conta com uma gama razoável de estudos no Brasil, incluindo obras coletivas e monografias. Frequentemente, os estudiosos se debruçam sobre textos literários referentes a julgamentos ou temas polêmicos, como a pena de morte. Ilustre-se, respectivamente, com “O processo”, de Franz Kafka, ou “O último dia de um condenado”, de Victor Hugo.

⁷ Nas referências bibliográficas, pode ser verificada uma série de variações em relação ao prenome de Tolstói. Por isso, no decorrer da presente tese, falaremos simplesmente de Tolstói, com uma certa preferência pela forma “Lev Tolstói”, utilizada pelo tradutor Boris Schnaiderman, nas obras “A sonata a Kreutzer”, “Felicidade conjugal” e “A morte de Ivan Ilitch”, publicadas pela Editora 34.

Especificamente no Brasil, Tolstói não é muito lembrado, seja no ensino jurídico, seja no âmbito dos estudos de “Direito e Literatura”, podendo-se dizer que, em outros países, suas obras recebem mais atenção dos juristas.⁸

As relações entre o Direito Penal e a Religião também são objeto de trabalhos esparsos, todos sem muita profundidade, ou sem muitos questionamentos. Seria o Direito Penal compatível com os ensinamentos das Religiões? Poucos tentaram enfrentar esse problema, a não ser em casos muito pontuais, a exemplo da criminalização do aborto, tema que enseja diversas controvérsias, como a de alguns críticos que sustentam existir apenas motivos religiosos para punir tal ato, o que seria incompatível com um Estado laico. Sem dúvida, não fugiremos desse debate, mais adiante. Antes, contudo, é necessário estabelecer algumas premissas básicas, especialmente no que toca ao Direito Penal e à Religião.

Tratando de Religião, a que receberá destaque nesta obra é o Cristianismo em geral, sem olvidar, mas sem detalhar, as diversas correntes específicas, como a Católica, a Batista, a Metodista etc. Para o objeto do presente trabalho, não há especificidades relevantes em relação às Igrejas Cristãs, eis que, de modo geral, todas elas não se opõem ao Direito Penal e até, em certas situações, reclamam a sua intervenção. Como já mencionado na introdução, algumas Igrejas até mesmo “elegem” parlamentares,⁹ que, por vezes, atuam em temas penais.

É, por isso, oportuno o estudo da obra de Tolstói referente ao exame dos ensinamentos de Jesus Cristo, incluindo a sua consequente visão crítica ao Direito Penal.

Como dissemos, Tolstói tem duas facetas, a do autor de extraordinários romances, contos e novelas, e a do pregador, que acabou por lhe valer a pena de

⁸ Não constitui novidade o novo ramo ou movimento de estudos sobre “Direito e Literatura”, porém são raras, nesse âmbito, as referências a Tolstói. Em recente obra, José Calvo González resalta a importância de Tolstói para a educação jurídica coletiva. Cf. Tolstói e o direito: sobre a educação jurídica. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 45-74. Nos Estados Unidos, Elizabeth Villiers Gemmette organizou uma obra com três textos de Tolstói, dentre outros autores diversos (Vide *Law in Literature: legal themes in short stories*. New York: Praeger, 1992).

⁹ Recentemente, no âmbito do Direito Eleitoral, tem sido trazida à tona a questão do abuso do poder religioso. No Recurso Ordinário nº 265308-RO, com relatoria do Ministro Henrique Neves, o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu que a liberdade de pregar a religião não é absoluta e que o abuso de poder religioso poderia configurar abuso de poder econômico, no entanto, no caso concreto, deu provimento ao recurso e julgou improcedentes os pedidos formulados nas ações de investigação judicial eleitoral propostas pelo Ministério Público. Mais informações disponíveis em: <<http://www.tse.jus.br/@@processrequest>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

excomunhão aplicada pela Igreja Ortodoxa russa. E, em ambas as facetas, Tolstói criticou o Direito, em especial, o Direito Penal.

Na Literatura, conforme já mencionamos, destacam-se dois grandes romances escritos por Tolstói, quais sejam “Guerra e paz” e “Anna Karênina”. Porém, a literatura tolstoiana é muito rica, apresentando muitos outros contos, novelas e romances, alguns dos quais com especial interesse para o Direito. E consoante também já dito, entre nós, Tolstói não é muito lembrado, contudo, na Espanha, por exemplo, José Calvo González destaca duas obras que não só foram lidas por juristas, como também ensejaram leituras jurídicas, como “Ressurreição” e a já citada “A sonata a Kreutzer”.¹⁰ Sobre a última, falaremos logo adiante. Quanto à primeira, é onde temos a junção do Tolstói literário e do religioso e, particularmente, do crítico do Direito Penal, o que veremos, com maior profundidade, no terceiro e no quarto capítulos deste trabalho.

O Tolstói religioso, pelo vigor de sua obra, acabou gerando quase um movimento, ante o surgimento de diversos seguidores, que foi denominado de *tolstoísmo*¹¹ e reflete uma série de ensinamentos morais de Tolstói, que nada mais são do que a sua visão sobre a doutrina de Jesus Cristo.¹² É nesse contexto que se insere a obra “Minha religião”, inspiração inicial do presente estudo.

Em “Minha religião”, Lev Tolstói argumenta que a existência dos tribunais é contrária aos ensinamentos de Jesus Cristo. Além do perdão para os seus algozes, Jesus teria ensinado durante a sua vida: “Não resistam ao mal” (Mateus, 5:38).¹³ Para Tolstói, a própria existência dos tribunais contrariaria a Lei do Amor, formulada por Jesus. Ademais, a própria razão sustentaria o acerto dessa Lei de

¹⁰ Tolstói y la cultura literaria del Derecho en España (1890-1928). In: GONZÁLEZ, José Calvo (Coord.). *El alma y la ley: Tolstói entre juristas: España (1890-1928)*. Sevilla; Zamora: Comunicación Social Ediciones y Publicaciones, 2010, p. 30.

¹¹ A expressão teria sido cunhada pelo periodista francês Félix Schroeder, como nos informa José Calvo González. Cf. *Ibidem*, p. 24.

¹² José Calvo Gonzalez nos lembra de que Tolstói foi duramente criticado pelos católicos espanhóis, citando, por exemplo, o frade franciscano Amado de Cristo Burguera y Serrano, que realizou um trabalho sobre representações cênicas *más, perigosas e honestas*. Sobre uma peça de teatro baseada no romance “Ressurreição”, o frade entendeu haver “grande irreverência e maldade em seus motivos”, o que seria comum nas obras do “místico-cismático Tolstói”. Cf. *Ibidem*, p. 22-23.

¹³ Cf. BÍBLIA. Português. *Bíblia de Jerusalém*. 7. reimp. Nova ed. rev. e ampl. Tradução de Euclides Martins Balancin *et al.* Coordenação de Gilberto da Silva Gorgulho, Ivo Storniolo e Ana Flora Anderson. São Paulo: Paulus, 2011, p. 1713.

Jesus, pois, assim como o fogo não pode suprimir o fogo, o mal também não poderia suprimir o mal, numa clara alusão ao mal da pena.¹⁴

Nesse diapasão, uma das críticas de Tolstói é direcionada ao livre-arbítrio:

A atividade racional do homem sempre foi – e não poderia ser diferente – iluminar, com a tocha da razão, seu caminho rumo à beatitude. A filosofia nos diz que o livre-arbítrio é uma ilusão, e depois se vangloria da audácia dessa declaração. O livre-arbítrio não é apenas uma ilusão; é uma palavra vazia inventada por teólogos e peritos em direito penal; refutá-la seria iniciar uma batalha com um moinho de vento. Mas a razão, que ilumina nossa vida e nos impele a modificar nossas atitudes, nada tem de ilusão, e é impossível negar sua autoridade. Obedecer à razão na busca do bem é a substância dos ensinamentos de todos os mestres da humanidade, e é a substância da doutrina de Jesus: é a própria razão e não podemos negar a razão com o uso da razão.¹⁵

Sintetizando ao máximo as críticas de Tolstói em “Minha religião”, formulamos as três seguintes assertivas: 1) o livre-arbítrio é uma invenção de teólogos e penalistas; 2) o Direito Penal é contrário à Religião Cristã, posto que viola os ensinamentos de Cristo; e 3) o Direito Penal é contrário à razão. Para além de relevantes, são ideias vigorosas e que podem chocar a maior parte dos juristas, independentemente da fé. Afinal, se Tolstói estiver certo, a Religião Cristã, em vez de fundamentar o aborto, deveria sim ser a base de sua descriminalização, ou, indo mais longe, a Religião Cristã deveria fundamentar a própria abolição do sistema penal. O livre-arbítrio, como fundamento da responsabilização, seria descartado. E o que é mais grave, a própria razão condenaria o Direito Penal. E o que nós penalistas diríamos sobre isso?

A solução mais simples e confortável seria esquecer Tolstói, pois, afinal, ele está morto há muito tempo. Além disso, suas ideias seriam atrasadas¹⁶ e até contrárias aos ensinamentos da Igreja, tanto que ele foi excomungado. Enfim, poderíamos tergiversar e adotar a espúria ideia de desclassificação de um

¹⁴ *Minha religião*, p. 67.

¹⁵ *Ibidem*, p. 133.

¹⁶ Neste ponto, cabe citar o relevante entendimento de Luiz Felipe Pondé: “Esclarecemos, todavia, que não consideramos a teologia um campo antropológico-filosófico datado e por isso mesmo de valor duvidoso. [...] Pensamos que o hábito de datar visões de mundo e do homem na filosofia é extremamente nocivo ao trabalho filosófico, revelando, aliás, uma influência, ainda que ‘sofisticada’, do senso comum de devorar os objetos do conhecimento por meio da paixão efêmera ‘pelo novo’”. Cf. *O homem insuficiente: comentários de antropologia pascaliana*. São Paulo: Edusp, 2014, p. 19.

pensamento, tachando-o de antiquado e ultrapassado, sem maiores reflexões e considerações a respeito. Todavia, isso não é o certo, tanto por ser imoral quanto por ser anticientífico. Se Tolstói estava errado, é preciso refutá-lo com uma argumentação objetiva e racional. Mas, se Tolstói estava certo, então precisamos reconhecer que muitos de nossos conceitos necessitam ser modificados.

Talvez até por isso Tolstói tenha sido um tanto quanto esquecido. Ler a sua obra nos dá a oportunidade única de participarmos de um julgamento inusitado. O julgamento do Direito Penal, mas sob uma nova ótica.

Julgar o Direito Penal pode significar uma nova reflexão sobre os seus fundamentos (o porquê), finalidades (para quê), princípios (as normas gerais que devem regê-lo), pressupostos (o que é necessário para a sua criação) e requisitos (o que deve conter). No entanto, esse julgamento também pode significar uma acusação contra o Direito Penal (cujo pedido é a sua morte, a sua extinção, a sua abolição), dando-lhe a oportunidade de ampla defesa (com a demonstração de seus fundamentos, finalidades, princípios, pressupostos e requisitos), com a sentença, ao final, de resultado procedente (condenação, cuja execução se dará pela abolição), improcedente (manutenção do *status quo* penal) ou parcialmente procedente (e aí deverá ser feito o mais difícil, isto é, modificar o Direito Penal).

A sentença desse “processo” contra o Direito Penal, como ocorre em todo julgamento, vai depender do tribunal. O tribunal, dentre outros, pode ser o da Literatura, o do Cristianismo ou o da Razão. E será melhor que ninguém arrisque o resultado...

A ideia de julgamento do Direito Penal pela Literatura nos veio ao lermos o interessante estudo comparativo, de autoria da crítica literária Shoshana Felman, entre o julgamento do ator e ex-jogador de futebol americano O. J. Simpson, e o livro “A sonata a Kreutzer”, de Tolstói.¹⁷ Simpson foi acusado de ter matado a sua ex-esposa e o amigo (ou namorado) dela. Em “A sonata a Kreutzer”, o personagem Pósdnyshev conta, durante uma viagem de trem, como assassinou a sua esposa e de que maneira foi absolvido por isso. São dois julgamentos e duas absolvições. Na vida real, um foi acusado de ter matado a ex-esposa, e, na obra literária, o marido absolvido do homicídio contra a esposa confessa a sua culpa a um desconhecido numa viagem de trem e fala de um abismo.

¹⁷ *O inconsciente jurídico: julgamentos e traumas no século XX*. Tradução de Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014, p. 89-147.

“A sonata a Kreutzer” é um livro controvertido, considerado por alguns como um espelho de algumas ideias de Tolstói tidas como retrógradas, como, por exemplo, a condenação implícita do sexo antes do casamento. Na verdade, nesse texto de Tolstói, falam muitas vozes e, certamente, falam vozes de sua época, concordasse ou não o autor com elas. Porém, o abismo entre o marido e sua esposa, revelado por Pósdnyshev, seria um abismo que perduraria por, pelo menos, mais de um século. E, em nossos tão modernos tempos, em que são necessárias campanhas contra a violência doméstica, seguramente é um abismo que perdura até os nossos dias, em pleno século XXI.

Shoshana Felman constata que o abismo revelado na obra literária foi ocultado no julgamento de O. J. Simpson, talvez até porque a defesa tenha recorrido a outro abismo, o do racismo, ou talvez porque simplesmente as pessoas não queriam ver tal abismo. Em suas palavras:

O que é esse precipício ao qual Tolstói retorna tão insistentemente? Na sua significação mais óbvia, a metáfora do abismo em *A sonata a Kreutzer* parece estar ligada ao espaço da sexualidade como um enigma amedrontador. Mas o que é precisamente a sexualidade? A sexualidade é, antes de tudo, nessa história (como é, realmente, na história de O. J Simpson), *um abismo entre os sexos*. [...] Poderia *A sonata a Kreutzer* ser a narrativa daquilo que é necessário (na tragédia e na destruição) para fazer alguém *ver* precisamente o abismo? É o caso O. J. Simpson a história do preço a pagar em troca, pela revelação dessa cisão que ali estivera o tempo todo, mas que, como os protagonistas de *A sonata a Kreutzer*, nós, por nossa vez, *não podíamos ver* ou *não queríamos ver*?¹⁸

Em “A sonata a Kreutzer”:

- O que é terrível? – perguntei.
 - O sorvedouro de enganos em que vivemos com referência às mulheres e às nossas relações com elas. Sim, não posso falar disso tranquilamente, e não porque me aconteceu aquele episódio, conforme ele se expressou, mas porque, desde que isso ocorreu comigo, abri os olhos e vi tudo sob uma luz completamente diversa. Tudo às avessas, tudo às avessas!...¹⁹
 [...]

¹⁸ *O inconsciente jurídico: julgamentos e traumas no século XX*, p. 121 e 125, grifos da autora.

¹⁹ TOLSTÓI, Lev. *A sonata a Kreutzer*. Tradução de Boris Schnaidermann. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2013, p. 23. O trecho transcrito é o de um diálogo entre o passageiro do trem (que pergunta sobre o que é terrível) e Pósdnyshev, que defende a sua tese sobre as relações avessas entre homens e mulheres. Cabe observar que o renomado tradutor Boris Schnaidermann utiliza a

Eu me espantava com o nosso ódio recíproco. Mas bem que isto nem podia ser de outro modo. Este ódio era simplesmente o ódio mútuo dos cúmplices de um crime: tanto por causa da incitação como da participação nele. Como não era crime, se ela, coitada, engravidou já no primeiro mês, e a nossa ligação suína continuou? O senhor pensa que eu me afasto do relato? Nem um pouco! Estou lhe contando, ainda, como foi que matei minha mulher. No julgamento, perguntaram-me com o que foi, e como a matei. Gente tola! Pensam que a matei então, à faca, no dia cinco de outubro. Não foi então que a matei, e sim muito antes. Exatamente como agora eles assassinam, todos, todos...²⁰

No julgamento penal, a dúvida a ser solucionada pode ser simplesmente sobre se um homem realmente matou uma mulher. O problema cultural, ou o abismo entre os sexos, ou aquilo que não queremos ver fica ocultado, ou, na melhor das hipóteses, em segundo plano. O resultado, seja qual for, a condenação ou a absolvição, não resolve o abismo. Ainda que se propusesse a fazê-lo, seria como tentar tapar um buraco imenso com uma minúscula pedrinha. Já, nesse mesmo caso, a Literatura mostra uma força que o Direito não tem. Embora também não resolva o problema, desnuda-o e coloca-o no primeiro plano. Mostra como os operadores do Direito são “gente tola”. Pensam que o crime ocorreu num determinado dia, numa determinada hora. O crime se iniciara muito antes. “Exatamente como agora eles assassinam, todos, todos...”.

Enfim, a Literatura pode retratar a justiça penal como uma tolice, como um remédio para algo que não tem solução, como um placebo. E, com sorte, a mesma Literatura sirva para humanizar o julgador, ou para sensibilizá-lo, fazendo-o perceber que, por detrás de cada caso, existe uma pessoa, e, por detrás dessa pessoa, existe toda uma história, uma sociedade, uma cultura, ou, talvez, até um... abismo!

Interessante observar que, posteriormente, O. J. Simpson foi preso.²¹ Não pelo assassinato de sua ex-esposa, mas sim por roubo à mão armada. O ex-

palavra “sorvedouro”, em vez de “abismo”. Com a devida vênia, cremos que não foi a melhor escolha, ainda que um dos significados de “sorvedouro” seja “abismo”, de acordo com o dicionário Houaiss. Cf. SORVEDOURO. In: GRANDE Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. São Paulo: Instituto Antônio Houaiss; UOL, 2016. Disponível em: <<http://qwww.houaiss.uol.com.br/busca>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

²⁰ TOLSTÓI, Lev, *A sonata a Kreutzer*, p. 46.

²¹ Ver mais informações em: O. J. SIMPSON é condenado a 15 anos de prisão em Las Vegas. *Folha Online*, São Paulo, 5 dez. 2008. Disponível em: <<http://m.folha.uol.com.br/mundo/2008/12/475779-oj-simpson-e-condenado-a-15-anos-de-prisao-em-las-vegas.shtml>>. Acesso em: 27 fev. 2016. Vale notar que, em 2017, durante a redação deste trabalho, foi libertado. Cf. PINTO, Andrea. As primeiras palavras de O. J. Simpson após a sua libertação. *Mundo ao Minuto*, [S.l.], 2

jogador teria alegado que estava apenas tentando recuperar pertences pessoais. Outras pessoas foram condenadas junto com ele. Alguns dos outros acusados, em verdade, confessaram a culpa (*plea bargaining*) e testemunharam contra Simpson; outro acusado não confessou. Simpson foi condenado a uma pena maior. Foi noticiado que a juíza que determinou a pena deixou bem claro que nem ela nem o júri foram influenciados pelo julgamento anterior em que Simpson foi absolvido. Como constou da matéria do *New York Times*: “‘Aquilo não me importa; eu quero que isso fique perfeitamente claro para todos’, ela disse, explicando que deu ao Sr. Stewart uma pena menor porque ela sentiu que ele era menos culpado” (tradução nossa).²² Pois bem, foi dito pela juíza norte-americana que nem ela nem os jurados julgaram Simpson pelo assassinato de sua ex-esposa, pelo qual ele já havia sido absolvido. Isso foi o dito. Mas, quem sabe o que realmente pode ter passado pela mente dos jurados ou da magistrada?²³

Voltando aos tribunais que podem julgar o Direito Penal, um deles é o da Religião. Mas o que é o Direito Penal para a Religião? Um complemento, um reforço ou algo completamente antagônico? A resposta pode variar dependendo da Religião. Aqui, cuidaremos da Religião Cristã, eis que esta é a que foi adotada por Tolstói na obra “Minha religião”, anteriormente mencionada. É certo que Tolstói condenou o Direito Penal à luz da Religião Cristã. Porém, também é certo que ele foi excomungado pela Igreja Ortodoxa russa. De outro lado, a própria Religião Cristã pode ser objeto de julgamento pela Ciência ou pela razão, embora Tolstói considerasse os ensinamentos de Jesus Cristo perfeitamente adequados à razão.²⁴ Já Hans Kelsen, por sua vez, enxerga contradições no Cristianismo,²⁵ o que veremos mais adiante, no capítulo 4.

out. 2017. Disponível em: <<https://www.noticiasaoiminuto.com/mundo/874865/as-primeiras-palavras-de-oj-simpson-apos-a-sua-libertacao>>. Acesso em: 28 out. 2017.

²² Ver FRIESS, Steve. After apologies, Simpson is sentenced to at least 9 years for armed robbery. *New York Times*, New York, 5 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2008/12/06/us/06simpson.html>>. Acesso em: 27 fev. 2016. Texto original, em Inglês: “‘*That doesn’t matter to me; I want that to be perfectly clear to everyone*’, she said, explaining that she gave Mr. Stewart a shorter sentence because she felt he was less culpable”.

²³ Quando escrevemos isso, não fazemos qualquer juízo de valor, por não conhecermos detalhes do processo, tanto sobre a absolvição de O. J Simpson, em relação ao assassinato de sua ex-esposa, quanto sobre a posterior condenação pelo crime de roubo. Aqui, simplesmente fazemos uma provocação acerca daquilo que o Direito Penal, inevitavelmente, deixa para trás, a dúvida sobre a qual ele tenta pôr um fim, mas que, teimosamente, insiste em permanecer insepulta.

²⁴ *Minha religião*, p. 136.

²⁵ *O que é justiça?* A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

O próprio Cristianismo, hoje, tem diversas divisões: a Igreja Católica Apostólica Romana, a Igreja Católica Ortodoxa e as diversas Igrejas Protestantes (Batista, Metodista etc.). Não há, contudo, de modo geral, uma condenação do Direito Penal pelos cristãos. Aliás, até pelo contrário, não é incomum que autoridades religiosas condenem certos crimes, opinando contrariamente à descriminalização. Todos eles estariam errados? Tolstói não temeu dizer que estavam.

Nessa ordem de ideias, o julgamento do Direito Penal pela Religião Cristã mostra-se deveras complicado, porque esse “tribunal” aparenta estar muito dividido, contendo opiniões díspares. Quiçá uma *justiça restaurativa* possa equilibrar o julgamento do Direito Penal pelo Cristianismo.

Ao final, o tribunal da Razão julgará o Direito Penal. E esse “tribunal” também tem início com a questão primordial de saber o que será tal razão. Será uma razão científica? Na hipótese afirmativa, o que será Ciência? O Direito poderá ser considerado uma Ciência? Existirá uma Ciência do Direito Penal que o julgará? E o que Tolstói nos dirá a respeito, por considerar o Direito Penal contrário à razão? Se julgado irracional, qual será o destino do Direito Penal?

Ao longo do presente trabalho, pretendemos responder algumas dúvidas, levantar outras e deixar algumas sem resposta. Afinal, o julgamento não consegue enterrar todos os questionamentos. O foco será no julgamento pela Religião e pela Razão, com algumas aparições da Literatura. Tolstói, inevitavelmente, apresentará a acusação contra o Direito Penal. Não seremos convencionais, porém pretendemos ser pragmáticos, úteis, servindo para mudar alguma coisa que, hoje, definitivamente não parece boa. Mas, isso fica para depois. Prossigamos desvendando os significados do título da presente obra.

1.2 O que queremos dizer ao nos referirmos ao sistema criminal?

Aqueles que têm a curiosidade de passar os olhos pela bibliografia, antes de ler o texto, podem ficar surpresos com a menção ao livro de Yanis

Varoufakis,²⁶ ex-ministro de Finanças da Grécia. Referida obra pretende ser uma discussão sobre economia com a filha do autor, e é escrita numa linguagem simples, porém abordando temas controversos da Ciência Econômica. De certo modo, tratou-se de uma inspiração para o presente trabalho.

Cumprir dizer, desde já, se ainda não tiver sido notado, que nunca foi nossa pretensão fazer uma obra com linguagem rebuscada ou repleta de tecnicismos. Nosso “juízo” do Direito Penal, como em todo bom processo, deve ter linguagem clara e, na medida do possível, acessível a todos.

Uma tese não pode se considerar científica ou profunda, se for acessível apenas a um número limitado de pessoas. Especialmente quando se tratar de uma tese sobre os fundamentos de um tema que interessa a toda a sociedade, independentemente da formação de cada um.

Outra influência que tivemos ao ler o livro do economista grego é o espírito de efetivo diálogo com a sua filha, presente em todo o texto. Evidentemente, a citada obra não é uma tese de doutorado, razão pela qual ali são compreensíveis alguns assuntos quase pessoais, sobre os quais o autor, de relance, “fala” com sua filha; algumas coisas que soam compreensíveis apenas entre ambos. Não chegaremos a tanto. Todavia, cabe assinalar que escrevemos com o espírito de estabelecer um diálogo com os leitores, presentes e futuros, dentre os quais talvez estejam meus filhos e filhas. Não temos a pretensão de sermos donos da verdade. Porém, não nos furtaremos a uma tentativa de convencimento das pessoas. O Direito não faz parte das Ciências Exatas, se é até que é uma Ciência. O Direito é linguagem, é um objeto cultural, é lei escrita, é a petição inicial subscrita por um advogado, é a peça de acusação do Ministério Público, é a decisão judicial, é o recurso, é o julgamento transitado em julgado, e é o texto doutrinário que elogia ou critica a decisão final. Tudo é passível de discussão, e não será diferente conosco. E que o leitor, seja quem for, a cada momento, possa concordar, discordar, se irritar ou talvez até sorrir em meio às complexas questões que serão enfrentadas neste trabalho. Afinal, o humor não deixa de ser um importante aliado da argumentação jurídica.

Nessa ordem de ideias, explicaremos o que almejamos quando fazemos uso da expressão “sistema criminal”, iniciando pelo primeiro termo. Sistema é o

²⁶ *Conversando sobre economia com a minha filha*. Tradução de Maria Andréa e Paulo Ramos. São Paulo: Planeta, 2015.

tipo de palavra que muitas pessoas usam sem conhecer precisamente o seu significado.

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que não nos aprofundaremos no conceito de sistema, como nos trabalhos de Niklas Luhmann, Joseph Raz e Tércio Sampaio Ferraz Junior, aos quais remetemos os leitores.²⁷ Reconhecemos a existência de diversas indagações filosóficas sobre o sistema no Direito. Por exemplo, tal sistema seria jurídico ou político? Ou jurídico-político? Ou haveria dois ou mais sistemas? O sistema se automodifica ou se modifica por forças externas? E, no último caso, qual seria a natureza do sistema e a das forças? São infundáveis as questões.

Nossa proposta é mais modesta e toma como premissa o significado de sistema conforme os dicionários, bem como o reconhecimento de que o sistema, no Direito, é repleto de paradoxos e contradições. Isso porque, dentre outras possíveis adjetivações, o sistema, no Direito, é um sistema social.

De acordo com a primeira definição do dicionário de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, sistema é o “conjunto de elementos, entre os quais haja alguma relação”.²⁸ Preferimos essa definição mais genérica àquela prevista no segundo significado: “Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que formam estrutura organizada”.²⁹

O segundo significado, a nosso ver, parece ser mais adequado a um sistema mecânico ou informático, enfim, um conceito melhor abrigado no campo das Ciências Exatas ou até Biológicas. Não que no Direito não exista o objetivo de uma coordenação dos elementos ou de formação de uma estrutura organizada. Porém, veremos que a organização e a coordenação estão longe de serem alcançadas, especialmente no sistema criminal brasileiro.

E, ao apontar o sistema brasileiro, não pretendemos dizer que isso se trata de uma peculiaridade nossa, pois qualquer sistema social tem seus paradoxos e suas contradições, seja no Brasil, seja em outro país. Por essa razão, o presente trabalho, embora naturalmente destaque o Direito brasileiro, inevitavelmente

²⁷ Ver LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010; RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012; e FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Edusp/Revista dos Tribunais, 1976.

²⁸ SISTEMA. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio*. 6. ed. rev. atual. Curitiba: Positivo, 2004, p. 742.

²⁹ *Ibidem*, loc. cit.

alcança os sistemas criminais de outros países e o sistema criminal internacional (Tribunal Penal Internacional), inclusive.

Enfim, o sistema, como um conjunto de elementos entre os quais haja uma relação, tem uma elasticidade tal que nos permite conceber paradoxos, contradições, racionalidades e irracionalidades dentro dele. Aqui, seguimos o entendimento de Yves Barel:

O termo sistema não exprime uma noção, um conceito, uma categoria, nem mesmo uma imagem. Ele evoca uma ideia, quer dizer, seguindo Merleau-Ponty, “o excesso de meu propósito sobre as significações disponíveis”, a intenção de acrescentar uma significação às “significações disponíveis”, a partir de um “vazio determinado” que o termo sistema procurará – mas não conseguirá completamente – preencher.³⁰

No mesmo sentido, Alvin August de Sá, que também se baseia em Barel:

[...] o sistema social se caracteriza por ser paradoxal. O paradoxo não se encontra na máquina, nos sistemas mecanizados. Ele é próprio da vida, dos sistemas vivos, como é o caso típico do social. Ele é existencial. [...] Se nós aceitamos um paradoxo, se obedecemos a uma imposição paradoxal, nós transformamos a natureza do paradoxo: ele deixa de ser lógico para ser existencial. Quando nós aceitamos uma imposição paradoxal, é porque o paradoxo tem a ver com nossa vida, com nossa existência. Ou seja, ele passa a ser existencial, passa a ter sentido para a vida.³¹

Se o paradoxo no sistema é existencial, ele não pertence exclusivamente a algum lugar ou país, sendo ubíquo, próprio da vida humana. O que nos cabe investigar, outrossim, é se o sistema, por ter necessariamente paradoxos e contradições, poderia ser também considerado irracional. Responderemos isso em capítulo subsequente.

³⁰ *Le paradoxe et le système: essai sur le fantastique social*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 1979, p. 8, tradução nossa. Texto original, em Francês: “Le mot de système n’exprime pas une notion, un concept, une catégorie, pas même une image. Il évoque une idée, c’est-à-dire, em suivant Merleau-Ponty, ‘l’excès de ma visée sur les significations disponibles’, à partir d’un ‘vide déterminé’ que le mot de système cherchera – mais ne parviendra pas complètement –, à combler”.

³¹ *Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 276.

Por ora, cabe-nos esclarecer o adjetivo que demos ao nosso sistema: criminal. Por que criminal, em vez de penal ou punitivo? Façamo-nos entender.

Se falássemos, por exemplo, em sistema punitivo, estaríamos enfatizando apenas o aspecto da punição, isto é, a pena, o sistema penitenciário, o cárcere. Esse é apenas um dos aspectos dos problemas que enfrentaremos, motivo pelo qual carece da amplitude necessária. Além disso, a expressão “sistema punitivo” parece carregar certa carga ideológica, empregada por alguns criminologistas marxistas, que consideram a punição como uma forma de opressão de uma classe social sobre outra. E tal concepção nos parece um tanto quanto ingênuo ou, na melhor das hipóteses, incompleta demais, desconsiderando todos os paradoxos e as contradições da sociedade humana. Ademais, ninguém pode negar que o “sistema punitivo” envolve apenas um lado de um sistema que não só condena, como também absolve. E, ao investigarmos a questão da irracionalidade, não podemos cingir-nos apenas ao aspecto punitivo.

Por que, então, sistema criminal em vez de penal? Afinal, os estudantes de Direito aprendem, desde o primeiro ano, que a disciplina pode ser chamada tanto de Direito Penal quanto de Direito Criminal. A opção varia de acordo com o país. Nos Estados Unidos e na Inglaterra, países de *Common Law*, por exemplo, utiliza-se a nomenclatura *Criminal Law*. Nos países europeus de *Civil Law*, a opção predominante é pelo Direito Penal: na Itália, *Diritto Penale*; na França, *Droit Penal*; na Alemanha, *Strafrecht*; na Espanha, *Derecho Penal*; em Portugal, *Direito Penal* etc.

Dentre outras razões, e considerando, entre nós, a maior influência da *Civil Law*, a opção brasileira foi pelo Direito Penal. Exatamente por isso que as faculdades de Direito contêm, em sua grade curricular, a disciplina “Direito Penal”. Da mesma forma, na doutrina, os manuais, os cursos, os tratados sempre versam sobre o Direito Penal. Resumidamente, no âmbito teórico, acadêmico e doutrinário, prevalece o “Direito Penal”. Mas, se é assim, por que optar pela expressão “sistema criminal”?

Nossa motivação, reconhecemos, é bastante simples e refere-se a uma mudança de termos, talvez até inconsciente, em nossa cultura. Senão vejamos: o que se torna o apaixonado estudante de Direito Penal que pretende trabalhar nessa área quando se formar? Ora, ele se torna um advogado *criminalista*, um investigador *criminal*, um delegado *criminal*, um promotor de justiça *criminal*, um

juiz *criminal*, que inevitavelmente frequentará, em boa parte da vida profissional, as varas *criminais*. Todavia, se ele se dedicar aos estudos ou à carreira acadêmica, ele poderá se tornar um *penalista*. Curioso como essa mudança inconsciente de termos parece indicar a divisão entre a teoria e a prática, como se, invocando um dito popular: na prática, a teoria fosse outra. Até mesmo quando se adjetiva o conjunto de decisões judiciais da área, fala-se comumente na jurisprudência *criminal*. Existirá, então, uma diferença entre o mundo teórico e a prática cotidiana? Bem, alguma diferença de fato existe.

Exemplificativamente, algumas teorias tão importantes no Direito Penal parecem receber pouca atenção na prática cotidiana, como o finalismo de Hans Welzel. Para um juiz decidir uma causa criminal, em regra, será pouco relevante se o dolo está no tipo ou se está na culpabilidade. Ao analisar a culpabilidade, não importa ao juiz se ela é elemento do crime ou pressuposto da pena. Muitas construções da Dogmática Penal parecem não ter muita influência na práxis criminal. A exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, ressalvado o caso da inimputabilidade, parece ter o mesmo resultado prático. À mulher que procura realizar o abortamento, no caso de estupro, não interessa se o fato em si é atípico ou se há apenas uma causa excludente da ilicitude. Isso também não será fundamental para os advogados, promotores e juízes que atuarem no feito.

Com isso, não pretendemos menosprezar a importância da Dogmática, porém é o bastante para demonstrar que ela não esgota os temas que aparecem na realidade *criminal*. As próprias disciplinas, antes tidas como auxiliares do Direito Penal, e que hoje gozam de certa autonomia, como a *Criminologia* e a *Política Criminal*, são interdisciplinares, enfocando o Direito como ele é, mediante instrumentos teóricos vindos da Sociologia, das Estatísticas etc.

Esse é o motivo pelo qual optamos por nos referir ao sistema *criminal*, pois o nosso estudo não é primordialmente dogmático. Não faremos alusão apenas à correta interpretação das leis ou das decisões judiciais. Iremos mais longe, questionando a existência do Direito Penal, a aplicação de certas leis, o fundamento de algumas decisões judiciais, a proporcionalidade das penas, sob um ponto de vista predominantemente filosófico, porém também criminológico e até político. Estudaremos o Direito Penal nos seus aspectos teórico e prático, analisando-o como ele é, e, posteriormente, propondo como ele deve ser. Nesse objetivo, uma vez mais, a Literatura será importante aliada, eis que ajuda a

humanizar o Direito Penal, revelando as suas reais consequências para todos à sua volta.

Verificaremos, dessa forma, a racionalidade ou a irracionalidade do nosso cotidiano criminal, sem as limitações da estrita Dogmática, que não será esquecida, mas não será o nosso único norte.

1.3 Um ensaio sobre irracionalidades e uma proposta concreta de modificação

Recorremos novamente a Yves Barel e a Alvíno Augusto de Sá, quando mencionamos a palavra “ensaio”. Para Barel, o ensaio tem uma ambivalência conveniente: é, ao mesmo tempo, uma forma literária e uma maneira de pensar.³² De outro lado, Alvíno Augusto de Sá lembra que, no ensaio, nada é definitivo.³³

Sim, as linhas que se seguem não são definitivas, como não é definitivo o Direito. Leis mudam, a jurisprudência muda, os juízes mudam de ideia (ou aprimoram o seu entendimento) e a Ciência do Direito (se é que existe uma) também muda. Livros doutrinários também mudam, conforme consigam alcançar mais edições. No fundo, tudo é ensaio, pois tudo muda, e isso nem é uma peculiaridade das Ciências ditas Humanas ou Sociais, porquanto novos estudos também, por vezes, abalam os alicerces das Ciências Exatas.

Enquanto escrevemos o presente texto, também vamos mudando, às vezes corrigindo erros materiais, às vezes modificando as próprias ideias. Hodiernamente, com o advento do computador, os leitores perdem o acesso aos manuscritos originais, mais tarde corrigidos, tema de interesse especialmente nos estudos históricos de obras de consagrados autores.

Nosso ensaio representa a versão final do que decidimos apresentar ao leitor, mostrando as ideias minimamente consolidadas. Contudo, por maior que tenha sido a reflexão, o trabalho não termina, prosseguindo no diálogo com os nossos eventuais leitores. Por sinal, o próprio autor, de qualquer livro, pode

³² *Le paradoxe et le système: essai sur le fantastique social*, p. 7.

³³ *Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração*, p. 275.

tornar-se um leitor de si mesmo, analisando o que escreveu anteriormente sob uma nova perspectiva, talvez até mesmo crítica à sua própria obra.

De outro lado, o ensaio como uma forma literária nos remete à necessidade de construção de uma narrativa convincente. Isso é essencial a qualquer proposta do Direito Penal, seja abolicionista, seja mais ou menos repressiva. Se uma considerável ou, quiçá, a maior parte da sociedade deseja a pena de morte ou a redução da maioria penal, é porque outras narrativas mais convincentes não estão sendo apresentadas.

E não adianta o *penalista* assumir uma postura arrogante e reclamar da ignorância da população. Isso pode até ser um obstáculo, o qual, todavia, é perfeitamente superável, desde que se aprenda a entender e dialogar com os outros. Nisso, portanto, o Direito se assemelha à Literatura. Os destinatários de ambos devem acreditar neles. Uma boa obra literária, ainda que surreal ou fantástica, deve transmitir credibilidade aos leitores. Eles devem se convencer pela história que estão lendo, ainda que seja uma obra de fantasia ou surrealista. O bom texto não pode ser frouxo ou incoerente, com pontas soltas ou contradições injustificáveis. Assim também deve ser o bom Direito ou, melhor dizendo, a boa Ciência do Direito. Não basta criticar o Direito posto ou a forma pela qual ele é aplicado. É necessário apresentar soluções. De nada adianta a crítica de tudo o que aí está, sem a apresentação de alternativas viáveis. A crítica pela crítica converte-se em mera reclamação ou lamentação.

Justamente por isso, a maneira de pensar própria deste ensaio não pode render meras opiniões ou subjetivismos. Devemos nos preocupar com a construção de uma narrativa convincente, que, pensando de maneira pragmática, contenha propostas e soluções viáveis. Caso contrário, teremos uma obra ensimesmada, que pode até receber elogios no círculo acadêmico, mas que, rigorosamente, tem nenhuma ou escassa utilidade para a sociedade. Saibam os leitores que, pelo menos, temos consciência disso e tentaremos fazer um ensaio convincente.

Esses, portanto, são alguns dos motivos pelos quais escolhemos a palavra “ensaio” para o título de nosso trabalho. Mais adiante, mencionaremos ao menos mais uma razão.

De outro lado, também nos referimos à irracionalidade do sistema criminal e, aqui, nos recordamos novamente da acusação de Tolstói, para quem o Direito

Penal seria contrário à razão. Porém, é certo que Tolstói vincula a razão à Lei do Amor de Jesus Cristo. Mas, desde já, cumpre esclarecer o que entendemos por racional ou irracional.

Nossa ideia de racionalidade penal envolve uma multiplicidade de aspectos, dentre os quais a justiça, a proporcionalidade, a razoabilidade e o bom senso.

Em relação à justiça, não a enxergamos como um ideal utópico e abstrato. Nessa visão macro, a justiça se aproximaria do divino. O que seria uma sociedade justa? O que seria essa justiça para todos? A tarefa é inalcançável para os homens nessa perspectiva. Devemos ser mais modestos e pensar a justiça no âmbito micro, ou seja, caso a caso. Nos chamados *hard cases*, já teremos dificuldades enormes para encontrar a justiça. Entretanto, com esforço, podemos determiná-la caso a caso. E se a solução for imperfeita, tentaremos aprimorá-la no futuro. Irracional, contudo, é aceitar a injustiça e nada fazer para evitá-la.³⁴ Essa justiça, portanto, é também um ensaio, que não termina nunca, vai sendo construída e reconstruída caso a caso, sempre na tentativa de aperfeiçoá-la.

No tocante à proporcionalidade, trata-se de um desafio hercúleo, pois deve ser pensada no plano normativo, entre os diferentes ilícitos penais, e no plano da decisão judicial, não só entre os diferentes ilícitos penais, como também entre diferentes casos envolvendo um mesmo tipo penal. A desproporcionalidade, a seu turno, liga-se à irracionalidade.

A razoabilidade e o bom senso se conectam àquilo que já dissemos sobre a narrativa convincente. Aliás, lembrando René Descartes, a razão equivale ao bom senso.³⁵ E a irracionalidade destoa disso. É bem verdade que, partindo da

³⁴ No primeiro processo que julgamos sobre o artigo 273 do Código Penal, tratando de importação de medicamentos proibidos, verificamos que o Ministério Público, depois de ter pedido a condenação, argumentando a comprovação do delito, pleiteou a aplicação da pena abaixo do mínimo legal, utilizando o singelo argumento de desproporção da pena. O pedido, num primeiro momento, nos chocou, eis que aprendemos, nos bancos da Academia, o dogma segundo o qual o juiz não poderia aplicar a pena abaixo do mínimo legal, ressalvado o reconhecimento de causa legal de diminuição. Todavia, apesar de contrário a tudo o que nos foi ensinado na universidade, a injustiça de uma pena mínima de dez anos para quem trouxe, do Paraguai, remédios não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), porém equivalentes a um famoso medicamento registrado de combate à impotência sexual, pareceu-nos evidente. E aquela injustiça teria que ser sanada, e foi o que decidimos tentar fazer. Voltaremos a esse caso no capítulo em que trataremos das diversas irracionalidades do sistema criminal.

³⁵ “[...] herdeiro sem o saber de Maquiavel, Descartes, logo seguido por Hobbes, exprime a ‘ruptura’ que põe o homem, porque a razão equivale ao ‘bom senso’ e ‘é a coisa do mundo mais

ideia do paradoxo existente nas sociedades humanas, conforme acima enfatizado, a distinção entre o racional e o irracional talvez não seja tão simples. Desenvolveremos melhor essa ideia nos dois últimos capítulos.

Quanto à vinculação da razão à Lei do Amor, estaria Tolstói certo? Em caso positivo, a única solução racional seria a abolição do sistema criminal. Todavia, se fosse feita uma pesquisa com a maioria da população, certamente tal abolição pareceria irracional. Então, a Lei do Amor seria irracional? Ou as conclusões de Tolstói estariam equivocadas e haveria compatibilidade entre o Direito Penal e o Cristianismo? Retomaremos essas questões nos capítulos 3 e 4.

De toda forma, convém ressaltar que a discussão sobre a racionalidade ou irracionalidade do sistema criminal tem dois aspectos: o primeiro, relativo à sua existência; o segundo, referente ao seu funcionamento. O último aspecto pode ter como objeto a análise das decisões judiciais ou o exame da execução da pena no sistema penitenciário. Ou também pode levar em consideração o tão esquecido, dentre nós, processo de elaboração das leis penais. E o Brasil é rico em exemplos de elaboração irracional de leis penais, que podem ser injustas, desproporcionais, draconianas ou excessivamente lenientes.

Foi daí que nos surgiu a ideia de uma proposta curiosamente diferente. E a curiosidade reside na quase completa ausência de estudos voltados à elaboração de leis. Engenheiros podem fazer projetos, executá-los e posteriormente cuidar de sua conservação, mediante reparos ou reformas. Bacharéis em Ciências da Computação podem tanto criar *softwares* quanto trabalhar com os já existentes. Já os bacharéis em Direito, em regra, apenas cuidam da lei positiva, como se a elaboração de uma lei não pertencesse ao ramo jurídico. De fato, não temos conhecimento de uma disciplina específica, nos cursos jurídicos Brasil afora, voltada para o método (se é que existe) de criação de uma lei. Estuda-se, às vezes, as regras do processo legislativo, o controle prévio de constitucionalidade, porém não se estuda como elaborar uma lei. Como redigir um texto de lei? Quais os requisitos para uma lei clara? Como se examina a compatibilidade de um projeto de lei com o restante do ordenamento jurídico? Qual o critério para se aferir se um projeto de lei realmente reflete a vontade da maioria da população,

bem dividida', à frente do palco do mundo." (GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia crítica e razão jurídica*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 7).

na nossa democracia indireta? Como saber, ultrapassada a questão anterior, se o projeto de lei não fere os direitos fundamentais de uma minoria? Mais especificamente, superadas todas essas indagações, como decidir o que deve ser objeto de uma lei penal, quais condutas devem ser criminalizadas? Enfim, como fazer, se é que é possível, considerando o objeto de nossas inquirições, uma lei penal racional?

Tais perguntas geralmente são abandonadas pelos juristas, que só se preocupam com a lei posta, dissecando-a em comentários, artigo por artigo, apontando sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, ou simplesmente criticando o seu conteúdo. No entanto, comumente, não se ocupam os juristas com a geração das leis. Mal comparando, é como se os médicos se preocupassem apenas com as pessoas já nascidas, abdicando completamente de qualquer função de acompanhamento do parto da futura pessoa que nascerá.

O nascimento das leis é objeto de escassos estudos entre nós, quase como se fosse matéria afeita apenas ao domínio da Política e não do Direito. É bem verdade que existe a separação de Poderes, pela qual o Legislativo predominantemente cria as leis que serão julgadas pelo Poder Judiciário. Contudo, isso não é desculpa, pois nem todos que se formam em Direito serão juízes. Assim, é injustificável e representa uma grande falha a ausência de disciplinas e estudos específicos, nas universidades brasileiras, sobre a melhor forma de se criarem leis.

E exatamente por isso, teremos uma proposta diferente no presente trabalho, eis que não nos limitaremos a examinar ou criticar as leis do nosso sistema criminal. Faremos propostas concretas de mudanças legislativas, com alguns esboços de projetos de lei.

Evidentemente, sabemos que não temos legitimidade para legislar, posto que não fomos eleitos para tanto. Não é essa a questão. Nossos objetivos são mais modestos. Pretendemos dar um primeiro passo a um ponto final ainda muito distante, sabendo que encontraremos diversos críticos e detratores, e talvez alguns leitores que simpatizem com a ideia e se encorajem a dar também os seus primeiros passos, provavelmente em melhor direção, visto que já terão aprendido com os nossos erros. Quem sabe se inicie um movimento para que os acadêmicos do Direito passem a se ocupar do nascimento das leis. Essa não deixa de ser nossa esperança.

Quanto às críticas, não podem ser temidas por quem quer que se aventure nessa área. Se pretendemos julgar o Direito Penal ou, até de forma mais ampla, o sistema criminal, é claro que a decisão final, nossa sentença, deve apresentar soluções viáveis e convincentes. Um efeito colateral desse processo talvez seja até uma nova visão do Direito Penal frente ao Cristianismo. Julgar apenas para criticar não resolve o problema. Nosso julgamento apresentará uma solução, a qual, se não for razoável, deve ser reformada ou aprimorada. Não faltarão recursos e, *a priori*, propomo-nos a examinar os embargos declaratórios que inevitavelmente surgirão. Iniciemos, portanto, o julgamento, o diálogo, o ensaio.

2 A ILUSÃO DO LIVRE-ARBÍTRIO (OU O JULGAMENTO DA LIBERDADE PERANTE A RELIGIÃO, A FILOSOFIA, A CIÊNCIA, A LITERATURA E O DIREITO)

2.1 Afinal, por que você está lendo isto?

A pergunta direcionada aos leitores visa a questioná-los sobre o motivo pelo qual estão lendo estas linhas. São livres para ler ou não ler? Alguns poderão dizer que não são livres. Aqueles que terão que ler a presente tese a fim de avaliá-la, por exemplo, poderão dizer que estão obrigados a tanto. Mas será tão simples? Por que resolveram ler neste ou naquele momento? Por que antes ou depois do almoço ou do jantar? Por que exatamente neste dia? Não se poderia deixar para o dia seguinte ou para a outra semana? Enfim, são as pessoas livres para ler o presente texto ou estão determinadas a fazê-lo? Fomos livres para iniciar este capítulo de uma forma tão pouco usual para os padrões científico-jurídicos, ou fomos determinados a proceder dessa forma?

Iniciamos este capítulo com uma série de questões absolutamente banais, de forma proposital. Isso porque, quando o livre-arbítrio é discutido no âmbito do Direito Penal, até parece que o debate apenas se coloca para saber se as pessoas são ou não responsáveis por seus atos ilícitos. Tolstói pregou a ilusão do livre-arbítrio e deu a entender que as pessoas não seriam responsáveis por seus atos.

Mas, tudo será assim tão simples? As únicas opções são determinismo ou livre-arbítrio? Uma coisa é certa: ao se analisar uma possível solução, deve-se encontrar uma resposta coerente e convincente para todos os atos da nossa vida. Se o livre-arbítrio simplesmente não existe, ele não existe tanto para quem comete um delito quanto para quem passa manteiga ou margarina no pão do café da manhã.

É fato que a liberdade do ser humano não é absoluta. Quando criança, ele tem que obedecer aos pais (embora, amiúde, desobedeça). Quando jovem, tem a sua liberdade restringida por uma série de obrigações escolares (não obstante

algumas delas serem descumpridas). Quando adulto, tem que trabalhar, pagar as contas, cuidar dos filhos, abster-se de cometer crimes etc. (e, às vezes, deixa de fazer tudo isso). Em suma, é o óbvio ululante que ninguém é absolutamente livre para fazer o que quiser. A vida em família ou em sociedade traz uma série de limitações. Talvez um eremita numa floresta isolada ou alguém perdido numa ilha deserta, como Robinson Crusóé, seja livre para fazer o que quiser, na medida de suas possibilidades físicas. Livre, desde que não apareça por ali outra pessoa, ocasião na qual começarão as limitações, ou, em outras palavras, nascerá o Direito.

As restrições da vida em sociedade afetam a liberdade das pessoas, porém não é nem essa a questão quando se discute o livre-arbítrio. Ou talvez até seja, no caso do descumprimento de deveres e obrigações. De qualquer modo, o fato é que seria muito simplista dizer que alguém não é livre por ter que ir trabalhar num lindo dia de sol, em vez de ir à praia como gostaria. Alguma liberdade sempre existe (ou não?), independentemente das naturais restrições da vida em sociedade.

O que pretendemos, então, deixar claro para os leitores é a necessidade de uma intensa reflexão sobre a questão, não podendo o jurista simplesmente basear-se em algumas notícias de jornal sobre as inovações da Neurociência para pregar a ausência do livre-arbítrio ou a inexistência de responsabilidade moral. O problema vai muito além do chavão de que o jurista não pode ignorar os avanços das Ciências Médicas. O que se deve questionar é se existe a liberdade, em todos os aspectos cotidianos, dos atos mais banais aos mais relevantes. E, evidentemente, o jurista deve estudar e refletir de maneira profunda, para evitar meramente repetir chavões como o dantes mencionado e dar como certos avanços médicos com base em notícias da mídia, defendendo uma posição apenas porque ela é “moderna” ou “científica”. E uma dica para a reflexão responsável é nos lembrarmos do alcance dessa questão, a qual atinge cada ato que praticamos em nosso cotidiano.

Outro modo de se examinar tais questões com maior cuidado é realizar um julgamento para a liberdade, tal como faremos em relação ao Direito Penal. Dessa forma, obviamente, não poderemos condenar a liberdade sem qualquer

reflexão, com base em notícias de jornal.³⁶ Perceberemos, também, que o veredito poderá mudar, conforme o tribunal que receber o caso. Vejamos, então, como o livre-arbítrio se sai, inicialmente, perante o tribunal da Religião.³⁷

2.2 O julgamento da liberdade pela Religião

Os açodados que pretenderem condenar o livre-arbítrio apenas por considerá-lo algo defendido por Religiões (e todas elas seriam retrógradadas na percepção de alguns) devem refletir melhor. Existiram, e ainda existem, muitas controvérsias teológicas sobre o livre-arbítrio, que não deixam de entrar em, pelo menos, aparentes conflitos com a concepção sobre a onipotência de Deus. Como compatibilizar o livre-arbítrio com a presciência de Deus: se Ele sabe de antemão cada ato humano, então os atos humanos não ocorreriam de forma necessária? Se os atos humanos ocorrem necessariamente conforme a presciência divina, como justificar os atos maus: Deus seria responsável pelas maldades praticadas pelas pessoas? Como o ser humano garante a sua salvação: pela sua fé ou por seus atos? Se for pelos seus atos, a graça divina seria inútil?

As questões teológicas são, pois, complexas, e recebem soluções variadas, estando longe, assim, de uma defesa simplista de um livre-arbítrio puro, como pode parecer a alguns.

A propósito, de acordo com Alister E. McGrath, a origem do termo “livre-arbítrio” não se encontra na Bíblia: “O termo ‘livre-arbítrio’ (tradução do termo latino *liberum arbitrium*) não é bíblico, mas originário do estoicismo. Foi introduzido na igreja ocidental pelo teólogo Tertuliano, que viveu no século II”.³⁸

³⁶ Aqui, inspiramo-nos no advogado de um romance de Charles Dickens, Sr. Jaggars, que, em sua primeira aparição, interrompe uma discussão sobre uma notícia de jornal, a qual tratava de um caso popular de assassinato, sendo que o réu já era considerado culpado pelos presentes. Jaggars, dirigindo-se àquele que lera a notícia para os demais, formula diversas questões sobre o caso, terminando com a seguinte: “E agora eu lhes pergunto o que me dizem da consciência deste homem, o qual, tendo essa passagem diante de seus olhos, é capaz de dormir à noite depois de afirmar que um semelhante seu é culpado, sem tê-lo ouvido?”. (Vide *Grandes esperanças*. Tradução de Paulo Henriques Britto. São Paulo: Penguin Classics; Companhia das Letras, 2012, p. 203).

³⁷ Sempre lembrando que o enfoque deste trabalho é a Religião Cristã.

³⁸ Cf. *Teologia sistemática, histórica e filosófica: uma introdução à teologia cristã*. Tradução de Marisa K. A. de Siqueira Lopes. São Paulo: Shedd Publicações, 2013, p. 507.

Dentro da ótica cristã, a discussão sobre o livre-arbítrio gera debates intrigantes sobre se Deus tem livre-arbítrio, ou se Adão, Eva e Jesus Cristo o exerceram. A própria discussão sobre a traição de Judas não deixa de ser uma controvérsia acerca da liberdade ou necessidade dos atos humanos.³⁹

Majoritariamente, os teólogos posicionam-se de maneira favorável ao livre-arbítrio, porém não de forma absoluta. Há também aqueles que negam o livre-arbítrio, como Martinho Lutero, um dos grandes teólogos responsáveis pela Reforma.

Cumprido notar que essa discussão, mesmo no âmbito religioso, é importante para se verificar um dos fundamentos do Direito Penal: a liberdade de agir. Se não existe liberdade, é possível punir uma pessoa? Como visto no capítulo anterior, Tolstói considerava o livre-arbítrio não só uma ilusão, como também uma palavra vazia, inventada por teólogos e penalistas.⁴⁰ Estamos, aqui, desse modo, diante de uma possível influência da Teologia sobre o Direito Penal: a liberdade para pecar seria a mesma liberdade para cometer crimes. Por conta disso, é indispensável analisar o ponto de vista dos teólogos.

E há mais um recente motivo para tanto, qual seja o avanço das descobertas da Neurociência, como visto acima. Alguns mais afoitos, seguindo o novo dogma da prevalência da iluminada Ciência sobre a obscura Religião,⁴¹ já anunciam a necessidade de se extinguir o retrógrado Direito Penal. Portanto, nada melhor do que bem entender a posição dos teólogos e também a dos neurocientistas, visto que a discussão a ser travada promete ser bem mais complexa do que permitiria uma restrita visão que se limita a apontar um lado ou outro como certo ou errado. Começaremos, pois, pelos teólogos, passando pelos filósofos, neurocientistas e neurofilósofos, até chegar aos juristas. Por fim, tentaremos comparar e compatibilizar os diferentes julgamentos.

³⁹ A traição de Judas, no contexto do livre-arbítrio, foi estudada por teólogos como Santo Agostinho e Erasmo de Roterdã, como veremos adiante.

⁴⁰ *Minha religião*, p. 67.

⁴¹ A ironia, aqui, não pretende ser uma forma de proselitismo. Não é uma provocação aos que não têm fé, o que seria totalmente descabido num trabalho como este, que se destina a todos os tipos de leitores. A única provocação é contra o preconceito. Muitos dos teólogos mencionados neste capítulo são autores de obras puramente lógicas e dotadas de uma retórica quase impecável. Desprezar o que escreveram, considerando-os ignorantes, por conta de sua fé, equivale à conduta dos inquisidores que não quiseram nem ouvir as explicações de Galileu Galilei sobre o fato de a Terra não ser o centro do universo.

Iniciaremos por Santo Agostinho, e, desde logo, advertimos que não seguiremos uma ordem cronológica nem de uma eventual superioridade de argumentos. Procuramos, sim, talvez criar uma ordem de modo a estabelecer uma concatenação de ideias, para melhor clareza da exposição.

Desde já, é preciso deixar bem claro que não esgotaremos o universo de autores dos mais variados campos que tratam sobre o livre-arbítrio, eis que seria tarefa impossível ou, no mínimo, própria de um trabalho específico e vasto sobre o tema. Boas ideias e importantes argumentos podem ser esquecidos, ou talvez sejam até desconhecidos por nós. Todavia, fizemos escolhas discricionárias (livres?) acerca do que reputamos as ideias mais relevantes dentre os autores. Vejamos, então, o que dizem os nossos selecionados “juízes” sobre o livre-arbítrio.

2.2.1 Santo Agostinho e o livre-arbítrio mitigado: a controvérsia pelagiana

Agostinho de Hipona é considerado um dos principais teólogos do período patrístico,⁴² autor de obras fundamentais para o Cristianismo, como “Confissões” e “A cidade de Deus”. E Agostinho também escreveu uma célebre defesa do livre-arbítrio, não propriamente com o objetivo de patrocinar a liberdade humana do ponto de vista filosófico, porém, especialmente, com o intuito de resolver questões teológicas, como a de provar a existência divina e, sobretudo, demonstrar que o mal não provém de Deus. A obra é quase toda escrita em forma de um diálogo com o seu amigo Evódio, que fica um tanto quanto esquecido ao final. Além do próprio livre-arbítrio, Agostinho trata de outras questões que podem interessar aos estudiosos do Direito Penal, conforme veremos mais adiante.

Uma das razões que motivaram Agostinho a escrever sobre o livre-arbítrio foi para contestar o maniqueísmo, a doutrina dos maniqueus, grupo ao qual o bispo de Hipona pertenceu, em sua juventude.⁴³ O maniqueísmo era uma doutrina fatalista que pressupunha a luta do Bem contra o Mal, que seriam como que duas

⁴² Termo comumente utilizado para designar o período referente aos “pais” da Igreja.

⁴³ MCGRATH, Alister E., *Teologia sistemática, histórica e filosófica: uma introdução à teologia cristã*, p. 655.

divindades em conflito na alma humana. O lado que vencesse determinaria a ação humana, razão pela qual a pessoa não seria responsável por seus atos. Pois é exatamente nesse ponto que Agostinho inicia a sua reflexão, ou seja, qual seria a origem do pecado, iniciando a argumentação segundo a qual o mal praticado pelo homem seria oriundo do livre-arbítrio.

No começo do diálogo com Evódio, Agostinho até mesmo envereda pelo campo do Direito, questionando, por exemplo, a lei humana que permitiria o homicídio praticado em legítima defesa. Em hábil argumentação, Agostinho não condena a lei que permite matar em legítima defesa, porém condena aqueles que, de fato, matam sob essa excludente de ilicitude, separando a lei temporal dos homens da lei divina, oriunda de Deus.⁴⁴ Equipara, de certa forma, o crime em autodefesa à prevalência das paixões sobre a razão humana. Em suas palavras:

Logo, só me resta concluir: se, de um lado, tudo o que é igual ou superior à mente que exerce seu natural senhorio e acha-se dotada de virtude por não fazer dela escrava da paixão, por causa da justiça, por outro lado, tudo o que lhe é inferior tampouco o pode, por causa dessa mesma inferioridade, como demonstram as constatações precedentes. Portanto, não há nenhuma outra realidade que torne a mente cúmplice da paixão a não ser a própria vontade e o livre-arbítrio.⁴⁵

Com essa constatação, a de que o livre-arbítrio seria cúmplice da paixão, Agostinho refuta o fatalismo maniqueísta e a tese de que a pessoa não seria responsável por seus atos.

Cabe notar que a posição de Agostinho, transposta para o Direito Penal, adequa-se à responsabilidade pelo chamado dolo de ímpeto, estando, pois, de acordo com o disposto no artigo 28, inciso I, do Código Penal (Não excluem a imputabilidade penal a emoção ou a paixão).

Contudo, depois da controvérsia contra os maniqueus, surgiu também a controvérsia pelagiana. Pelágio da Bretanha foi um monge ascético, o qual também escreveu uma obra sobre o livre-arbítrio, que, em seu entender, ganhava ares absolutos. Isso, na prática, significava negar a influência do pecado original (o de Adão) sobre as pessoas. Assim, na visão do pelagianismo, a pessoa nasce totalmente pura e livre de pecado. As más ações praticadas por esse indivíduo

⁴⁴ *O livre-arbítrio*. Tradução de Nair de Assis Oliveira. 7. reimp. São Paulo: Paulus, 2013, p. 38.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 52.

são de exclusiva responsabilidade de seu livre-arbítrio. Da mesma forma, as boas obras também seriam de exclusiva responsabilidade do livre-arbítrio, o que implicava dizer que a salvação dependia única e exclusivamente da própria pessoa.

O primeiro problema da concepção de Pelágio é que ela deixava pouco ou nenhum espaço para a graça de Deus, o que a tornava, por si só, potencialmente herética. O segundo problema advinha do seu caráter excessivamente rigoroso, não aceitando, em consequência, qualquer desculpa para o pecado, que passaria a ser, única e exclusivamente, uma escolha do pecador. Isso também levaria a uma conclusão que, para além da heresia, ainda seria irreal: a de que o homem poderia ser perfeito, bastando, para isso, não pecar.

Agostinho contrapôs-se às ideias de Pelágio, sustentando haver uma diferença entre a *libertas* e o *liberum arbitrium*. A *libertas* seria própria do primeiro homem e da primeira mulher antes da queda, ou seja, pertenceria a Adão e Eva. Logo, Adão e Eva, abusando da liberdade concedida por Deus (já que criados à Sua imagem e semelhança), cometeram o pecado original, o que contaminou toda a humanidade. O *liberum arbitrium*, nessa ordem de ideias, seria mitigado, visto que as pessoas já nasceriam com uma inclinação para o mal, decorrente do pecado original.

Agostinho chega a reconhecer que as fraquezas humanas não são verdadeiros pecados, constituindo, na verdade, consequências do pecado original:

As más ações que cometemos por ignorância e as boas que não conseguimos praticar, apesar da boa vontade, denominam-se “pecados”, visto tirarem sua origem daquele primeiro pecado cometido por livre vontade. Esse, com efeito, como antecedente, mereceu os outros pecados como consequentes. Assim, de modo semelhante, costumamos denominar “língua” não apenas o órgão que pomos em movimento na boca ao falarmos, mas também aquilo que resulta desses movimentos, isto é, a forma e a sequência sonora das palavras. Nesse sentido, dizemos, uma é a língua grega; outra, a latina. Da mesma maneira, denominamos “pecado” não apenas o que em sentido próprio é pecado, por ter sido cometido conscientemente e por livre vontade, mas também o que é a consequência necessária do mesmo pecado, como castigo do mesmo.⁴⁶

⁴⁶ O *livre-arbítrio*, p. 211-212.

A lição de Agostinho é deveras interessante e, não raro, é esquecida ou deturpada por fanáticos religiosos que tratam o pecado que nasce com o ser humano como algo abjeto e imputável à própria pessoa. Noutras palavras, tratam esse pecado-consequência como o pecado fruto da escolha do livre-arbítrio. A posição de Agostinho é mais generosa com o ser humano, reconhecendo nele fraquezas naturais que seriam decorrentes do pecado de Adão e Eva, e não fruto de uma escolha livre e consciente. Portanto, o nosso livre-arbítrio seria mitigado, não tão completo quanto o de Adão e Eva. Evidentemente, o grande problema, aqui, é separar o que seria o pecado-fraqueza do pecado-escolha. Parece que o pecado-fraqueza viria de uma espécie de culpa em sentido estrito, ou, nas palavras de Agostinho, da ignorância.⁴⁷

Ainda que o livre-arbítrio de Agostinho possa ser considerado mitigado, ele continua a ser a razão de o homem, por vezes, escolher o caminho do mal. Daí, num dos diálogos da obra, Evódio perguntar a Agostinho por que Deus teria concedido o livre-arbítrio, se é por meio dele que se peca.⁴⁸ Enfim, entra-se, neste ponto, no movediço terreno sobre a origem do mal. Agostinho, habilmente, aduz que a pergunta de Evódio parece insinuar que Deus não deveria ter dado o livre-arbítrio ao homem. Resumindo em poucas linhas a resposta de Agostinho, tem-se que, sem o livre-arbítrio, não haveria sentido em se falar em castigo ou mérito. Além do que, Deus não seria o responsável pelo mal, fruto do exercício abusivo do livre-arbítrio pela pessoa. Tudo seria questão, pois, do bom ou mau uso da liberdade humana.

Mas, o fato é que a pergunta de Evódio poderia levar à outra reflexão: se não houvesse liberdade para pecar, existiria efetiva liberdade? Se concebermos liberdade como escolha ou decisão, a resposta seria negativa. Por sinal, muitas vezes, a liberdade é retratada como um ônus, como uma carga em nossas costas.

A ideia de liberdade somente para fazer o que é bom e o que é justo é pueril e, em si mesma, contraditória, ao menos neste nosso mundo. De fato, neste nosso mundo mortal, é possível que os homens matem outros homens. Mas, e se essa hipótese fisicamente possível tornar-se impossível pela inexistência de

⁴⁷ O alcance dessa ignorância poderia ser objeto de controvérsia, porém foge aos objetivos do presente trabalho.

⁴⁸ SANTO AGOSTINHO, *O livre-arbítrio*, p. 73.

vontade ou escolha em praticar qualquer tipo de má ação, inclusive a de matar? Pois, se for fisicamente possível, porém impossível pela ausência de vontade, é inegável que a liberdade de agir do ser humano não seria plena. Não existe, assim, liberdade apenas para fazer o bem, da mesma forma que inexistiria liberdade apenas para fazer o mal.

Essa reflexão é muito importante para o Direito Penal, visto que a liberdade de escolhas boas ou ruins passa a ser considerada como uma atitude normal do ser humano. E, para Agostinho, apesar do pecado, o ser humano não deixa, por isso, de refletir a imagem de Deus. Em seu raciocínio:

[...] qualquer alma vale mais que todo ser corporal, e nenhuma alma pecadora, seja qual for a profundidade de sua queda, por mudança alguma, torna-se jamais um corpo. Nem se pode retirar-lhe nada da perfeição que faz dela uma alma. Portanto, ela conservará sempre sua superioridade sobre o corpo.⁴⁹

Transpondo as palavras de Agostinho para o Direito Penal atual, poderíamos dizer que, seja qual for a gravidade do crime, o seu autor não pode jamais ser considerado um inimigo, converter-se em uma não pessoa, apenas um corpo semovente. O grau de perfeição que reside na alma a que se refere Agostinho também pode ser lido, em termos laicos, como a dignidade humana, que sempre estará presente em qualquer pessoa.

Há, ainda, outro questionamento, bastante complexo, que Evódio faz a Agostinho, envolvendo a presciência de Deus de todos os nossos atos, incluindo os maus, e, de forma indireta, mais uma vez, a responsabilidade pelo mal. Se tudo há de ocorrer conforme Deus previu, esses atos não serão necessários e, portanto, determinados por Deus? E, se é assim, Deus não seria, em última análise, responsável pelo mal? Afinal, sendo onipotente, Ele poderia impedir o mal se quisesse, porém, caso não queira, talvez não seja tão bondoso quanto dizem. Por exemplo, por que Deus permitiu que Judas traísse Jesus? Judas, então, não praticou nada mais do que o plano de Deus?

⁴⁹ *O livre-arbítrio*, p. 167.

Agostinho basicamente responde que a vontade não deixa de ser livre pelo fato de ter sido prevista por Deus. Prever não é forçar. E Deus não forçou as Suas criaturas a pecar.⁵⁰

A solução de Agostinho nos parece logicamente correta, entretanto, há um ponto que ainda está obscuro. Se Deus cria os homens e sabe que eles praticarão atos maus, isso significa que Ele permite o mal. Para impedir o mal, teria de não criar, ou, criando, impedir a realização de más ações. Permitir o mal, sendo onipotente, significa compactuar com o mal. Ou não?

Convidamos o leitor a fazer o seguinte exercício de imaginação. Imagine-se com poderes divinos unicamente em relação aos seus próprios filhos, já existentes ou futuros. Com a onipotência sobre a vida de seus filhos, o leitor terá a presciência de todas as más ações e decisões erradas que serão praticadas por seu filho ou sua filha. Além dessa presciência, imagine-se com o poder divino de impedir todas as más ações e decisões erradas do seu filho ou filha. Imagine-se com o poder de sempre decidir de forma justa e a melhor possível por ele ou ela, fazendo de sua vida a melhor possível. Exercer esse poder seria muito bom. Ou será que não? Com onipotência e sabedoria plena, perceberá o leitor que, nessa hipótese fantástica, seus filhos, em verdade, não tomarão decisão alguma, apenas seguindo deterministicamente a vontade do leitor com poderes divinos. Isso é bom, pois seus filhos nunca tomarão tombos, nunca colocarão o dedo na tomada, nunca terão notas baixas na escola, nunca irão se relacionar com a pessoa errada, enfim, nunca farão nada de errado e terão a melhor vida possível. Tudo isso será muito simples, bastando, com seus poderes divinos, suprimir a liberdade e a vontade de seus filhos, substituindo pela sua própria (que será a melhor possível para eles nesse exercício de imaginação). E não se preocupe com o fato de seus filhos se comportarem como autômatos ou robôs, pois lhes será dada a ilusão de que eles é que decidirão a própria vida. Porém, você, leitor, saberá a verdade. Saberá que a vida deles não foi, de fato, vivida por eles, mas sim por você.

Mas, qual será a outra solução? Deixar os filhos com a liberdade e a vontade intocadas, permitindo que eles tombem, tentem enfiar o dedo na tomada, não estudem como deveriam, escolham a pessoa errada para se relacionar, mas

⁵⁰ *O livre-arbítrio*, p. 165.

também que aprendam com os seus erros e consigam as suas próprias conquistas. O leitor tentará, é claro, orientar seu filho ou filha, contudo, tendo a consciência de seus erros e acertos na vida, só podendo lamentar pelos primeiros e alegrar-se pelos últimos. A vida dele ou dela não será a melhor possível, mas será vivida livremente, de acordo com suas vontades e escolhas, com erros e acertos.

Então, leitor onipotente, qual seria a sua decisão? E qual seria a sua decisão se tivesse mais de um filho ou filha e soubesse previamente que eles entrariam em conflito? Suprimiria a vontade de ambos? De apenas um deles? Qual? Por quê?

Independentemente das reflexões de cada um, parece-nos que até mesmo permitir o mal pode ter um lado bom, ao passo que erradicá-lo nem sempre será tão bom quanto se poderia crer. Se Deus suprimisse a liberdade e a vontade de Judas, isso seria bom ou ruim?⁵¹ Voltaremos a esse exemplo quando analisarmos a pior das hipóteses trazidas pela Neurociência.

Por ora, encerraremos a presente subseção, lembrando que a obra de Agostinho é muito mais rica do que a breve síntese aqui exposta. No entanto, o exposto até este momento já é suficiente para os fins deste trabalho. Verifica-se, pois, que Agostinho defende o livre-arbítrio, ainda que de forma mitigada, não o considerando uma ilusão, ao contrário de Tolstói.

2.2.2 Orígenes e sua interpretação da Bíblia

Orígenes, discípulo de Clemente de Alexandria e um dos padres gregos, é considerado um dos maiores teólogos do Cristianismo no século III, um tempo em que a Igreja ainda não tinha alcançado o domínio que obteve no século IV, após a conversão de Constantino. Uma das contribuições de Orígenes foi a “[...] noção

⁵¹ Há uma série de questões de Filosofia Moral que poderiam ser formuladas. Se alguém tivesse o poder divino de exterminar ditadores sanguinários, mas somente quando tais futuros assassinos em massa fossem apenas crianças inocentes, esse poder deveria ser exercido?

de interpretação alegórica, argumentando que se deveria fazer uma distinção entre o sentido superficial das escrituras e seu sentido espiritual mais profundo”.⁵²

Especificamente em relação ao livre-arbítrio, a contribuição de Orígenes é muito relevante, eis que ele procura a interpretação mais adequada para as passagens da Bíblia que parecem impugnar a ideia de livre-arbítrio.

Interpretar corretamente a Bíblia, nesse aspecto, é crucial, visto que Orígenes é um defensor do livre-arbítrio. Em suas palavras:

[...] Para aquele que decidiu, por exemplo, conservar a continência e abster-se de união sexual, não será a aparição de uma mulher, provocando o agir contra a sua intenção, que será a causa decisiva do abandono das suas decisões; de fato, ele pratica a libertinagem porque consentiu completamente na excitação e na doçura do prazer, não querendo lhe resistir nem ratificar a sua resolução. Mas aquele que está mais preparado e exercitado procede de modo diferente: quando sobrevêm essas excitações e provocações, a razão fortificada e formada no exercício e na meditação, tendo chegado pela instrução à firmeza na sua caminhada pelo bem, ou pelo menos próxima de lá chegar, afasta as excitações e enfraquece os desejos. Mas quando isso se produz, se acusamos os estímulos exteriores e nos sentimos absolvidos de qualquer acusação, afirmando que somos como a madeira e as pedras, que são movidas por forças do exterior, isso não é nem verdadeiro nem honesto; quem assim faz tem a seguinte razão: falsificar a noção de livre-arbítrio. Se lhe perguntássemos o que é livre-arbítrio, responderia: quando nada do exterior me empurra na direção oposta àquela que decidi.⁵³

Cabe, aqui, um parêntese. Curioso que, na obra “Padre Sérgio”, o personagem de Tolstói que dá nome ao livro enfrenta tentação parecida à imaginada por Orígenes, e, para escapar à tentação, corta um dedo fora. A mulher, que tentara seduzir o padre, impressiona-se com a situação e se arrepende, tornando-se uma noviça.⁵⁴ Interessante, eis que Tolstói, como já vimos, afirma ser o livre-arbítrio uma ilusão. Qual teria sido a força que impeliu padre Sérgio a resistir à tentação? Posteriormente, analisaremos o livre-arbítrio na literatura tolstoiana.

⁵² MCGRATH, Alister E., *Teologia sistemática, histórica e filosófica: uma introdução à teologia cristã*, p. 45.

⁵³ *Tratado sobre os princípios*. Tradução de João Eduardo Pinto Basto Lupi. São Paulo: Paulus, 2012, p. 211.

⁵⁴ Vide *Padre Sérgio*. Tradução de Beatriz Morabito. São Paulo: Cosac Naify, 2010, p. 51-62.

A posição de Orígenes sobre o livre-arbítrio talvez possa ser considerada chocante para certos setores da sociedade que atualmente bradam inexistir o conceito de culpa, como se tudo não passasse de uma retrógrada ideia religiosa. Na verdade, o texto de Orígenes acima citado, que nem sequer fala de um crime, invoca claramente a ideia de responsabilidade da pessoa, que deveria fazer prevalecer as suas obrigações sobre os seus instintos.

Um exemplo de pensamento contemporâneo que, inversamente, trata os instintos como prevalentes sobre a razão é o de Cristina Rauter:

A criminologia vai criticar a noção de livre-arbítrio e de responsabilidade, mostrando que não é a razão que controla nossos atos, mas os instintos, os afetos, os atos reflexos. Há uma espécie de monstro adormecido que habita todo indivíduo, não apenas os reconhecidamente loucos, mas todos aqueles aparentemente normais e honestos cidadãos. Do ponto de vista da criminologia, urge, portanto, que as leis penais se adequem a esta realidade trazida à luz pela ciência. Se os homens não são livres para agir, como fundamentar a legitimidade da reação social sobre o livre-arbítrio e a responsabilidade?⁵⁵

Se formos comparar os dois textos, podemos concluir que, embora Orígenes tenha uma posição rigorosa sobre o livre-arbítrio, ele reconhece a existência das excitações e dos desejos que só uma razão fortificada poderia afastar (defende a prevalência da razão, porém não olvida os instintos e as emoções ou paixões). Já o texto de Cristina Rauter, ao menos no trecho acima mencionado, contém uma petição de princípio, eis que menciona que a Criminologia já mostrou que não é a razão que governa os nossos atos, mas os instintos, afetos e atos reflexos (ou seja, basicamente desaparecem a razão e o livre-arbítrio, dando espaço apenas para os fatores emocionais ou instintivos). Aquilo, então, que deveria ser demonstrado (que a razão não governa nossos atos), já aparece como demonstrado (a Criminologia já mostrou que a razão não governa nossos atos).

Ao estudarmos a visão dos neurocientistas e neurofilósofos sobre o livre-arbítrio, veremos que a Ciência está longe de chegar a uma conclusão sobre a ausência de liberdade. Só que, sem embargo da efetiva existência e influência de

⁵⁵ Cf. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 28.

instintos, afetos, desejos, excitações etc., é mais do que temerária a afirmação de que são eles, e não a razão, que governam os nossos atos.

Se assim fosse, então, não seria responsável o marido que espanca a esposa por ciúmes? Ou aquele que matou a esposa flagrada em adultério? Ou o padre que estuprou uma criança? Ou as pessoas que amarram um suposto autor de furto num poste e o espancam para satisfazer um instinto de justiça? Ou o policial que tortura um preso para satisfazer seu instinto de sadismo? Ou o assaltante que, após o roubo, decide, sabe-se lá por qual motivo, colocar fogo na vítima? Ou o juiz que decide condenar o réu, sem qualquer fundamento racional, simplesmente invocando seu instinto de que o acusado é culpado?

Sim, sabemos que nossas hipóteses são extremas. Todavia, não são impossíveis nem improváveis. Podem eventualmente ocorrer. E se ocorrerem, não seria o caso de responsabilizar o culpado? Ou não existiriam responsáveis nem culpados? Essa é uma reflexão que iremos fazer ao longo de toda a obra, e pensamos que, qualquer que seja a resposta, deve ela ser independente de preconceitos ideológicos.⁵⁶

Voltando à posição de Orígenes, tem-se que ele admite a influência, digamos emocional, como a excitação ou o desejo, porém toma como certo que a pessoa age conforme o seu consentimento. O ser humano, como ente racional, seria a causa de seus próprios movimentos, diferentemente de objetos inanimados, os quais seriam movidos apenas por fatores externos. Orígenes reconhece, ainda, que a pessoa poderia ter agido de outra forma, caso tivesse uma razão fortificada.

Mas, de outro lado, Orígenes admite a existência de passagens bíblicas que parecem rejeitar a ideia do livre-arbítrio. Uma das mais conhecidas é a do Êxodo, em que Deus teria dito a Moisés que endureceria o coração do Faraó, não permitindo que ele libertasse o povo judeu.⁵⁷

⁵⁶ Não é por acaso que, nas hipóteses aventadas, foram mencionados delitos que podem ser praticados por pessoas tidas, por algumas correntes de pensamento, como opressoras. Em verdade, opressores e oprimidos estão muito longe de serem características típicas de alguma classe social. Qualquer que seja a conclusão (existência ou inexistência de livre-arbítrio e responsabilidade), ela deve valer para todos, independentemente de ser religioso, marxista, oprimido, opressor etc.

⁵⁷ Êxodo, 4:21: “Disse o Senhor a Moisés: Quando voltares ao Egito, vê que faças diante de Faraó todos os milagres que te hei posto na mão; mas eu lhe endurecerei o coração, para que não deixe ir o povo”. (BÍBLIA, p. 108).

A passagem bíblica em questão é efetivamente enigmática, pois parece que o Faraó, após visualizar os milagres, só não libertará o povo judeu por ter o coração endurecido pelo Criador, o que, na prática, significa negar o seu livre-arbítrio.

Algumas das explicações de Orígenes, entretanto, parecem contrariar, ainda mais, o livre-arbítrio, tal como a que segue: “[...] Deus precisava da repetição da desobediência dele para manifestar suas maravilhas em vista da salvação de muitos; por essa razão, Deus endureceu o coração dele”.⁵⁸ Essa justificativa parece remeter à ideia de que Deus necessitaria de atos maus para que Seus feitos fossem reconhecidos. Se Deus precisa de atos maus, aqueles que os praticam seriam mais instrumentos da vontade divina, e não propriamente seres livres.

Mais convincente é essa outra explicação de Orígenes:

Não é despropositado explicar tais palavras a partir do uso comum da linguagem. Muitas vezes, os bons padrões dizem aos criados, mal-acostumados pela sua bondade e paciência: “Fui eu que te tornei mau”; e “Sou eu a causa de teus erros”. É preciso compreender o modo habitual e a força do que se diz, e não caluniar, por meio de uma interpretação errada, o que quer dizer essa palavra.⁵⁹

Por essa justificativa, que recorre ao senso comum, podemos dizer que seria justamente a não intervenção divina que causaria o endurecimento do coração do Faraó. Assim, poderíamos chegar novamente à discussão sobre o livre-arbítrio e a presciência divina. A solução, no entanto, seria a mesma de Agostinho: prever não é forçar, de forma que o não interferir, no caso, não equivaleria a causar, ainda que se saiba exatamente o que ocorrerá diante da não interferência. De todo modo, ainda que mais convincente, pelo menos no que tange à defesa do livre-arbítrio, a interpretação de Orígenes é só mais uma dentre as inúmeras possíveis interpretações do versículo bíblico em tela. Noutras palavras, é razoável supor que não exista o livre-arbítrio, de acordo com essa e outras passagens da Bíblia.

⁵⁸ Cf. *Tratado sobre os princípios*, p. 215.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 218.

Ao final, a disputa sobre a existência ou inexistência do livre-arbítrio, com base nos textos bíblicos, resume-se a uma questão de argumentação e fé dos teólogos. As justificativas de Orígenes sobre as passagens da Bíblia que parecem negar o livre-arbítrio são mais uma prova de que não existe uma defesa unívoca da liberdade no âmbito do Cristianismo, o que será adiante reforçado, ao analisarmos a controvérsia entre Martinho Lutero e Erasmo de Roterdã.

Contudo, Orígenes tem uma determinada concepção que parece inutilizar ou tornar completamente indiferente o livre-arbítrio. Trata-se da *apocatástasis*, segundo a qual todos serão salvos, incluindo-se, aí, Satanás.⁶⁰ Essa tese acabou sendo rejeitada pela Igreja, até porque, em rigor, elimina qualquer utilidade da discussão sobre o livre-arbítrio, já que a salvação se destina a todos, independentemente dos atos praticados, haja vista a menção à salvação dos demônios.

Como veremos a seguir, o tema do livre-arbítrio é frequentemente relacionado ao da salvação, sendo até tido como insuficiente, porém não inútil, como faz parecer a concepção de Orígenes.

2.2.3 Tomás de Aquino e as limitações do livre-arbítrio

Tomás de Aquino, nascido na Itália, pertenceu à Ordem dos Dominicanos e, ao lado de Santo Agostinho, é lembrado como um dos maiores teólogos da Igreja. A sua maior obra é a "*Summa theologiae*", até hoje objeto de estudos por teólogos e filósofos, dentre outros interessados, a exemplo dos próprios juristas. De fato, além dos estudos propriamente teológicos, Tomás de Aquino pode ser lido no campo da Ética e da Filosofia Moral, considerando que foi um estudioso de Aristóteles, frequentemente citado em suas obras.

Em suas "*Quaestiones disputatae de veritate*", Tomás de Aquino analisa, na Questão 24, a existência ou inexistência do livre-arbítrio. A referida Questão é dividida em 15 artigos, sendo que cada um deles contém argumentos contrários e favoráveis à liberdade do ser humano. Basicamente, Tomás de Aquino inicia cada

⁶⁰ MCGRATH, Alister E., *Teologia sistemática, histórica e filosófica: uma introdução à teologia cristã*, p. 45.

artigo descrevendo os argumentos contrários ao seu entendimento, e, posteriormente, refuta cada um deles com outros argumentos. Dentre os artigos, Tomás de Aquino questiona se existe livre-arbítrio nos homens, nos animais irracionais, em Deus, além de investigar a natureza do livre-arbítrio, se ele se confunde com a vontade ou se é uma potência distinta, discutindo a relação da liberdade com a graça divina.

No primeiro artigo da Questão 24, Aquino examina justamente se existe livre-arbítrio no homem, e, a exemplo de Orígenes, começa citando uma passagem bíblica que parece dizer o contrário:

Com efeito, como se diz em Jr, 10, 23: *não pertence ao homem o seu caminho; que não é dado ao homem que caminha dirigir os seus passos*. Ora, segundo isto, diz-se de alguém que tem livre-arbítrio, quem é senhor das suas ações. Logo, o homem não tem livre-arbítrio.⁶¹

Tomás de Aquino também menciona, dentre outros argumentos contrários ao livre-arbítrio, que os méritos não estão em nosso poder, razão pela qual os atos meritórios não proviriam do livre-arbítrio.⁶² De outro lado, ele também invoca Aristóteles, para quem, na *Metafísica*, livre seria o que fosse causa de si. Como a mente humana seria causada por Deus, não haveria livre-arbítrio.⁶³

Respondendo com contra-argumentos, Tomás de Aquino invoca o próprio filósofo grego para dizer que a deliberação está em nós e que, considerando que os homens deliberam sobre os seus atos, existiria o livre-arbítrio. Também aponta que a lei divina estabeleceu proibições e deveres para os homens, argumentando que, se não houvesse o livre-arbítrio, tais disposições seriam inúteis. Ademais, Deus não seria a causa imediata de todos os atos humanos, porquanto as ações do homem podem ser boas ou más e Deus não poderia ser causa de atos maus.⁶⁴

No segundo artigo da Questão 24, Aquino se pergunta se existiria livre-arbítrio nos animais, e inicia com o argumento favorável, aduzindo que os animais se movimentam espontaneamente, motivo pelo qual teriam livre-arbítrio. Tal

⁶¹ *O livre-arbítrio: questiones disputatae de veritate: questão 24*. Tradução, edição e notas de Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. São Paulo: Edipro, 2015, p. 47, grifo do autor.

⁶² *Ibidem*, p. 57, grifo do autor.

⁶³ *Ibidem*, p. 48.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 53-54.

argumento é posteriormente respondido com a constatação de que o movimento, nos animais irracionais, surge espontaneamente, e não em decorrência da livre-eleição. E a livre-eleição seria decorrente da razão, característica exclusiva dos seres humanos, feitos à imagem e semelhança de Deus. Portanto, não haveria livre-arbítrio nos animais irracionais.⁶⁵

O mencionado artigo é relevante, pois Tomás de Aquino acaba diferenciando animais e humanos pela presença, nos últimos, da razão. Isso acaba se vinculando ao sexto artigo, em que o teólogo discute a natureza do livre-arbítrio, chegando à conclusão de que ele é composto pela vontade e pela razão.⁶⁶

De acordo com John Finnis, Tomás de Aquino distingue a intenção (relativa aos fins) e a escolha (relativa aos meios).⁶⁷ Enquanto a intenção estaria ligada à vontade, a escolha se vincularia à razão.

Outro artigo interessante da Questão 24 diz respeito à existência de livre-arbítrio em Deus. Tomás de Aquino começa argumentando que não, visto que o livre-arbítrio implicaria a possibilidade de se eleger o mal, o que seria absolutamente contrário a Deus. O argumento é rebatido, assumindo-se que o livre-arbítrio de Deus somente se dá entre coisas boas, não elegendo Deus, diante de Sua perfeição, o mal.⁶⁸

O homem, ao contrário do Criador, poderia eleger o mal pelo livre-arbítrio. A eleição, a escolha, de acordo com Tomás de Aquino, seria tanto um ato da vontade quanto da razão. Para ele, “[...] a vontade move, de certo modo, a razão, imperando seu ato; e a razão move a vontade, propondo seu objeto, que é o seu fim”.⁶⁹

De outro lado, no artigo 13, ao examinar se alguém, estando na graça, pode evitar o pecado, Tomás de Aquino acaba por fazer uma interessante reflexão sobre algo que pode anteceder o livre-arbítrio, isto é, a concupiscência:

Com efeito, quando se diz que alguém pode abster-se do pecado, a potência se dirige só em relação à negação, a saber, de modo

⁶⁵ *O livre-arbítrio: questiones disputatae de veritate: questão 24*, p. 67-74.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 107.

⁶⁷ *Direito natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico*. Tradução de Leandro Cordioli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 31.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 77-80.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 107.

que alguém possa não pecar; e isso pode fazer qualquer um que esteja na graça, falando do pecado mortal, porque quem tem graça não inere alguma inclinação habitual até o pecado, mas inere melhor nele uma inclinação habitual para evitar o pecado. E, por isso, quando lhe ocorre sob a razão de pecado mortal, dissente dele pela inclinação habitual, a não ser que se apoie no contrário, seguindo as concupiscências, as quais, porém, ele não tem necessidade de seguir; ainda quando não possa evitar quando algum movimento da concupiscência surja precedendo totalmente o livre-arbítrio. Assim, portanto, porque não pode fazer com que nenhum movimento da concupiscência não preceda totalmente o ato do livre-arbítrio, não pode evitar todos os pecados veniais. [...] Mas, quando se diz que esse pode perseverar até o fim da vida em abstinência do pecado, a potência se dirige a algo afirmativo, a saber, de modo que alguém se ponha em tal estado que o pecado não possa dar-se nele; pois, de outro modo, o homem não poderia perseverar por um ato do livre-arbítrio, a não ser que se fizesse impecável. Contudo, isso não cai sob o poder do livre-arbítrio, porque a virtude motiva que surge não se estende a isso. E, por isso, o homem não pode ser a causa de sua perseverança, mas tem a necessidade de pedir a perseverança de Deus.⁷⁰

Vale notar que a concupiscência pode ter diversos significados, como desejo, ambição e luxúria. Lembrando o texto de Cristina Rauter, citado páginas atrás,⁷¹ pode ser o instinto, o afeto, ou seja, algo que acontece dentro de nós, antes de tomarmos a decisão propriamente dita.

A concupiscência que antecede o livre-arbítrio, na visão de Tomás de Aquino, pode ser justamente um elo de ligação, ou mesmo de diálogo, entre a visão religiosa e a visão neurocientífica, ainda a ser analisada.

E tal como Agostinho na controvérsia com Pelágio, Tomás de Aquino entende que somente o livre-arbítrio não pode livrar a pessoa de cometer todo e qualquer pecado. A concupiscência parece ser essa inclinação para o mal, existente em todo ser humano. A única forma de se evitar o mal seria por meio da perseverança de Deus.

Dessa forma, o livre-arbítrio, conforme Tomás de Aquino, também tem limitações, não sendo possível libertar-se totalmente do pecado apenas de acordo com a própria vontade. A concupiscência, inevitavelmente, acabará levando o ser humano ao pecado.

⁷⁰ *O livre-arbítrio: questiones disputatae de veritate*: questão 24, p. 197.

⁷¹ Cf. *Criminologia e subjetividade no Brasil*, p. 28.

Quanto a alcançar o bem, Tomás de Aquino também se atentou a outro tema polêmico, concernente à relação entre livre-arbítrio e graça. O tema já havia sido examinado por São Bernardo de Claraval, que acabou concluindo que o livre-arbítrio serviria somente para alcançar o mal, sendo que, para se alcançar o bem, seria necessária a cooperação da graça de Deus.⁷² Já Tomás de Aquino, que citou algumas vezes a obra de Bernardo, resolveu a questão, propondo a existência de dois tipos de bem: o primeiro proporcional à natureza humana (e, dessa forma, conquistável pelo livre-arbítrio), e o segundo superior à capacidade humana, que exigiria a cooperação da graça divina. Apenas o segundo tipo de bem asseguraria ao ser humano a vida eterna.⁷³ Este, a propósito, é um dos temas mais controvertidos entre Erasmo de Roterdã e Martinho Lutero, conforme veremos a seguir.

2.2.4 A disputa entre Erasmo de Roterdã e Martinho Lutero

A disputa aqui aludida trata-se de um intenso debate entre o humanista Desidério Erasmo de Roterdã, que publicou uma diatribe contra um texto do reformista Martinho Lutero, o qual, passado algum tempo, deu uma severa resposta à provocação do primeiro. A disputa foi em torno do livre-arbítrio, posicionando-se Erasmo de modo favorável à liberdade, ao contrário de Lutero.

Antes de analisarmos a argumentação de ambos, cumpre observar, preliminarmente, que Erasmo era um teólogo, e não um ateu. Quando fizemos

⁷² “Muitas vezes, porém, a graça age com o livre-arbítrio, enquanto este procede só no primeiro [momento de nossa ação], a graça vem logo depois, acompanhando-o e cooperando [na conclusão dos bons atos]. Se somente é possível a concepção do ato bom com a graça, é certo que ele só se aperfeiçoará na presença de ambos: [ou seja, na cooperação da graça com o livre-arbítrio].” (CLARAVAL, São Bernardo de. *Opúsculo sobre o livre-arbítrio*. Tradução de Tiago Tondinelli. Campinas: Ecclesiae, 2013, p. 93).

⁷³ “[...] há dois tipos de bem. Um, que é proporcional à natureza humana. Outro, que excede à faculdade da natureza humana. E esses dois bens, se falamos dos atos, não diferem segundo a substância do ato, mas segundo o modo de agir; por exemplo, o ato de dar esmolas é um bem proporcional às forças humanas, ao homem que se move a isso por certo amor natural ou benignidade, mas excede à faculdade humana, na medida em que o homem é induzido a isso pela caridade, que une a mente do homem a Deus. Portanto, consta que o livre-arbítrio não pode, sem a graça, acessar esse bem que está acima da natureza humana. Porque, como por esse tipo de bem o homem merece a vida eterna, consta que o homem não pode merecê-la sem a graça.” (AQUINO, Santo Tomás de, *O livre-arbítrio: questiones disputatae de veritate*: questão 24, p. 204).

menção ao *humanista*, não aludimos ao sentido comum hodierno, em que o humanismo é tido, por muitos, como ausência de fé em Deus. Referimo-nos, de outro prisma, ao humanismo da época em que viveu Erasmo, ou seja, dos tempos do Renascimento. De acordo com Alister E. McGrath, “a maioria dos humanistas daquele período era religiosa e preocupada com a purificação e a renovação do cristianismo, não com sua abolição”.⁷⁴ Esse era o caso de Erasmo, que também se posicionava por reformas na Igreja, muito embora não tenha se caracterizado propriamente como protestante. Erasmo publicou sua “*Diatribé*” em resposta a uma “*Assertio*” sobre a livre escolha, negada por Lutero.⁷⁵

A obra “*De servo arbitrio*” foi a agressiva resposta de Lutero à “*Diatribé*” de Erasmo. Martinho Lutero, teólogo que deu o passo decisivo para a Reforma, respondeu tardiamente a Erasmo, como reconhece logo no início do seu texto.⁷⁶ Interessante destacar que, em sua obra, Lutero rebate, quase que parágrafo por parágrafo, a diatribe de Erasmo, porém acaba se olvidando da sua própria argumentação para defender a inexistência do livre-arbítrio.

No início do seu “*De libero arbitrio: Diatribe seu collatio*”, Erasmo reconhece que o tema da livre escolha é um verdadeiro labirinto, com mais esforços do que resultados.⁷⁷ Erasmo inicia a sua crítica acerba (diatribe) à específica asserção de Lutero sobre a inexistência do livre-arbítrio, deixando claro que não pode ser confundido com um mero adepto das ideias luteranas (embora possa concordar com algumas delas), elucidando, com ironia e bom humor, que deseja um debate pacífico, mostrando-se, desde já, sabedor de que Lutero não se incomodaria com divergências, visto que ele próprio divergiria “[...] não só de todos os doutores da Igreja, mas também de todas as escolas, de todos os concílios e papas”.⁷⁸

⁷⁴ *Teologia sistemática, histórica e filosófica: uma introdução à teologia cristã*, p. 74.

⁷⁵ Na “*Assertio*”, Lutero diz o seguinte: “Errei ao dizer que a livre escolha perante a graça é uma realidade só de nome. Eu devia ter dito simplesmente: ‘na realidade, a livre escolha é uma ficção ou um nome sem realidade’. Porque ninguém é capaz de por si só ter um pensamento bom ou mau, mas cada coisa acontece por necessidade absoluta (como ensina corretamente o artigo de Wyclif condenando em Constança)”. (ROTERDÃ, Erasmo de. *Livre-arbítrio e salvação*. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Reflexão, 2014, p. 29).

⁷⁶ Cf. Da vontade cativa. In: LUTERO, Martinho. *Obras selecionadas: debates e controvérsias – II*. Tradução de Luís H. Dreher, Ilson Kayser, Luís M. Sander e Helberto Michel. São Leopoldo: Sinodal; Porto Alegre: Concórdia, 1993, p. 11.

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 61.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 62.

Antes de iniciar propriamente a sua argumentação sobre o livre-arbítrio, Erasmo aduz que algumas verdades não são para todos, advertindo sobre os perigos inerentes ao pensamento de Lutero:

Suponhamos, por conseguinte, que há alguma verdade na doutrina ensinada por Wyclif e asseverada por Lutero de que tudo que é feito por nós não o é por livre escolha, mas por pura necessidade. O que poderia ser mais inútil do que publicar esse paradoxo diante do mundo? Uma vez mais, suponhamos que em certo sentido seja verdadeiro, como diz Agostinho em algum lugar, que “Deus opera em nós o bem e o mal, recompensando as suas próprias boas obras em nós e punindo em nós suas próprias más obras”; que brecha à impiedade o reconhecimento público de tal opinião abriria para inúmeros mortais! Especialmente tendo em vista a morosidade mental dos mortais, sua indolência, sua malícia e sua incurável propensão para todos os tipos de maldade. Que fracote será capaz de suportar a guerra interminável e cansativa contra sua própria carne? Que malfeitor se esforçará para corrigir sua vida? Quem será capaz de amar a Deus de todo seu coração se for Ele que criou a fervura do inferno com seus tormentos eternos visando punir seus próprios malfeitos em suas vítimas como se sentisse prazer nos tormentos humanos? A maioria dos seres humanos é por natureza parva e sensual, propensa à descrença, inclinada ao mal, tendendo para a blasfêmia, de modo que não é preciso jogar combustível na fornalha.⁷⁹

Erasmo realiza, nesse trecho, uma justa advertência ao perigo de se dar às pessoas mais uma justificativa para declinar de suas responsabilidades, o que é, pelo visto, uma atemporal inclinação humana.⁸⁰ Basta comparar a advertência de Erasmo com um texto contemporâneo, escrito por Theodore Dalrymple, pseudônimo do médico inglês Anthony Daniels:

Não muito tempo depois que os teóricos da criminologia propuseram a teoria de os criminosos reincidentes possuem um desejo compulsivo pelo crime (reforçando essas teorias com diagramas impressionantes de circuitos neurais do cérebro para comprová-las), um ladrão de carros, de inteligência limitada e de pouca educação, pediu-me que tratasse de sua compulsão de roubar carros – e, ao não receber tal tratamento, é claro, via-se

⁷⁹ *Livre-arbítrio e salvação*, p. 69-70.

⁸⁰ Essa inclinação pode ter diversas explicações, desde a evolução de nossos cérebros, programados para evitar o castigo ou a punição, passando por um hábito ancestral, chegando até a livre escolha de procurar manter-se impune.

moralmente justificado para continuar a livrar os donos de carros de suas propriedades.⁸¹

Como vemos, mesmo com a separação de alguns séculos, perdura a preocupação com o fato de que ideias que procurem suprimir a liberdade humana acarretem justificativas espúrias para a irresponsabilidade das pessoas. Esse era justamente um dos questionamentos de Erasmo.⁸² Contudo, embora compreensível o temor de Erasmo, os ensinamentos de Lutero não levariam propriamente à irresponsabilidade, porquanto ele reputava que a prática dos pecados seria consequência da influência de Satanás, como veremos adiante, e é certo que a história da Religião Cristã demonstra que não ficavam propriamente impunes aqueles que eram influenciados pelo anjo decaído, bastando lembrar os sombrios tempos da Inquisição.

Feita a advertência, Erasmo adentra o campo dos seus argumentos pela existência da livre escolha, e o faz especialmente com base na interpretação das Escrituras, utilizando-se, outrossim, ao contrário de Lutero, dos textos escritos por alguns grandes teólogos do passado. Esse é um aspecto importante da diatribe de Erasmo, que não se coloca como o único intérprete iluminado da Bíblia, além de reconhecer obscuridades na Escritura, que, exatamente por conta delas, necessitaria de interpretação, rejeitando algum dom sobrenatural para compreendê-la:

Ouçõ a seguinte objeção: que necessidade há de intérpretes se a própria Escritura é tão cristalina? Porém, se ela é tão clara, por que tantos homens destacados em tantos séculos puderam ser tão cegos como aparentam os que trataram um assunto de tanta importância? Se não há obscuridade na Escritura, qual a necessidade da obra profética na época dos apóstolos? Respondes: “Foi dom do Espírito”. Porém, suspeito que

⁸¹ *A vida na sarjeta: o círculo vicioso da miséria moral*. Tradução de Márcia Xavier de Brito. São Paulo: É Realizações, 2014, p. 18. A justificativa do paciente de Dalrymple parece pouco convincente, apesar da existência da cleptomania, considerada uma doença que leva a pessoa a furtar objetos os quais, em geral, são de pequeno valor e de nenhuma utilidade para o cleptomaniaco. De qualquer forma, não se pode descartar a existência de vícios em alguns crimes, como, por exemplo, o do artigo 241-B da Lei nº 8069/90, comumente chamado de pedofilia pela Internet. A própria Internet parece ser uma fonte moderna de vícios para as pessoas.

⁸² O mesmo trecho de Erasmo acima transcrito também foi citado por Víctor Gabriel Rodríguez, em sua obra *Livre arbítrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*. 2014. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 65. Rodríguez também destaca a preocupação de Erasmo, observando que ela poderia ser equiparada, hoje, à preocupação de alguns juristas frente às descobertas da Neurociência.

exatamente na medida em que os carismas das curas e das línguas cessaram, também cessou esse carisma. E se ele não cessou é preciso perguntar para quem ele foi transmitido. Se foi para fulano ou sicrano, toda interpretação se torna incerta. Se foi para ninguém, já que justamente agora tantas obscuridades desconcertam homens instruídos, nenhuma interpretação trará certeza. [...] Em contrapartida, há um coro inteiro de santos que apoiam a livre escolha. É verdade, dizem eles, mas estes são apenas humanos. Porém, estou comparando humanos com humanos, não humanos com Deus. Ouço o que dizes: “O que uma multidão tem a ver com o significado do Espírito?”. Respondo: “O que tem ele a ver com um punhado de gente?”. Dizes: “O que uma mitra tem a ver com a compreensão da Sagrada Escritura?”. Respondo: “O que tem a ver com ela um pano de saco e um capuz?”. Dizes: “O que o conhecimento da filosofia tem a ver com o conhecimento das letras sagradas?”. Respondo: “O que tem a ver com ele a ignorância?”. Dizes: “O que tem a ver com a compreensão da Escritura um sínodo reunido, no qual pode não haver ninguém que tenha o Espírito?”. Respondo: “O que dizer, então, de conventículos privados de poucas pessoas, nos quais é muito provável que ninguém tenha o Espírito?”.⁸³

A passagem de Erasmo é uma lição atemporal que perdura até os nossos dias. Erasmo criticou uma pretensa sobrenatural capacidade de interpretação que seria dada pelo Espírito. Afinal, isso seria inverificável. Como saber se alguém fala auxiliado pelo Espírito Santo? Com base nisso, ele rejeita uma possível argumentação *ad hominem*, que nega o apoio de alguns santos ao livre-arbítrio, pois seriam apenas humanos (e quem não seria?), e critica a falta de Espírito nas autoridades eclesiásticas da época (e por que os Reformadores teriam o Espírito?). Ao afastar argumentos sobrenaturais e *ad hominem*, Erasmo busca trazer o debate para o campo da razão, inclusive invocando o apoio da Filosofia para auxiliar na interpretação da Escritura.⁸⁴ Ora, se a Filosofia não teria a ver com o estudo das Escrituras, o que teria a ver com ele a ignorância?

⁸³ *Livre-arbítrio e salvação*, p. 74-75.

⁸⁴ Erasmo também faz questão de deixar claro que não escreve movido pelo Espírito: “De minha parte, não reclamo para mim mesmo nem erudição nem santidade, nem confio no meu próprio espírito. Passarei a expor meramente com empenho simples as considerações que movem minha mente. Se alguém tentar ensinar-me coisa melhor, não resistirei conscientemente à verdade. Se eles preferem insultar alguém que os trata com cortesia e sem invectivas, que prefere discursar a discutir, quem não pensaria que lhes falta o Espírito do evangelho que está sempre nos seus lábios?”. Cf. *Ibidem*, p. 77.

Mais do que tudo, Erasmo propõe-se ao diálogo com Lutero, e, apesar de, por vezes, utilizar-se da ironia como arma retórica, o seu estilo não é agressivo.⁸⁵ Conforme veremos adiante, nem sempre poderemos dizer o mesmo de Martinho Lutero.

Erasmo estrutura a sua argumentação em defesa do livre-arbítrio, analisando, em primeiro lugar, os trechos bíblicos favoráveis à existência da liberdade de escolha e, logo em seguida, os trechos bíblicos que, no seu sentir, apenas parecem desfavoráveis. Numa terceira parte, Erasmo passa a discutir os argumentos de Lutero na sua “*Assertio*”, e, por fim, encaminha-se para o epílogo ou conclusão de sua defesa.

Erasmo não inova propriamente na argumentação favorável à liberdade de decisão, porém revela um estilo claro e objetivo, formulando, amiúde, uma série de indagações sobre as consequências do posicionamento contrário. Ele revela certa predileção por teólogos gregos,⁸⁶ incluindo Orígenes, cujas posições sobre o livre-arbítrio já foram mencionadas linhas atrás. De fato, Erasmo utiliza muitas das passagens mencionadas por Orígenes, invocando os ensinamentos do padre grego, em particular no que concerne ao trecho do endurecimento do coração do Faraó, tido como aparentemente contrário ao livre-arbítrio.⁸⁷

Destacamos, ainda, em Erasmo, a utilização da interpretação filológica da Bíblia, como na análise das passagens a seguir, atribuídas a Jesus Cristo:

Mais uma vez, em outra passagem: “Se quiseres entrar na vida, guarda os mandamentos” <Mateus 19.17>. Não seria por demais afrontoso dizer “se quiseres...” a alguém cuja vontade não é livre? [...] Mais uma vez <Lucas 9.23>: “Se alguém quiser me seguir, negue a si mesmo, tome sobre si a sua cruz e siga-me”. A despeito da dificuldade desse preceito, tens aí a menção de nossa vontade. E, em seguida: “Pois quem quiser salvar sua vida, irá perdê-la” <v.24>. Todos esses preceitos de Cristo não perdem sua razão se nada for atribuído à vontade humana? “Eu, porém vos digo [...], eu, porém, vos digo [...]. Se me amais, guardareis

⁸⁵ Por isso, consideramos a obra de Erasmo, no tocante ao seu objetivo, mais uma inspiração para este trabalho. Tal como Erasmo, escrevemos o presente ensaio apenas com os esforços de nosso limitado intelecto, sem a pretensão de superioridade sobre outros autores com posições idênticas, parecidas ou opostas às nossas. Isso, contudo, não nos impede de questionar e argumentar, especialmente contra aquilo que discordamos. Nossa única pretensão é a de convencimento pela força de nossos argumentos, e não pela força de uma suposta autoridade intrínseca ou de um dom espiritual que, efetivamente, é inexistente em quem quer que seja.

⁸⁶ “Porém, se nessa questão da interpretação, é preciso dar algum peso à erudição, haveria mentes mais aguçadas do que as dos gregos?”. (*Livre-arbítrio e salvação*, p. 73).

⁸⁷ *Ibidem*, p. 105.

meus mandamentos” <João 14:15> Como é despropositada a conjunção “se” caso tudo seja por necessidade!⁸⁸

Com essa interpretação gramatical, Erasmo chega ao cerne da questão religiosa, aduzindo ser inútil pensar-se em mérito ou castigo, se tudo o que ocorre se dá por mera necessidade, e não em decorrência da liberdade do indivíduo. Não haveria, absolutamente, falar-se em punição, se, em última análise, a pessoa estivesse nada mais do que cumprindo a vontade de Deus. Nesse diapasão, Erasmo também enfrenta a questão da presciência de Deus, atendo-se ao exemplo de Judas. Deus, assim, previu a traição de Judas, mas não a influenciou, pois seria impensável atribuir um ato perverso como esse ao Criador.⁸⁹

Num ponto que será, posteriormente, muito criticado por Martinho Lutero, Erasmo, já caminhando para a conclusão de seu texto, afirma que a vontade humana não é impotente, entretanto, para atingir suas finalidades, necessitaria da graça. Não conseguimos ter a certeza de que esse era realmente o posicionamento de Erasmo, o que o aproximaria de Bernardo de Claraval,⁹⁰ ou se ele adotava uma postura quase utilitarista, aduzindo que a graça seria em grande parte responsável para os bons atos do ser humano, com o intuito de evitar a arrogância das pessoas.⁹¹

Apesar disso, Erasmo conclui sua obra, reconhecendo algum papel ao livre-arbítrio, ainda que, talvez influenciado pela perspectiva anterior, reconheça maior importância à graça. De qualquer modo, ele termina dizendo-se um debatedor, e não um juiz, deixando que os outros submetam o seu discurso a

⁸⁸ *Livre-arbítrio e salvação*, p. 96.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 110.

⁹⁰ *Opúsculo sobre o livre-arbítrio*, p. 93.

⁹¹ “[...] não arrogar a si mesmo louvor por bons feitos, mas dar toda a glória à graça de Deus, considerando o ser humano nada mais que um instrumento vivo do Espírito divino, que o purifica e consagra com sua bondade gratuita e que, de acordo com sua inescrutável sabedoria, formata-o e molda-o. [...] Esse modo de ver o assunto parece-me também convincentemente plausível, pois ele concorda com a Sagrada Escritura e responde à confissão daqueles que, de uma vez por todas mortos para o mundo, foram sepultados em Cristo no batismo para que, a carne tendo sido mortificada, possam viver e agir a partir daquele momento no Espírito de Jesus, em cujo corpo foram implantados pela fé. Indubitavelmente trata-se de uma atitude piedosa e digna de aprovação, porque retira de nós toda a arrogância e transfere para Cristo toda a glória e confiança que nos priva do medo diante de seres humanos e demônios e, embora desconfiemos de nossa própria força, não obstante nos torna fortes e corajosos no Senhor. Aplaudimos essa visão a ponto de exagerar.” (ROTTERDÃ, Erasmo de, *op. cit.*, p. 136-137).

juízo, e até aceitando ser convencido do contrário, por qualquer um que utilizasse argumentos superiores e “cortesia evangélica”.⁹²

A resposta de Lutero não foi célere, sendo retardada por alguns fatores, como o seu casamento com Catarina de Bora. Teria sido a pedido da própria esposa que Lutero publicou a resposta a Erasmo, em 1525.⁹³

É preciso deixar claro que a relação entre Erasmo e Lutero não se restringiu à questão sobre o livre-arbítrio. Erasmo já era um teólogo consagrado, enquanto Lutero iniciava os seus primeiros passos como teólogo libertador. Erasmo era um humanista no sentido acima precisado, contudo ele não defendia a ruptura com a Igreja Católica, o que certamente iria distanciá-lo de Lutero. No entanto, alguns seguidores simples de Erasmo teriam lido alguns textos luteranos e o teriam tomado como um humanista.⁹⁴

Lutero não era um humanista, e pelo visto não tinha muito apreço por Erasmo, sentimento esse que, como é possível notar, só piorou com o decorrer do tempo. O historiador Lucien Febvre, a propósito, cita trecho de uma carta de Lutero a um amigo: “Leio nosso Erasmo, mas sinto que minha simpatia por ele diminui cada dia que passa”.⁹⁵

A obra de Lutero sobre a vontade cativa é uma verdadeira crítica, ponto a ponto, da diátribe de Erasmo. Todavia, Lutero deixou de sistematizar melhor as suas próprias ideias, preocupando-se mais em rebater Erasmo.

Lutero, no início de sua resposta, já contesta Erasmo no que concerne à utilidade da discussão:

Em suma, tuas palavras soam como se absolutamente em nada te importasse o que quer que seja crido por qualquer um em qualquer parte, desde que a paz do mundo esteja segura, como se fosse permitido, por causa de perigo para a vida, a fama, os bens e o favor, imitar quem diz: “se dizem sim, digo sim; se dizem não, digo não”, e como se não considerasses os dogmas cristãos em nada melhores do que as opiniões dos filósofos e dos homens, pelas quais é sobremodo estulto querelar, pugnar e asserir, já que

⁹² *Livre-arbítrio e salvação*, p. 154.

⁹³ Ver DREHER, Martin N. Introdução ao “Da vontade cativa”. In: LUTERO, Martinho. *Obras selecionadas: debates e controvérsias – II*. Tradução de Luís H. Dreher, Ilson Kayser, Luís M. Sander e Helberto Michel. São Leopoldo: Sinodal; Porto Alegre: Concórdia, 1993, p. 15.

⁹⁴ FEBVRE, Lucien. *Martinho Lutero, um destino*. Tradução de Dorothee de Bruchard. São Paulo: Três Estrelas, 2012, p. 146. O historiador faz uma referência a uma carta de Lambert Hollonius a Erasmo, acerca de uma obra de Lutero, realizando uma leitura ingênua e colocando Lutero como possível colaborador do humanismo.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 148.

daí não resulta nada senão contenda e perturbação da paz externa. [...] Nesse ínterim escuso teu coração, desde que não o traia mais; e teme o espírito de Deus; e teme o Espírito de Deus, que escruta rins e corações e não se deixa enganar por palavras dispostas com arte [...] Pois com tal desígnio outra coisa não fazes do que mostrar que, no coração, nutres um Luciano ou algum outro porco da manada de Epicuro, que, por absolutamente não crer que Deus existe, se ri em oculto de todos os que crêem e não confessa.⁹⁶

Se, ao final de sua obra, Erasmo disse que poderia ser convencido do contrário, caso o seu interlocutor o demonstrasse com superioridade de argumentos e “cortesia evangélica”, certamente tal esperança já deve ter se esvanecido ao ler as primeiras linhas de Martinho Lutero, nas quais ele sugere que um porco da manada de Epicuro habitava o coração de Erasmo.⁹⁷

A diferença de estilo de ambos é muito evidente. Não obstante Erasmo tenha se utilizado da ironia, como vimos, o fez com elegância e atacando primordialmente os argumentos, e não a pessoa de Lutero. Já o estilo de Lutero é mais contundente e decididamente mais agressivo, criticando tanto os argumentos quanto a pessoa de Erasmo. Transparece, nas entrelinhas do texto de Lutero, quase que a demonstração de ódio por Erasmo, o que pode eventualmente ser confirmado numa das cartas escritas pelo reformador, apontadas pelo historiador Lucien Febvre.⁹⁸

Sem embargo das razões íntimas de Lutero, e mesmo não apreciando o seu estilo agressivo, concordamos, nesse ponto, com ele, apesar de considerarmos justa a preocupação de Erasmo, conforme já colocado. A discussão sobre o livre-arbítrio é oportuna tanto no campo teológico quanto em outros campos, como o jurídico e o neurocientífico. O teólogo trabalhará com a liberdade humana e seus limites em relação à graça de Deus. O jurista analisará o livre-arbítrio em relação às noções de responsabilidade e culpabilidade. O neurocientista analisará se existe livre-arbítrio, pois ainda está tentando

⁹⁶ *Da vontade cativa*, p. 22-23.

⁹⁷ Cabe notar que, no texto transcrito, o “porco da manada de Epicuro” seria Luciano, um escritor satírico, cujos diálogos foram editados por Erasmo.

⁹⁸ “[...] Lembremos desde já todos os textos posteriores em que viria a se evidenciar esse duplo ódio tão significativo; cito apenas essas palavras de 1533, praticamente justapostas na coletânea de Cordatus: ‘Odeio Erasmo do fundo do coração’ e ‘Não há autor que eu odeie tanto como Jerônimo: *inter scriptores, nullum aequae odi ut Hieronimum!*’” (*Martinho Lutero, um destino*, p. 148). Lembrando que São Jerônimo é considerado o patrono dos humanistas cristãos, sendo uma das grandes inspirações de Erasmo.

desvendar os segredos do cérebro humano. Todos têm diferentes razões para analisar a liberdade humana e nada impede que as conclusões de cada um se interliguem para a formação de uma nova concepção. Aliás, é o que estamos tentando fazer aqui.

É evidente, como diz Erasmo, que sempre haverá alguém que encontre uma justificativa para tentar fugir de suas responsabilidades. Todavia, esse é um possível efeito colateral de todo e qualquer discurso. Não há, assim, porque temer a exposição de ideias. O que é de fato temerário é a imposição de ideias pela força e não pelo debate. Isso vale para a controvérsia entre Erasmo e Lutero, e isso vale também para hoje, em que ainda se debate sobre a existência ou inexistência do livre-arbítrio. O debate de concepções contrárias não é iníquo. O que não se pode admitir é a eliminação de um dos contrários pela força ou pela violência.

Mas, voltando à resposta de Lutero, fica manifesto que eventual preocupação de Erasmo quanto à irresponsabilidade não iria se concretizar, pois Lutero reputava que o pecador, embora agisse sem livre-arbítrio, assim o fazia por influência de Satanás.⁹⁹ Aliás, tal influência, no âmbito de qualquer Igreja, teria potencial para agravar a situação do pecador.

Porém, a imputação dos atos maus a Satanás levaria a um paradoxo dentro da teoria luterana. Já vimos antes que, numa possível concepção sobre presciência divina e livre-arbítrio, a solução em favor da liberdade impede que o ser humano transforme-se num mero autômato ou fantoche. Só que, na teoria luterana, a pessoa ou age influenciada por Deus ou pelo diabo. Na última hipótese, como compatibilizar isso com a onipotência e o amor de Deus? Não se pode mais dizer que Deus preservou a liberdade da pessoa, pois tal liberdade não existiria. Deus, então, permitiria a ação do diabo sobre a então pseudoliberdade humana?¹⁰⁰

⁹⁹ “[...] Se Deus está sentado nele, ele quer e vai como Deus quer, conforme diz o salmo: ‘Tornei-me como um jumento, e estou sempre contido’ [Sl 73.22s.]. Se Satanás está sentado nele, ele quer e vai como Satanás, e não está em seu arbítrio correr para um dos dois cavaleiros ou procurá-lo; antes os próprios cavaleiros lutam para o obter e possuir.” (LUTERO, Martinho, *Da vontade cativa*, p. 49). Não deixa de ser curioso esse argumento de que o homem não tem arbítrio, sendo cavalgado ou por Deus ou por Satanás, que lutam para ver quem o cavalga. Isso significaria que Satanás seria capaz de vencer a disputa algumas vezes? Como explicar, então, a onipotência de Deus?

¹⁰⁰ Não se diga que o Livro de Jó confirma isso. Aliás, muito pelo contrário. O desafio que Satanás coloca é justamente o de lançar uma série de provações para demonstrar que, terminada a

Após comentar o caso do endurecimento do Faraó, Lutero propõe a seguinte “não solução”:

Resta então que alguém pergunte: por que Deus não renuncia à própria ação de onipotência pela qual a vontade dos ímpios é movida a continuar sendo má e tornar-se pior? Responda-se: Isso significaria desejar que Deus deixe de ser Deus por causa dos ímpios no momento mesmo em que desejamos pôr termo a seu poder e a sua ação, a saber, pedindo que deixe de ser bom a fim de que aqueles não se tornem piores. E por que não muda ao mesmo tempo as vontades más movidas por ele? Isto faz parte dos segredos da majestade, onde seus juízos são incompreensíveis [Rm 11.33]. E não nos cabe perguntar por isso, mas, sim, adorar estes mistérios. [...] O mesmo se dirá aos que assim perguntam: por que permitiu que Adão caísse, e por que cria-nos a todos infectados com o mesmo pecado, já que poderia ter preservado aquele e poderia ter-nos criado de outra parte ou de uma semente previamente purificada? Ele é um Deus para cuja vontade não há nenhuma causa ou razão que lhe seja prescrita como regra e medida; isso porque nada lhe é igual ou superior, mas ela mesma é a própria regra de todas as coisas. Pois, se houvesse qualquer regra, medida, causa ou razão para ela, já não poderia ser a vontade de Deus. Pois o que ela quer não é correto pelo fato de que deve ou deveu querer assim. Antes pelo contrário: porque ele assim quer é que deve ser correto aquilo que acontece. Prescreve-se causa e razão à vontade da criatura, mas não à vontade do Criador, a não ser que lhe tenhas anteposto outro criador.¹⁰¹

Nesse trecho, há um argumento de Lutero que peca contra a lógica. Deus deixaria de ser Deus por causa dos ímpios? Só que, na visão luterana do servo arbítrio, os ímpios não seriam ímpios justamente por causa da vontade de Deus (ou de Satanás, com a permissão de Deus)? A pergunta de Lutero somente faria sentido admitindo-se a liberdade dos ímpios para assim o serem. Dessa forma, Deus não teria de mudar por conta dos ímpios (que assim o seriam por sua própria vontade livre). De qualquer modo, prosseguindo no raciocínio, talvez até sentindo a incoerência da indagação acima feita, Lutero pergunta por que Deus não impede as vontades más. E aí recorre ao mistério, aduzindo-se que devemos adorá-Lo e não questioná-Lo. Aí, realmente, não existe mais espaço para discussão nem debate.

bonança, Jó amaldiçoaria a Deus. Acaso Satanás controlasse o livre-arbítrio de Jó, não precisaria recorrer a tais provações exteriores.
¹⁰¹ *Da vontade cativa*, p. 131.

Contudo, conforme dito anteriormente, Lutero notou bem aquele momento de aparente indecisão de Erasmo, ao comentar se o livre-arbítrio seria capaz de fazer o bem independentemente da graça:

Assim também repete tantas vezes: “Se o ser humano nada faz, não há lugar algum para os méritos. Onde não há lugar para os méritos, não haverá lugar para os castigos nem para as recompensas”. De novo ela não vê em que medida ela confuta mais cabalmente a si mesma do que a nós com esses argumentos carnis. Pois que provam estas inferências a não ser que todo mérito está em poder do livre-arbítrio? Onde haverá então lugar para a graça? Mais ainda: se o livre-arbítrio merece tão pouca coisa, ao passo que a graça merece o resto, por que o livre-arbítrio recebe toda a recompensa? Ou também lhe inventaremos uma recompensa ínfima? Se há lugar para os méritos a fim de que haja lugar para as recompensas, também é preciso que o mérito seja tão grande quanto a recompensa.¹⁰²

Observemos que Lutero aponta a contradição, mas também não oferece a solução, limitando-se a referir-se aos méritos e castigos como “argumentos carnis”. No entanto, considerando a argumentação anterior de Lutero, provavelmente isso seria resolvido também de acordo com a vontade misteriosa de Deus.

Ao terminar sua resposta, Lutero pede que Erasmo, tal como prometera na diatribe, reconheça a superioridade de seus argumentos.¹⁰³ Não foi isso o que ocorreu, entretanto. Erasmo respondeu a Lutero com um novo texto, todavia não obteve mais resposta.¹⁰⁴

Não reconhecemos a superioridade dos argumentos de Lutero e, como visto acima, apontamos algumas falhas na lógica luterana. De qualquer modo, também não ignoramos que Erasmo deu brechas para a constatação de algumas contradições em seu texto, e deixou de resolver algumas questões relacionadas ao livre-arbítrio e à graça.

¹⁰² *Da vontade cativa*, p. 153-154.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 215.

¹⁰⁴ “Erasmo buscou responder ao ataque fulminante de Lutero, mas não obteve mais resposta. Ao contrário, as colocações de Lutero em relação a Erasmo foram cada vez mais contundentes. Erasmo nada mais era do que casca sem noz, sapo coaxante, enguia que não se pode pegar e que utiliza seus conhecimentos para o mal. Nada sabe acerca do perdão dos pecados e é um pagão crente no destino, zomba de Cristo, de quem é o maior adversário. É Judas, cuja vida que desconhece a tentação encontra morte sem penitência.” (DREHER, Martin N., *Introdução ao “Da vontade cativa”*, p. 16).

Por sinal, o problema do livre-arbítrio e da graça não foi suficientemente resolvido por nenhum dos teólogos. Onde começa e onde termina o papel de cada um? Ninguém sabe, e provavelmente não haja como saber. Tudo terminará como uma questão de fé (ou falta dela), a depender da consciência de cada um. Essa é, portanto, uma das limitações da argumentação teológica sobre o livre-arbítrio. Porém, pelo que vimos, não obstante a incompletude dos argumentos, parece que o julgamento da liberdade pelos religiosos é a favor da sua existência, ao menos por maioria de votos. E, apesar de existente, também por maioria de votos, não seria ilimitado, havendo inúmeras controvérsias sobre o seu alcance, especialmente no campo da graça.

A propósito, também verificamos que Tolstói resumiu em demasiado a questão, ao tratar o livre-arbítrio como mera invenção de teólogos. Há uma riqueza impressionante de argumentos em relação ao livre-arbítrio, no campo da Teologia, que não pode ser ignorada.

De qualquer forma, embora houvesse muito mais a ser analisado, no campo da Teologia, consideramos (de forma livre, ou cavalgados como um jumento), por ora, a questão encerrada, ao menos no estreito âmbito deste trabalho. É o momento de analisar outro julgamento, o da Filosofia, que, como veremos, poderá ser dividido em duas partes.

2.3 O julgamento da liberdade pela Filosofia (primeira parte)

Os autores até agora vistos eram todos teólogos, porém, em rigor, suas considerações não deixam de ser filosóficas, ainda que adstritas à interpretação da Bíblia. Assim, não existe propriamente uma diferença substancial entre o estilo dos teólogos e o dos filósofos.

Dividiremos o julgamento da liberdade pela Filosofia em duas partes. A primeira delas dirá respeito a filósofos que analisaram o livre-arbítrio a partir da própria ótica religiosa, ainda que para repudiá-la, como no caso de Friedrich Nietzsche. Também neste primeiro momento, analisaremos a posição de Aristóteles, que exerceu relevante influência sobre os teólogos. Na segunda parte, exploraremos o que se tem convencido chamar de Neurofilosofia, a qual se

debruça justamente sobre as questões éticas levantadas pelas descobertas da Neurociência.

Vejamos, então, o que dizem os filósofos, laicos, cristãos ou anticristãos.

2.3.1 Aristóteles e a análise da vontade e da decisão

Aristóteles, discípulo de Platão, exerceu grande influência sobre os teólogos cristãos. O saudoso Umberto Eco ilustrou bem a influência do filósofo, em seu grande romance “O nome da rosa”, no qual, dentro da trama, um monge, extremamente contrariado com o riso, esconderia o segundo livro perdido da “Poética” de Aristóteles, que trataria das virtudes da comédia.¹⁰⁵

O estagirita¹⁰⁶ não escreveu propriamente sobre o livre-arbítrio, contudo, como já visto acima, influenciou, nesse tema, Tomás de Aquino, que se refere a ele tanto nos argumentos contrários quanto nos favoráveis ao livre-arbítrio.

Aqui, analisaremos pequenos trechos de duas obras de Aristóteles, “Sobre a alma” e “Ética a Nicômaco”.

No primeiro deles, dedicado à alma, Aristóteles faz um estudo do movimento dos homens, chegando à conclusão de que aquilo que move o animal humano é o desejo, até independentemente do entendimento. Quem se move de acordo com o raciocínio, move-se, também, necessariamente, devido a uma vontade.¹⁰⁷ Aliás, fazendo um parêntese, tal concepção aristotélica lembra a teoria finalista de Hans Welzel, segundo a qual “a ação humana é exercício de uma atividade final”.¹⁰⁸

Todavia, parece haver uma diferença entre desejo e finalidade. A finalidade parece depender do entendimento, eis que a pessoa almeja um determinado

¹⁰⁵ *O nome da rosa*. Tradução de Aurora Fornoni Bernardini e Homero Freitas de Andrade. Rio de Janeiro: Record, 2009. Um dos pontos altos dessa obra, que vale a pena ser lida até por quem já assistiu à versão cinematográfica, é o debate entre os personagens Guilherme de Bakersville e Jorge de Burgos, sobre ser o riso próprio ou não do homem. Sobre o segundo livro da “Poética”, realmente teria se perdido em algum momento entre a Antiguidade e a Idade Média. O próprio Aristóteles teria feito referências a esse livro em sua outra obra, “Retórica”.

¹⁰⁶ Por vezes, Aristóteles é chamado assim, pois teria nascido em Estagira.

¹⁰⁷ *Sobre a alma*. Tradução de Ana Maria Lóio. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 113.

¹⁰⁸ *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, apresentação e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27.

objetivo ou resultado. Já para Aristóteles, o movimento pode revelar ou não o entendimento, não podendo, contudo, prescindir do desejo.

De outro lado, em “Ética a Nicômaco”, Aristóteles faz uma série de sutis distinções entre ações voluntárias e involuntárias (sendo que as ações oriundas do desejo estão na primeira categoria), e, numa passagem que pode até ser considerada semelhante à defesa do livre-arbítrio de Orígenes, defende a responsabilidade do ser humano, apesar das circunstâncias:

Por outro lado, é ridículo invocar causas exteriores como princípios das *nossas* ações involuntárias, realizadas sob coação, e não nos responsabilizarmos a nós por elas, como se fôssemos meramente vítimas das circunstâncias. Do mesmo modo, é ridículo reivindicarmos para nós responsabilidade apenas pelas ações nobres e desculparmo-nos com a tentação dos prazeres, tomando-a como a causa de todas as nossas ações vergonhosas. Parece, portanto, que um ato é realizado sob coação quando o seu princípio é exterior [...].¹⁰⁹

A noção de responsabilidade e a negação de que sejamos apenas vítimas das circunstâncias parecem se coadunar com a defesa do livre-arbítrio, embora isso não tenha sido especificamente tratado pelo filósofo. O sentido de coação no trecho supratranscrito é extremamente amplo, tratando-se de uma hipótese proposta por Aristóteles no sentido de que seria coação tudo o que fosse imposto de fora, incluindo as coisas agradáveis. Na verdade, ele não concorda com essa afirmação, visto que, se assim fosse, praticamente todas as ações seriam praticadas sob coação.

A visão de Aristóteles também derruba algumas versões que tratam a questão da responsabilidade moral como uma tese puramente religiosa, especialmente para a crítica do Cristianismo. Ele chega a tachar de ridícula a hipótese de que seríamos apenas vítimas das circunstâncias. Se evoluímos ou involuímos, desde Aristóteles, é o que ainda iremos analisar.

Após tratar das ações voluntárias, Aristóteles ainda discute a decisão e a deliberação. A decisão não seria um desejo, mas fruto da deliberação. O desejo,

¹⁰⁹ *Ética a Nicômaco*. Tradução de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009, p. 58, grifo do autor.

por outro lado, poderia se opor à decisão, a não ser para quem tivesse autodomínio para opor-se a ele.¹¹⁰

Lembramos, ainda, que a capacidade de deliberação foi um dos argumentos aristotélicos mencionados por Tomás de Aquino para a defesa do livre-arbítrio. Seria um prévio processo de pensamento, que resultaria na decisão, a qual, por sua vez, seria uma “escolha preferida dentre outras preteridas”.¹¹¹

O tema da deliberação é extremamente importante, especialmente ao analisarmos as ditas descobertas da Neurociência. Qualquer um de nós, por sinal, pode se recordar de uma decisão difícil tomada e pensar no intenso processo interno de deliberação para a escolha realizada. Adiante, veremos se a deliberação já foi devidamente explicada pela Neurociência.

Aristóteles também assevera que nem tudo depende da decisão, exemplificando com a felicidade. De fato, observa corretamente que ansiamos pela felicidade, não havendo um ato de decidir ou não ser feliz. Em suas palavras:

Sendo, então, que o meio concerne o fim, sendo, por outro lado, os meios para o fim objetos de deliberação e de decisão, então, se as ações concernentes aos meios forem realizadas de acordo com a decisão, nessa altura serão, então, ações voluntárias. Por outro lado, as atividades das excelências concernem os meios. Na verdade, a excelência diz-nos respeito e encontra-se sob nosso poder não menos do que a perversão. Isto é, as situações nas quais está no nosso poder agir são as mesmas em que podemos não agir. Porque, quando está no nosso poder dizer não também está no nosso poder dizer sim. De tal sorte assim é que se estiver no nosso poder o agir bem também estará o não agir vergonhosamente. Inversamente, se estiver no nosso poder não agir bem, também aí estará o agir vergonhosamente. Se está no nosso poder fazer coisas boas e vergonhosas, também está no nosso poder não as fazer. É nisto que consiste o poder ser bom ou mau.¹¹²

Se podemos dizer sim ou não, se podemos escolher entre a excelência e a perversão, é razoável entendermos que temos liberdade para decidir. Concluimos, pois, que as ideias de Aristóteles são compatíveis com a defesa do livre-arbítrio, embora ele não o tenha dito de maneira expressa. Possivelmente,

¹¹⁰ *Ética a Nicômaco*, p. 61. Mais uma semelhança com a já colocada visão de Orígenes, que falava numa mente reforçada pela meditação para resistir às tentações.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 62.

¹¹² *Ibidem*, p. 65.

tais posições assumidas em “Ética a Nicômaco” tenham influenciado alguns teólogos posteriores, como Orígenes e, certamente, Tomás de Aquino.

Como vemos, portanto, a questão da responsabilidade ou irresponsabilidade pelos próprios atos existe desde a Antiguidade, não sendo uma mera invenção do Cristianismo, podendo, inclusive, o livre-arbítrio ser uma noção decorrente das lições dos antigos. A propósito, o legado dos antigos encontra reflexos no nosso atual Código Penal, como demonstra esta outra passagem de Aristóteles:

Mas os legisladores castigam também todo aquele de quem depende uma ação realizada na ignorância, se lhes parecerem ter sido responsável por ela. Por exemplo, para bêbedos as multas são a dobrar. Na verdade, é neles que está o princípio da ação. Pelo menos, à partida, estava no seu poder não se embriagarem, e foi essa a causa de sua ignorância. Castigam também todos os que desconhecem toda aquela disposição da constituição que deve ser conhecida e não é difícil de ser aprendida. Do mesmo modo, em determinadas circunstâncias, castigam os que parecem agir por ignorância, quando esta é provocada por negligência, quer dizer, quando podiam não ignorar o que faziam e podiam ter-se preocupado.¹¹³

Aqui, as menções certamente são às leis da época, mas bem poderiam se referir ao Código Penal brasileiro em vigor. No diploma em apreço, a embriaguez não exclui a imputabilidade penal (artigo 28, inciso II), sendo aplicada a teoria da *actio libera in causa*, a qual, em resumo, corresponde ao exato comentário feito por Aristóteles, no sentido de que, à partida, o sujeito seria livre para não se embriagar, no entanto preferiu fazê-lo. Questiona-se até, com frequência, se não haveria responsabilidade objetiva no caso em tela, diante da embriaguez no momento da conduta criminosa. De fato, se o livre-arbítrio for realmente pressuposto da responsabilidade penal, fica um tanto quanto prejudicado no exato momento da conduta delituosa em pleno estado de embriaguez. A solução é a liberdade anterior ao ilícito, isto é, a liberdade para embriagar-se, para consumir drogas etc. Mas, até essa liberdade anterior é posta em questão, se comprovada a dependência física para consumo de álcool ou entorpecentes. Nesse caso, a melhor solução é a exclusão da imputabilidade, por não haver, sob todos os ângulos pelos quais se analise a questão, ação livre. Se não houver dependência,

¹¹³ *Ética a Nicômaco*, p. 66.

a responsabilidade poderá variar de acordo com o caso concreto. Quem, por exemplo, sabendo que irá conduzir um veículo, ingere grande quantidade de álcool, não pode dizer, ainda mais com tantas campanhas publicitárias nos últimos tempos, que não sabe dos riscos a que está se sujeitando.

Aristóteles também faz referências a casos que poderiam ser enquadrados como erro de proibição evitável ou até se encaixarem na categoria de crime culposos. Enfim, como é possível notar, algumas das soluções jurídicas da Antiguidade permanecem em vigor na sociedade atual. Ao final deste capítulo, verificaremos, ainda, se as noções de responsabilidade de Aristóteles devem continuar a ser observadas.

2.3.2 Leibniz e a teodiceia do livre-arbítrio

Gottfried Wilhelm von Leibniz foi um pensador bastante versátil, tendo estudado Teologia, Direito, Filosofia e Matemática. Leibniz também se dedicou ao estudo do livre-arbítrio, mais exatamente para compatibilizar a liberdade humana, a origem do mal e a bondade de Deus. A própria palavra “teodiceia” teria sido criada por Leibniz, a partir da junção das palavras gregas *Théos* e *Díke*, que significam, respectivamente, Deus e Justiça.¹¹⁴ Tal como já havia disputado com Isaac Newton, no âmbito da Matemática, a criação ou descoberta do cálculo diferencial,¹¹⁵ os argumentos de Leibniz na teodiceia se opunham ao conceito newtoniano de “Deus Pantocrator”, que seria um “ditador arbitrário do cosmo”.¹¹⁶

Um dos principais pontos da teoria de Leibniz é a sua visão sobre Deus ter criado o melhor dos mundos possíveis, o que vai ao encontro da sua necessidade

¹¹⁴ PIAUÍ, William de Siqueira; SILVA, Juliana Cecci. Teologia natural leibniziana versus newtoniana. In: LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Ensaio de teodiceia: sobre a bondade de Deus, a liberdade do homem e a origem do mal*. Tradução, introdução e notas de William de Siqueira Piauí e Juliana Cecci Silva. São Paulo: Estação Liberdade, 2013, p. 11.

¹¹⁵ Vide CARVALHO, Tadeu Fernandes de; D’OTTAVIANO, Itala M. Loffredo. Sobre Leibniz, Newton e infinitésimos: das origens do cálculo infinitesimal aos fundamentos do cálculo diferencial paraconsistente. *Educação Matemática Pesquisa*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 13-43, 2006.

¹¹⁶ PIAUÍ, William de Siqueira; SILVA, Juliana Cecci, *op. cit.*, p. 17.

de compatibilizar a fé com a razão.¹¹⁷ Em suma, era necessária uma explicação racional para que Deus, onipotente e bondoso, tenha dado ao ser humano um livre-arbítrio, tendo a presciência de que tal atributo poderia ser utilizado para o mal. Assim, não se tratando de um Deus arbitrário, que permitiria o bem e o mal a seu bel-prazer, surge a necessidade de se explicar por que a maldade é permitida no mundo.

Conforme a tese do melhor dos mundos possíveis, Deus permitiria o mal apenas para dele extrair um bem maior. Assim, Leibniz explica, por exemplo, a permissão ao pecado original de Adão e Eva, porque, somente por conta dele, o Filho de Deus, Jesus Cristo, nasceria para nos salvar a todos.¹¹⁸ Segue, então, que Deus teria escolhido o melhor dos mundos possíveis. Esse melhor dos mundos possíveis foi satirizado por Voltaire, na obra “Cândido ou o otimismo”,¹¹⁹ na qual o Dr. Pangloss vivia repetindo o mantra leibniziano do melhor dos mundos possíveis, mesmo diante das piores situações.

Acerca dessa questão, Alvin Plantinga, após diferenciar a teodiceia da defesa do livre-arbítrio,¹²⁰ critica o que ele chama de “lapso de Leibniz”:

O defensor do livre-arbítrio, recorde-se, insiste na possibilidade de não estar no poder de Deus criar um mundo com bem moral sem criar um mundo com mal moral. O seu oponente ateológico – Mackie, por exemplo – concorda com Leibniz na insistência de que se (como o teísta sustenta) Deus é onipotente, então se segue que poderia ter criado qualquer mundo que quisesse. Vemos agora que essa alegação – a qual chamamos de “lapso de Leibniz” – é um erro. O ateólogo tem razão ao sustentar que há muitos mundos possíveis que contêm bem moral, mas nenhum mal moral; o seu erro é aceitar o lapso de Leibniz. Assim, uma das suas premissas – que Deus, se for onipotente, poderia ter atualizado qualquer mundo que lhe aprouvesse – é falsa.¹²¹

¹¹⁷ *Ensaio de teodiceia: sobre a bondade de Deus, a liberdade do homem e a origem do mal*. Tradução, introdução e notas de William de Siqueira Piauí e Juliana Cecci Silva. São Paulo: Estação Liberdade, 2013, p. 76.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 421.

¹¹⁹ Vide *Cândido ou o otimismo*. Porto Alegre: L&PM, 2007.

¹²⁰ *Deus, a liberdade e o mal*. Tradução de Desidério Murcho. São Paulo: Vida Nova, 2012, p. 44, grifos do autor. Na visão de Alvin Plantinga, a teodiceia tentaria explicar por que Deus permite o mal, ao passo que a defesa do livre-arbítrio se contentaria em demonstrar qual seria a possível razão de Deus. A distinção pode parecer pequena, porém é relevante. Em vez de penetrar nos desígnios divinos, a defesa do livre-arbítrio se contentaria em demonstrar uma solução logicamente consistente com a coexistência da liberdade e do mal humanos com a onipotência, a bondade e a justiça de Deus.

¹²¹ *Deus, a liberdade e o mal*, p. 62-63, grifo do autor. Alvin Plantinga faz referência ao seguinte estudo de John Mackie: Evil and omnipotence. *Mind*, New Series, v. 64, n. 254, p. 200-212, abr. 1955. Disponível em: <<http://www.ditext.com/mackie/evil.html>>. Acesso em: 3 maio 2016.

De fato, a ideia dos mundos possíveis é discutível. Nesses eventuais mundos possíveis, as pessoas seriam as mesmas que existem no nosso mundo? Ou seriam outras pessoas? Ou haveria uma parte idêntica e outra parte diferente?

Pensemos novamente no exemplo imaginativo que demos na subseção referente a Santo Agostinho, em que teríamos poderes divinos em relação a nossos filhos, com presciência de todos os seus atos e possibilidade de evitar todas as suas más escolhas. Consideremos como mundo possível “A”, aquele em que deixaríamos nossos filhos escolher livremente, tendo de conviver com suas eventuais más escolhas. E consideremos como mundo possível “B”, aquele em que escolheríamos sempre as melhores opções por nossos filhos, dando-lhes uma ilusão de liberdade. Dentre esses mundos, qual seria o melhor?

Já demos a entender que, no mundo “B”, nossos filhos seriam meros autômatos, e, em verdade, não viveriam uma vida própria, porém aquela que escolhemos para eles. Essa sugestão, no entanto, não convenceu John Mackie, para quem, se Deus fosse realmente onipotente, justo e bondoso, seria possível criar pessoas que, de forma livre, sempre optassem unicamente pelo bem.¹²² Em primeiro lugar, é preciso lembrar que Mackie, no artigo em tela, não escreve propriamente sobre o livre-arbítrio, mas sim acerca da incompatibilidade da coexistência do mal e de Deus, o que o faz referir-se ao livre-arbítrio. E, dessa forma, tal como Leibniz, ele acredita num outro mundo possível; porém, contrariamente à tese leibniziana, defende que o nosso mundo não é o melhor

¹²² Evil and omnipotence. *Mind*, p. 209. No texto original, em Inglês: “I should ask this: if God has made men such that in their free choices they sometimes prefer what is good and sometimes what is evil, why could he not have made men such that they always freely choose the good? If there is no logical impossibility in a man’s freely choosing the good on one, or on several, occasions, there cannot be a logical impossibility in his freely choosing the good on every occasion. God was not, then, faced with a choice between making innocent automata and making beings who, in acting freely, would sometimes go wrong: there was open to him the obviously better possibility of making beings who would act freely but always go right. Clearly, his failure to avail himself of this possibility is inconsistent with his being both omnipotent and wholly good”. Tradução nossa: Eu perguntaria isso: se Deus fez os homens de tal modo que, em suas livres escolhas, algumas vezes eles preferem o que é bom e algumas vezes o que é mau, por que ele não poderia ter feito os homens de modo que eles sempre escolhessem livremente o bem? Se não há impossibilidade lógica de um homem livremente escolher o bem em uma ou em muitas ocasiões, não pode haver uma impossibilidade lógica em sua livre escolha pelo bem em todas as ocasiões. Deus, então, não esteve face a uma escolha entre fazer autômatos inocentes e seres que, em atuando livremente, iriam algumas vezes agir errado: estava aberto a ele, obviamente, a melhor possibilidade de fazer seres que iriam atuar livremente, porém sempre agiriam corretamente. Claramente, a sua falha de aproveitar-se dessa possibilidade é inconsistente com sua natureza tanto onipotente quanto totalmente boa.

possível. O melhor mundo possível seria aquele em que o livre-arbítrio é sempre utilizado para o bem, no que ele não vê nenhuma impossibilidade lógica.

Com a devida vênia, Mackie não percebe que a sua hipótese contém uma contradição em termos, além de apresentar mais um problema, do qual falaremos adiante. Quanto à contradição da hipótese proposta, voltemos ao nosso exemplo imaginativo. Bem, agora, em vez de controlarmos as ações de nossos filhos, com nossos poderes divinos, dando-lhes uma ilusão de liberdade para sempre escolherem as melhores opções, dar-lhes-emos plena liberdade para *sempre* escolherem as melhores opções, sem qualquer exceção. Nossos caros leitores, decerto, já intuíram que não existe qualquer diferença entre escolhermos previamente as melhores e corretas opções para os nossos filhos, dando-lhes ilusão de liberdade, e darmos-lhes liberdade plena para somente escolherem as melhores e corretas opções. O pleno livre-arbítrio para escolher apenas o que é bom e correto é uma ilusão. Só existirá verdadeiro pleno livre-arbítrio se a pessoa puder escolher entre o certo e o errado, se puder fazer escolhas boas ou ruins. Falar numa livre escolha sempre num determinado sentido, como na hipótese de Mackie, é uma contradição em termos.

Entretanto, a hipótese de Mackie apresenta mais um problema. Suponhamos um mundo em que todos apenas fazem o certo e o justo, não existindo qualquer possibilidade de agir de forma diferente. Salvo melhor juízo, nesse melhor mundo possível, não existe o certo e o justo. Se não há possibilidade de se pensar nem praticar injustiça, esse mundo só tem um sentido possível. Logo, é, no mínimo, despiciendo o adjetivo “justo”, se inexistente a possibilidade do injusto. De outro lado, caso se tenha como possível pensar o injusto, em tese, sem nunca praticá-lo, voltamos à conclusão de que não existe plena liberdade.

Desse modo, a tese de Leibniz sobre ser esse o melhor dos mundos possíveis, além de induzir a equívocos como o de Mackie, também parece contradizer a própria noção do livre-arbítrio. Afinal, a noção de que seja permitido um mal apenas para que depois dele se extraia um bem maior parece mais adequada à noção de direcionamento dos atos humanos por um planejamento divino.

Consideramos, assim, acertado o parecer de Alvin Plantinga sobre o lapso de Leibniz, além do que aderimos à sua conclusão de que não seria possível criar um mundo com pessoas significativamente livres, sem mal moral.¹²³

Outro ponto relevante da teodiceia de Leibniz encontra-se no primeiro apêndice de sua obra, em que ele faz um resumo da controvérsia, reduzido a argumentos. Num desses argumentos, Leibniz discute a impossibilidade de não pecar e a consequente injustiça da punição:

III. Objeção. Se sempre é impossível não pecar, sempre é injusto punir.
 Acontece que sempre é impossível não pecar; ou mesmo, todo pecado é necessário.
 Logo, sempre é injusto punir.
 Prova-se aqui a menor.
 1. Prossilogismo. Todo predeterminado é necessário.
 Todo evento é predeterminado.
 Logo, todo evento (e, portanto, também o pecado) é necessário.
 Do seguinte modo prova-se esta segunda menor.
 2. Prossilogismo. Aquilo que virá a ser, aquilo que foi previsto, aquilo que compreende as causas está predeterminado.
 Todo evento é assim.
 Logo, todo evento está predeterminado.¹²⁴

Essa objeção que Leibniz procurará refutar é mais uma que invoca a necessidade dos atos de acordo com a presciência de Deus. Poderíamos reescrever a objeção da seguinte forma: 1º) tudo aquilo que foi previsto está predeterminado; 2º) sendo tudo previsto por Deus, tudo está predeterminado; 3º) logo, o pecado, enquadrando-se em tudo aquilo previsto por Deus, está

¹²³ “Ora, Deus só pode criar um mundo com bem moral criando pessoas significativamente livres. E uma vez que toda a pessoa é a instanciação de uma essência, Deus só pode criar pessoas significativamente livres instanciando algumas essências. Contudo, se toda essência sofre de depravação transmundial, então sejam quais forem as essências que Deus instanciar, as pessoas resultantes, se forem livres com respeito a ações morais significativas, executariam sempre pelo menos algumas ações incorretas. Se toda a essência sofre de depravação transmundial, então estava além do poder do próprio Deus criar um mundo com bem moral, mas sem mal moral. [...] Sob essas condições, Deus só poderia ter criado um mundo sem mal moral criando um mundo sem pessoas significativamente livres.” (PLANTINGA, Alvin, *Deus, a liberdade e o mal*, p. 72). A depravação mundial mencionada por Plantinga seria a capacidade de fazer o mal em todos os mundos possíveis. Assim, um mundo sem mal moral só seria possível sem pessoas livres. Isso não significaria propriamente a negação da onipotência de Deus, pois mesmo o onipotente teria limites lógicos, não podendo, por exemplo, criar um solteiro casado, um gordo magro, ou uma pessoa significativamente livre que só pudesse praticar o bem.

¹²⁴ *Ensaio de teodiceia sobre a bondade de Deus, a liberdade do homem e a origem do mal*, p. 423.

predeterminado; 4º) é, portanto, impossível não pecar (o que está predeterminado é necessário); 5º) em conclusão, é injusto punir.

Para refutar essa objeção, Leibniz nega a premissa maior do primeiro prossilogismo,¹²⁵ nos seguintes termos:

Resposta. Admite-se, num certo sentido, a conclusão do segundo prossilogismo, que é a [premissa] menor do primeiro; contudo nega-se a maior do primeiro prossilogismo, ou seja, que todo predeterminado é necessário, entendido como a necessidade de pecar, por exemplo, ou a impossibilidade de não pecar, ou de não praticar ação alguma. [...] Do mesmo modo, sua previsão ou determinação não é absoluta, mas supõe a vontade: se é certo que serão feitas, não é menos certo que se quererá fazê-las. Essas ações voluntárias e suas consequências não acontecerão [de tal forma que] não importe o que se faça, ou seja, quer se queira ou não, mas porque se fará e porque se quererá fazer aquilo que leva a isso. E isso está contido na previsão e na predeterminação e chega mesmo a constituir a sua razão. E a necessidade de tais eventos é chamada de condicional ou hipotética, ou mesmo de a necessidade da consequência, desde que ela supõe a vontade e outros *requisitos*, [ela se coloca] em lugar da necessidade que destrói a moralidade, que torna o castigo injusto e a recompensa inútil, presente nas coisas que serão o que quer que se faça ou o que quer que se queira fazer e, em uma palavra, naquilo que é essencial; e é a isto que chamamos de necessidade absoluta.¹²⁶

Vemos, pois, que Leibniz distingue uma necessidade hipotética de uma necessidade absoluta. A necessidade hipotética dependeria da vontade, ao passo que a necessidade absoluta dela prescindia (o evento ocorrerá, não importando “o que quer que se faça ou o que quer que se queira fazer”). Por isso, Leibniz admite, apenas num certo sentido, a conclusão de que tudo está predeterminado. Seria o sentido de que tudo foi previsto por Deus, aí incluída a vontade humana. Logo, não existe uma necessidade absoluta, porque o evento não ocorrerá independentemente da vontade humana. Deus teria previsto justamente a vontade humana, qual teria sido a livre escolha realizada pelo ser humano em toda e qualquer situação. Para simplificar, poderíamos novamente recorrer à

¹²⁵ Prossilogismo seria um silogismo que tem como conclusão a premissa de outro silogismo. Cf. LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, *Ensaio de teodiceia sobre a bondade de Deus, a liberdade do homem e a origem do mal*, p. 420. No caso em apreço, a conclusão do primeiro prossilogismo (“Logo, todo evento [e, portanto, também o pecado] é necessário”) constitui a premissa menor do primeiro silogismo (“Acontece que sempre é impossível não pecar; ou mesmo, todo pecado é necessário”).

¹²⁶ *Ibidem*, p. 424-425, grifo do autor.

sintética lição de Agostinho, segundo a qual prever não significa forçar. Admitindo a necessidade condicional (dependente da vontade humana), Leibniz conclui pela justiça da punição.

Por sinal, tão convicto dessa tese da necessidade condicional, Leibniz acaba por rejeitar a solução de Thomas Hobbes, para quem o futuro dos seres humanos seria o tempo presente para Deus.¹²⁷ Todavia, a solução de Hobbes não é despropositada. Se Deus sempre existiu e sempre existirá, sendo o Criador de tudo o que existe, não estaria acima ou além do tempo? Deixaremos essa questão de lado, eis que o objetivo deste trabalho, obviamente, não é provar a existência de Deus nem indagar acerca de Sua natureza, o que é objeto de uma questão de fé de cada leitor. Por ora, ficou demonstrada a posição favorável de Leibniz ao livre-arbítrio e ao direito de punir, bem como a sua criticável visão do melhor dos mundos possíveis, a qual, sugerindo um plano divino de extrair um bem maior dos males praticados, parece contrariar a liberdade humana.

Já vimos a posição de um filósofo anterior ao Cristianismo (Aristóteles) e a de um cristão (Leibniz). Agora, iremos analisar o entendimento de quem se posicionou contrariamente ao Cristianismo.

2.3.3 Nietzsche entre o livre e o cativo-arbítrio

Friedrich Nietzsche foi um severo crítico do Cristianismo e da moral, tendo como um de seus alvos o livre-arbítrio. A propósito, lembramos que Nietzsche também não poupou o próprio Direito Penal, o que veremos por ocasião da análise da hipótese abolicionista. Porém, neste momento, focaremos as suas ideias sobre a liberdade humana.¹²⁸

Mas, antes disso, é preciso notar um fato interessante, qual seja o de que Nietzsche e Tolstói foram contemporâneos, havendo até notícias de que a obra

¹²⁷ *Ensaio de teodiceia sobre a bondade de Deus, a liberdade do homem e a origem do mal*, p. 439.

¹²⁸ Em verdade, nada de diferente do que fizemos até aqui, em relação aos demais pensadores. Ressaltamos esse fato porque Nietzsche nos oferece uma rica análise crítica do Direito Penal, que, a propósito, até mereceria um livro à parte. Remetemos os interessados à seguinte obra de Amilton Bueno de Carvalho: *Direito penal a marteladas (algo sobre Nietzsche e o direito)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Algumas das ideias nietzschianas sobre Direito Penal, como dito acima, serão mais bem analisadas à frente.

“Minha religião”, que inspira o presente trabalho, tenha também inspirado “O anticristo”, do filósofo alemão,¹²⁹ principalmente na crítica às instituições vigentes. Contudo, Nietzsche certamente discordava em grande parte de Tolstói, embora ambos criticassem especialmente o Cristianismo de Paulo.¹³⁰ Em “O anticristo”, Nietzsche, ao afirmar ser deprimente a piedade do Cristianismo, faz a seguinte referência ao escritor russo:

Para a proteção do instinto vital seria necessário que nos separássemos desse tumor de piedade, tão mórbido e doentio como o que se nos depara no caso de Schopenhauer (e desgraçadamente, também, no de toda a nossa *décadence* literária e artística, desde São Petersburgo a Paris, de Tolstói a Wagner), fazendo-o rebentar...¹³¹

A seu turno, Tolstói definitivamente não teve a melhor impressão de Nietzsche, conforme nos revela a leitura de seus diários:

Li *Zaratustra*, de Nietzsche, e as notas de sua irmã acerca de como ele o escreveu, e fiquei convencido de vez de que ele estava completamente louco enquanto escrevia, e louco não em um sentido metafórico, mas no sentido estrito, o mais exato: incoerência, saltos de uma ideia para outra, comparação sem indicar o que se compara, começo de pensamentos sem final, saltos de uma ideia para outra por contraste ou por consonância, e tudo com base na loucura – a *idée fixe* de demonstrar sua genialidade sobre-humana ao negar todas as bases supremas da vida e do pensamento humanos. Mas que sociedade é essa em que um louco como esse, e um louco nocivo, é reconhecido como mestre? [...]¹³²

Apesar de alguns pontos em comum, realmente era enorme a distância entre Tolstói e Nietzsche. Sobre a incoerência de Nietzsche, acima mencionada por Tolstói, iremos falar mais detalhadamente adiante, no que concerne ao tema

¹²⁹ BITTENCOURT, Renato Nunes. As influências de Tolstói e de Dostoiévski na análise nietzschiana sobre a gênese da experiência crística. *Ítaca*, [S.l.], n. 15, p. 110-145, out. 2010. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/ltaca/article/view/277/259>>. Acesso em: 5 maio 2016.

¹³⁰ Em relação a Tolstói, veremos isso no próximo capítulo.

¹³¹ *O anticristo*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 42.

¹³² Dos diários de Tolstói [1900-10]. In: TOLSTÓI, Liev. *Os últimos dias*. Tradução de Anastassia Bytsenko, Belkiss J. Rabello, Denise Regina de Sales, Graziela Schneider e Natalia Quintero. São Paulo: Penguin Classics; Companhia das Letras, 2011, p. 393.

do livre-arbítrio, sendo que uma possível explicação seria a recusa ao pensamento sistêmico, conforme observado por Víctor Gabriel Rodríguez.¹³³

Em diversos de seus trabalhos, Nietzsche contestou as ideias de livre-arbítrio, responsabilidade, moral, castigo, justiça etc. Em “Humano, demasiado humano”, ele escreveu:

Acaba-se então por descobrir que tampouco este caráter pode ser responsável, na medida em que ele é somente a consequência necessária e resultado de uma mistura de elementos e de influências de coisas passadas e presentes; por conseguinte, não se pode tornar o homem responsável por nada, nem pelo seu caráter, nem pelos seus motivos, nem pelos seus atos, nem pelos seus efeitos. Chega-se finalmente a reconhecer que a história dos sentimentos morais é a história de um erro, o erro da responsabilidade, que reside no erro que diz respeito à liberdade da vontade. [...] Ninguém é responsável por seus atos, ninguém é responsável por seu caráter; julgar é sinônimo de ser injusto. Isto é verdade também quando o indivíduo julga a si próprio. A proposição é clara como o dia com o seu sol, e, contudo, nesse caso, todo mundo volta de preferência às trevas e à mentira – pelo medo das consequências.¹³⁴

Vislumbramos, já no primeiro trecho, duas semelhanças entre as ideias nietzschianas e tolstoianas, quais sejam a inexistência de liberdade da vontade e a injustiça do julgamento. Quanto ao julgamento, tal entendimento até se aproxima das palavras de Jesus Cristo.¹³⁵

Nietzsche, ao tratar do caráter, considera que ninguém seria responsável por ele, que consistiria, na realidade, numa mistura de elementos passados e futuros. Nesse ponto, há uma aproximação com o determinismo, pois o caráter independeria da pessoa, podendo ser moldado por acontecimentos e até mesmo por outras pessoas. Essa mistura de elementos também pode ocorrer no cérebro do indivíduo, o que será visto à frente, na subseção referente à Neurociência.

¹³³ *Livre arbítrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*, p. 131.

¹³⁴ *Escritos sobre direito*. Tradução, apresentação e notas de Noéli Correia de Melo Sobrinho. Rio de Janeiro: PUC-RIO; São Paulo: Edições Loyola, 2009, p. 296-297. Essa obra é uma coletânea de escritos de Nietzsche relativos ao Direito, tendo sido o trecho acima retirado de “Humano, demasiado humano”.

¹³⁵ Mateus 7, 1-5. “1. Não julgueis para não serdes julgados. 2. Pois com o julgamento com que julgais sereis julgados, e com a medida com que medis sereis medidos. 3. Por que reparas no cisco no cisco que está no olho do teu irmão, quando não percebes a trave que está no teu? 4. Ou como poderás dizer ao teu irmão: ‘Deixa-me tirar o cisco do teu olho’, quando tu mesmo tens uma trave no teu? 5. Hipócrita, tira primeiro a trave do teu olho, e então verás bem para tirar o cisco do olho do teu irmão”. Cf. BÍBLIA, p. 1714-1715.

Contudo, é irônico como se nega a responsabilidade do ser humano e como se julga o ato de julgar como sendo injusto. De fato, esse é um dos becos sem saída, uma verdadeira aporia do pensamento contrário ao julgamento: julga-se injusto aquele que julga. Porém, o julgamento de quem julga injusto aquele que julga também não seria injusto? Pedimos escusas pelas palavras embaralhadas, mas essa é uma primeira advertência a um tema ao qual voltaremos mais adiante. Por ora, basta apontar certa contradição em se dizer que “não se pode tornar o homem responsável por nada”, mas dizer que seria injusto aquele que julga. Quem julga seria responsável por julgar? Em caso positivo, a assertiva anterior, pela qual não se poderia responsabilizar ninguém por nada, estaria incorreta.

Parece que do mesmo problema padece o texto, fortemente inspirado em Nietzsche, de autoria de Érika Figueiredo Reis, psicóloga do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

E o que o Direito tenta fazer com a noção de livre-arbítrio, senão facilitar a imputação de culpas e a prática de punições? E como deixar de ver como as práticas de justiça encontram-se fortemente impregnadas de moralismo cristão? Os ideais de justiça, sobretudo, estão saturados de representações do que seria o moralmente correto e honrado, acomodando uma fila sem fim de juízes e censores sempre prontos para enquadrar aqueles que deles diferem, para ocuparem o lugar de carrascos e fazer proliferar culpas, ressentimentos e desejos de vingança. Aqui a vingança vem sempre mascarada de justiça, e ansiosa por desenterrar todo o passado que poderá ser útil à produção da culpa e da punição.¹³⁶

Não deixa de ser curioso que a crítica ao julgamento se faça com um julgamento tão severo dos juízes, os quais, aqui, aparecem como “sempre prontos para enquadrar aqueles que deles diferem, para ocuparem o lugar de carrascos e fazer proliferar culpas”. De fato, comparar o juiz ao carrasco, salvo melhor juízo, não nos parece muito compatível com a tese nietzschiana de que ninguém pode ser responsabilizado por nada. Ademais, a crítica feita pela ilustre psicóloga parece ter certa carga ideológica, ao apontar o juiz como *sempre* pronto para enquadrar aqueles que dele diferem. Daí vem o preconceito de que o juiz

¹³⁶ *Justiça e espírito de vingança: o que se quer quando se pede por justiça e o ressentimento do homem atual*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 81.

sempre quer punir o diferente, seja ele o pobre, o negro ou quaisquer outras pessoas pertencentes a minorias.¹³⁷ Evidente que não queremos dizer que não existem maus juízes, preconceituosos, racistas, ignorantes, impiedosos etc. Isso certamente é um fato componente da irracionalidade do sistema criminal, conforme será analisado em capítulo posterior. Todavia, queremos acreditar que tais magistrados constituam uma parcela minoritária das varas e tribunais.¹³⁸

Além de negar de forma peremptória a responsabilidade moral, Nietzsche aponta que os próprios partidários do livre-arbítrio, justamente por tal opção, estariam impedidos de julgar. Analisemos o seu raciocínio:

Os homens cuja função é julgar e punir procuram em cada caso constatar se um criminoso é em suma responsável por seu crime, se ele estava *em condições* de empregar a sua razão, se ele agiu por alguns *motivos* e não inconscientemente ou por coerção. Quando se pune este criminoso, é por ele ter preferido as más razões às boas, razões então que ele devia *conhecer*. Quando este conhecimento está ausente, o homem, de acordo com a opinião dominante, não é nem livre nem responsável; [...] Mas como alguém pode ser deliberadamente mais irracional do que deveria ser? De onde vem a decisão, se os bons e os maus motivos pesam sobre os pratos da balança? Não há erro, portanto, não há cegueira, não há coerção exterior nem coerção interior [aliás, se deve antes considerar que qualquer coerção dita “exterior” é somente a coerção interior do medo e da dor]. De onde? – Tem-se o direito de perguntar. Então, a *razão* não deveria ser a causa, já que ela não poderia se decidir contra os bons motivos? Aqui, então, se conclama o “livre-arbítrio” como socorro: *a vontade arbitrária mais total* decidirá; momento virá em que nenhum motivo agirá, em que o ato se realizará como um milagre, saído do nada. Pune-se este pretense arbitrio, num caso em que a vontade arbitrária não deveria ser absolutamente admitida: a razão, que conhece a lei, a interdição e o mandamento, não poderia ter deixado de escolher, se acredita, e de agir como coerção e poder superior. Portanto, o criminoso será punido porque ele teria feito uso do seu “livre-arbítrio”, quer dizer, porque ele teria agido sem motivo lá onde ele deveria ter agido por algum motivo. Mas *por que* ele fez isso? É justamente isto que não se tem mais inclusive o direito de *perguntar*: era um ato sem um “porquê”, sem motivo, sem origem, algo também destituído de finalidade ou razão. – Mas *este ato*, de acordo com as condições de qualquer penalidade antes referidas, *não deveria também ser punido!* [...] Sem dúvida, o criminoso preferiu as más razões às boas, mas *sem razão* nem intenção; sem dúvida se ele não fez

¹³⁷ O termo “minorias”, em verdade, melhor reflete a noção de minoria em direitos do que propriamente em quantidade de pessoas.

¹³⁸ Por enquanto, não nos referimos a um outro problema, que será mencionado também por ocasião da análise da irracionalidade e que pode afligir uma parcela maior da magistratura, qual seja o descaso ou o automatismo das decisões.

absolutamente uso da sua razão, não foi *para* não fazer uso dela. Esta suposição que se faz no caso de crime punível, quer dizer, saber se o criminoso teria deliberadamente negado a sua razão, é ela precisamente que desaba quando se admite o “livre-arbítrio”. *Vós não tendes o direito* de punir partidários da doutrina do “livre-arbítrio”, os vossos próprios princípios vos proibem! – Mas estes princípios não são nada, no fundo, senão uma mitologia conceitual bizarra; e a galinha que os incubou chocou seus ovos bem longe de qualquer realidade.¹³⁹

Pois bem, vamos tentar resumir os argumentos de Nietzsche, a fim de examinar se o seu raciocínio é correto ou sofismático: 1º) para se punir alguém, deve-se verificar se ele estava em condições de empregar a sua razão (constatando, por exemplo, se ele não era inimputável, como um louco); 2º) também, para se punir alguém, deve-se verificar se ele agiu por alguns motivos, e não inconscientemente ou por coerção; 3º) logo, quando se pune alguém, é por ele ter preferido as más razões às boas (razões essas que ele deveria conhecer). Podemos considerar esse o primeiro silogismo do raciocínio nietzschiano, relativo aos pressupostos da punição.

Vamos, então, ao resumo dos argumentos posteriores: 4º) ninguém poderia ser deliberadamente mais irracional do que deveria ser; 5º) assim, quem comete o crime, considerando que pôs os bons e os maus motivos na balança, agiu em desconformidade com a razão; 6º) logo, a razão não é a causa do crime. Diante dessa constatação: 7º) o livre-arbítrio é invocado como causa do crime (o criminoso teria agido sem motivo, quando deveria ter agido por algum motivo); 8º) desse modo, o criminoso agiu sem razão ou motivo; 9º) logo, o criminoso não poderia ser punido, de acordo com próprias condições da punição expostas no primeiro silogismo (necessária a presença da razão e do motivo).

A supramencionada argumentação nietzschiana, com a devida vênia, está incorreta, tendo se utilizado dos sofismas da falsa identidade e da falsa causa.

Chamaremos a razão da primeira premissa de razão-imputabilidade ou razão-sanidade. Para se punir alguém, ele deve ter condições de empregar a razão, deve ser uma pessoa sã. Ninguém, por mera deliberação, perde a sanidade ou a imputabilidade (sendo, nesse sentido, correto o quarto argumento).

Todavia, o quinto argumento (“assim, quem comete o crime, considerando que pôs os bons e os maus motivos na balança, agiu em desconformidade com a

¹³⁹ *Escritos sobre direito*, p. 180-182, grifos do autor.

razão”) não se refere à razão-imputabilidade, mas sim àquela que chamaremos de razão-dever ser (aquela que refletirá a melhor escolha lícita). Quem simplesmente age de acordo com maus motivos, como a ganância (cometendo furto, por exemplo), o ódio (cometendo homicídio, por exemplo), o preconceito (cometendo crime de racismo, por exemplo), dentre outros, não pode, por isso, ser considerado inimputável. Praticar tais ilícitos não significa não ter a razão-imputabilidade ou sanidade. Esse é, portanto, o sofisma da falsa identidade.

Daí surge o sofisma da falsa causa: o livre-arbítrio não equivale à ausência de motivos, estando incorreto o sétimo argumento (“o livre-arbítrio é invocado como causa do crime – o criminoso teria agido sem motivo, quando deveria ter agido por algum motivo”). Em outras palavras, o livre-arbítrio não significa a ausência da razão-imputabilidade. O livre-arbítrio, assim, poderia consistir na escolha em por em prática as más razões, satisfazendo a ganância (furtando, por exemplo), o ódio (matando alguém, por exemplo) ou o preconceito (recusando o atendimento num restaurante em razão da cor da pele do cliente, por exemplo).

Temos, portanto, que é incorreta a argumentação de Nietzsche no sentido de que os partidários do livre-arbítrio não poderiam punir de acordo com os seus próprios princípios. Voltaremos, ainda, a esse assunto, quando estudarmos a posição de Pedro Lessa, na subseção relativa ao Direito.

Até o presente momento, ficou mais do que claro que Nietzsche foi um severo crítico do livre-arbítrio. Então, seria ele um defensor do arbítrio-escravo ou servo arbítrio (não ao estilo, obviamente, do determinismo teológico de Lutero, mas de algum outro tipo de determinismo, como o psicológico)? Negaria Nietzsche, por completo, o Direito Penal?

Víctor Gabriel Rodríguez afirma que, na ótica de Nietzsche, o Direito Penal seria dispensável,¹⁴⁰ e, apesar de apontar falta de coerência nas teses do filósofo sobre a moral,¹⁴¹ chega à seguinte conclusão no tocante ao tema do livre-arbítrio:

Há, entretanto, alguns pontos de **extrema coerência** no pensamento nietzschiano, que se devem aqui consagrar. Foi ele o único filósofo a apontar que não apenas qualquer castigo, mas qualquer responsabilização ao indivíduo é indevida, por conta do arbítrio-escravo humano. Ou seja, reconhece diretamente, sem

¹⁴⁰ *Livre arbítrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*, p. 133.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 135.

maior necessidade retórica, que homem-determinado e responsabilidade se excluem.¹⁴²

Linhas atrás, mencionamos que retornaríamos ao tema da coerência nietzschiana em relação ao livre-arbítrio. Dissemos que Tolstói considerou o livro de Nietzsche sobre Zaratustra incoerente. De outro lado, no trecho acima transcrito, Rodríguez avaliou a postura de Nietzsche como coerente no tema do livre-arbítrio, apontando-o como adepto do arbítrio-escravo humano.

Contudo, vejamos novamente o que diz Nietzsche, desta vez, em sua obra “Além do bem e do mal”:

O anseio de “livre-arbítrio”, na superlativa acepção metafísica que infelizmente persiste nos semieducados, o anseio de carregar a responsabilidade última pelas próprias ações, dela desobrigando Deus, mundo, ancestrais, acaso, sociedade, é nada menos que o de ser essa *causa sui* e, com uma temeridade própria do barão de Münchhausen, arrancar-se pelos cabelos do pântano do nada em direção à existência. Supondo que alguém perceba a rústica singeleza desse famoso “livre-arbítrio” e o risque de sua mente, eu lhe peço que leve sua ilustração um pouco à frente e risque também da cabeça o contrário desse conceito-monstro: isto é, o “cativo-arbítrio”, que resulta em abuso de causa e efeito. Não se deve *coisificar* erroneamente “causa” e “efeito”, como fazem os pesquisadores da natureza (e quem, assim como eles, atualmente “naturaliza” no pensar –), conforme a tacanhez mecanicista dominante, que faz espremer e sacudir a causa, até que “produza efeito”; deve-se utilizar a “causa”, o “efeito”, somente como puros *conceitos*, isto é, como ficções convencionais para fins de designação, de entendimento, *não* de explicação. [...] O “cativo-arbítrio” não passa de mitologia: na vida real há apenas vontades *fortes e fracas*. – É quase sempre um sintoma daquilo que falta nele próprio, quando um pensador sente em toda “conexão causal” e “necessidade psicológica” um quê de coação, exigência, obrigação de seguir, pressão, não liberdade: estas são impressões deladoras – a pessoa se trai. E, se observei corretamente, em geral a “não liberdade de arbítrio” é vista como um problema por dois lados inteiramente opostos, mas sempre de maneira profundamente *pessoal*: uns não querem por preço algum abandonar sua “responsabilidade”, a fé em si, o direito pessoal ao *seu* mérito (as raças vaidosas estão desse lado –); os outros, pelo contrário, não desejam se responsabilizar por nada, ser culpados de nada, e, a partir de um autodesprezo interior, querem depositar o fardo de si mesmos em algum outro lugar. Estes últimos, quando escrevem livros, costumam agora tomar a defesa dos criminosos; uma espécie de compaixão socialista é o disfarce que mais lhes agrada. E é certo que o fatalismo dos fracos de vontade

¹⁴² *Livre arbítrio e direito penal*: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática, p. 136, grifo do autor.

se embeleza enormemente, quando decide se apresentar como “*la religion de la souffrance*” [“a religião do sofrimento”]: este é o seu “bom gosto”.¹⁴³

Bem, aqui é deveras curiosa a referência feita logo no início do trecho, no sentido de assumir a responsabilidade última por seus atos, desobrigando *Deus*.¹⁴⁴ Mas, se Nietzsche fala em assumir a responsabilidade, desobrigando o mundo, o acaso, a sociedade, os ancestrais, ele está se referindo a um livre-arbítrio absoluto, independente de quaisquer circunstâncias, e aí concordamos que essa hipótese é temerária.

Entretanto, Nietzsche prossegue dizendo que, se o livre-arbítrio absoluto deve ser riscado de nossas mentes, o cativo-arbítrio, o oposto do “conceito-monstro”, também deveria ser. Ora, isso é certamente incoerente com todas as críticas que Nietzsche fez à responsabilização, até porque ele critica o abuso de causa e efeito a que leva o cativo-arbítrio por aqueles que não querem se responsabilizar por nada, serem culpados de nada. E, por fim, Nietzsche ainda ironiza os autores que defendem o cativo-arbítrio, escrevendo na defesa de *criminosos* sob o disfarce de uma *compaixão socialista*.

É importante notar que as vontades fortes e fracas, mencionadas por Nietzsche, aproximam-no, num certo sentido, de Orígenes, quando tratou da mente preparada, fortalecida pela meditação. Vontades e mentes, se não idênticas, decerto são muito semelhantes.

Mas, então, seria Nietzsche incoerente? Ou simplesmente teria mudado de ideia a esse respeito? Não sabemos. Nietzsche, sem dúvida, foi um autor que escreveu de forma bastante sedutora, com comentários ácidos e irônicos, porém, é possível encontrar algumas contradições entre as suas obras. Como dissemos no início, a falta de um pensamento sistêmico pode ter sido uma das razões para a localização de incoerências na extensa produção bibliográfica de Nietzsche. Talvez tenha lhe faltado um interlocutor ou debatedor à altura, alguém que apontasse os seus defeitos ou contradições. Ao contrário do que se pode pensar

¹⁴³ *Além do bem e do mal*: prelúdio a uma filosofia do futuro. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 25-26, grifos do autor. Também encontramos o mesmo trecho na já citada coletânea de Friedrich Nietzsche, *Escritos sobre direito*, p. 338-339.

¹⁴⁴ Ora, Deus não estaria morto?

neste mundo pós-moderno, a crítica nem sempre é uma agressão, sendo uma perfeita oportunidade para o aprimoramento.

De qualquer modo, esse último trecho transcrito nos leva a dúvidas sobre a aceitação de Nietzsche de um arbítrio-escravo (ainda que tenha aceitado anteriormente, por óbvio não o aceitou na obra citada) e sobre uma negação absoluta do Direito Penal (diante de sua referência irônica ao disfarce de compaixão socialista na defesa de criminosos). Não conseguimos, então, chegar a uma conclusão definitiva sobre a posição de Nietzsche, no entanto, nos parece que ele ficou entre o livre¹⁴⁵ e o cativo-arbítrio.

2.3.4 Julián Marías e as tentações dos determinismos

Julián Marías, em obra sobre a perspectiva cristã, analisa a questão da liberdade e da responsabilidade perante o Cristianismo.

Uma primeira observação, muito perspicaz por sinal, de Julián Marías, situa o livre-arbítrio na oração do Pai Nosso, no seguinte trecho: “seja feita a Vossa vontade, assim na Terra como no Céu”. A oração, quase sempre, contém pedidos, e, nesse ponto, é pleiteado justamente que a vontade de Deus também se cumpra na Terra. Se a vontade de Deus fosse sempre cumprida pelos homens, ou se Deus determinasse a vontade dos homens, não seria necessário pedir isso.¹⁴⁶ Vale lembrar que a oração do Pai Nosso está expressa na Bíblia, sendo a forma com que Jesus nos ensinou a rezar.¹⁴⁷

Marías, então, argumenta que a liberdade é própria da perspectiva cristã, advertindo, todavia, que, amiúde, foram os próprios cristãos que questionaram a liberdade.¹⁴⁸ Nessa linha, o filósofo espanhol identifica algumas tentações deterministas que advieram do próprio temor à liberdade e também do temor à responsabilidade. Ele destaca:

¹⁴⁵ Aqui, no sentido de um livre-arbítrio absoluto.

¹⁴⁶ *A perspectiva cristã*. Tradução de Diva Ribeiro de Toledo Piza. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 118.

¹⁴⁷ Mateus, 6:9-13. Cf. BÍBLIA, p. 1713.

¹⁴⁸ *Op. cit.*, p. 117.

- o determinismo teológico: quanto a tal determinismo, basta recordarmos as ideias de Martinho Lutero sobre o servo arbítrio;
- o determinismo físico: que implicaria a submissão do homem às leis da natureza;¹⁴⁹
- o determinismo biológico, segundo o qual as características da pessoa dependeriam de sua etnia (uma possível vertente pós-moderna seria o determinismo genético, pelo qual as características do indivíduo já viriam impressas em seus genes);
- o determinismo econômico ou social, até devido a algumas interpretações marxistas;¹⁵⁰ e
- o determinismo psicológico, ou psicologismo.

Um bom exemplo do último tipo vem da pena de Carl Gustav Jung:

O “livre-arbítrio” constitui um sério problema, não somente do ponto de vista filosófico, como também do ponto de vista prático, pois raramente encontramos pessoas que não sejam ampla ou mesmo prevalentemente dominadas por suas inclinações, seus hábitos, impulsos, preconceitos, ressentimentos e toda espécie de complexos. [...] Por isso, sempre há na alma alguma coisa que se apodera da liberdade moral, limitando-a ou suprimindo-a. Para dissimular esta realidade verdadeira, mas desagradável, e para animar-se no sentido de conseguir a liberdade, as pessoas costumam usar o modismo, no fundo apotropaico, dizendo: “Eu tenho” a inclinação ou o costume ou o ressentimento, em vez de afirmar de acordo com a verdade: “Tal inclinação ou tal costume ou tal ressentimento *me têm*”. Mas esta última forma de expressão custar-nos-ia a ilusão da liberdade.¹⁵¹

Cabe observar que Jung fala com segurança sobre ilusão e verdade, invocando o conceito controverso de alma,¹⁵² aduzindo que alguma coisa dentro dela se apoderaria da liberdade moral. Para isso, o psicólogo recorre a uma inversão, dizendo que não seríamos nós que teríamos sentimentos tais como o

¹⁴⁹ *A perspectiva cristã*, p. 123.

¹⁵⁰ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁵¹ *Psicologia e religião*. Tradução de Pe. Dom Mateus Ramalho Rocha. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 108, grifo do autor.

¹⁵² Interessante estudo sobre a influência de Carl Jung no Direito Penal foi feito pelo defensor público Bruno Amabile Bracco, que assim resumiu o conceito junguiano de alma: “Quando se fala na alma, pontua Jung, está se falando, necessariamente, na mais absoluta totalidade, na mais intangível e paradoxal integridade. Esforço inútil é tentar compreendê-la racionalmente, é certo; mais certo, contudo, é que é a alma a essência das nossas vidas”. Cf. *Carl Jung e o direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 32.

ressentimento, seriam eles que nos têm. Mas, será isso mesmo? Em outras palavras, não cairíamos também no velho chavão de que somos escravos das nossas paixões? Se um hábito *nos tem*, isso não significaria que somos escravos desse hábito e, por conseguinte, nunca conseguiríamos mudá-lo? E se conseguirmos modificá-lo, de onde nasce a força para tanto? Seria tolice pensar que vem da vontade livre? Por quê? São muitas as perguntas, todavia, a ocasião para tentar respondê-las virá quando analisarmos a questão da Neurociência, em subseção a seguir.

Mas a citação de Jung foi oportuna não só para exemplificar o determinismo psicológico, como também para integrar o respeitado rol de notáveis, a exemplo de Tolstói e Nietzsche, que falam da *ilusão* do livre-arbítrio. E se tudo, de acordo com eles (ressalvamos Nietzsche, ao menos considerando o que ele escreveu em “Além do bem e do mal”), é determinado por algo, qual é a causa da ilusão de liberdade? Por que temos essa ilusão? É um hábito, uma emoção, um distúrbio mental? É fruto do entendimento? Esse entendimento seria livre ou determinado?

Talvez a melhor resposta seja justamente a de Julián Marías, que fala da *sensação da liberdade*:

Todos estes fatos, convergentes, conduziram a uma atenuação surpreendente da consciência de liberdade e responsabilidade. Surpreendente porque é contrária à *evidência*, que deixou de ser o mais enérgico e inquebrantável. O homem *sente-se livre* e, portanto, responsável. Os mais acérrimos defensores de todos os determinismos são os maiores *juulgadores*, o que é uma incoerência radical. Se tivessem razão, não poderiam julgar e condenar, como fazem do modo mais firme e constante.¹⁵³

Creemos ser correta a sensação da liberdade. Claro, não se cai, aqui, no erro da liberdade absoluta. Livre absolutamente ninguém se sente. Entretanto, em regra, as pessoas sentem-se livres, e prova disso é dada pelos próprios adversários deterministas, que falam em ilusão do livre-arbítrio. Seria ilusão as pessoas sentirem-se livres. E, numa pertinente crítica que poderia ser destinada a um ferrenho opositor da liberdade e da responsabilidade como Nietzsche (se é que ele não mudou de ideia *a posteriori*), Marías assinala com propriedade que os

¹⁵³ *A perspectiva cristã*, p. 123-124, grifos do autor.

deterministas acabam se tornando os maiores julgadores, o que é, sem dúvida, incongruente, como visto acima.

Interessante, outrossim, a conclusão de Julián Marías, no sentido de que a omissão da condição livre e responsável seria uma infidelidade ao Cristianismo.¹⁵⁴ Nessa ordem de ideias, teria sido Tolstói infiel ao Cristianismo? Veremos isso ao final deste capítulo.

Por enquanto, o saldo dos filósofos até aqui citados demonstra um julgamento favorável ao livre-arbítrio. Até mesmo Nietzsche, no derradeiro momento, pareceu contradizer-se e nos advertiu para riscarmos da mente a ideia do cativo-arbítrio. Contudo, o julgamento continua e, agora, passaremos à segunda parte da Filosofia, estudando o que dizem os neurofilósofos, ou filósofos da mente ou do cérebro.

2.4 A segunda parte do julgamento da liberdade pela Filosofia (Neurofilosofia, Filosofia da Mente ou do Cérebro) e a Neurociência

Diversamente do que fizemos até o presente momento, não analisaremos em separado os neurocientistas e os filósofos da mente ou do cérebro. A razão disso, a qual devemos confessar, é que, devido à formação em Direito, nossos conhecimentos sobre os avanços neurocientíficos e a linguagem particular dos cientistas são mais do que precários. Também por conta de tal motivo, analisaremos concomitantemente a Neurofilosofia, que nos ajudará a compreender melhor a Neurociência e seus objetivos.

Porém, antes de tudo, propomos ao leitor uma pausa para reflexão. Independentemente do que veremos a seguir e de nossa posição sobre o livre-arbítrio, será que todos os nossos atos são voluntários? O leitor já teve a experiência de pensar em telefonar para uma pessoa e, inconscientemente, acabar ligando para o número errado, por exemplo, de um parente? Esse erro foi voluntário ou involuntário? Mais uma pergunta: o leitor consegue ficar parado? Tente ficar absolutamente imóvel quando conversar com alguém, ou seja, não

¹⁵⁴ *A perspectiva cristã*, p. 124.

cruze os braços, não gesticule, apenas fique imóvel conversando com outra pessoa, mexendo somente a boca. Em pouco tempo, tal conversa se tornará uma tortura. Falamos isso para mostrar que, realmente, praticamos atos involuntários o tempo todo. Só que esse tipo de ato involuntário (gestos, movimentos de braços, pernas ou cabeça etc., enquanto, por exemplo, conversamos), em geral, não é moralmente relevante. Contudo, também temos atos voluntários ou intencionais. O leitor, por exemplo, deve estar intencionalmente lendo este texto, enquanto, ao mesmo tempo, pode estar involuntariamente balançando sua perna, se estiver sentado. E quanto às necessidades fisiológicas? O ato pode ser considerado voluntário? Amiúde, sim. Pode-se escolher esperar para comer, decidir experimentar uma comida nova, ir a um outro restaurante etc. Só que mesmo os atos voluntários também podem ser considerados moralmente irrelevantes. Não faz diferença moral comer arroz e feijão ou macarrão no almoço.

Decerto, também existem atos voluntários moralmente relevantes. Imaginemos que sejamos abordados na rua por um mendigo, pedindo dinheiro para comer, por exemplo.¹⁵⁵ Dar ou não o dinheiro é uma decisão. Se optar por dar alguma coisa, entregar uma cédula de dois reais ou uma moeda de dez centavos, ou qualquer outra quantia, é outra decisão. Essa é uma decisão moralmente relevante, pois envolve outro ser humano (muito embora frequentemente nos esqueçamos de que mendigo também é gente). Seja qual for a decisão tomada, ela pode gerar uma reflexão posterior, inclusive com eventual arrependimento. Se tiver dado algum dinheiro, o leitor pode se lembrar de algumas campanhas governamentais para não dar esmolas na rua, achando que o mendigo irá consumir álcool ou drogas. Se não tiver dado, poderá pensar que, apesar de tais campanhas, o mendigo poderia mesmo, afinal, ter comprado algo para comer, ou até poderia o leitor ponderar que deveria ter comprado diretamente algo para ele comer, evitando o mau uso do dinheiro. Mais raramente, ainda poderia refletir que o fato de ter dado algum dinheiro ao mendigo não significou uma verdadeira caridade, mas simplesmente uma forma de ser deixado em paz, a fim de que ele se afastasse e se tornasse novamente

¹⁵⁵ Inspiramo-nos, claramente, no exemplo do mendigo citado por Ronald Dworkin, em sua obra *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 341.

“invisível”. Enfim, um ato voluntário aparentemente banal, como dar ou não esmolas, pode ensejar uma série de reflexões, eis que moralmente relevante.

Todavia, o que aconteceria se alguém nos dissesse que o que ocorreu não poderia ter ocorrido de outra forma? Que não poderíamos não ter dado esmola ou ter dado em quantia diferente? Que a nossa decisão, aparentemente consciente, foi, em verdade, tomada por uma prévia atividade cerebral, independente da nossa suposta vontade? E se isso for comprovado, que sentido sobraria para a concepção de responsabilidade moral ou, no âmbito do Direito Penal, o que restaria da culpabilidade ou reprovabilidade? Pois é aqui que adentramos a questão da Neurociência e a sua possível influência no âmbito criminal, que não deixa de ser um dos possíveis objetos da Neurofilosofia.

Essa Neurofilosofia, ou Filosofia da Mente, tem como um de seus primeiros representantes o filósofo (além de geômetra, matemático e médico) René Descartes, que buscou demonstrar que o corpo e a alma (ou a mente) seriam substâncias diferentes.¹⁵⁶ A teoria cartesiana gerou o célebre problema do fantasma na máquina, vale dizer, como a alma ou a mente controlaria o corpo? Descartes apontou como solução a glândula pineal, que ligaria a mente e o corpo.¹⁵⁷ Porém, rigorosamente, o problema persistiria, eis que se continua sem saber como a mente ou a alma entrariam em contato com a referida glândula.

A lembrança de Descartes nos permite formular uma série de indagações que devem necessariamente ser respondidas pela Neurociência que quiser negar o livre-arbítrio: o que é mente (que pode ser tomada como um equivalente laico da alma)? Existe mente? Qual seria a diferença entre mente e consciência? O que é a consciência? Existe diferença entre mente e cérebro? Ou existe apenas o cérebro? Existiria diferença ou relação entre o cérebro e a consciência? O movimento pode ser antecipado pela Neurociência? E o pensamento em si poderia ser lido pela Neurociência? O livre-arbítrio poderia ser mesmo examinado pela Neurociência?

Quanto à última questão, vamos nos referir, preliminarmente, ao experimento do neurocientista Benjamin Libet, considerado um dos precursores do exame científico do livre-arbítrio. Descrevendo o seu experimento em linhas mais do que gerais, os voluntários eram convidados a realizar alguns movimentos

¹⁵⁶ TEIXEIRA, João de Fernandes. *Como ler a filosofia da mente*. São Paulo: Paulus, 2012, p. 15.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 17.

mediante certo intervalo de tempo, de 30 segundos. Para monitorar a atividade cerebral, Libet utilizou-se de um eletroencefalograma, descobrindo que a atividade cerebral se iniciava milésimos de segundos antes do movimento da pessoa.

Considerando o resultado de tal experiência, Libet concluiu que o livre-arbítrio não é o responsável pelo início da ação voluntária. Estaria ele certo? A discussão parece se assemelhar àquela sobre o que veio primeiro, o ovo ou a galinha.¹⁵⁸ O movimento se iniciou mesmo por processos inconscientes do cérebro? A experiência parece indicar que sim. Contudo, o fato de o examinado estar ali justamente para submeter-se a um experimento, fazendo exatamente aquilo que lhe foi pedido para fazer, não significaria que ele estava conscientemente disposto a fazer esses movimentos, sabendo que iria realizá-los antes mesmo da tal atividade cerebral inconsciente?

Libet parece ter a resposta para isso, embora não tenha enfrentado especificamente essa questão. Ele faz uma analogia com o caso do elétron mensurado por Robert Andrews Millikan num sistema isolado, cujo resultado, porém, valeria para todos os sistemas.¹⁵⁹ Dessa forma, Libet acredita que as suas descobertas sobre o livre-arbítrio sejam aplicáveis aos atos voluntários em geral. E limitou-se a dizer que também verificou que os indivíduos faziam deliberações sobre o próximo ato, mas que, ainda nesse caso, foi constatada a prévia atividade cerebral inconsciente.¹⁶⁰ Permitimo-nos ser céticos a esse respeito. Afinal, Libet não explicou muito bem como a deliberação fora constatada. Pode-se, por um acaso, saber o que um indivíduo está pensando?

Mais um ponto nos causa preocupação: o experimento poderia ter sido fraudado? Vamos supor que alguém chegasse ao experimento, sabendo exatamente o que iria fazer de antemão, vale dizer, deliberando previamente sobre todos os movimentos que iria executar. Poder-se-ia argumentar que a experiência teria demonstrado que a atividade cerebral inconsciente se inicia antes do ato e, portanto, seria aplicável à citada deliberação prévia. Entretanto, isso seria uma petição de princípio, dando como demonstrado aquilo que se

¹⁵⁸ Também não sabemos a resposta.

¹⁵⁹ Do we have free will? *Journal of Consciousness Studies*, v. 6, n. 8-9, p. 47-57, 1999, p. 53. Disponível em: <<http://pacherie.free.fr/COURS/MSCLibet-JCS1999.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2016.

¹⁶⁰ Do we have free will?, p. 54.

deveria demonstrar.¹⁶¹ Com efeito, o experimento se inicia a partir de preparatórios, a exemplo da colocação de eletrodos na cabeça da pessoa submetida ao exame. Assim, o que acontece se a atividade cerebral inconsciente, tida como prévia à consciência, na verdade for nada mais do que o reflexo de uma deliberação consciente já tomada (a decisão de o indivíduo sujeitar-se ao experimento e seguir as instruções que lhe foram dadas)? Parece que voltamos ao caso do ovo e da galinha.

Talvez o problema esteja justamente no tipo de experimento utilizado e no tipo de livre-arbítrio pesquisado. Uma crítica a respeito do experimento de Libet é feita por Markus Schlosser, para quem, considerando a forma com que foi realizada, tal experiência parece irrelevante para a Filosofia. Em primeiro lugar, porque o experimento de Libet examinou o *quando* fazer e não o *que* fazer. Além disso, teria se utilizado de uma falsa dicotomia entre causas internas e externas, aduzindo que o livre-arbítrio seria oriundo apenas de causas endógenas, o que parece contrariar, conforme já sugerido, o próprio fato de o indivíduo estar ali para submeter-se à experiência. A pessoa analisada já está ali se submetendo à experiência por razões externas, além do que algum tipo de instrução deve lhe ter sido dada. Assim, ainda que indiretas, as causas externas existem. Outro problema é que o experimento seria limitado ao livre-arbítrio sobre ações indiferentes, o que contrariaria o livre-arbítrio normalmente investigado pela Filosofia, sobre decisões moralmente relevantes.¹⁶²

No entanto, é importante ressaltar que Libet não descartou totalmente a possibilidade do livre-arbítrio. O livre-arbítrio não existiria para o início das ações, porém teria a livre consciência um poder controlador, de veto, de parar o ato.

¹⁶¹ Com outros argumentos, à conclusão parecida chega João de Fernandes Teixeira: “Se Libet estivesse certo, e se houvesse um código cerebral no qual a intenção estivesse registrada, seria razoável esperar que houvesse um relato único sobre seu papel na determinação da ação. Esse parece ser o pressuposto da interpretação que Libet dá ao seu experimento. Ou seja, a existência de uma relação causal entre o evento cerebral, a ação e seu relato verbal subsequente. Essa relação causal seria determinística, ou seja, sempre que a intenção ocorresse, ela deveria ser seguida da ação e de seu posterior relato verbal. Em outras palavras, Libet *já pressupõe* a existência de um tipo de determinismo entre intenção (evento cerebral relatado *a posteriori*) e ação. O determinismo é o pano de fundo na construção e interpretação de seu experimento, que, na verdade, acaba pressupondo aquilo que ele quer demonstrar”. Cf. *Filosofia do cérebro*, p. 35, grifo do autor.

¹⁶² The neuroscientific study of free will: a diagnosis of the controversy. *Synthese*, v. 191, n. 2, p. 245-262, jan. 2014, *passim*. Disponível em: <<http://philpapers.org/archive/SCHTNS.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2016.

Vamos fazer um parêntese e tentar reproduzir isso com um bom e velho exemplo do Direito Penal: o crime de homicídio. Pela experiência de Libet, que estudou atos indiferentes, mas que, segundo ele, se aplicaria a todos os atos voluntários, o movimento de matar seria causado por atividades cerebrais, sem que o agente tivesse consciência delas, contudo, poderia ser vetado pelo livre-arbítrio.

Consideremos dois homicídios diferentes: o primeiro cometido de inopino, logo após uma briga num bar (para evitar outros questionamentos, suponhamos que o homicida, por enquanto, ainda não havia consumido qualquer bebida alcóolica nem tivesse qualquer tipo de problema mental ou tumor cerebral); já o segundo foi um homicídio refletido: o agente, ladrão que acaba de roubar uma considerável soma em dinheiro, por cobiça, resolve matar o seu comparsa, para ficar com todo o dinheiro, e, sabendo da periculosidade do outro, planeja meticulosamente a ocasião em que irá matá-lo. No primeiro caso, não houve plano algum: o agente não pretendia matar ninguém naquele dia, porém foi o que acabou fazendo, depois de pegar uma faca e enfiar no peito do desafeto, num momento de raiva cega, após uma discussão sobre futebol. No segundo caso, muito antes do movimento corporal que resultará no homicídio do comparsa, o agente refletiu sobre a necessidade de matar e deliberou previamente sobre a forma e a ocasião do crime, de tal sorte que o delito foi fria e conscientemente calculado.

A conclusão de Libet parece adequar-se ao primeiro caso, mas não ao segundo. No primeiro, o agente pode nem ter pensado quando pegou a faca, todavia, a partir do momento em que a pegou, certamente tomou consciência de que, no mínimo, poderia ferir gravemente a pessoa com quem discutia. Se, mesmo assim, não se conteve, o seu livre-arbítrio deixou de exercer o poder de controle.¹⁶³

Entretanto, a conclusão de Libet parece não se adequar ao segundo caso, ao menos no âmbito do Direito Penal. Ainda que se diga que o primeiro pensamento homicida surgiu por uma atividade cerebral inconsciente, é certo que, muito antes da ação homicida, o agente já tinha plena consciência de que iria

¹⁶³ Ressaltamos que estamos analisando os casos de acordo com a ótica de Libet. Um determinista poderia pensar diferente, no sentido de que não seria possível deixar de matar o outro depois da discussão no bar.

executar a ação de matar. Alguém poderia objetar que a causa remota de tudo fora a atividade cerebral inconsciente. De qualquer forma, considerando que a primeira atividade inconsciente que levou à ideia inicial de matar foi seguida de um longo período consciente de pensamento homicida, e considerando que o mero pensamento não é punido, é possível dizer que, no segundo caso, o início da ação homicida foi precedido do livre-arbítrio, eis que haveria prévia consciência do ato a ser praticado.

A conclusões diversas, contudo, chegaria um determinista, como veremos em seguida. Antes de analisar a posição que nega totalmente o livre-arbítrio, tratando-o como uma ilusão, é preciso ressaltar que existem pelo menos duas grandes correntes de pensamento nessa área, quais sejam a compatibilista e a incompatibilista. O compatibilismo consegue pensar na convivência do livre-arbítrio com os eventos cerebrais prévios. Já o incompatibilismo não acredita nessa possibilidade. Assim, ou temos o livre-arbítrio, ou todas as nossas ações são determinadas. No campo da Neurociência, é possível dizer que a maioria opta pelo determinismo, até por uma outra razão (e, aqui, nos referimos a uma das perguntas às quais anteriormente fizemos menção, que deveriam ser respondidas pelos neurocientistas). Essa outra razão é a de que a maioria dos neurocientistas é materialista, no sentido de que não acreditam na existência da mente: somente existiria o cérebro.¹⁶⁴

É natural a conclusão. Se até a mente for apenas uma ilusão, podendo ser reduzida a estados cerebrais, então naturalmente não existiria o livre-arbítrio, que, na melhor das hipóteses, estaria na mente consciente e, destarte, por essa concepção materialista e reducionista, seria também reduzido a estados cerebrais, não passando, pois, de ilusão.

Foge aos objetivos do presente trabalho investigar todos os neurocientistas deterministas, até porque, amiúde, nos depararíamos com argumentos técnico-científicos que escapam do nosso campo de conhecimento. Desse modo, escolhemos um autor específico, o neurocientista e filósofo Sam Harris. Pesou sobre a nossa escolha o fato de Harris também ser reconhecido como um “ateu

¹⁶⁴ Conforme nos informa João de Fernandes Teixeira: “Quase todos os neurocientistas são materialistas, ou seja, acreditam em uma identidade entre mente e cérebro ou, pelo menos, no sucesso das tentativas de reduzir o mental ao cerebral. Foi com base nesse entusiasmo que Francis Crick nos fala de uma ‘hipótese assombrosa’ ao se referir à possibilidade da consciência ser apenas um produto da atividade cerebral. Contudo, não é algo tão assombroso assim, pois o materialismo já existe há séculos na história da filosofia”. Cf. *Filosofia do cérebro*, p. 20.

militante”, como se percebe em seu livro “A morte da fé”,¹⁶⁵ no qual defende a abolição de todas as Religiões. Trata-se, portanto, de um contraponto interessante ao julgamento da liberdade pela Religião, anteriormente visto.

Pois bem, Harris também se dedicou ao tema do livre-arbítrio e o considera como uma ilusão. E não deixa de ser relevante que, já na primeira página de seu livro acerca do tema, Sam Harris diga que qualquer concepção de justiça *punitiva*, sem o livre-arbítrio, seria incongruente.¹⁶⁶ O que importa nisso é o fato de que a Neurociência em geral parece ter a pretensão de tornar-se uma espécie de “Ciência de tudo”,¹⁶⁷ substituindo a Psicologia, a Ética e a própria Filosofia.¹⁶⁸ A Ciência nortearia os valores morais, conforme já pareceu sugerir o próprio Sam Harris.¹⁶⁹

De todo modo, seja ou não objetivo da Neurociência prevalecer sobre outros campos do conhecimento, é certo que os operadores do Direito não podem fechar-se a novas ideias que, porventura, sejam úteis e quiçá contribuam para um

¹⁶⁵ *A morte da fé: religião, terror e o futuro da razão*. Tradução de Isa Mara Lando e Claudio Carina. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

¹⁶⁶ *Free will*. New York: Free Press, 2012, p. 1. “Sem o livre-arbítrio, pecadores e criminosos não seriam nada mais do que relógios pobremente calibrados e qualquer concepção de justiça que enfatizasse a sua punição (em vez de dissuadi-los, reabilitá-los ou meramente contê-los) aparentaria ser totalmente incongruente” (tradução nossa). Texto original, em Inglês: “*Without free will, sinners and criminals would be nothing more than poorly calibrated clock-work, and any conception of justice that emphasized punishing them (rather than deterring, rehabilitating, or merely containing them) would appear utterly incongruous*”.

¹⁶⁷ Pelo menos no que diz respeito ao comportamento humano.

¹⁶⁸ “Entende-se que a explicação neurocientífica deve prevalecer sobre outros tipos de explicações, pois ela é considerada a mais científica. É nesse ponto que a neurociência começou a disputar o espaço da psicologia e da psicanálise, criando um conflito que não se resolverá tão cedo. Nem mesmo criações mais recentes, como a neuropsicanálise, parecem poder dar conta desses atritos. [...] Mas as ambições neurocientíficas cada vez mais abrangentes da neurociência se expandiram também para a filosofia, levando ao surgimento de uma nova disciplina, a *neurofilosofia*. Seu propósito é tratar problemas filosóficos a partir da neurociência. A neurofilosofia aposta que outras questões, além do problema mente-cérebro, poderão ser solucionadas pela neurociência em um futuro próximo. Entre tais questões estão também incluídas as de ordem ética, já que a neurociência tomou para si a explicação do comportamento e das decisões dos seres humanos. Origina-se, daí, uma subseção importante da neurofilosofia – a *neuroética*.” (TEIXEIRA, João de Fernandes, *Filosofia do cérebro*, p. 14-15, grifos do autor).

¹⁶⁹ Nesses novos tempos de Internet disseminada, cremos ser possível fazer uma remissão a uma interessante palestra de Sam Harris, localizável na rede, na qual ele tenta argumentar que a Ciência pode ter um papel na definição de questões morais. Merece atenção o seu tirocínio de que não seria correto dizer que a Ciência só se ocupa de fatos em vez de valores, eis que os últimos, em rigor, sempre seriam redutíveis aos primeiros. A palestra encontra-se disponível, na íntegra, em: <https://www.ted.com/talks/sam_harris_science_can_show_what_s_right?language=pt-br>. Acesso em: 29 maio 2016. Porém, ficamos com um certo ceticismo, especialmente no que tange à ideia de que os valores podem ser reduzidos a fatos. Consideremos a justiça como um valor. A que fatos, exatamente, pode ser reduzida a justiça como valor? Haveria uma série de fatos passíveis de se enquadrarem no conceito de justiça ou a justiça poderia ter diversas formas? Seria a “Ciência” capaz de nos oferecer a melhor visão de justiça?

sistema criminal mais justo. Todavia, também é mais do que certo que não podemos ser ingênuos ou deslumbrados com os possíveis novos aportes da Neurociência, até porque alguns dos argumentos dos neurocientistas, ou, na verdade, de muitos deles, remetem a um tempo peculiar, qual seja o futuro. E mesmo alguns desses argumentos futuristas parecem ensejar certos dilemas éticos aqui mesmo, no tempo presente, e que, curiosamente, parecem passar despercebidos pelos ilustres cientistas, talvez até cegos por um entusiasmo um tanto quanto pueril.

Vejamos, então, alguns dos ataques ao livre-arbítrio e alguns desses argumentos futuristas.

Um dos principais argumentos de Sam Harris contra o livre-arbítrio é a nossa incapacidade de controlar os pensamentos. Os pensamentos vêm e vão o tempo todo. Impossível controlar o que vem. Impossível conter os pensamentos.¹⁷⁰ Se não controlamos os pensamentos, como é que poderíamos ter livre-arbítrio, que implicaria controle da vontade?

A argumentação é interessante. O leitor pode tentar fazer a prova e parar de pensar. Alguns dizem que este seria justamente um dos objetivos da meditação: manter a mente vazia, controlar os pensamentos. Trata-se de uma ação muito difícil: tanto meditar quanto parar de pensar. Podemos até acrescentar um exemplo banal para incrementar o argumento de Sam Harris e, cremos, conhecido de todos: a música que de repente não para de “tocar” em nossa cabeça (mente/cérebro). O leitor que já passou por isso certamente percebeu o quanto às vezes é difícil se livrar dessa música.

Mas, voltemos à hipótese de Harris: não controlamos o pensamento, logo, não controlamos a nossa vontade, e, portanto, inexistiria o livre-arbítrio. Seria isso mesmo? Vamos tentar formular uma hipótese: já deve também, imaginamos, ter passado pela mente de todos nós, em algum dia de nossas vidas, o pensamento de não ir à escola ou não ir trabalhar. Sem dúvida, tal pensamento deve ter aparecido em nossas mentes, independentemente de nossa vontade. Simplesmente apareceu. Isso significa que sempre que esse pensamento inesperado surgiu em nossas mentes, nós incontrolavelmente não fomos à escola

¹⁷⁰ “Qual será meu próximo estado mental? Eu não sei – ele simplesmente acontece. Onde está a liberdade nisso?” (tradução nossa). Texto original, em Inglês: “*What will my next mental state be? I do not know – it just happens. Where is the freedom in that?*”. Cf. HARRIS, Sam, *Free will*, p. 9.

ou ao trabalho? Ou será que fomos, apesar daquele pensamento inesperado e adverso? Reconhecemos que não fizemos qualquer experiência empírica a respeito e apenas nos valemos de nossas próprias lembranças, mas cremos que, assim como nós, a maioria resistiu ao pensamento de não ir à escola ou ao trabalho (aos que cederam, podemos recomendar a leitura da obra de Sam Harris sobre o livre-arbítrio como consolo). Não controlar o pensamento não significa, necessariamente, não controlar a ação.

E aqui voltamos a Benjamin Libet e a uma curiosa observação sua sobre o pecado. Como vimos, Libet acredita que o seu experimento demonstrou que não há livre-arbítrio no surgimento da intenção. O neurocientista, dessa forma, reputa que o pensamento não é passível de controle pelo livre-arbítrio, mas a ação sim. Libet menciona os sagrados Dez Mandamentos, cuja maioria seria composta de ordens de não fazer (*do not orders*).¹⁷¹ Só que Libet também se lembra do ensinamento de Jesus Cristo referente ao adultério, de que aquele que tiver simplesmente olhado uma mulher com luxúria já teria cometido adultério em seu coração (Mateus, 5:27-28).¹⁷² Se o pensamento já tornasse alguém pecador, então todo ser humano já seria pecador, o que, na visão de Libet, seria uma explicação fisiológica para o pecado original.¹⁷³

Para o Direito Penal, que não pune o pensamento, interessa apenas a ação praticada. Assim, não interessa se a ideia de praticar o crime surgiu de forma incontrolável na mente (ou cérebro) do agente; o que importa é se o agente poderia ter controlado/evitado a sua ação criminosa. Pela concepção de Libet, poderia. Todavia, para um determinista como Sam Harris, não existe algo como o “poder ter agido de outra forma”.¹⁷⁴

¹⁷¹ Do we have free will?, p. 54.

¹⁷² Cf. BÍBLIA, p. 1712.

¹⁷³ *Op. cit.*, p. 55. Em verdade, a visão do Cristianismo em geral já concebe todas as pessoas como pecadoras, tendo em vista a imperfeição humana. No entanto, essa constatação da impossibilidade de não pecar, pela impossibilidade de controlar os pensamentos, poderia ser um ingrediente muito interessante ao debate teológico entre os defensores e os opositores do livre-arbítrio.

¹⁷⁴ “A concepção popular de livre-arbítrio parece basear-se em duas suposições: (1) a de que cada um de nós poderia ter se comportado diferentemente de como fizemos no passado; e (2) a de que nós somos a fonte consciente da maioria de nossos pensamentos e ações no presente. Como veremos, entretanto, ambas as suposições são falsas” (tradução nossa). Texto original, em Inglês: “*The popular conception of free will seems to rest on two assumptions: (1) that each of us could have behaved differently than we did in the past, and (2) that we are the conscious source of most of our thoughts and actions in the present. As we are about to see, however, both of these assumptions are false*”. Cf. HARRIS, Sam, *Free will*, p. 6.

No começo de sua obra, Harris, que, como percebemos, parece estar muito preocupado, consciente ou inconscientemente, com o sistema criminal, cita um exemplo de um crime bárbaro. Dois agentes invadem uma casa onde mora uma família (os pais e suas duas filhas, uma de 17 e outra de 11 anos). O pai é atacado e amarrado pelos assaltantes. Eles, então, dominam a mãe e as filhas. Um dos assaltantes sai com a mãe para sacar dinheiro no banco. O outro assaltante fica com os demais em casa. O assaltante que ficou em casa despiu a menina de 11 anos e ficou “se divertindo”, tirando fotos dela nua e a masturbando.¹⁷⁵ O outro assaltante chegou com a mulher e o dinheiro, decidindo, então, estuprá-la, e, ao final do estupro, acaba por estrangulá-la e matá-la. Após isso, os assaltantes percebem que o pai conseguiu escapar das cordas e fugiu. Desesperados, decidem colocar fogo na casa, sem soltar as meninas presas, que acabam morrendo pela inalação da fumaça. Posteriormente presos e perguntados por que não soltaram as meninas, um deles teria respondido que isso não passou pela sua mente.¹⁷⁶ Harris sustenta ser justificável o desejo de matar desses assaltantes. Porém, pergunta-se se faria diferença o fato de o criminoso que estuprou e estrangulou a mãe de família ter se arrependido do que fez e tentado o suicídio. Também se pergunta se faria diferença saber que o criminoso que masturbou a menina de 11 anos teria sido repetidamente abusado sexualmente enquanto criança e desenvolvido, por isso, uma extrema frieza. Harris argumenta que, se qualquer um de nós trocasse de lugar, átomo por átomo, com ambos os agentes do crime, nós seríamos eles e só poderíamos ter visto o mundo conforme eles o viam, e, portanto, teríamos feito exatamente a mesma coisa.¹⁷⁷

A esse exemplo e ao argumento de Harris da troca átomo por átomo, voltaremos quando concluirmos o presente capítulo. Por enquanto, esse exemplo contém mais um argumento de Harris contra o livre-arbítrio, quando ele se refere ao fato de um dos agentes ter respondido que não passou pela sua cabeça ter soltado as meninas quando decidiram colocar fogo na casa. É que, mais à frente, Harris pergunta-se se temos liberdade para fazer aquilo que não nos ocorreu em determinado momento.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Pela nova redação do artigo 213 do Código Penal brasileiro, a conduta em questão equivaleria ao crime de estupro.

¹⁷⁶ HARRIS, Sam, *Free will*, p. 1-3.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 3-4.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 19.

Esse argumento de Harris de não termos liberdade para fazer o que não nos ocorreu é realmente muito bom. O leitor que já tiver feito uma prova tensa e difícil, ou que já tiver tomado parte em uma discussão, provavelmente já teve uma sensação parecida. Depois da prova ou da discussão, pensa num argumento relevante que deveria ter escrito no teste ou falado para o seu interlocutor. Decerto, a lamentação por não ter escrito ou falado o tal argumento infalível não resulta da sua liberdade de poder ou não ter escrito ou falado, eis que isso não lhe ocorreu no momento.

Contudo, apesar de muito interessante, esse não é propriamente um argumento contra o livre-arbítrio, visto que descreve uma situação na qual não houve uma escolha, mas sim o esquecimento.

Esse argumento poderia funcionar para a defesa dos criminosos do exemplo de Harris? Dificilmente, pois o Direito Penal trabalha com outras espécies de dolo. E supondo que eles tenham realmente se esquecido das meninas amarradas quando decidiram atear fogo na casa, a pergunta que justamente se coloca é: por que queimar a casa? O pai da família (que não mais existe, já que sua esposa e filhas foram mortas) conseguiu se desamarrar e fugir. No que esse fato se torna justificativa para colocar fogo na casa? Se o pai fugiu para buscar auxílio da Polícia, por exemplo, não seria justamente o caso de os criminosos buscarem fugir com maior rapidez? Por que colocar fogo na casa?

Voltamos à questão anterior. Surgiu de forma inesperada e incontrolável o pensamento de incendiar a casa, da mesma forma que surge de forma inesperada e incontrolável para alguns o pensamento de não ir para a escola ou para o trabalho. Esse pensamento é impossível de ser desobedecido? Ou deve ser acatado? Para Libet, pelo exercício do livre-arbítrio, a ação de incendiar a casa poderia ter sido evitada. Para Harris, com o seu argumento da troca átomo por átomo, teríamos agido da mesma forma se nós fôssemos os assaltantes. Como já dissemos, na conclusão deste capítulo, analisaremos o argumento da troca átomo por átomo.

Por ora, vale lembrar que o Direito Penal, que utiliza o dolo eventual, dificilmente acolheria, em tais circunstâncias, a defesa do “não me ocorreu ter desamarrado as meninas”. Quando se incendeia uma casa alheia, sem verificar se pessoas estão presentes nela, não se assume o risco de matar? Além do que, parece mais do que duvidoso acreditar que os assaltantes simplesmente se

esqueceram das meninas que acabaram de amarrar, sendo que uma delas, a de 11 anos, foi molestada sexualmente por um deles, e que, por acaso, a mãe delas acabara de ser estuprada e estrangulada pelo outro assaltante. Nessas circunstâncias, o argumento de que, se tivessem se lembrado ou se tivesse lhes ocorrido, teriam libertado as meninas, parece ter pouca força, ainda que se conteste o exercício do livre-arbítrio em tal situação.

Sam Harris não é apenas contrário ao livre-arbítrio, como também é contrário ao compatibilismo (única forma cientificamente respeitável de sustentar o livre-arbítrio, segundo ele). Citando Daniel Dennet, Harris afirma que os compatibilistas sustentam que, mesmo que nossos pensamentos e ações sejam produtos de causas inconscientes, ainda assim eles são *nossos* pensamentos e ações.¹⁷⁹

Harris critica fortemente o compatibilismo, invocando o exemplo de nossos glóbulos vermelhos e enzimas digestivas. Somos nós que decidimos a sua produção? A pergunta, obviamente retórica, só pode ter uma resposta negativa. Conclui, portanto, Harris, que não somos responsáveis por tudo o que ocorre debaixo da nossa pele. Desse modo, ele entende que a solução compatibilista de considerar as causas inconscientes de nosso pensamento como nossos pensamentos equivale a resolver o problema do livre-arbítrio, ignorando-o.¹⁸⁰

Daí, Harris se pergunta:

Como nós podemos ser “livres” como agentes conscientes se tudo o que nós conscientemente intentamos é causado por eventos em nosso cérebro que nós *não* intentamos e que cada um de nós somos inteiramente desavisados? Nós não podemos. Dizer que “meu cérebro” decidiu pensar ou agir de um modo particular, conscientemente ou não, e que isso é a base para minha liberdade, é ignorar toda fonte de nossa crença no livre-arbítrio: o sentimento de ação *consciente*. As pessoas *sentem* que elas são as autoras de seus pensamentos e ações, e essa é a única razão pela qual parece que o problema do livre-arbítrio vale a pena ser discutido.¹⁸¹

¹⁷⁹ *Free will*, p. 20.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 25. Texto original, em Inglês: “*This is the trouble with compatibilism. It solves the problem of ‘free will’ by ignoring it.*”

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 25-26, grifos do autor, tradução nossa. Texto original, em Inglês: “*How can we be ‘free’ as conscious agents if everything that we consciously intend is caused by events in our brain that we do not intend and of which we are entirely unaware? We can’t. To say that ‘my brain’ decided to think or act in a particular way, whether consciously or not, and that is the basis for my freedom, is to ignore the very source of our belief in free will: the feeling of conscious*

A crítica de Harris só tem sentido se ele é adepto, e definitivamente é, daquilo que chamaremos de *pior determinismo*. Ou seja, tudo o que pensamos é produto de causas inconscientes, das quais não somos responsáveis. Dessa forma, o compatibilismo que diz que esses pensamentos inconscientes ainda assim são nossos pensamentos ignora a questão fundamental do livre-arbítrio, a de que não somos responsáveis por nossas escolhas e ações tampouco por nossos pensamentos. Tudo vem de uma atividade cerebral prévia. Pois bem, entendemos a crítica de Harris ao compatibilismo. Só não entendemos uma coisa. Quem somos *nós*? Afinal, Harris expressamente refere-se ao termo “nós” (“we”) em sua argumentação de que não somos responsáveis por nossos pensamentos, escolhas e ações. Novamente, quem somos “nós”? O que se entende por “nós”?

Gostaríamos de rememorar ao leitor o nosso exemplo fantástico, quando vimos o livre-arbítrio em Santo Agostinho, isto é, aquele pelo qual teríamos poderes divinos em relação aos nossos filhos.¹⁸² Vamos retomar o esqueleto daquele exemplo, fazendo, porém, algumas modificações substanciais.

Neste novo exemplo, também temos um deus, só que esse deus é responsável por todos os pensamentos, escolhas e ações de qualquer um de nós. Todavia, não existe um só deus, responsável por todos. Para cada pessoa, existe um deus particular, que produz todos os seus pensamentos, desejos, vontades, reflexões, deliberações, ações etc. Esse deus particular que cada um de nós tem se chama deus-cérebro. E ele é um deus caprichoso, que nem sempre nos guia pelos melhores caminhos, mas, ainda que nos arrependamos de algo, nos arrependemos porque o deus-cérebro assim quis. A esse deus-cérebro podemos chamar simplesmente de nosso cérebro. E este, na realidade, é o exemplo extraído do pior determinismo, segundo o qual não somos responsáveis por nada (pensamentos, ações, desejos, deliberações etc.).

Quando elaboramos o exemplo dos poderes divinos em relação aos nossos filhos, nos quais escolheríamos por eles, sempre, o melhor caminho, perguntamos ao leitor se, nessa senda, teriam os nossos filhos realmente vivido. E respondemos que não, pois eles seriam meros autômatos.

agency. People feel that they are the authors of their thoughts and actions, and this is the only reason why there seems to be a problem of free will worth talking about”.

¹⁸² Vide subseção 2.2.1.

Aqui, tudo o que pensamos, escolhemos, desejamos, escutamos, vemos ou fazemos é fruto de causas inconscientes e incontroláveis de nosso cérebro. Inclusive o fato de estarmos escrevendo estas páginas e os leitores lendo. Não temos responsabilidade por nada que fazemos, sentimos ou pensamos. Mas, daí a dúvida: não temos responsabilidade? Mas, quem exatamente é o sujeito da frase? Nós? Nós quem? Nós que estamos aqui refletindo ou pensando sobre isso? Mas, não somos nós. Não é o nosso cérebro que produz isso por causas inconscientes?

Esse, a nosso ver (ou ao ver do cérebro que habita o corpo do escritor), é o grande lapso do pior determinismo sustentado por Sam Harris e outros. Não existe “nós”. Não existe “eu”. Existe apenas o cérebro. Ou seja, em rigor, não existe um “eu” não responsável aprisionado pelas ações do cérebro. Existe apenas um cérebro que habita um corpo. Não temos cérebros. Nós somos os cérebros. Na perspectiva do pior determinismo, não existe apenas a ilusão do livre-arbítrio. Existe a ilusão do “eu”, e dessa ilusão não escapou Sam Harris ao se perguntar por que “nós” seríamos livres ou responsáveis. De acordo com a visão de Harris (ou de seu cérebro), não existem “nós” nem “eu”.

E a conclusão disso é mais do que curiosa: se o “eu” é uma ilusão, não existe, de fato, um “eu” que possa ser responsabilizado pelas ações determinadas pelo cérebro. Não somos prisioneiros do cérebro. Nós somos os nossos cérebros. E se, na concepção inicial, os cérebros é que são os responsáveis, e nós somos os nossos cérebros, a conclusão, absolutamente lógica, é simples: nós (cérebros que governam corpos) somos os responsáveis.

Ainda que não seja essa a posição dos adeptos desse *pior determinismo*, como Sam Harris, falta a explicação sobre o que, afinal, constituiria uma pessoa, se tudo o que ela pensa, sente ou faz, em verdade, seria produto de uma atividade cerebral inconsciente. A pessoa seria, então, o corpo, dominado pelo cérebro? Isso parece muito pouco convincente. Por sinal, esse *pior determinismo* parece ir exatamente ao encontro das palavras de Nietzsche:

Quanto à superstição dos lógicos, nunca me cansarei de sublinhar um pequeno fato que esses supersticiosos não admitem de bom grado – a saber, que um pensamento vem quando “ele” quer, e não quando “eu” quero; de modo que é um *falseamento* da realidade efetiva dizer: o sujeito “eu” é a condição do predicado “penso”. Isso pensa: mas que “isso” seja precisamente o velho e

decantado “eu” é, dito de maneira suave, apenas uma suposição, uma afirmação, e certamente não uma “certeza imediata”.¹⁸³

Ou, voltando a Sam Harris, “você não está controlando a tempestade nem está perdido nela. Você é a tempestade”.¹⁸⁴ E, mais diretamente, Joshua Greene e Jonathan Cohen não hesitam em afirmar que nós somos nossos cérebros.¹⁸⁵

Assim, nossa complementação de que não existe um “eu” (“vítima” do cérebro e, por isso, não responsável), mas apenas um cérebro (responsável) mostra-se adequada ao que chamamos de pior hipótese do determinismo.

Contudo, é importante deixar bem claro que esse pior determinismo é ainda apenas uma hipótese científica, ou apenas uma teoria. Conforme aponta João de Fernandes Teixeira, a Neurociência enfrenta um dilema quantitativo, considerando a estimativa de que o cérebro humano tenha dez bilhões de neurônios, os quais, por sua vez, resultariam em bilhões de pensamentos, tornando praticamente inverificável a suposta identidade de estados mentais e estados cerebrais.¹⁸⁶ Sem isso, torna-se improvável produzir prova contra a tese de Libet no sentido de que o livre-arbítrio pode controlar ações. E, a nosso ver, torna-se ainda discutível o próprio experimento de Libet, eis que as atividades cerebrais aparentemente inexplicáveis poderiam já estar abrangidas pelo estado mental de quem se submeteu voluntariamente ao exame e já havia recebido instruções do que fazer.

Sem embargo, muitos neurocientistas estão certos de que as descobertas avançarão e confirmarão a hipótese determinista. E, aqui, os argumentos contra a responsabilidade criminal começam a ganhar ares futurísticos, com possibilidades até mesmo sombrias, o que parece passar despercebido pelos neurocientistas que as formulam, talvez por excesso de entusiasmo ou de ingenuidade.

Joshua Greene e Jonathan Cohen, por exemplo, imaginam que, no futuro, poderemos ter *scanners* cerebrais de alta resolução, os quais permitirão, dentre

¹⁸³ *Além do bem e do mal*: prelúdio a uma filosofia do futuro, p. 21-22, grifo do autor.

¹⁸⁴ *Free will*, p. 14, grifo do autor, tradução nossa. Texto original, em Inglês: “*You are not controlling the storm, and you are not lost in it. You are the storm*”.

¹⁸⁵ For the law, neuroscience changes nothing and everything. In: TONRY, Michael (Ed.). *Why punish? How much?: A reader on punishment*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 301. Texto original, em Inglês: “*You are your brain, and your brain is the composer and the orchestra all rolled together*”. Tradução nossa: Você é o seu cérebro, e o seu cérebro é o compositor e a orquestra toda tocando junto.

¹⁸⁶ *Filosofia do cérebro*, p. 58.

outras ações, ver um filme de nosso cérebro decidindo entre sopa e salada. Veríamos exatamente o momento em que alguns neurônios prevaleceriam sobre outros, causando que a pessoa dissesse: “quero a salada, por favor”. Chegam até a imaginar um futuro em que será tão disseminada a ideia de que cada decisão é fruto de um processo causal no cérebro, que haveria um *scanner* cerebral em todas as salas de aula.¹⁸⁷ Admitindo a possibilidade desse exemplo tão fantástico, não podemos deixar de nos preocupar com a sugestão de um *scanner* cerebral em cada sala de aula. Dentre as muitas finalidades possíveis (doutrinação, identificação de pessoas com ideias dissonantes, ou um método banal para saber quem está pensando em “colar” na prova), nenhuma nos parece muito democrática.

De qualquer forma, vamos nos ater à hipótese de que será possível prever a decisão de comer salada em vez de sopa. Isso nos faz lembrar, preliminarmente, do exemplo de John R. Searle:

Essa experiência da liberdade da vontade é restritiva, e é a razão também pela qual os mesmos que, entre nós, pensam que ela não passa de uma ilusão, concordam, entretanto, que, de um ponto de vista prático, nós não podemos agir pressupondo-a como tal. Muito ao contrário, é preciso agir pressupondo a liberdade. Imaginemos que estejamos num restaurante e que nos é proposto escolher entre carne de vitela e de porco. Temos de decidir. Nessa situação determinada, não podemos recusar exercer nosso livre-arbítrio, porque tal recusa só seria inteligível se víssemos nela a expressão de nosso livre-arbítrio. Assim, se você disser ao garçom “Olha, eu sou determinista – o que será, será – vou só esperar e ver o que vou pedir”, isso apenas lhe será compreensível se nessa recusa você vir o exercício de seu livre-arbítrio. Kant já havia assinalado isso. Não podemos desviar de nosso livre-arbítrio.¹⁸⁸

Em outras palavras, em qualquer situação em que somos forçados a escolher, nós temos que escolher, não podendo nos socorrer da hipótese determinista. Se, continuando no campo gastronômico, vamos a um restaurante em que nunca estivemos antes, com uma ampla variedade de refeições no cardápio, iremos analisar prato por prato, tentando decidir o que pedir. Estaremos

¹⁸⁷ For the law, neuroscience changes nothing and everything. *Why punish? How much?: a reader on punishment*, p. 306.

¹⁸⁸ *Liberdade e neurobiologia*. Tradução de Constancia Maria Egrejas Morel. São Paulo: Ed. da UNESP, 2007, p. 18.

empenhados nisso e, provavelmente, sobretudo se estivermos com muita fome, não nos lembraremos da hipótese determinista no sentido de que a escolha será previamente feita pelo cérebro, independentemente da nossa vontade.

Mas, vamos problematizar ainda mais a questão. Para Greene e Cohen, será futuramente possível ver uma espécie de filme do cérebro que causará a escolha “quero a salada, por favor”. Só temos duas questões: 1) a imagem dos neurônios mostrará previamente qual escolha será feita (por exemplo, salada em vez de sopa)?; e 2) a imagem dos neurônios mostrará que a escolha feita corresponde à real vontade (e se a pessoa quisesse, em verdade, a sopa, porém escolheu a salada por ser mais barata)?

Especialmente considerando a última questão, será que esse *scanner* cerebral teria utilidade no Direito Penal? Alguns poderiam dizer que o Direito Penal é do fato e não do pensamento, com o que só importaria a ação praticada, e não o que o agente pensou. No entanto, isso não é exatamente verdade, havendo casos em que a decisão entre uma condenação e uma absolvição (ou uma condenação muito mais branda) pode residir justamente em saber aquilo que o agente pensou. Vejamos o caso de uma legítima defesa putativa.

Suponhamos que um marido tenha matado a esposa dentro de sua casa. Tal fato é incontroverso, eis que admitido por ele. Contudo, o marido alega ter confundido a esposa com um assaltante armado, eis que já sofrera um assalto alguns meses antes, justamente a razão pela qual comprara a arma. Alega, ainda, que pensava que a esposa estava dormindo e que o tiro se deu num local da casa em que não imaginava que ela estaria durante a noite. Porém, diversas testemunhas relataram inúmeras brigas entre o casal nos últimos tempos. Mas, ninguém presenciou o crime. Enfim, temos aqui um caso em que a decisão deverá ser dada com base naquilo que foi o pensamento do agente no momento do crime. Realmente pensava ele estar atirando num ladrão? Ou queria ele matar a sua esposa?

Parece-nos altamente improvável que a Neurotecnologia, por mais avançada que se torne, consiga traduzir o pensamento do agente (a sua experiência subjetiva) por meio da leitura física dos neurônios. Por isso, ainda que a Neurociência avance a ponto de ser possível prever que a pessoa peça uma salada em vez da sopa, restará ainda uma questão dependente da experiência

subjetiva, que dificilmente conseguirá ser traduzida pela mera verificação das imagens dos neurônios: ela queria mesmo a salada?

De outro lado, Sam Harris questiona a justiça retributiva, se, no futuro, houvesse um medicamento capaz de eliminar a maldade humana. Seria razoável deixar de dar o medicamento contra a maldade para um período de punição em vez de eliminar imediatamente o problema?¹⁸⁹

Em primeiro lugar, há de se notar que, para um neurocientista cético, a hipótese de acabar com a maldade por meio de remédio necessita de uma boa dose de imaginação e fé na Ciência. Mas, como já produzimos anteriormente exemplos tão imaginativos quanto esse, iremos considerar tal hipótese, é claro, na medida do possível.

Respondendo à pergunta de Harris, se fosse possível eliminar a maldade com uma espécie de pílula mágica instantânea antimaldade, realmente não haveria sentido em postergar essa aplicação para um tempo de punição.

Todavia, tal remédio contra a maldade ensejaria algumas questões. Em quem deveria ser aplicado? Quem é mau? A Justiça passaria a decidir se as pessoas são más? Um ladrão habitual e incorrigível que nunca cometeu qualquer tipo de violência contra as pessoas é mau? Uma vez que o agente seja definido como mau, ele seria obrigado a tomar os medicamentos ou poderia preferir a punição tradicional? E se tais medicamentos, a pretexto de eliminar a maldade, tivessem efeitos colaterais, como deixar a pessoa totalmente sem malícia e ingênua, a ponto de ser enganada por qualquer um? Poderíamos reconhecer preventivamente alguém como mau, antes da prática de qualquer delito, talvez por meio dos *scanners* cerebrais nas salas de aula, anteriormente concebidos por Joshua Greene e Jonathan Cohen? Essas indagações demonstram o nosso

¹⁸⁹ *Free will*, p. 54-55. Entendemos que o exemplo de Harris não é despropositado, especialmente nos tempos atuais, em que parece haver um certo exagero na medicalização dos sentimentos. As pessoas não ficam mais tristes, ficam deprimidas, o que dá ensejo a um remédio. A criança rebelde não deve ser educada, e sim medicada, por sofrer de transtorno de déficit de atenção com hiperatividade. Não queremos dizer que os problemas não existam, porém já está em curso um certo exagero na medicalização para tratamento de sentimentos antes considerados normais. Nessa linha, vide, por exemplo, a matéria publicada no portal Uol Notícias, em 11 de dezembro de 2012, assinada por Cristiane Capuchinho e intitulada “Especialistas veem exagero em diagnósticos do TDAH e criticam medicação excessiva”. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2012/12/11/especialistas-veem-exagero-em-diagnosticos-do-tdah-e-reclamam-de-medicao-excessiva-em-criancas.htm>>. Acesso em: 31 jun. 2016. Nesse contexto, não é tão absurda a hipótese de Harris de que, no futuro, surja um medicamento contra a maldade.

ceticismo quanto à hipótese, ainda que futuramente possível, de um remédio contra a maldade humana.

Aliás, num passado não tão distante, a Ciência tentou mudar comportamentos de pessoas consideradas *anormais*, por meio da lobotomia. Chega a ser surpreendente que, mesmo hodiernamente, seja possível indagar por que não usar a lobotomia, se ela impedisse crimes. É justamente o que faz o neurocientista David Eagleman.¹⁹⁰ Ele, por óbvio, não defende a volta da lobotomia, contudo, parece menos preocupado com o seu conteúdo ético do que com a sua eficácia. E essa fria razão médico-científica é deveras preocupante, especialmente por seu passado divorciado da ética. Porém, o que nos chama mais a atenção é a simplificação excessiva da questão criminal, partindo do pressuposto de que o infrator é necessariamente doente ou anormal.¹⁹¹

Ora, a premissa nos parece até preconceituosa. Seria anormal ou doente a pessoa, em estado de extrema pobreza, que, não conseguindo trabalho para se sustentar, furtasse alimentos para comer? Ou, mesmo sem recorrer a um exemplo tão extremo, seria anormal ou doente quem resolvesse praticar alguma atividade criminosa, por considerá-la mais rentável do que um trabalho assalariado? E o criminoso do colarinho branco, envolvido em práticas sofisticadas de corrupção e lavagem de valores, seria doente ou anormal também? Tais atividades serem valoradas como ilícitas e também como moralmente erradas é algo muito diferente de dizer que somente um doente ou anormal poderia praticá-las.

Seguindo com essa visão simplificada, David Eagleman critica a justiça penal, como habitualmente parecem fazer os neurocientistas que lidam com a questão do livre-arbítrio, e propõe duas soluções: uma delas, a substituição da

¹⁹⁰ “Mas, se a lobotomia impede os crimes, por que não? O problema ético gira em torno de quanto o Estado deve ser capaz de modificar seus cidadãos. Para mim, este é um dos maiores problemas da moderna neurociência: à medida que compreendemos o cérebro, como podemos evitar que o governo mexa com ele? Observe que este problema mostra sua cara não só nas formas que causam maior sensação, como a lobotomia, mas de formas mais sutis, como em criminosos sexuais reincidentes obrigados a sofrer castração química, como ocorre atualmente na Califórnia e na Flórida.” (EAGLEMAN, David. *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2012, p. 195). O autor observa que a lobotomia perdeu terreno não tanto por questões éticas, mas sim por conta de drogas psicoativas mais eficientes.

¹⁹¹ É este o ponto de vista de Eagleman: “A atividade criminosa em si deve ser tomada como prova de anormalidade cerebral, independentemente de podermos situar os problemas atualmente mensuráveis”. Cf. *Ibidem*, p. 190.

imputabilidade e culpabilidade pelo conceito de *modificabilidade*,¹⁹² que seria critério para as sentenças; e a outra seria a sua solução minimamente invasiva do treinamento pré-frontal para o controle dos impulsos.¹⁹³

Devemos notar que as duas soluções de Eagleman parecem partir da premissa de que o comportamento criminoso é necessariamente anormal. Assim, por ser anormal, deveria ser passível de modificação para a normalidade. Se não fosse possível tal modificação, o que deveria ser medido pela incapacidade de neuroplasticidade, o infrator deveria ser *incapacitado* pelo Estado.¹⁹⁴ O critério de neuroplasticidade poderia aprimorar os critérios atuariais utilizados nas sentenças.¹⁹⁵ Se considerado ao extremo, tal critério poderia levar, se é que já não leva,¹⁹⁶ a uma justiça perversa – afinal, quem seria mais facilmente *modificável*: um homem branco de meia idade, com boa condição financeira, responsável por um homicídio passional, ou um jovem negro, pobre, responsável por pequenos furtos?

O próprio treinamento do lóbulo pré-frontal poderia levantar os mesmos questionamentos éticos e retributivos. Afinal, quem poderia realizar um melhor treinamento: o criminoso do colarinho branco, responsável por fraudes milionárias, que já teria à sua disposição, mesmo antes do processo, os melhores médicos das mais conceituadas instituições hospitalares particulares, ou o jovem pobre da periferia, que teria à sua disposição somente os atarefados médicos de uma instituição hospitalar pública do Sistema Único de Saúde, prejudicada por precárias dotações orçamentárias?

Considerando a série de questionamentos éticos que surgem a partir de tais soluções, o sonho de Eagleman¹⁹⁷ parece, na melhor das hipóteses, ingênuo, e, na pior delas, perverso.

¹⁹² *Incógnito*: as vidas secretas do cérebro, p. 205.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 195-199.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 203.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 192.

¹⁹⁶ Cf. DIETER, Mauricio Stegeman. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 64-69. Nessa obra, o autor comenta e critica alguns instrumentos científicos atuariais, não propriamente ligados à Neurociência, utilizados nos Estados Unidos, de variadas formas, a depender do Estado. Embora não ligados à Neurociência, alguns fatores “científicos e biológicos” já foram utilizados, constatando-se, por exemplo, menor risco de reincidência entre os brancos. Esse tipo de critério “científico”, que não leva em consideração a realidade social a que está submetido o apenado, pode fatalmente conduzir a um racismo institucionalizado.

¹⁹⁷ *Op. cit.*, p. 205.

Claro, não se pode afastar, de pronto, algumas dessas ideias de alguns casos específicos, em especial quando realmente podem surtir melhores resultados a partir de procedimentos menos invasivos. Se for possível esse controle de impulsos pouco invasivo, por exemplo, em criminosos sexuais, a solução parece indubitavelmente melhor do que a castração química. Todavia, ainda somos muito céticos com relação à utilização desses critérios médicos ou médico-atuariais para fins de determinação da pena.

Apesar das críticas feitas ao pensamento de Eagleman, especialmente às suas soluções para a questão criminal, consideramos correto o seu entendimento de que, por vezes, algumas de nossas ações se dão inconscientemente, ou por razões que se encontram incógnitas em nosso cérebro, até conforme colocado no início desta subseção.

Há um ponto, contudo, em sua argumentação, que ainda não abordamos, qual seja a crítica feita às decisões judiciais. Eagleman parece sugerir que os julgamentos podem ser afetados por preconceitos incógnitos em nossos cérebros. Voltaremos a esse argumento quando examinarmos a (ir)racionalidade das decisões judiciais.

Existem, enfim, muitas outras questões e dilemas éticos a serem enfrentados pela Neurociência e, de preferência, por uma Neurofilosofia ou Filosofia da Mente ou do Cérebro Independente. Independente, porque verificamos que muitos neurocientistas atualmente também são filósofos, tendo a formação específica para tanto.¹⁹⁸ Claro que não há problema nisso. No entanto, assim como também ocorre no Direito, a Neurociência também necessita ser vista por um olhar crítico de fora, por quem não esteja comprometido com as teses científicas. Esse olhar filosófico externo certamente contribuirá para uma Ciência mais comprometida com a ética.

Concluindo, o resultado desse julgamento é desfavorável ao livre-arbítrio, dentre os neurocientistas ou neurofilósofos que aderem ao determinismo. A hipótese compatibilista é vista como a única defesa cientificamente aceitável do livre-arbítrio, no entanto também costuma receber críticas, por significar uma suposta fuga do problema. Alguns filósofos da mente, como John R. Searle, que

¹⁹⁸ É o caso de Joshua Greene, que se define, em seu *site* pessoal, como neurocientista e filósofo (disponível em: <<http://www.joshua-greene.net/>>, acesso em: 30 maio 2016), e também de Sam Harris, da mesma forma neurocientista e filósofo (disponível em: <<https://www.samharris.org/>>, acesso em: 30 maio 2016).

se reconhece como sendo parte de uma minoria, têm um olhar mais crítico ao determinismo, pelo menos na sua pior hipótese.

No atual momento, e aqui iremos desconsiderar os argumentos futuristas, sobre o que poderá eventualmente ser feito nos próximos anos (ou próximas décadas ou mais), cremos que a Neurociência consegue levantar algumas questões, mas ainda não fez o bastante para modificar substancialmente as bases do julgamento criminal. Diremos mais na conclusão do presente capítulo.

2.5 O julgamento da liberdade pela Literatura: considerações sobre a força misteriosa, o fardo e a culpa

Talvez seja pretensioso demais formular um julgamento do livre-arbítrio pela Literatura. De fato, enfrentaríamos diversos obstáculos, a começar pela definição de Literatura, afinal, tudo o que já foi visto até agora não seria Literatura, ainda que especializada? Ainda que adotássemos um significado restrito, seguramente haveria inúmeros autores que podem ter escrito sobre o tema e que não seriam vistos aqui, seja por falta de conhecimento, seja por falta de espaço (eis que só um tema como esse já daria uma tese gigantesca).

Portanto, iremos deliberadamente restringir o nosso intuito, e, se não conseguiremos propriamente um julgamento da Literatura, veremos, então, algumas considerações literárias sobre o tema. Para isso, analisaremos três autores, de três grandiosos romances. Um deles não podia deixar de ser Tolstói, que, na sua obra religiosa, já escreveu que o livre-arbítrio é uma ilusão. Será que o mesmo valeria para seus romances? É o que iremos tentar descobrir na análise do livre-arbítrio na obra “Guerra e paz”. Após, teremos outra visão do livre-arbítrio com Fiódor Dostoiévski, em seu “Os irmãos Karamázov”. Por fim, tentaremos desvendar um dos enigmas de Franz Kafka, em “O processo”.

“Guerra e paz”¹⁹⁹ é considerado não só um dos maiores romances de Tolstói, como também da Literatura universal. Talvez haja até certo dissenso na crítica literária ao caracterizar a obra como romance, havendo quem a trate como

¹⁹⁹ TOLSTÓI, Leon. *Guerra e paz*. Tradução, introdução e notas de Oscar Mendes. Belo Horizonte: Itatiaia, 2008.

epopeia.²⁰⁰ Acreditamos que “Guerra e paz” seja um romance e, concomitantemente, mais do que um romance, tendo em vista algumas interrupções feitas na ficção para considerações de ordem histórica, política e filosófica. Mais do que resumidamente, a obra narra a história de integrantes de algumas famílias da nobreza russa, misturando fatos fictícios a fatos históricos, personagens reais a inventados. E, em alguns momentos, a ficção parece ser interrompida pelo pensamento teórico de Tolstói.

Como vimos no capítulo anterior, há quem diga que existiram “dois Tolstóis”, fazendo referência à sua obra religiosa e a seus romances. Lendo-se “Guerra e paz”, percebemos claramente que sempre existiu apenas um Tolstói, que, como todo ser humano, pensa sobre os mais variados temas, tendo ideias e opiniões que podem até soar, de vez em quando, contraditórias ou paradoxais.

Feita essa breve contextualização de “Guerra e paz”, focaremos, agora, algumas das considerações ali feitas por Tolstói acerca do livre-arbítrio, desde já mencionando que o enfoque do livre-arbítrio parece voltado ao que ocorre dentro das pessoas por ocasião dos eventos que sucedem na primeira palavra do romance, ou seja, na guerra.

A guerra, por sinal, seria a de expansão do “Império” de Napoleão Bonaparte, especialmente a invasão à Rússia. Tolstói parece duvidar da dita genialidade de Napoleão e de seu papel na guerra, aderindo a uma espécie de fatalismo ou predestinação:

Uma maçã cai quando está madura; por que cai ela? Seu peso a arrasta para a terra, seu talo secou, o sol a queimou, o vento

²⁰⁰ Conforme a introdução do tradutor Oscar Mendes: “Hesitando em considerá-lo um romance segundo as normas clássicas do gênero, ou uma crônica familiar em que se conta a vida de duas famílias da nobreza russa, tendo como pano de fundo os anos que decorrem de 1805 a 1812, o citado crítico e historiador Paulo Chostakowsky prefere denominá-lo ‘epopéia nacional’, porque seu verdadeiro herói é o povo, unindo-se para expulsar o território nacional da sua Santa Rússia, o invasor audacioso e saqueador. Efetivamente, há muito de epopéia, das regras e processos do gênero, neste livro que não deixa, ao mesmo tempo, de ser um romance. O próprio Tolstói a considerava a ‘Ilíada’ russa. Não se prendeu a regras e processos de preceptiva literária. Fê-lo a seu modo. Não lhe deu um enredo ou trama, nos moldes clássicos da narrativa de ficção, nem deu um seguimento lógico e ordenado ao relato. Adota o processo dos quadros distintos, valendo muitas vezes por si próprios, como se não participassem intrinsecamente da narrativa geral, intercala os episódios de mera ficção com digressões de fundo puramente histórico e documentário, com reflexões filosóficas: interrompe muitas vezes uma situação tensa, dramática, para remansar o tumulto, deixando-o em suspenso e empregando dezenas de páginas em comentários e locubrações sobre Filosofia da História e movimentos estratégicos; não tem a rigor personagens de primeiro plano, protagonistas, mas dá relevo e importância, a uns e outros, quer sejam importantes ou não”. (*Guerra e paz*, p. 12).

sacudiu-a? Obedece ela simplesmente ao apelo secreto do garoto que a cobiça? Nada de tudo isso é a verdadeira causa. Há aí apenas uma concordância de circunstâncias favoráveis à realização de não importa que manifestação elementar da vida orgânica. O botânico adiantará que a maçã caiu em consequência da decomposição do tecido celular, ou outra coisa do mesmo gênero; o garoto pretenderá que a maçã caiu porque ele a cobiçava e fez uma oração para que isso ocorresse; ambos terão razão. Este afirmará que Napoleão veio a Moscou porque o queria e que encontrou sua perda porque Alexandre havia resolvido causar-lhe essa perda; aquele sustentará que uma montanha pesando milhares de toneladas e minada na sua base se desmoronou em consequência do derradeiro golpe de picareta dado pelo derradeiro dos terraplenadores; ambos terão e não terão ao mesmo tempo razão. Nos fatos históricos, os pretensos grandes homens não passam de etiquetas que, embora dêem seu nome ao acontecimento, não têm com este nenhuma espécie de ligação. Se bem que seus atos pareçam emanar de seu livre-arbítrio, não há um só deles que seja voluntário no sentido histórico da palavra, mas todos estão ligados à marcha geral da História e determinados desde toda eternidade.²⁰¹

É muito interessante a alusão feita por Tolstói ao “sentido histórico” do ato voluntário ou do livre-arbítrio, e o seu raciocínio de que os “pretensos grandes homens” não passariam de “etiquetas” aos acontecimentos. De fato, poder-se-ia pensar que um evento tão grandioso e terrível como uma guerra seria decorrente apenas da vontade, do livre-arbítrio de um homem ou de alguns poucos, pelo menos? Lembremo-nos das duas grandes guerras mundiais. Por que ocorreram? E as atrocidades cometidas contra os judeus na Alemanha nazista? Teria tudo sido obra do livre-arbítrio de Adolf Hitler? É bem verdade que muitos invocaram estar simplesmente seguindo as ordens do *Führer*, porém seria isso mesmo? Bastou o livre-arbítrio, a vontade de um único homem, para se dar causa a um dos períodos mais sombrios da humanidade? A princípio, parece-nos que não, havendo uma complexidade muito maior desses fatos, que ainda não conseguimos entender.

Notamos, outrossim, que Tolstói, ao mesmo tempo, parece dar justificativas laicas e religiosas aos eventos, assim como no caso da maçã que caiu da árvore (foi a decomposição do tecido celular ou a oração do menino feita justo naquele momento para que a fruta caísse e ele pudesse comê-la?). A “marcha geral da História” parece ser a justificativa laica, o reconhecimento da sucessão de uma

²⁰¹ Guerra e paz, p. 471.

série de acontecimentos em diferentes partes, que levam, de forma absolutamente incontrolável, à guerra. De outro lado, a menção aos atos “determinados desde toda a eternidade” parece invocar a ideia religiosa de predestinação. E talvez todos tenham ou não tenham razão ao mesmo tempo.

Todavia, um ponto que chama a atenção em “Guerra e paz”, especificamente em relação ao livre-arbítrio, é a referência a uma *força misteriosa* que tomaria conta dos soldados em alguns momentos de tensão. Essa força é sentida por Pedro, um dos principais personagens da obra, quando se torna prisioneiro dos invasores franceses, juntamente com outros russos. Ele nota que, nos momentos tranquilos, existe certa relação de cordialidade entre invasores e capturados, o que começa a ruir com as notícias de aproximação do Exército russo:

“Pronto!... a coisa recomeça!”, disse Pedro consigo, sentindo involuntário arrepio ao longo da espinha. No rosto irreconhecível do cabo, no som de sua voz, no rufar estimulante e ensurdecido dos tambores, reconhecia Pedro aquela força misteriosa, impassível, que impele, contra sua vontade, os homens a matar seus semelhantes, aquela força que virá em ação no momento da execução dos incendiários. Temer aquela força, tentar fugir-lhe, dirigir súplicas ou censuras aos que lhe serviam de instrumentos, era inútil. Isto sabia-o Pedro agora. Era preciso esperar e ter paciência. Pedro não voltou mais para junto do doente e não mais o fitou. Silencioso, de testa franzida, conservou-se perto da porta do abarracamento.²⁰²

Aqui, há uma interessante negação do livre-arbítrio no momento do romance propriamente dito. Enquanto prisioneiro dos franceses, Pedro viu que os inimigos se comportavam de forma diferente a depender da situação. Em momentos mais tranquilos, havia uma relação quase amistosa, com atendimento às necessidades dos prisioneiros. Todavia, a aproximação dos inimigos (por sinal, outros russos), representada no texto pelo rufar dos tambores, que visava a dar ânimo para a batalha iminente, criou o ambiente para a manifestação da tal *força misteriosa, impassível, que impele os homens, contra sua vontade, a matar seus semelhantes*. O livre-arbítrio, já anteriormente negado, se esvai completamente, o que se pode perceber à vista do agora rosto irreconhecível do soldado francês.

²⁰² Guerra e paz, p. 767.

Essa é uma descrição muito habilidosa de Tolstói sobre o horror da guerra, mais exatamente do momento que antecede ou durante a batalha. Nessa hora, com efeito, o livre-arbítrio se esvai completamente. Vive-se uma situação de matar ou morrer. A escolha, aqui, realmente parece não depender da vontade. A própria fisionomia muda, como se a pessoa mudasse, ou como se ela pudesse ser tomada por uma força misteriosa.

Observamos que a guerra envolve necessariamente um conjunto de pessoas lutando umas contra as outras. Alguém vê os seus companheiros lutando contra outras pessoas e se sente compelido a fazer o mesmo. Se o livre-arbítrio não desaparece completamente, ele, no mínimo, é fortemente restringido. Embora a situação seja um tanto quanto diferente, isso pode ajudar a entender melhor a atenuante de nosso Código Penal referente ao cometimento do crime por influência da multidão em tumulto,²⁰³ onde também parece agir a *força misteriosa*.

A expressão *força misteriosa* utilizada pelo tradutor será coincidentemente utilizada adiante, porém com um significado aparentemente contrário. Observaremos isso quando analisarmos a posição de Pedro Lessa sobre o livre-arbítrio.

Por ora, cumpre reconhecer que Tolstói, no seu romance-epopeia, já tinha uma posição contrária ao livre-arbítrio, o que viria posteriormente a manter quando entrou, por assim dizer, na sua fase religiosa. O *segundo Tolstói*, pelo menos nesse aspecto, parece assemelhar-se ao *primeiro*.

Ainda voltaremos à “Guerra e paz”, para explorar um possível paradoxo na negativa do livre-arbítrio, mas, antes disso, faremos duas breves incursões literárias com Dostoiévski e Kafka.

É impossível falar de Tolstói sem nos lembrarmos de Fiódor Dostoiévski, mais um escritor russo considerado um dos grandes mestres da Literatura mundial, por vários de seus romances, dentre os quais ora enfatizamos “Os irmãos Karamázov”.²⁰⁴

Aqui, destacamos uma consideração sobre o livre-arbítrio feita na pequena grande estória dentro da estória sobre o Grande Inquisidor, contada pelo ateu

²⁰³ Código Penal, artigo 65, inciso III, alínea “e”.

²⁰⁴ DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Os irmãos Karamázov*. Tradução, posfácio e notas de Paulo Bezerra. 3. ed. São Paulo: Ed. 34, 2013.

Ivan Karamázov a seu irmão mais novo, Aliócha, crente e puro. O “poema”²⁰⁵ sobre o Grande Inquisidor narra a volta de Jesus Cristo à Terra, nos tempos da Inquisição. Jesus volta em meio às fogueiras onde acabavam de se queimar hereges, e, misteriosa, ou milagrosamente, é reconhecido pelo povo, que se reúne em volta dele e passa a adorá-lo. Nisso, próximo dali, está sendo carregado um caixão de uma menina de sete anos, morta. A multidão que acompanha Jesus grita para a mãe que Ele ressuscitará a menina. A mãe, em prantos, cai aos pés de Jesus, pedindo a ressurreição de sua filha. Jesus olha compadecido para a menina e pede para que ela se levante. A menina levanta, senta-se e olha ao redor, sorrindo para todos, que ficam maravilhados pelo milagre. Tudo isso foi acompanhado de longe por um velho inquisidor, temido por toda a população. Depois de presenciar a cena, o inquisidor determina a prisão de Jesus, e o povo, habituado ao medo, não oferece resistência.²⁰⁶ Na prisão, o grande inquisidor inicia um monólogo com Jesus, que se limita ao silêncio. Com a palavra, o “Grande Inquisidor”, o personagem criado pelo também personagem Ivan Karamázov, de Dostoiévski:

[...] Com o pão conseguirias uma bandeira incontestável: darias o pão, e o homem se sujeitaria, porquanto não há nada mais indiscutível que o pão, mas se, ao mesmo tempo e ignorando-te, alguém lhe dominasse a consciência – oh, então ele até jogaria fora teu pão e seguiria aquele que seduzisse sua consciência. Nisto tinhas razão. Porque o segredo da existência humana não consiste apenas em viver, mas na finalidade de viver. Sem uma sólida noção da finalidade de viver o homem não aceitará viver e preferirá destruir-se a permanecer na Terra ainda que cercado só de pães. É verdade, mas vê em que deu isso: em vez de assenhorear-se da liberdade dos homens, tu a aumentaste ainda mais! Ou esqueceste que para o homem a tranquilidade e até a morte são mais caras que o livre-arbítrio no conhecimento do bem e do mal? Não existe nada mais sedutor para o homem que sua liberdade de consciência, mas tampouco existe nada mais angustiante. Pois em vez de fundamentos sólidos para tranquilizar para sempre a consciência humana, tu lançaste mão de tudo o que há de mais insólito, duvidoso e indefinido, lançaste mão de tudo o que estava acima da possibilidade dos homens, e por isso agiste como que sem nenhum amor por eles – e quem fez isto: justo aquele que veio a dar a própria vida por eles! Em vez de assenhorear-se da liberdade dos homens, tu a multiplicaste e sobrecarregaste com seus tormentos o reino espiritual do homem para todo o sempre. Desejaste o amor livre do homem para que

²⁰⁵ Esse é o termo usado pelo personagem Ivan. Cf. *Os irmãos Karamázov*, p. 341.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 346.

ele te seguisse livremente, seduzido e cativado por ti. Em vez da firme lei antiga, doravante o próprio homem deveria resolver de coração livre o que é o bem e o que é o mal, tendo diante de si apenas a tua imagem como guia – mas será que não pensastes que ele acabaria questionando e renegando até tua imagem e tua verdade se o oprimissem com um fardo tão terrível como o livre-arbítrio? Por fim exclamarão que a verdade não está em ti, pois era impossível deixá-los mais ansiosos e torturados do que o fizeste quando lhes reservaste tantas preocupações e problemas insolúveis. Assim, tu mesmo lançaste as bases da destruição de teu próprio reino, e não culpes mais ninguém por isso. [...]²⁰⁷

Se o inquisidor reconheceu Jesus, por que mandou prendê-Lo? Isso não contrariaria a sua própria fé? Parece-nos, ao interpretar esse trecho, que a fé tinha menor valia do que os dogmas. E nada mais contrário aos dogmas da Inquisição do que a Lei do Amor de Jesus. O Amor não compactua com o “Direito Penal da Inquisição”. O Amor, enfim, não compactua com a própria Inquisição. Portanto, o retorno de Jesus torna-se a maior ameaça aos dogmas inquisitórios que buscavam preservar a fé em... Jesus! O inquisidor, justamente por isso, critica Jesus por ter multiplicado a liberdade dos homens, por querer ser *livremente* amado. O livre-arbítrio, então, torna-se nada mais do que um *fardo terrível*, tão angustiante que pode afastar os próprios homens da fé. Por isso, Ele teria lançado as bases da destruição do próprio Reino e não poderia culpar mais ninguém por isso. O Direito Penal Inquisitório corrigiria esse problema da liberdade. O exercício do livre-arbítrio de não acreditar levaria à fogueira. Melhor não exercer, então, o livre-arbítrio, seja para não acreditar, seja para interpretar *livremente a Lei de Cristo*. Os hereges são queimados, com o que se preserva a fé, ou melhor, o dogma. Medo, em vez de Amor. Isso garante a fé. Por isso, Jesus teve de ser preso.²⁰⁸

²⁰⁷ Os irmãos Karamázov, p. 353. Nesse pequeno trecho do monólogo, percebemos que o inquisidor sabia muito bem quem estava prendendo. Não, ele não achou que se tratava de bruxaria ou algo do gênero. Assim como todos na multidão, o inquisidor também reconheceu Jesus. E exatamente por isso mandou prendê-Lo.

²⁰⁸ Convidamos o leitor, se ainda não o tiver feito, a ler “Os irmãos Karamázov”, um dos maiores romances da Literatura mundial e, desse modo, conhecer a conclusão do discurso do inquisidor para Jesus. Convidamos, também, à seguinte reflexão: o que aconteceria se Jesus, Moisés ou Maomé retornassem milagrosamente à vida e pregassem a paz e a tolerância religiosa nos dias atuais? O que fariam, nessa situação, os fanáticos ou terroristas religiosos? Será que se comportariam de forma semelhante ao Grande Inquisidor?

Ao menos do que se denota nessa específica estória, Dostoiévski aparenta ter uma opinião favorável ao livre-arbítrio. Tanto que o vilanesco inquisidor o considera um fardo e, pior, uma angústia que pode afastar a fé.

Perguntamo-nos se um dos objetivos quiçá inconscientes de neurocientistas, filósofos e outros, até de Tolstói, não seja exatamente elidir o livre-arbítrio por considerá-lo um fardo terrível e angustiante. Não seria tarefa da Ciência tornar o homem mais feliz, sem angústia, sem responsabilidade, sem culpa?

Afinal, como pode alguém ser culpado?

E chegamos, então, ao enigmático romance inacabado de Franz Kafka.²⁰⁹ Determinado dia, o protagonista Josef K. acorda e percebe que há investigadores o procurando. Ele tenta saber o motivo, porém os investigadores não podem dizê-lo. Ele tenta falar com o superior, contudo recebe como resposta que ainda não é chegada a hora, apenas quando ele o desejasse.²¹⁰ Esse é o começo do pesadelo de K.

Em dado momento, Josef K. se encontra com um sacerdote, não por acaso, um representante da fé cristã, e aqui transcrevemos um breve trecho do diálogo entre ambos:

- Você sabe que o seu processo vai mal? – perguntou o sacerdote.
- É o que também me parece – disse K. – Fiz todos os esforços, mas até agora sem êxito. É verdade que ainda não terminei a petição.
- Como imagina que vai ser o final? – perguntou o sacerdote.
- Antes julgava que deveria terminar bem – disse K. – Agora às vezes eu mesmo duvido disso. Não sei como vai terminar. Você sabe?
- Não – disse o sacerdote. – Mas temo que vá terminar mal. Consideram-no culpado. Talvez o seu processo não ultrapasse nem mesmo um tribunal de nível inferior. No momento, pelo menos, consideram provada a sua culpa.
- Mas eu não sou culpado – disse K. – É um equívoco. Como é que um ser humano pode ser culpado? Aqui somos todos seres humanos, tanto uns como outros.

²⁰⁹ KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução e posfácio de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. É importante dizer que o romance pode ser perfeitamente lido, por ter começo, meio e fim. Porém, apesar disso, não havia sido propriamente finalizado por Kafka. Ainda que por acaso, esse fato parece reforçar o clima de pesadelo vivido pelo protagonista Josef K.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 16.

– É verdade – disse o sacerdote. – Mas é assim que os culpados costumam falar.²¹¹

Reconhecemos que não há menção ao livre-arbítrio, mas cogitamos se a sua negação não estaria implícita no raciocínio de K. Lendo “O processo”, de Kafka, livro que consideramos obrigatório para qualquer estudioso do Direito, percebemos que, ao longo da obra, o protagonista parece esquecer-se ou deixa de se importar com saber qual o suposto crime do qual está sendo acusado. Tanto que, no diálogo com o sacerdote, Josef K. não enfatiza o fato de não ter feito nada, mas resolve perguntar *como é que um ser humano pode ser culpado*. E todos seriam seres humanos, juízes, acusadores e acusados.

O fato de ser humano como os outros não elide a culpa. Porém, a ausência do livre-arbítrio poderia elidi-la. Pode ser que não tenha sido isso o que Kafka tinha em mente, mas nos permitimos essa especulação, diante da frequente vinculação entre liberdade e culpa.

Com esse enigma, terminamos esta subseção com a certeza de que a Literatura não dará uma solução ao problema do livre-arbítrio. Afinal, cada escritor terá uma visão e cada leitor fará uma respectiva interpretação, mais do texto do que daquilo que o próprio escritor tinha em mente. O leitor, amiúde, ficará com a tradução do que se passou na mente do autor, isto é, com a sua própria obra escrita. E se a Literatura não consegue dar respostas definitivas, por outro lado, parece cumprir um papel muito mais importante, qual seja o de criar dúvidas e reflexões, inclusive sobre o que nós, ditos operadores do Direito, estamos fazendo. Prossigamos, enfim, com o julgamento da liberdade pelo Direito.

2.6 O julgamento da liberdade pelo Direito

Ao menos do ponto de vista filosófico, a liberdade de consciência e de escolha representa um pressuposto essencial ao Direito Penal baseado na culpa. Kafka perguntou como pode um ser humano ser culpado. Respondemos que basta que ele tenha praticado um mal de forma livre e consciente, ou, noutras

²¹¹ O processo, p. 258.

palavras, que ele tenha exercido o seu livre-arbítrio, decidindo praticar o ilícito. A liberdade, nesse sentido, surge como pressuposto da culpa e da responsabilidade penal. A liberdade, em si, talvez seja pressuposto do próprio Direito.²¹²

Nesta parte do estudo, analisaremos o livre-arbítrio sob diferentes pontos de vista dentro do próprio Direito. Discorreremos acerca de representantes da Filosofia do Direito e da Dogmática Jurídica Penal, e encerraremos com uma interessante visão da Criminologia Clínica. É o que veremos em seguida.

2.6.1 Pedro Lessa e, novamente, a força misteriosa

Pedro Augusto Carneiro Lessa, dentre outros trabalhos, tem uma importante obra acerca do livre-arbítrio e do determinismo.²¹³

Pedro Lessa viu a questão sob uma ótica diferente, vinculando o livre-arbítrio a uma ação livre de quaisquer motivos, sendo que as ações vinculadas a quaisquer motivos caracterizariam o determinismo.²¹⁴

Apenas por essa passagem, verificamos que as premissas utilizadas por Lessa são bem diferentes daquelas até aqui estudadas. Em sua perspectiva, toda ação praticada segundo algum motivo seria uma ação determinada. Por que trabalhamos? Para sobreviver, e alguns, com sorte, por prazer. Por que nos alimentamos? Para não ter fome. Por que nos casamos? Por julgarmos ter encontrado a pessoa amada e para termos filhos com ela. E assim por diante.

Sem dúvida, talvez a maior parte de nossas ações tenha por causa algum motivo. Porém, o motivo em si seria determinante? Se alguém gosta muito de Direito Penal e quer trabalhar na área, seja onde for, por que, ao final, escolhe a

²¹² Segundo ensina Goffredo Telles Junior: “Se a liberdade do ser humano realmente existe, nada, nas sociedades humanas, sobrelevará em importância o *direito*, que seria a *disciplina da liberdade*. Mas se esta não existe, o direito passa a ser uma fantasia vã. Num mundo sem liberdade, o direito não vale que se lhe dedique um minuto de esforço e de pensamento, tese esta por demais intuitiva e em cuja demonstração não me alongarei. Basta lembrar que o fim do direito é *conduzir* os seres humanos em suas relações sociais, e que para nada serviria se os seres humanos já fossem necessariamente conduzidos pela lei da natureza”. Cf. *A criação do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 21-22, grifos do autor.

²¹³ LESSA, Pedro. *O determinismo psychico e a imputabilidade e responsabilidade criminaes*. São Paulo: Typographia Duprat & Comp., 1905.

²¹⁴ “Ou as nossas volições não dependem dos motivos, nem da constituição psychica de cada um, e então somos dotados do livre-arbítrio, ou dependem, como reconhece Prins, e então estamos sujeitos ao determinismo.” Cf. *Ibidem*, p. 66-67.

advocacia ou a magistratura? Pode haver outra série de motivos. Contudo, imaginemos que sejam todos esses motivos sedutores para a pessoa, que ainda está na dúvida por ser advogado ou magistrado. Se havia vários motivos potencialmente determinantes, como explicar que a pessoa tenha escolhido, por fim, ser advogado ou juiz? Pode-se argumentar que os motivos que ensejaram a escolha final foram mais determinantes do que os outros. Pode até ser. Só que, nessa ordem de ideias, praticamente é eliminada toda e qualquer ação humana não determinada por algum motivo. Dessa forma, não haveria nem porque discutir se cabe ou não o livre-arbítrio, pois ele simplesmente não existiria. De fato, é extremamente difícil até conceber uma ação humana sem motivos, a menos que se pense em exemplos absolutamente banais e triviais, como balançar o pé enquanto estamos sentados, cruzar os braços durante um raciocínio etc.

A questão, a nosso ver, é mais complexa. Por que pessoas diferentes que habitam numa mesma comunidade cercada de pobreza, vivenciando situações de injustiça social (descaso das autoridades com os serviços públicos essenciais, ausência de condições básicas de saneamento etc.), decidem tomar atitudes diversas: uma decide trabalhar para tentar melhorar de vida, e outra decide praticar roubos? Se os motivos governam as nossas vidas, por que pessoas por vezes submetidas às mesmas condições escolhem caminhos diversos? Se os pais de dois meninos diferentes de uma mesma comunidade carente são injustamente assassinados pela Polícia, por que um resolve odiar e se tornar um criminoso para matar policiais, e outro resolve apenas lamentar e estudar? Novamente, poder-se-á dizer que cada um teve um caminho diferente porque teve uma vida diferente, tendo pelo menos alguns motivos diferentes.

Pois bem, se partirmos da premissa utilizada por Lessa, podemos sim considerar que somos regidos pelo determinismo, porque ninguém vive num estado de vácuo, onde nada acontece. Sempre ocorre algo à nossa volta e esse algo pode ser o motivo que determinará as nossas ações. Só que aí reputamos o problema filosófico do livre-arbítrio como simplesmente inexistente. Ninguém vive num estado de vácuo, onde nada ocorre à sua volta, não podendo, então, ocorrer qualquer evento que sirva de motivo para uma ação moralmente relevante.

Nessa perspectiva, Lessa aduz que, se verdadeiro o livre-arbítrio (lembrando que, nessa perspectiva, seria uma ação totalmente independente de quaisquer motivos), não haveria espaço para o Direito Penal, eis que toda ação

humana seria simplesmente dependente do acaso, e de nada adiantaria a prisão, porquanto voltar ou não a delinquir poderia ocorrer ou não, a depender do acaso. As ideias de mérito e demérito seriam inconciliáveis com o livre-arbítrio que equivaleria ao acaso.²¹⁵ Não é meritória a ação dependente exclusivamente de sorte ou azar.

Pedro Lessa vincula, portanto, o livre-arbítrio ao indeterminismo absoluto e, exatamente por isso, o rejeita.²¹⁶ E aqui temos algo curioso, pois Lessa parece zombar do livre-arbítrio, chamando-o de *força misteriosa*, mesma expressão utilizada por Tolstói:

Se admittirmos a afirmação de que a *vontade não depende da constituição psychica de cada individuo*, isto é, do meio cosmico, do individual e do social, nem das influencias hereditarias, e que não obedece aos motivos preponderantes, mas determina-se, *abstraindo completamente dos motivos* (liberdade de indiferença), ou *repellindo os motivos mais fortes* (livre arbitrio, propriamente dito, ou liberdade moral); se entendermos, em summa, que a vontade é *causa primeira e absoluta*, além da qual, ou acima da qual, fôra inutil investigar quaesquer conexões causaes, chegaremos á conclusão forçada de que *a vontade de um individuo não se distingue da dos outros*. A vontade nessa hypothese é uma coisa *indeterminada*, sem caracteres possiveis que *individualizem uma vontade*. Ora, sendo assim, não se pode dizer que o individuo A foi a causa de tal delicto. *Aconteceu* que a força misteriosa, insondavel, incomprehensivel, *que é a mesma em todos os homens*, se manifestasse no individuo A pelo delicto alludido; mas *as qualidades individuaes, os attributos peculiares ao individuo A, absolutamente não concorreram para a produção do facto*. Essa força inexplicavel é superior á pressão de quaesquer elementos, internos ou externos, não sofre a mais ligeira acção de quaesquer outras forças.²¹⁷

Pedro Lessa e Tolstói coincidentemente utilizam a mesma expressão, qual seja *força misteriosa*, entretanto parecem fazê-lo dando-lhe significados opostos. Enquanto para Tolstói a força misteriosa atuaria contra a vontade do homem,

²¹⁵ *O determinismo psychico e a imputabilidade e responsabilidade criminaes*, p. 78.

²¹⁶ John Searle, examinando a hipótese de a consciência humana exprimir um indeterminismo quântico, também chegou a uma conclusão semelhante à de Pedro Lessa: “Entretanto, mesmo que tivéssemos uma explicação da consciência com base na mecânica quântica, como passaríamos do indeterminismo à racionalidade? Se a indeterminação quântica equivale ao acaso, essa indeterminação, por si, não nos permitirá explicar o problema do livre-arbítrio. De fato, uma ação livre não é uma ação iniciada pelo acaso”. Cf. *Liberdade e neurobiologia*, p. 67.

²¹⁷ *Op. cit.*, p. 74-75, grifos do autor. Preservamos o idioma Português tal como escrito ao tempo de Pedro Lessa.

Pedro Lessa caracteriza o que seria, em sua visão, o livre-arbítrio (vontade destituída de quaisquer motivos) como sendo a tal força misteriosa.

Fizemos essa observação sobre a *força misteriosa* não para relatar uma mera curiosidade, mas sim para demonstrar que esse tema, por mais que se esforce na argumentação, continua repleto de mistérios ainda incompreensíveis e talvez até eternamente insolúveis.

O livre-arbítrio, com a devida vênia, não é corretamente caracterizado como uma *força misteriosa* que age na vontade, independentemente de quaisquer motivos. Insistimos que motivos existirão sempre, e imaginar como livre-arbítrio somente aquilo que independe de quaisquer motivos equivaleria a conceber uma pessoa que agisse sem consciência de tudo o que a rodeia, como se fosse completamente insana, sem qualquer noção da realidade. Não obstante isso, Lessa nem se digna a discutir outro tipo de livre-arbítrio limitado pelo mundo em torno, considerando tal uma *esdrúxula concepção*.²¹⁸

Rudolf Steiner fez uma relevante objeção à tese da vontade *determinada pelos motivos*:

Também aqui se fala de motivos somente de modo geral, sem se levar em consideração a diferença entre os motivos inconscientes e os conscientes. Se um motivo me influenciar a ponto de eu ser coagido a segui-lo porque é “o mais forte” dentre os demais, então o conceito da liberdade perde o sentido. Como é que poder ou não fazer algo poderia ter um significado para mim, se sou *coagido* a fazê-lo pelo motivo mais forte? O que importa, em primeiro lugar, não é se eu posso ou não executar algo após ter sido coagido pelo motivo mais forte, mas sim, se existem apenas motivos que se me impõem por força. Se sou *obrigado* a querer algo, então, pouco me importa se de fato posso realizá-lo ou não. Se, em virtude de meu caráter e das circunstâncias do meu ambiente, é-me imposto um motivo que se revela como insensato diante da minha reflexão, então eu deveria até ficar feliz se não puder fazer o que quero. O que importa não é, pois, se posso ou não realizar uma decisão, mas unicamente como a *decisão surge em mim*.²¹⁹

²¹⁸ “É evidente que, ao argumentarmos com as consequências do livre arbitrio, sempre nos referimos ao livre arbitrio, tal como o definimos, e nunca ao *livre arbitrio limitado*, ou á *liberdade moral relativa*, esdruxula concepção, ou antes contradicção, preconizada por certos philosophos, mas que não merece sequer as honras de ser discutida, depois da explicação que demos do mecanismo da vontade.” Cf. *O determinismo psychico e a imputabilidade e responsabilidade criminaes*, p. 77-78.

²¹⁹ *A filosofia da liberdade: fundamentos para uma filosofia moderna*. Tradução de Marcelo da Veiga. 3. ed. São Paulo: Antroposófica, 2000, p. 20-21, grifos do autor.

A reflexão de Steiner é muito importante e impõe um desafio à concepção dos motivos determinantes. Afinal, qual motivo seria o mais forte? Dois irmãos, criados nas mesmas condições e tratados de forma igual, seguem caminhos diferentes, um decidindo roubar, e o outro, trabalhar. Por quê? Se nossa vontade é guiada pelos motivos mais fortes, os irmãos não deveriam fazer opções semelhantes? E mais, como é possível aferir qual é o tal motivo mais forte? Essa aferição é objetiva ou depende da experiência subjetiva da pessoa? A pessoa sempre age de acordo com os motivos que considera mais fortes, como se fosse coagida por eles? E se a pessoa sempre age coagida pelos motivos mais fortes, qual seria a justificativa para o Direito Penal?

Pedro Lessa sustenta que, apenas dentro do determinismo, é possível explicar a resistência à instigação dos motivos criminosos.²²⁰ Mas, cumpre indagar de onde viria essa resistência. Ela não viria de outros motivos mais fortes? Para Lessa, é o motivo, a intenção, que faz o ato bom ou mau, moral ou imoral,²²¹ o que, por si só, já é discutível, não sendo por acaso o dito popular no sentido de que o inferno está cheio de boas intenções. Todavia, Lessa também assevera que a formação do caráter, “as tendências do nosso espírito”, dependem da educação, do meio, das ideias e dos sentimentos acumulados em nosso cérebro.²²² Sim, tudo isso é fato. No entanto, a nossa formação, as nossas tendências, interferem nos motivos ou não? Os motivos vêm de fora ou surgem dentro de nós? Como surge o motivo? Como surge a decisão? Se tudo é determinado por aquilo o que ocorre à nossa volta, por que deveria haver o Direito Penal?

Apesar do exposto, Pedro Lessa considera o homem como responsável, aduzindo que a pena deve ser um motivo para que ele possa se reabilitar.²²³ A pena, então, deveria ser um motivo que ensejasse a recuperação do autor do crime.²²⁴

Nisso, ficaria a pergunta: como a pena deve ser para se tornar um motivo para modificar ou impedir a conduta criminosa? A pena poderia ser um motivo

²²⁰ *O determinismo psíquico e a imputabilidade e responsabilidade criminaes*, p. 77.

²²¹ *Ibidem*, p. 83.

²²² *Ibidem*, *loc. cit.*

²²³ *Ibidem*, p. 116.

²²⁴ “Inflige-se a pena, porque a psicologia nos ensina que é possível modificar a conducta humana por meio de motivos creados pelo homem, o que se consegue intimidando e corrigindo [...]” Cf. *Ibidem*, p. 117.

geral que prevenisse o crime? A mesma pena recuperaria os presos para a sociedade? É desejável que a pena modifique comportamentos humanos? Se a pena não conseguisse modificar os comportamentos, ela poderia persistir por tempo indeterminado?

Há muitas dúvidas que surgem ao se adotar, como hipótese, o determinismo de Pedro Lessa. Continuaremos a invocar a tal *força misteriosa*, se tentarmos entender por que um motivo foi determinante e outro não, funcionando de uma maneira diferente para cada pessoa. Se admitida a capacidade racional do indivíduo, e fosse considerado que ela se decidiria por uma determinada ação, privilegiando alguns motivos em detrimento de outros (ainda que os motivos preteridos parecessem aos olhos de outras pessoas como mais fortes), continua permanecendo um mistério o surgimento da decisão (deliberação racional? Desejo?). Outra dúvida seria a da possibilidade de a reflexão mudar o rumo de uma ação, rechaçando um motivo que fora anteriormente aceito. O que seria essa mudança? Mais determinismo? Livre-arbítrio? Força misteriosa?

Não consideramos correta a posição de Pedro Lessa, porém ele trouxe uma contribuição muito importante à nossa questão, tachando como inadmissível o total indeterminismo. É bem verdade que Lessa considera o livre-arbítrio indeterminista, entendimento do qual discordamos, mas o nosso ponto em comum é o de que também pensamos que o total indeterminismo, uma espécie de livre-arbítrio absoluto ou livre de quaisquer influências, também é incorreto e incompatível com o Direito Penal, tendo em vista que a norma não serve para punir o completo acaso.

Na próxima subseção, analisaremos alguns representantes da doutrina jurídica alemã.

2.6.2 *Hans Welzel, Gunther Jakobs e Winfried Hassemer: o livre-arbítrio na Dogmática germânica*

Não é sem motivo que optamos, aqui, por enfatizar a doutrina de alguns penalistas alemães. A primeira razão é a influência da Dogmática Penal germânica sobre nós brasileiros. Hans Welzel, Günther Jakobs e Winfried

Hassemer são autores sempre citados por doutrinadores do nosso país, porém por diferentes razões.²²⁵ Reunimos esses penalistas, por vezes detentores de teses tão diferentes entre si, pelas influências que eles exercem sobre diversos setores da doutrina brasileira, e por um ponto em comum que apresentam: a crítica ao determinismo, sem implicar, necessariamente, a defesa do livre-arbítrio.

Iniciando por Welzel, o representante maior do finalismo coloca o problema do livre-arbítrio dentro do problema da reprovabilidade da conduta. Em suas palavras:

A reprovabilidade da culpabilidade pressupõe, portanto, que o autor tenha podido adotar uma resolução de vontade antijurídica de modo mais correto, ou seja, conforme a norma, e isso não no sentido abstrato de *um homem qualquer* no lugar do autor, mas no sentido concreto de que *esse homem, nessa situação*, teria podido adotar uma resolução de vontade de acordo com a norma. Esse problema decompõe-se, tradicionalmente, em outros dois:

1. É teoricamente possível a adoção de uma resolução da vontade correta no lugar da equivocada? (O problema do livre-arbítrio).
2. No caso de que seja admitida essa possibilidade, o autor *concreto* teria essa capacidade? (O problema da imputabilidade, ou melhor, da capacidade concreta de culpabilidade).²²⁶

Já vimos, páginas atrás, que o problema do *poder agir de outro modo* foi rechaçado por Sam Harris. Se trocássemos de lugar, átomo por átomo, com o autor do crime, teríamos agido exatamente da mesma forma que ele naquele instante. Contudo, será realmente isso a que se refere o problema do *poder agir de outro modo*, ainda que diga respeito especificamente ao autor do crime e não a uma categoria abstrata, como o *homem médio*? Argumentar que, se trocássemos de lugar, átomo por átomo, também teríamos cometido o crime mais ou menos equivale a dizer que o passado não pode ser mudado, já que não construímos uma máquina para voltarmos no tempo e impedir o crime. Com essa

²²⁵ Hans Welzel é o grande defensor da doutrina da ação finalista; Günther Jakobs tem tido grande destaque entre nós, por conta de seu Direito Penal do Inimigo; e Winfried Hassemer, da Escola de Frankfurt, é lembrado por suas concepções de um Direito Penal Mínimo e pelo seu alternativo Direito de Intervenção, como substituto do Direito Penal em algumas ocasiões (uma espécie de Direito Administrativo Sancionador).

²²⁶ *O novo sistema jurídico-penal*: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, apresentação e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 93-94, grifos do autor.

argumentação, talvez estejamos confundindo a natureza do problema do livre-arbítrio.²²⁷

Welzel aponta três aspectos do problema do livre-arbítrio: antropológico, caracteriológico e categorial.²²⁸ No primeiro aspecto, o homem é visto como um ser racional, ao contrário dos animais. No segundo, percebe-se uma pluralidade de estratos na estrutura anímica do homem, havendo, por exemplo, um estrato mais profundo, compreendendo os impulsos vitais de conservação, desejos, paixões, inclinações etc.,²²⁹ e, ainda, o estrato onde se desenvolve o pensamento racional.

Estudando o aspecto categorial, Welzel descarta o indeterminismo²³⁰ e aduz que a liberdade de vontade não é o poder agir de outro modo, mas sim o poder agir conforme os fins.²³¹

Welzel, dessa maneira, transporta o problema do livre-arbítrio para um outro plano (ou outra categoria), o valorativo-normativo. Poder agir de outro modo envolveria uma infinidade de condutas (que seriam equivalentes ao outro modo possível), ao passo que o poder agir conforme os fins invoca a possibilidade de ter agido de modo lícito (qualquer que fosse, desde que conforme o Direito, conforme os fins da norma).

Nesse ponto, Welzel até indica um possível contraste entre o Direito Penal e a Criminologia, em que, no primeiro, o crime seria visto como um abuso de liberdade do infrator, ao passo que, na segunda, o crime seria produto do mundo circundante.²³² Welzel assevera não existir real contradição:

A análise da liberdade destaca aqui que na realidade não existe uma contradição. A culpabilidade não significa “livre” decisão em favor do mal, mas ficar preso pela coação causal aos impulsos, sendo o sujeito capaz de autodeterminação conforme os fins. O delito é, por isso, efetivamente, inteiramente, um produto de fatores causais e a suposição é inclusive a indicação da

²²⁷ Entraremos em maiores detalhes na conclusão deste capítulo.

²²⁸ *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*, p. 94.

²²⁹ *Ibidem*, p. 96.

²³⁰ “A resposta não pode ser encontrada pela via do indeterminismo tradicional, pois este destrói, precisamente, o sujeito responsável: se o ato de vontade do homem não estivesse determinado por nada, o ato de vontade posterior não poderia guardar nenhuma relação com o anterior, nem de modo imediato, nem por meio de um sujeito idêntico, posto que de outro modo já estaria determinado por algo.” Cf. *Ibidem*, p. 98. Vale notar que é esse o indeterminismo a que se referiu Pedro Lessa, como analisamos na subseção anterior.

²³¹ *Ibidem*, p. 100.

²³² *Ibidem*, p. 101.

porcentagem com que a “vontade livre do autor” tenha participado, junto à disposição e ao mundo circundante, da gênese do delito (Sauer, *Kriminologie*, p. 59 e ss.) é um jogo incerto. O Direito Penal tampouco parte da tese indeterminista de que a decisão de cometer o delito proceda inteiramente, ou em parte, de uma vontade livre e não do concurso entre a disposição e o mundo circundante; parte do conhecimento antropológico de que o homem, como ser determinado à responsabilidade, está existencialmente em condições de conduzir (conforme os fins) a dependência causal dos impulsos. A culpabilidade não é um ato de livre autodeterminação, mas precisamente a falta de uma decisão conforme a finalidade em um sujeito responsável.²³³

Em suma, o ser humano não é um escravo dos motivos, mas também não é totalmente livre deles. Tem-se, desse modo, uma espécie de posição intermediária acerca do livre-arbítrio, a qual, como constatamos há pouco, já havia sido duramente rejeitada por Pedro Lessa.

De qualquer forma, como vemos na tese defendida por Welzel, o problema do livre-arbítrio é deslocado do plano do ser para o plano do dever-ser. Não se investiga o poder agir de outro modo, mas sim o poder agir conforme a finalidade (da norma), não se partindo, ainda, do pressuposto de um indeterminismo absoluto, eis que há um *concurso entre a disposição e o mundo circundante*.

Contudo, Welzel, em sua época, não se confrontou com os problemas trazidos pela Neurociência, ao contrário de Jakobs e Hassemer.

Günther Jakobs, que por sinal foi aluno de Welzel, é um penalista muito questionado na atualidade, mais por conta da sua concepção sobre o *Direito Penal do Inimigo*. É considerado um autor funcionalista, visto que, para ele, o fim da pena é reafirmar o valor da norma violada.²³⁴ Se não houvesse norma alguma, o comportamento das pessoas seria, em tese, imprevisível. A existência da norma gera uma expectativa de cumprimento por parte das *pessoas*.

É nesse contexto que Jakobs considera os avanços da Neurociência, e, de início, cumpre destacar uma observação sua que vai ao encontro do que já mencionamos ao analisar o que chamamos de pior determinismo. Para Jakobs, tratando especificamente das formas absolutas do determinismo neurológico, a *consciência do eu* perde a sua função quando todos os comportamentos devem

²³³ *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*, p. 101-102. Tal entendimento se aproxima, como veremos, da ideia de ator situado, defendida por Alvin August de Sá.

²³⁴ *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 21 e ss.

ser fundados no corpo.²³⁵ Conforme dissemos antes, para esse tipo de determinismo, não existiria sequer o *eu*, existiria apenas o cérebro. Ao comentar a posição do neurocientista Gerhard Roth, para quem “os indivíduos nada podem, no sentido de uma *culpa pessoal*, quanto ao que eles querem e como eles o decidem [...]”,²³⁶ Jakobs, embora negue a intenção do jocoso, pergunta-se o porquê de o autor do crime ter “azar”, e não a sua vítima.²³⁷ Certamente, Jakobs percebeu que a Neurociência parece querer, ainda que inconscientemente, sobrepor-se ao Direito Penal, abordando, de forma unilateral, apenas as pessoas que praticaram crimes, o que pode ser, eventualmente, uma tentativa de medicalizar a questão criminal (o enfoque no autor do crime seria em razão de ser ele o doente ou anormal).

Todavia, Jakobs, de maneira um tanto quanto simplória, termina por descartar as consequências da Neurociência sobre o Direito Penal, utilizando-se de uma mera variação terminológica, trocando o indivíduo pela pessoa e o livre-arbítrio pela autodeterminação. De fato, Jakobs reconhece que os indivíduos não são livres, porém aduz que uma sociedade normativamente estruturada relaciona-se com *pessoas*, isto é, “os destinatários comunicativamente construídos de direitos e obrigações”.²³⁸ Argumenta o penalista alemão que a pessoa, em vez de livre-arbítrio, tem a liberdade de autodeterminação, o que parece remeter ao poder agir conforme a finalidade, de Welzel. De qualquer forma, conclui Jakobs que a Neurociência estuda os indivíduos e não a sociedade, constituída por pessoas.

Em outras palavras, ao menos nesse estudo, Jakobs parece ignorar solenemente a Neurociência, talvez como a própria Neurociência tenha ignorado a Ciência do Direito, se é que os neurocientistas encaram o Direito como Ciência. O fato é que Jakobs assevera tranquilamente que os *indivíduos* não são livres, porém considera que, no âmbito normativo, existem apenas as *pessoas*.

²³⁵ Indivíduo e pessoa: imputação jurídico-penal e os resultados da moderna neurociência. Tradução de Eduardo Saad-Diniz. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 24-25.

²³⁶ *Ibidem*, p. 27.

²³⁷ *Ibidem*, loc. cit.

²³⁸ *Ibidem*, p. 40.

Talvez seja mero jogo de palavras, ou talvez seja algo parecido com a tese defendida por Winfried Hassemer, no sentido de que existe um erro categorial, cometido por biólogos arrogantes e penalistas assustados.²³⁹

Hassemer também vê a questão da Neurociência de uma maneira muito crítica, chegando a compará-la com o *canto das sereias* que ninguém queria ouvir, mas que se tornou alto demais.²⁴⁰ Assim como Jakobs, Hassemer também analisa o que ele chama de pior constelação possível (*worst case*), examinando a concepção do neurocientista Gerhard Roth.²⁴¹

Nesse ponto, cabe assinalar que Hassemer faz uma precisa advertência acerca da *discussão desigual* da Neurociência, qual seja a de que os penalistas não estão participando da discussão, sendo apenas *receptores* dos resultados divulgados,²⁴² no que tem plena razão.

Será que o debate neurocientífico é exclusivamente biológico? Será que questões como liberdade de escolha e responsabilidade são biológicas? A resposta, evidentemente, é negativa. Desse modo, os penalistas hipnotizados pelo *canto das sereias* devem se *libertar* do encanto ingênuo pelo “novo” ou pelo “científico” e passar a questionar mais de que liberdade se está falando. Qual seria a relevância, por exemplo, de um movimento ordenado inconscientemente no cérebro milésimos de segundos antes da consciência, num crime adrede planejado por dias, o que pressupõe o pleno estado consciente do infrator? E se a própria consciência for uma ilusão, o que nos tornaria mais do que meros cérebros semoventes? Se o “eu” não existe, por que o cérebro não passa a ser o real responsável? Enfim, por mais que seja aberto aos tão propalados *avanços da Neurociência*, não se pode abandonar a postura crítica acerca de conceitos filosóficos e éticos utilizados pelos neurocientistas. Já se viu, anteriormente, que vários neurocientistas também possuem algum tipo de formação em Filosofia, o que os torna aptos a debater tais questões. Todavia, é imprescindível que o debate ético e filosófico seja o mais amplo possível, com debatedores críticos de todas as áreas, e não apenas aqueles que detenham conhecimentos neurobiológicos. Em nossa área, é necessário deixar de ser um *penalista*

²³⁹ Neurociências e culpabilidade em direito penal. Tradução de Paulo César Busato. In: BUSATO, Paulo César (Org.). *Neurociência e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 7.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 1-2.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 5-6.

²⁴² *Ibidem*, p. 5.

assustado e não ter medo de criticar ou discordar daquilo que se convencionou chamar de *avanços da Neurociência*. Afinal, como se colocar criticamente frente a um *avanço*? O primeiro passo é certamente questionar a natureza e o alcance desse avanço, se é que se trata realmente de um.

Daí as perfeitas colocações de Hassemer:

Há um pecado mortal no campo da teoria do conhecimento e da ciência. O denomino “erro categorial”, e vejo que é frequentemente cometido por biólogos humanos arrogantes, mas, também, em não poucas ocasiões, por penalistas assustados. Os biólogos humanos incorrem nesse pecado mortal mediante sua convicção de que os resultados por eles alcançados falseiam a possibilidade do livre-arbítrio e da responsabilidade; os cientistas do Direito Penal cometem esse pecado mediante sua convicção de que os biólogos humanos têm razão, pelo que seria necessário remodelar o Direito penal e medir *ex-novo* o conhecimento necessário para o processo penal. O erro categorial deriva da vulneração de um princípio da teoria do conhecimento e da ciência. Esse princípio é o seguinte: toda ciência só vê aquilo a que seus instrumentos permitem acesso, e encontra uma resposta unicamente onde seu instrumental lhe permite uma pergunta que corresponda à resposta no plano categorial.²⁴³

A convicção por vezes irrefletida de que os neurocientistas têm plena razão advém do atual prestígio e poder das Ciências Naturais. Conforme observa Hassemer, quem não apoiar seus argumentos é tido como um louco.²⁴⁴

De outro lado, há uma relevante observação feita por Hassemer, no sentido de que o Código Penal alemão não exige que se constate o *poder atuar de outro modo*, destoando da Ciência Penal alemã, até porque o juiz, assim como o cientista, não poderia analisar plenamente o livre-arbítrio do infrator. Dessa forma, o juiz, de acordo com a lei penal germânica, deveria analisar apenas a ausência de perturbações que ensejassem a imputabilidade.²⁴⁵

Tal observação é extremamente relevante e, segundo cremos, também se aplica ao caso brasileiro. Na maioria dos processos criminais, a questão do livre-arbítrio não é nem precisa ser discutida. No mais das vezes, investiga-se se o acusado praticou ou não a conduta criminosa. Foi o réu quem roubou? Houve testemunhas? Houve reconhecimento? As coisas subtraídas foram encontradas

²⁴³ Neurociências e culpabilidade em direito penal, p. 7.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 8.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 14.

em poder dele? Raramente se irá perguntar se ele exerceu ou não o livre-arbítrio, o que poderá eventualmente vir à tona, ainda que de modo implícito, se houver alegações de coação (por exemplo, praticou o crime para saldar uma dívida com uma facção criminosa, sendo que poderia ser morto se não o fizesse) ou estado de necessidade (por exemplo, praticou o crime para evitar que os filhos não morressem de fome).

Difícilmente, ou nunca, é perguntado, hoje, se o acusado praticou o crime em razão de mecanismos neurobiológicos inconscientes fora de seu controle. E será realmente o caso de se perguntar isso algum dia? É o que tentaremos responder ao concluir este capítulo.

Por ora, verificamos que a Dogmática Penal alemã, desde Welzel até autores modernos, como Jakobs e Hassemer, minimiza possíveis consequências do determinismo, seja o filosófico, seja o neurocientífico, sem, contudo, defender propriamente o livre-arbítrio. De tal ponto de vista, não seria necessária a defesa do livre-arbítrio para sustentar os atuais mecanismos de responsabilização penal.

2.6.3 Ronald Dworkin e o princípio da capacidade

Ronald Dworkin também estudou a questão do livre-arbítrio e do determinismo, mas sob um enfoque diferente, confrontando o princípio causal e o princípio da capacidade.

Dworkin, em primeiro lugar, critica o *determinismo* e o *epifenomenalismo*,²⁴⁶ que, a seu ver, poderiam até ser verdadeiros, porém não são aceitos por grande parte da sociedade.

Vê-se que Dworkin não faz propriamente uma defesa do livre-arbítrio; em verdade, traz uma discussão acerca do *controle* de nossas decisões, questionando se é isso o que realmente importa para se atribuir a responsabilidade.

²⁴⁶ “Entendo que o ‘determinismo’ sustenta que cada uma dessas decisões, refletidas e irrefletidas, é totalmente determinada por processos e eventos que a precedem e não estão sujeitos ao controle de quem decide. O ‘epifenomenalismo’ é ainda mais negativo: nega até mesmo que as decisões façam parte da cadeia causal que termina em movimentos dos nervos e dos músculos.” (DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 335).

Ele aborda também a questão do compatibilismo e do incompatibilismo. De acordo com os compatibilistas, a responsabilidade autorreflexiva seria compatível com o determinismo, ao passo que os incompatibilistas pessimistas diriam que não. Para Dworkin, o incompatibilismo pessimista pede que acreditemos naquilo que não podemos acreditar.²⁴⁷

Mas Dworkin parece não se interessar tanto pelo compatibilismo ou pelo incompatibilismo. A sua tese busca preservar a responsabilidade, que estaria ameaçada por essas piores hipóteses do determinismo. Todavia, questões éticas, como a da responsabilidade, não estariam condicionadas à necessidade de responder indagações científicas.²⁴⁸

Mais ou menos nesse sentido encontra-se a proposta de compatibilismo epistemológico de Víctor Gabriel Rodríguez, segundo a qual a Neurociência e a liberdade de querer seriam “[...] compatíveis porque estão em planos distintos de análise, ou seja, pertencem a duas realidades epistemológicas diferentes”.²⁴⁹ Para Rodríguez:

[...] as conclusões médicas sobre a antecipação cerebral do próprio querer devem ser todas verdadeiras. Mais que isso, o aprofundar dos estudos decerto conseguirá explicar a origem, a causa de todas as decisões futuras, relacionando-as a elementos puramente físicos. Acreditar no contrário seria ter a infantil inocência de Descartes, e seguir em busca de um sucedâneo para uma *glândula pineal* que flutue ao sabor da liberdade absoluta, em um maquinário perfeitamente biológico como o cérebro.²⁵⁰

O compatibilismo epistemológico de Víctor Gabriel Rodríguez parece ir ao encontro da tese de Dworkin no sentido de que as questões éticas não precisam se preocupar com todas as respostas científicas. Com isso estamos de acordo. Discordamos, contudo, do argumento de que as conclusões médicas *devem ser todas verdadeiras*. Esse “dever ser verdadeiro” seria exatamente o quê? Uma certeza? Uma norma? Ou uma aposta? Permitimo-nos o ceticismo sobre a *verdade* das conclusões médicas, até por não ser a Ciência Médica, em rigor,

²⁴⁷ *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*, p. 342. Aquilo que Dworkin chama de incompatibilismo pessimista é o que anteriormente chamamos de pior determinismo ou pior hipótese do determinismo.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 338.

²⁴⁹ *Livre arbítrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*, p. 279.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 279-280, grifo do autor.

exata, e também nos permitimos a discordância do cérebro como um maquinário. Justamente a diferença entre máquinas e corpos biológicos seja uma das causas da distinção entre Ciências exatas e não exatas. E recordando João de Fernandes Teixeira, talvez ingenuidade seja pensar que conseguiremos decifrar a função de cada um de nossos bilhões de neurônios, que podem gerar bilhões ou mais de pensamentos, para verificar se estados mentais equivalem plenamente a estados cerebrais.²⁵¹

Mas, voltando ao pensamento de Dworkin, ele tece severas críticas ao princípio do controle causal, argumentando que não temos controle sobre os nossos gostos, as nossas crenças e o nosso caráter,²⁵² e admitindo a hipótese de que, a depender do caráter, pode ser “[...] psicologicamente impossível agir de modo diferente”.²⁵³ Não teríamos, portanto, pleno controle do que pensamos, sentimos, ou acreditamos, pois isso dependeria de uma série de fatores intermináveis do *mundo* em que nascemos e convivemos. Dworkin não acredita na *intuição* de que somente somos responsáveis se formos a *causa primeira* de nossas ações.²⁵⁴

Por isso, defende a aplicabilidade do *princípio da capacidade*. A capacidade teria dois juízos: um relativo à nossa aptidão de entender o caráter lícito ou ilícito de nossas ações. Poderia ser traduzido como a imputabilidade. Já o segundo recairia sobre a própria condição da pessoa imputável, a capacidade que ela teria de agir de forma lícita.

Para explicitar o seu raciocínio, Dworkin também recorre a um exemplo fantasioso, tal como o fizemos anteriormente. Na sua fantasia, imagina um pintor que tenha feito uma tela primorosa. Todos elogiam as *decisões* tomadas pelo artista no que tange aos traços da obra. No entanto, surge um cientista que teria uma máquina de pintura instantânea ligada a um computador, o qual reuniria todas as informações acerca do mencionado artista. O cientista mostra uma tela idêntica à do artista, que teria sido feita pelo computador, e especialistas comprovariam que a tela do computador seria anterior à do próprio pintor.²⁵⁵ Uma *fantasia determinista*, por certo.

²⁵¹ *Filosofia do cérebro*, p. 58.

²⁵² *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor, p. 358.

²⁵³ *Ibidem*, p. 361.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 368.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 369.

A questão que Dworkin coloca é se isso diminuiria de alguma forma o valor do trabalho do pintor. Outra pessoa (e não um supercomputador) teria a mesma *capacidade* de elaborar aquela mesma obra? Concordamos com Dworkin no sentido de que a previsibilidade em nada diminuiu o talento do artista. Por conseguinte, concordamos com ele quanto ao argumento de que o valor reside no caráter de nossas decisões e não na origem remota delas.²⁵⁶

Dworkin, com propriedade, ressalta que se deve distinguir a má execução de uma tarefa da total incapacidade de cumpri-la.²⁵⁷ Nessa ordem de ideias, um deficiente mental pode ser plenamente incapaz de entender o caráter ilícito de subtrair uma coisa alheia. Porém, um jovem pobre não é inteiramente incapaz de entender a ilicitude de um furto ou roubo. A pobreza, entretanto, não seria um fato totalmente alheio ao juízo de responsabilidade. Poder-se-ia verificar se o jovem pobre, no caso em apreço, tinha mais ou menos capacidade de determinar-se de acordo com o Direito. Essa, porém, seria uma questão ética e moral.²⁵⁸

Adotando o princípio da capacidade, Dworkin refuta o incompatibilismo pessimista (ou o pior determinismo) e tece uma consideração aproximada à nossa hipótese de cérebros ambulantes:

Os filósofos às vezes nos pedem para imaginar que cada um de nós é um cérebro sem corpo, imerso em um líquido com nutrientes dentro de um jarro. Esses cérebros foram enganados por uma inteligência magistral e acreditam, cada um deles, que são organismo bípedes que habitam um planeta chamado Terra. Se isso fosse verdade, não teríamos uma vida a levar. Partindo do pressuposto de que não somos cérebros num jarro, quase todos nós somos dotados das capacidades epistêmicas necessárias para vivermos a maior parte de nossa vida. De tempos em tempos, no entanto, alguns perdem essa capacidade normal de um jeito ou de outro. Quando isso acontece nossa responsabilidade autorreflexiva pelos nossos atos é posta em questão.²⁵⁹

No mesmo diapasão, Dworkin também critica alguns criminologistas que, por acreditarem que a Ciência já demonstrou que não existe livre-arbítrio, dizem que é errado punir.²⁶⁰ Para ele, muitos pressentem que essa solução é errada e

²⁵⁶ *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor, p. 370.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 372.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 385.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 374-375.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 377.

que o recurso ao tratamento medicinal dos que agem à margem da lei seria uma forma de *desumanização*.²⁶¹

De fato, tratar o réu não como *acusado*, mas como *paciente* (no sentido médico) implica uma certa desumanidade. Seria aquele que furtou comida para seus filhos famintos um doente? Substituir um juízo ético ou jurídico por um juízo médico poderia trazer de volta o risco das penas ou medidas de segurança indeterminadas, ou seja, o doente só poderia ser libertado depois de ser considerado medicamente recuperado. Certamente, não nos parece a melhor solução.

Em linhas gerais, a posição de Dworkin nos soa correta. Em regra, salvo nos casos de inimizabilidade,²⁶² temos *capacidade* de tomar decisões. E devemos ser julgados pelo caráter dessas decisões. Aí reside a nossa responsabilidade. Porém, não podemos nos esquecer do *mundo à nossa volta*. E, para isso, veremos a seguir a tese do ator situado, de Alvin Augustus de Sá.

2.6.4 O ator situado, de Alvin Augustus de Sá

Alvin Augustus de Sá propõe um modelo de Criminologia Clínica de terceira geração. Dentro desse modelo, ele se utiliza de um paradigma das inter-relações sociais, que buscaria uma espécie de compatibilização entre dois outros paradigmas, o da passagem ao ato e o da reação social.

Conforme esclarece Christian Debuyst, o primeiro paradigma, de passagem ao ato, adequa-se ao Direito Penal vigente, pois o crime é visto como uma *escolha* da pessoa, que passa a ser considerada infratora ou delinquente.²⁶³ A propósito, o primeiro modelo da Criminologia Clínica, o médico-psicológico, tem uma visão do delinquente como alguém diferenciado das demais pessoas. Esse ponto de vista etiológico individual confirma a validade do Direito Penal. A

²⁶¹ *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor, p. 377.

²⁶² E lembremo-nos de que a própria inimputabilidade pode ser objeto de discussão, como ocorre na questão da idade da maioridade penal.

²⁶³ Les paradigmes du droit penal et les criminologies cliniques. *Criminologie*, v. 25, n. 2, p. 49-72, 1992, p. 54. Disponível em: <<http://www.erudit.org/revue/crimino/1992/v25/n2/017322ar.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

Criminologia Clínica, assim, seria uma espécie de estudo científico do criminoso. Aqui, o criminoso é o *autor da infração* ou *autor dos fatos*.

Já o paradigma da reação social, de caráter crítico, não se adequa bem ao Direito Penal, infirmando a sua validade, total ou, pelo menos, parcialmente. De fato, o autor da infração penal deixa de ser considerado um delinquente, para ser tratado como uma pessoa normal, igual a qualquer outra. A sua conduta deixa de ser considerada, em si, criminosa. Por conseguinte, o próprio sujeito, em si, não é um delinquente. É apenas uma pessoa que cometeu um ato definido como criminoso pela lei penal. Nesse sentido, a validade do Direito Penal passa a ser contestada, de forma total, pelos abolicionistas, ou parcial, pelos adeptos não abolicionistas da Criminologia Crítica. Por conseguinte, nessa ordem de ideias, perde razão de ser o modelo médico-psicológico da Criminologia Clínica.

Mas, a questão que se coloca agora é a seguinte: existe a possibilidade de superação das divergências de tais paradigmas? Ou não existe superação possível e a resposta definitiva ou estará com o paradigma da passagem ao ato ou com o paradigma da reação social?

Antes de responder a tal questão, é conveniente lembrarmos a lição de Alvaro Augusto de Sá, que, inicialmente, se aproveita da concepção de paradoxo e sistema dada por Yves Barel, já citada no capítulo 1.

O sistema mecânico, geralmente, é tido como um conjunto articulado, em que prevalece a explicação e no qual cada efeito tem uma causa necessária. A explicação, portanto, aproxima-se mais das Ciências Exatas.

Já o sistema social, em regra, não pode ser entendido como um conjunto articulado, tendo uma série de contradições e rupturas. Aqui, em lugar da explicação, busca-se a compreensão dos fenômenos.

Nesse diapasão, a existência de paradoxos é ínsita aos sistemas sociais. Assim, com relação ao sistema punitivo, também existem paradoxos.

Um desses paradoxos pode ser encontrado na observação dos paradigmas da passagem ao ato e da reação social, que, numa perspectiva lógico-formal, seriam intransponíveis. Porém, como observa Alvaro Augusto de Sá, tal paradoxo “[...] se torna ‘transponível’ e enriquecedor se buscar-se entendê-lo dentro do

contexto existencial”.²⁶⁴ Dessa forma, tais paradigmas se sobrepõem, não sendo totalmente excludentes.

De fato, o paradigma de passagem ao ato, que pressupõe o crime como fato social bruto, não nega, *per si*, a necessidade da lei penal que defina o comportamento problemático como crime.

À primeira vista, de outro lado, o paradigma da reação social pareceria indicar que o crime realmente não existe como realidade ontológica. Contudo, a própria Criminologia Crítica reclama da existência de atos graves que não são selecionados (etiquetados como crime) pelo Direito Penal (comportamentos sociais negativos imunes à criminalização).

Todavia, poder-se-ia ilustrar a não exclusão absoluta do crime como fato social bruto, analisando-se o fenômeno do Holocausto, ou *Shoá*,²⁶⁵ e o posterior julgamento pelo Tribunal Militar de Nuremberg. São várias as críticas feitas ao Tribunal de Nuremberg, como as relativas ao fato de ser um tribunal militar, de ser uma justiça dos vencedores, de não contemplar os crimes cometidos pelos aliados e pela violação, genericamente considerada, do princípio da legalidade. No entanto, mesmo quando se invoca a ofensa à legalidade, em momento algum é dito, com todas as letras, que as atrocidades cometidas pelos nazistas não consistiram crimes. Ninguém nunca disse, nesse caso, que o crime não existe ontologicamente e que, como as atrocidades estariam de acordo com o regime jurídico nazista, não poderiam ser punidas, simplesmente porque não seriam crimes.

A propósito, Eugenio Raúl Zaffaroni, com propriedade, aponta que “nem tudo é construção: algo deve existir”.²⁶⁶ Ao tratar especificamente dos genocídios, Zaffaroni prega o fim da Criminologia Negacionista:

Os massacradores temem os cadáveres. A Inquisição e os nazistas os reduziram às cinzas; os sérvios, por sua vez, destruíam cemitérios; a ditadura da segurança nacional argentina os lançava ao mar. Os cadáveres tornam-se sagrados e geram lugares de culto. Até mesmo quem os deixa à mercê das intempéries – renovando, brutalmente a Antígona de Sófocles – em seguida os nega, porém os cadáveres retornam, superando

²⁶⁴ *Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 279.

²⁶⁵ O termo *Shoá* é preferido pelos judeus, em vez de Holocausto, que teria raízes bíblicas.

²⁶⁶ *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 347.

sua própria supressão: a tumba de Cristo está vazia. A criminologia está cercada por cadáveres, não pode fazer calar seus gritos; a criminologia negacionista chega a seu fim.²⁶⁷

Logo, o crime, enquanto comportamento social negativo e grave, existe, *até mesmo independentemente de definição legal*, o que é mais um paradoxo da sociedade. *Essa é a mensagem dos mortos.*

Diante dessas considerações, é preciso superar os paradigmas da passagem ao ato e da reação social. Tais paradigmas podem ser superados por um terceiro, um que não reconheça o indivíduo como o único responsável pelo crime, como o “autor” do crime. Por outro lado, quem comete o comportamento socialmente danoso também não pode ser reduzido ao que se poderia chamar de mera “vítima” do sistema, sem qualquer tipo de responsabilidade pelo fato praticado.

Neste momento, portanto, surge o paradigma das inter-relações sociais. O indivíduo não está sozinho no mundo e não toma as suas decisões de forma totalmente alheia à realidade à sua volta. Não se trata, pois, de um autor dos fatos, posto que, em regra, há uma série de outros fatos que não lhe podem ser atribuídos. Esses outros inúmeros fatos ou, melhor dizendo, fatores, históricos (referentes à história de vida de quem praticou o crime), geográficos (o local onde ele vive), familiares, culturais, comunitários etc., constituem o que pode ser chamado de cenário do crime, no qual o indivíduo que infringe a lei penal, em vez de autor, passa a ser considerado como um ator. Um *ator situado* em determinado *cenário*.

Convém observar que, diferentemente da concepção do segundo modelo de Criminologia Clínica, segundo o qual o ambiente influi apenas no comportamento do indivíduo, neste paradigma das inter-relações sociais, onde quem infringe a lei penal é um *ator situado* num *cenário específico*, temos mais do que isso, visto que *esse cenário é corresponsável* pelo comportamento da pessoa.

Com a corresponsabilidade, não se nega ao indivíduo a sua intencionalidade. Porém, a intenção do ator não surge de forma totalmente alheia ao que acontece à sua volta. Tudo com o que o ator convive, experimenta e sente

²⁶⁷ *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*, p. 347.

faz parte da sua tomada de decisão. Com a decisão, o indivíduo não se torna um *autor*, pois ele não é dono da situação, ele não cria o mundo à sua volta. Em vez disso, ele *atua* no cenário à sua volta.

Nessa linha de raciocínio, ressalta Alvin August de Sá:

O indivíduo que é autor de crimes de tráfico cometidos, ele não é só autor de crimes de tráfico, ele é autor de crimes cometidos no morro, em determinado morro, na convivência com determinadas pessoas, em determinado contexto histórico de pressões internas no morro e de pressões externas, de *guerra*. Além disso, esse indivíduo, além de crimes de *tráfico* no morro, ele é membro de uma família, é estudante em determinada escola, às vezes é funcionário em determinada empresa, é namorado desta ou daquela garota, ou é marido e pai, enfim, exerce uma série de papéis, interage com uma multiplicidade de ambientes. E, esse mesmo indivíduo tem acesso a certos segmentos de mídia, tem relações com pessoas que já tiveram problemas com a polícia e a justiça e receberam este ou aquele tipo de tratamento, tem esta ou aquela crítica sobre a situação político-econômica do país. E assim por diante, numa lista quase interminável de *contextos de atualização*.²⁶⁸

A concepção de Alvin August de Sá, um psicólogo de formação, é uma das que melhor resolve esse grande problema filosófico do Direito. O ser humano não vive sozinho. O livre-arbítrio não nasce no vácuo. Há uma série interminável de fatores ou motivos que são *corresponsáveis* pela tomada da decisão. Pode ser que o indivíduo “A” não decidisse roubar carros, se tivesse nascido numa família rica, ou se a sorte o tivesse laureado com o prêmio máximo no bilhete de loteria. Entretanto, algo dentro do indivíduo “A” o fez tomar a decisão de roubar carros, enquanto muitos outros e até, melhor dizendo, a maioria das pessoas que sofrem cotidianamente a exclusão social escolheu não praticar crimes.

Esse livre-arbítrio é sim limitado pelas condições atuais, passadas, circunstâncias, fatores genéticos, biológicos, o próprio acaso, enfim, utilizando a expressão de Alvin August de Sá, o livre-arbítrio é limitado por uma série infundável de *contextos de atualização*.

Faríamos, todavia, um ligeiro reparo à ideia do ator situado. Isso porque, se pensarmos bem, o ator, no âmbito cinematográfico ou teatral, costuma seguir um roteiro. E seguir um roteiro parece uma ideia mais afeta ao determinismo. Mas é

²⁶⁸ *Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração*, p. 294, grifos do autor.

possível pensar o *ator situado* como um *ator de improviso*, como alguém que recebe todas as informações à sua volta e daí age. Essa é a parte da responsabilidade que cabe ao *ator situado de improviso*.

Vimos, neste julgamento do livre-arbítrio pelo Direito, que, às vezes, a liberdade é tomada como pressuposto fundamental, outras vezes, é negada, e, em alguns casos, é até ignorada. Mas quer se siga o livre-arbítrio, ou o determinismo, ou o compatibilismo, o Direito sempre resiste, ainda que procure novos fundamentos para a responsabilidade penal.

Refletiremos sobre isso e concluiremos em seguida, após um breve interregno jocoso.

2.7 Interregno jocoso: se quem pratica o fato definido como crime não possui livre-arbítrio, por que o teria o juiz criminal?

Queira nos perdoar o leitor que pensa que o humor não pode fazer parte da Ciência, porque a Ciência é séria e incompatível com o riso. Mas, se perguntar não ofender, permita-nos indagar: o Direito é uma Ciência? O que é o humor? O humor não é uma Ciência? E a Ciência, em si, por que seria séria? Por que seria incompatível com o riso? O riso não seria justamente imanente à Ciência? A grande descoberta, a *eureka*,²⁶⁹ não seria acompanhada de ao menos um sorriso de alegria, ou, ao contrário, seria acompanhada de um ar taciturno, macambúzio ou de tristeza?

Depois de tantas análises sobre o livre-arbítrio, chega um momento de respirar um pouco, antes de darmos o nosso parecer final sobre a questão. Nossa pausa se dará por meio de um interregno que, ao menos, se pretende jocoso. A graça, aqui, reside em algo que já havíamos sugerido ao estudarmos Nietzsche, perguntando se seria justo julgar aquele que julga, tendo em vista que julgar seria um ato injusto.

²⁶⁹ Interjeição atribuída a Arquimedes de Siracusa, a qual significa, em grego, “encontrei”, “descobri”.

Mas, antes de prosseguirmos, vamos nos lembrar da enigmática e, por que não, jocosa parábola de Kafka, sobre um porteiro e a lei.²⁷⁰ Vamos resumi-la. Um homem, certo dia, deseja encontrar a Lei, adentrando o seu portão. Só que esse portão tem um guardião, o porteiro. O porteiro não deixa que o homem adentre o portão da Lei. O homem tenta de todas as formas burlar a vigilância do porteiro, contudo todas as suas tentativas são infrutíferas. Nem o suborno dá certo, pois o guardião é incorruptível. Anos se passam. Já no fim da vida, o homem pede ao porteiro que lhe responda uma questão. O homem sempre ouvira falar na Lei e, portanto, imaginou que muitos quisessem alcançá-la, porém, em todos aqueles anos de tentativas, o homem fora a única pessoa a tentar adentrar o portão. O porteiro, então, lhe responde que isso ocorreu porque aquele portão era única e exclusivamente destinado àquele homem, só ele poderia entrar e mais ninguém. E com a morte do homem, caberia ao porteiro fechar o portão.

O final inusitado dessa parábola kafkiana pode provocar sensações de dúvida quanto ao que o autor quis dizer, uma sensação de desesperança,²⁷¹ e, por que não, um sorriso talvez involuntário. Decerto, o final não deixa de ser engraçado.

Quando se lê essa história pela primeira vez, por empatia, é comum colocar-se no lugar do homem que almeja alcançar a Lei.

Mas, peço ao leitor que se esforce, agora, para se colocar no lugar do porteiro. Tente entender suas razões, o porquê de ele ter feito o que fez. Maldade? Negligência (esqueceu-se de que era aquele homem o único autorizado a entrar e lembrou-se apenas ao cabo de sua vida)? Estaria seguindo ordens superiores? Agiu de acordo com o livre-arbítrio? Ou estava além de seu alcance agir de modo diferente, de acordo com a pior hipótese determinista?

E que tal a ousadia de modificar um pouco a parábola de Kafka? O leitor continua no papel de porteiro. O portão traz o paraíso da não responsabilidade por quaisquer de seus atos. Quem busca entrar por esse portão é o juiz. O portão é destinado unicamente a ele, pois todos os demais mortais já são, de acordo

²⁷⁰ Essa parábola encontra-se no romance inacabado de Franz Kafka, *O processo*, p. 261-263. A parábola é contada por um sacerdote ao personagem principal, Josef K. K. diz que o porteiro enganou o homem, porém o sacerdote pede que ele não se precipite e passa a discutir possíveis interpretações da parábola.

²⁷¹ Teria sido o próprio Kafka quem disse que a esperança existe, mas não para nós. Vide PONDÉ, Luiz Felipe. Metamorfoses. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 9 fev. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq0902200918.htm>>. Acesso em: 9 maio 2016.

com a Ciência, inteiramente irresponsáveis ou, melhor dizendo, não responsáveis por seus atos. Suponha-se, leitor, como um porteiro adepto do pior determinismo (ninguém seria responsável por qualquer de seus atos).

Então, em se deixando o juiz entrar, toda a hipótese determinista entra em colapso e tudo continuará sendo como sempre foi. Todos continuarão sendo julgados da mesma forma, eis que o juiz não será considerado responsável por julgar. Se ninguém é responsável por nada, *aí incluído o juiz*, toda a discussão torna-se inócua. Noutras palavras, *o determinismo vira uma ilusão sem sentido e todos continuarão a ser julgados como na época da ilusão do livre-arbítrio*.

Para evitar isso, deve-se impedir que o juiz entre pelo portão da não responsabilidade. Esse portão é destinado unicamente a ele, pois todos os demais já estão no paraíso da não responsabilidade. Porém, se ele entrar, tudo cai por terra. Então, o juiz deve permanecer na terra da responsabilidade. Claro que isso é uma pequena traição ao próprio determinismo, mas não se divulgue esse fato. Prefira-se não falar sobre isso, deixando o caso como um enigma aparentemente insolúvel, a exemplo daquele de Kafka. Responsabilizar os que julgam é a única forma de preservar a não responsabilização dos demais. Não responsabilizar o juiz equivalerá a permitir que ele continue responsabilizando os outros.

Temos, portanto, um paradoxo.

Essa pequena brincadeira se interliga ao que dissemos anteriormente sobre muitos dos neurocientistas enfatizarem a questão do autor do crime. Mas, se o autor do crime não pode agir de outro modo, sendo uma vítima da sua atividade cerebral inconsciente, por que o mesmo raciocínio não seria aplicável ao juiz que condena?

Em verdade, nosso questionamento não é novo, já tendo sido mencionado por Welzel, que, num debate com Karl Engisch, asseverou que a liberdade, entendida de um modo determinista, consistente em atuar de acordo com a própria personalidade, valeria tanto para o autor do crime como para o legislador que haveria de decidir sobre o que é lícito ou ilícito.²⁷²

²⁷² Reflexiones sobre el "libre alvedrio". Traducción de José Cerezo Mir. In: ESPANHA. Ministerio da Justicia; Consejo Superior de Investigaciones Científicas. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid: Ministério da Justicia, 1969. n. I, p. 222. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=-ZTB7xX0_AmWmwwbaGzVRDAjJe9vrkPmQQmoM3JimAY>. Acesso em: 14 jun. 2016. Welzel, nesse estudo, faz

Todavia, se toda brincadeira tem um fundo de verdade, cumpre agora, efetiva e seriamente, indagar: o juiz tem livre-arbítrio quando condena ou absolve um réu?

Já escutamos, nos meios acadêmicos, que o juiz primeiro decide e depois busca os argumentos para sustentar a sua decisão. Será realmente isso? Se for, ele faz isso de forma livre ou determinada? A punição é uma mera questão cultural, que pode ser modificada ou rejeitada, a exemplo das touradas dos espanhóis?

O juiz norte-americano Morris B. Hoffman tenta responder a algumas dessas questões em sua interessante obra sobre o cérebro do punidor.²⁷³ Um dos argumentos utilizados por Hoffman é o evolucionista. Sem a punição dos traidores, não seria possível a prosperidade dos pequenos grupos dos primórdios da humanidade que cooperavam para caçar e se defender de predadores.²⁷⁴ Teríamos um instinto de punição? Somos determinados a punir quem reputamos culpados?

Não avançaremos nessa questão, ao menos por enquanto. Neste momento, basta-nos constatar que o embate entre o livre-arbítrio e o determinismo não é um problema unilateral. Da mesma forma que se coloca para o autor do crime, também se coloca para o policial que o prende, para o juiz que o julga, para o legislador que elabora a lei penal, e assim por diante. Todos nós estamos na mesma situação. E haverá solução? Concluiremos a seguir.

2.8 Nossa decisão: *in dubio pro libertatis*

Preliminarmente, mencionaremos um processo que julgamos há alguns anos. Sem delongas, e restringindo-nos ao que nos interessa, o réu era um gerente de uma agência dos Correios que fora supostamente roubada. O gerente fora encontrado amarrado no banheiro e se disse vítima de um assaltante. A

referência à objeção de Paul Bockelmann, específica ao juiz: “Se a lei de determinação causal rege incondicionalmente, há de valer não só para a conduta do autor que cometeu um delito, senão também para aquele que há de julgá-lo” (tradução livre).

²⁷³ Cf. *The punisher's brain: the evolution of judge and jury*. New York: Cambridge University Press, 2014.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 1.

autoridade policial concluiu que tudo não passara de encenação e o Ministério Público denunciou o gerente pelo crime de peculato.

Dentre os indícios apresentados, um chamou-nos a atenção, até pelo modo como foi descrito no relatório final do inquérito. A câmera de segurança fora desligada pelo próprio gerente. E foram juntadas fotos da sequência de imagens que o mostravam desligando o sistema de vigilância. O delegado federal, no seu relatório, como se traduzisse as imagens, foi dizendo exatamente o que se passava pela mente do acusado. Primeiro, ele estava parado, pensativo. Ele estava com um braço cruzado e, com a outra mão, apoiava o queixo. Olhava para os lados. De acordo com a Polícia, esse era o momento de hesitação, da *dúvida* de praticar ou não o crime. Por fim, ele andou resolutivo, foi até o computador e apertou um botão. Fim das imagens, o sistema de videovigilância estava desligado. De acordo com o relatório final, ele, enfim, se decidira a praticar o crime.

O crime, de competência da Justiça Federal, por envolver os Correios, foi, num primeiro momento, investigado pela Polícia Estadual Civil. Um dos investigadores houve por bem juntar aos autos um documento que seria uma espécie de informativo interno dos Correios, destinado aos seus funcionários. Nesse documento, havia uma espécie de advertência ou recomendação feita a todos os gerentes, os quais estavam demonstrando desconhecimento do novo sistema de videovigilância dos Correios. Tanto desconhecimento que muitos, sem querer, estavam desligando as câmeras de segurança. O aviso recomendava maior atenção e apontava alguns caminhos para sanar as dúvidas acerca do novo sistema.

O caso não se resumia a isso, havendo outros indícios e, conforme decidimos, cada qual com os seus respectivos contra-indícios. Por isso, decidimos pela absolvição por falta de provas, e o Ministério Público, embora tivesse pedido a condenação nas alegações finais, não recorreu da sentença. Abordamos especificamente a questão da tradução das imagens pela autoridade policial. Consideramos que, muito embora o delegado pudesse ter sido muito bem treinado na leitura de movimentos corporais, o fato é que o documento dos Correios com a informação de que muitos funcionários não tinham se adaptado ao novo sistema de segurança e estavam desligando as câmeras por engano criou uma *dúvida* mais do que razoável acerca do que o gerente *tinha em mente*

quando desligou o sistema. O delegado podia muito bem estar certo. Mas podia também estar errado.

In dubio pro libertatis.

Recordamo-nos desse caso enquanto estávamos lendo os estudos da Neurociência sobre o livre-arbítrio.

Agora imaginemos que isso tivesse ocorrido num futuro distópico, no qual cada pessoa fosse obrigada a usar um *scanner* cerebral que adivinhasse previamente os seus movimentos. Pois bem, esse *scanner* apontaria com antecedência que o gerente estava se dirigindo ao computador para desligar o sistema. Porém, seria essa *maravilha, fruto dos avanços da Neurociência*, capaz de traduzir a experiência subjetiva do gerente, mostrando, como num filme, qual era a finalidade dele ao apertar o botão que desligou o sistema?²⁷⁵

Permitimo-nos ser céticos a respeito de tal capacidade da Neurociência, mesmo no futuro. O que a pessoa estiver realmente pensando quando praticar determinado ato continuará permanecendo um mistério, que não será resolvido nem pela Ciência nem pelo processo penal.

Um homem mata a sua esposa durante a madrugada. Ele admite o fato, contudo alega que pensava estar agindo em legítima defesa, atirando num assaltante. As provas demonstram que, poucos meses antes, a mesma casa fora invadida por assaltantes armados. Testemunhas garantem que o relacionamento do casal não passava por um bom momento. Ninguém viu o que se passou no momento dos fatos. Qual será o veredito?

O processo penal pode levar a condenações ou absolvições injustas pela incapacidade de investigar o que o acusado pensou no momento do crime. Dentro dessa experiência subjetiva inalcançável é que se encontra o livre-arbítrio, igualmente inalcançável.

No caso que julgamos, a autoridade policial vislumbrou, na leitura dos movimentos corporais do acusado, um momento de *dúvida*. Que *dúvida* seria essa? Seria exatamente o *livre-arbítrio*. A deliberação sobre praticar ou não o crime.

²⁷⁵ Voltando ao caso concreto, o réu manteve-se em silêncio por orientação de seu advogado no interrogatório judicial. Contudo, perante a autoridade policial, havia explicado que desligou o sistema por engano, sendo que pretendia, na verdade, apenas tirar as imagens das câmeras que estavam ocupando espaço na tela do computador.

Por que alguém pratica um crime? Há razões? Certamente. Eventuais necessidades financeiras, a imperiosidade de ajudar um parente doente, a mera ambição e uma infinidade de outros motivos, nobres ou não. Porém, mesmo com todas as razões, haverá um momento em que o agente decide se pratica ou não o delito. Pode ter havido premeditação amparada numa firme certeza, intensas reflexões e dúvidas do que fazer, ou o mero ímpeto, a decisão tomada de inopino, sem deliberações internas precedentes. Em algum momento, existe uma escolha, ainda que causada por uma força misteriosa ou por uma escuridão. Esse é o momento do livre-arbítrio.

Podia o réu ter agido de outro modo ou conforme os fins, de acordo com Welzel? Outro modo remete a infinitas possibilidades, o que é inverificável. Alguém decide cometer um assalto para comprar um remédio caríssimo para a mãe doente, medicamento esse em falta no serviço público ou com longa fila de espera. Pratica um roubo, sem cometer violência, e consegue a quantia necessária para o remédio. Podia ter agido de outra forma, ou, mais exatamente, esse réu, considerando o momento e todas as suas circunstâncias, podia efetivamente ter agido de forma lícita para resolver a específica questão? Mudemos parcialmente os fatos: na mesma situação, o autor pratica o roubo, agindo com violência e matando a sangue-frio o assaltado, apenas para não ser posteriormente reconhecido. Note-se como fica muito mais difícil reconhecer a inexigibilidade de conduta diversa.

Concordamos com a tese do ator situado. Ninguém decide nada no vácuo, de forma completamente independente do mundo justo ou injusto à sua volta. No entanto, a esse ator não se lhe é imposto um roteiro prévio (aliás, quem imporá tal roteiro?). Em algum ponto, ainda que pelo improvisado, o ator também se torna *autor*, assumindo a sua parte de responsabilidade por aquilo que fez ou deixou de fazer. Ainda que corresponsável, não deixa de ter a sua dose de responsabilidade. Torna-se um *autor situado*. Sua escolha não precisa ter sido racional. Qual ser humano que realiza apenas e tão somente escolhas puramente racionais? Mesmo assim, não deixam de ser escolhas.

Mas, e se a tese do pior determinismo neurobiológico for correta e nada sequer do que pensamos for fruto de um “eu”, pertencendo tudo ao cérebro? Então, mudaremos nossa concepção sobre “nós” mesmos. Seremos cérebros e não pessoas. E, assim, não seremos vítimas de nossos cérebros, porém cérebros

responsáveis. A Neurociência não conseguirá avançar muito numa questão que não é própria das Ciências Naturais. Livre-arbítrio, culpa e responsabilidade são conceitos culturais, religiosos, ético-filosóficos e/ou até jurídicos. Não são conceitos biológicos.²⁷⁶

Isso implica descartar completamente a Neurociência? Não. A Neurociência tem muito a nos oferecer no diagnóstico de transtornos mentais que podem levar à prática dos delitos (âmbito da imputabilidade), nas explicações de quando o cérebro atinge a sua plena maturidade (o que poderia refletir na definição da idade da maioridade penal, ou seja, no âmbito da política criminal), e até no que se refere a um maior esclarecimento dos estados emocionais do agente por ocasião da prática delitiva (contribuindo para a análise de eventual afastamento do dolo ou para a dosimetria da pena).

A Neurociência consegue ou conseguirá destruir os pressupostos filosóficos do Direito Penal? A nosso ver, não, e aqui ficamos com a posição de Hassemer sobre o erro categorial. A Neurociência, com seus eletrodos, aparelhos de neuroimagem e possíveis futuros *scanners* cerebrais, tem, e sempre terá, os seus limites, não sendo suficiente para determinar o conceito filosófico de liberdade ou de livre-arbítrio para outras Ciências.

Porém, se não rejeitamos nem provamos o livre-arbítrio, tudo o que dissemos até aqui terá sido inútil? Não passará, então, o livre-arbítrio de uma ilusão, como afirmado por Tolstói? E se for uma ilusão, não será então o Direito Penal irracional?

Existe uma utilidade ainda que pressuposta em tudo isso o que foi dito. Há um momento qualquer, ainda que não possa ser conhecido, em que ocorre uma escolha. A vida é feita de escolhas. O que comer, que profissão seguir, com quem se casar, praticar ou não crimes etc. Ninguém é tolo a ponto de afirmar que a escolha é feita independentemente de quaisquer outros fatores. Além de tudo, ainda que a escolha seja feita, não se sabe se o ato está de acordo com a intenção subjetiva da pessoa. Come-se frango, porém desejava-se carne; torna-se juiz, porém desejava ser aprovado em outro concurso público; casa-se com

²⁷⁶ Exatamente por isso nos parecem, com a devida vênia, despropositados alguns argumentos de Sam Harris, no sentido de que, por exemplo, lutamos contra epidemias sem precisar atribuir-lhes livre-arbítrio. Cf. *Free will*, p. 56. Não atribuímos livre-arbítrio a epidemias, doenças, tempestades, furacões etc., justamente porque se trata de um conceito cultural, e não natural. Logo, não há que se falar em livre-arbítrio para tais fenômenos naturais, como é o óbvio ululante.

alguém por dinheiro, quando ama outrem; comete-se um delito, pois se viu pressionado pelas circunstâncias; condena-se alguém por um fato, pensando em outro. São infinitas as hipóteses e o livre-arbítrio que determina a escolha, ainda que contrária ao desejo interno, é um pressuposto indemonstrável.

Um fato impossível de ser comprovado não é uma ilusão? Essa é uma possível premissa, porém incorreta em nosso entender. Se, em algum momento, escolhermos algo para nossas vidas, e efetivamente escolhermos todos os dias, o livre-arbítrio, ainda que limitado, é um fato. Contudo, é ilusório tentar comprová-lo de forma a gerar uma certeza absoluta. E exatamente por isso, em regra, ele não é, a princípio, questionado no processo penal, tanto que a ausência de liberdade, pela inimputabilidade, coação moral irresistível, estado de necessidade etc., deve ser demonstrada.

Num processo-crime, busca-se provar que o réu matou, roubou, estuprou, furtou etc. Busca-se provar o ato, a conduta e a autoria. Não se tenta provar quando ele *decidiu* matar, roubar, estuprar etc. Evidentemente, provas podem ser coletadas nesse sentido, como documentos escritos e testemunhas do que o acusado fez ou falou. Mas, essa é a prova do *dolo*, estando o livre-arbítrio nele subentendido. Entretanto, ainda que o acusado tenha escrito ou proferido verbalmente ameaças, isso não significa necessariamente que ele matou. Tudo será uma questão de valoração, tentando alcançar a *verdade mais provável* de acordo com as provas colhidas nos autos, sendo a *verdade real* a meta que pode ou não ter sido atingida. Todavia, se o livre-arbítrio, em regra, não é demonstrado, e se a verdade real pode não ser atingida, não será, em rigor, o processo penal e todo o sistema criminal uma ilusão irracional? Não estamos correndo o risco diário de punir inocentes e absolver culpados? Sim, vivenciamos esse risco diário e podemos estar diariamente praticando injustiças, num e noutro sentido, condenando ou absolvendo.

Veremos a irracionalidade adiante e nos perguntaremos se não será melhor acabar com tudo isso, com todo o sistema criminal.

Por enquanto, concluímos pelo *in dubio pro libertatis*. Não só pela simplória razão de que a inexistência do livre-arbítrio ainda não foi comprovada. Mais do que isso, a *dúvida* está sempre presente em todos nós. Em nosso dia a dia, e a todo o momento, somos levados a uma escolha, ainda que obviamente dentro dos limites do mundo à nossa volta. A *dúvida*, para nós, é a prova do livre-arbítrio,

pois é a prova de que temos que escolher. O leitor poderá discordar. No entanto, fica o convite a nos provar, ou pelo menos nos convencer do contrário. Um bom começo seria nos demonstrar que estas linhas não foram escritas livremente. No entanto, de qualquer forma, fica o conselho: se quiser mudar o mundo, dizendo que ninguém é culpado ou responsável, não se esqueça de culpar e responsabilizar os penalistas de modo geral.

3 O ANARQUISMO CRISTÃO DE TOLSTÓI E O DIREITO PENAL

3.1 Por que ler este capítulo, se Tolstói está indubitavelmente errado?

Iniciamos já com uma provocação, que não se resume apenas a este capítulo, tendo também relação com o trabalho inteiro. Afinal, existe um senso até certo ponto comum de que a religião cristã seria o principal óbice a algumas pautas políticas, como a descriminalização do aborto e do tráfico de drogas.

Especialmente no primeiro exemplo supracitado, é mais do que claro que a criminalização do aborto teria como fonte material o Cristianismo, em particular o Catolicismo, razão pela qual não valeria perder tempo com o evidente equívoco de Tolstói.

Será mesmo?

Bem, em primeiro lugar, a ideia de que o aborto é criminalizado apenas por fundamentos religiosos é um entendimento muito disseminado, o qual, invariavelmente, ganha força, em especial em julgamentos de casos extremos, como os do abortamento dos anencéfalos,²⁷⁷ e, mais recentemente, nos casos de microcefalia, decorrentes da epidemia do vírus Zika no Brasil.²⁷⁸

²⁷⁷ Veja-se, por exemplo, a seguinte notícia: DUARTE, Joana. Criminalização do aborto é incompatível com Estado laico. *Opinião & Notícia*, Rio de Janeiro, 11 abr. 2012. Disponível em: <<http://opinioenoticia.com.br/opinio/criminalizacao-do-aborto-e-incompativel-com-estado-laico/>>. Acesso em: 2 jun. 2017. No mesmo sentido: GOMES, Luiz Flávio. Aborto anencefálico: direito não é religião. *Migalhas*, [S.l.], 29 set. 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI69737,91041-Aborto+Anencefalico+direito+nao+e+re+ligiao>>. Acesso em: 2 jun. 2017. No último texto, Luiz Flávio Gomes refere-se a decisões nas quais juízes teriam negado o pedido de abortamento do anencéfalo, aduzindo razões religiosas. Em evento realizado na Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Rio de Janeiro (OAB/RJ), considerou-se que a criminalização do aborto não seria compatível com a laicidade do Estado (Vide TRIBUNA DO ADVOGADO. Consciência de estado laico é defendida em seminário sobre aborto. *OABRJ Digital*, Rio de Janeiro, 26 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.oabrj.org.br/noticia/90314-consciencia-de-estado-laico-e-defendida-em-seminario-sobre-aborto>>. Acesso em: 2 jun. 2017). Investigaremos, especificamente, a questão da criminalização do aborto em capítulo posterior, acerca das irracionalidades do sistema criminal.

²⁷⁸ Chegou-se a ajuizar, no Supremo Tribunal Federal, ação direta de inconstitucionalidade cumulada com arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADI nº 5581), com pedido de interrupção de gravidez como possibilidade excepcional para mulheres infectadas pelo vírus Zika. O processo ainda não foi julgado, porém o Procurador-Geral da República assim se manifestou sobre o tema: “Tem razão a requerente quanto à inconstitucionalidade da criminalização do aborto em caso de infecção pelo vírus da zica. A continuidade forçada de gestação em que há certeza de infecção pelo vírus da zica representa, no atual contexto de desenvolvimento científico, risco certo à saúde psíquica da mulher. Ocorre violação do direito

Há, também, mais do que possivelmente, uma razão histórica para se relacionar o Direito Penal e o Cristianismo, qual seja os períodos da Inquisição tanto romana quanto espanhola, nos quais milhares de pessoas, dentre judeus e mulheres, consideradas bruxas, foram condenadas por tribunais do Santo Ofício e queimadas vivas.

Portanto, é inegável a existência de um sentimento de que o Cristianismo é a principal causa da criminalização de certas condutas como o aborto, o que ofenderia o Estado laico e demonstraria, numa visão apressada, que Tolstói está indubitavelmente errado.

Não obstante, convidamos o leitor a se deter um pouco mais sobre o assunto e a se libertar de visões apressadas e superficiais.

Lembramos, a propósito, que Tolstói, por exemplo, estava indubitavelmente errado aos olhos da Igreja Ortodoxa, que chegou ao ponto de excomungá-lo, apesar de toda a sua popularidade na Rússia, o que até rendeu ao escritor russo a existência de seguidores do chamado *tolstoísmo*.

Dentre outras divergências com a Igreja, Tolstói foi enfático e veemente ao declarar que o Direito Penal seria contrário à Lei de Cristo, com o que todas as referências e influências cristãs no julgamento penal seriam uma negação do que Jesus efetivamente pregava.

Com efeito, detendo-nos especificamente nos Evangelhos, não encontramos palavras de Jesus defendendo a punição, seja do aborto, seja de qualquer outro crime. Mas, por que então, frequentemente, as Igrejas Cristãs, em regra, se posicionam contrariamente às descriminalizações de algumas condutas? Haveria uma relação indissociável entre crime e pecado? Será que as Igrejas todas falharam e apenas Tolstói conseguiu discernir corretamente os ensinamentos cristãos? Somente Tolstói estava certo?

É o que veremos adiante, analisando o anarquismo cristão de Tolstói e avaliando a efetiva relação de compatibilidade entre o Direito Penal e o Cristianismo. Porém, para isso, teremos que examinar as diferenças de pensamento de Tolstói para com as Igrejas Cristãs, as quais são a origem das

divergências em relação ao Direito Penal. Estudaremos, pois, em seguida, a Religião de Tolstói.

3.2 A teologia de Tolstói

Na obra “Minha religião”, Tolstói admite ter sido um niilista a maior parte da sua vida, afirmando que isso mudou quando passou a compreender os ensinamentos de Jesus Cristo de uma forma diferente daquela que sempre havia compreendido.²⁷⁹

Talvez possamos comparar a situação de Tolstói com a população de nosso país. Aqui, tem crescido o número de pessoas que seguem a Religião Evangélica, mas a maioria dos brasileiros ainda se declara como católica.²⁸⁰ Porém, dentre os católicos, é comum a expressão “católico não praticante”, que pode ser definido como o crente que foi batizado na Igreja Católica, mas que não costuma seguir os ensinamentos e práticas católicas. Enfim, quase um niilista, pois diz ser uma coisa que, na verdade, não é, e frequentemente se comporta como se não acreditasse em nada.

É assim que Tolstói se refere a si mesmo: “Durante 35 anos da minha vida fui, na plena acepção da palavra, um niilista – não um socialista revolucionário, mas um homem que em nada acreditava”.²⁸¹ E a comparação se justifica ainda quando o não praticante se diz crente em Deus, eis que, por vezes, o seu modo de viver a vida demonstra que ele não acredita em nada do que diz acreditar.

Essa comparação serve apenas para desmistificar Tolstói, a fim de que o leitor não tenha a impressão de que ele foi sempre um crente dedicado ou fanático. Nesse ponto, ele foi, durante um longo período, alguém como qualquer

²⁷⁹ *Minha religião*, p. 17.

²⁸⁰ No censo de 2010 realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), foi constatada queda no número de católicos, contudo tal religião ainda se mostrou majoritária. Dentre os evangélicos, a maioria se declarou pentecostal. Vide *Censo 2010: número de católicos cai e aumenta o de evangélicos, espíritas e sem religião*. Rio de Janeiro, 29 jun. 2012. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?view=noticia&id=3&idnoticia=2170&busca=1&t=censo-2010-numero-catolicos-cai-aumenta-evangelicos-espíritas-sem-religiao>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

²⁸¹ *Op. cit.*, *loc. cit.*

um de nós.²⁸² Em suma, um homem comum que, talvez repentinamente, aflorou a sua religiosidade.²⁸³

E não é por acaso que sua obra se chama “Minha religião”. Com efeito, se Tolstói repentinamente se tornou religioso, isso não quer dizer que ele passou, de inopino, a seguir a Religião na qual ele dizia não acreditar. Muito pelo contrário, o impulso que revolucionou esse lado de Tolstói parece justamente ligado a um entendimento totalmente diverso dos ensinamentos de Jesus Cristo.

De início, pode-se dizer que a concepção diversa de Tolstói acerca das palavras de Jesus tem por base o fato de ele ter feito uma tradução própria dos Evangelhos, diretamente do grego.²⁸⁴ Como vimos brevemente na introdução desta tese, a tradução pode gerar algumas divergências de conteúdo, advindo daí o “tradutor, traidor”.²⁸⁵

Apenas como exemplo, Tolstói questiona a tradução corrente da Bíblia, quando Jesus é questionado sobre a mulher adúltera.²⁸⁶ Para o escritor russo, em verdade, a tradução é equivocada. A pergunta seria, pura e simplesmente, sobre o repúdio (prerrogativa exclusiva dos homens àquela época) e a *libertinagem*, a qual, na realidade, seria referente ao próprio homem. No entender de Tolstói, a tradução correta da pergunta seria a seguinte: se o homem que repudia a esposa, mesmo sem o propósito de libertinagem, mas para casar com outra, cometeria

²⁸² Tolstói, nesse ponto, pode se comparar ao protagonista do seu romance “Ressurreição”, Nekhliúdob, que também passa por uma inesperada transformação, ao reencontrar uma mulher com quem teve um romance na juventude. Ainda falaremos mais desse romance.

²⁸³ Neste trabalho, não temos pretensões biográficas, e também não é relevante, aqui, saber quais os motivos que levaram Tolstói a estudar mais a fundo os ensinamentos de Jesus Cristo. Um homem pode ter diversas razões ocultas, nem sempre por ele externadas, o que acarreta uma tarefa mais árdua para historiadores e biógrafos. No livro “Uma confissão”, ao qual remetemos o leitor, Tolstói menciona algumas das razões para a sua conversão. Vide TOLSTÓI, Liev. *Uma confissão*. Tradução e apresentação de Rubens Figueiredo. São Paulo: Mundo Cristão, 2017. Em “Minha religião”, o escritor russo afirma que a chave para compreender todo o significado foi a leitura das palavras de Jesus para não se resistir ao mal. Cf. *Minha religião*, p. 30.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 23.

²⁸⁵ Conforme já mencionamos, não dominamos o idioma russo, de modo que, para entender Tolstói, recorreremos a leituras variadas, de diferentes tradutores, e dando preferência, sempre que possível, a traduções diretas do russo, evitando a tradução da tradução. Nas palavras de Cyril Aslanov, “[...] a metáfora implícita no *traduttori traditori* supõe que o tradutor infiel trai a autoridade do autor ou do texto. No entanto, o tradutor não está traindo ninguém. Ele apenas procura subterfúgios que tornem o texto aceitável para o leitor”. (*A tradução como manipulação*. São Paulo: Perspectiva, 2015, p. 12).

²⁸⁶ Por sinal, neste ponto, é comum, hodiernamente, a tradução desse trecho com a utilização do termo *divórcio*, o que pode causar certa confusão. É preciso ter cautela com esse termo. Conforme é cediço, o divórcio, que pode ser pedido por qualquer dos cônjuges, é uma conquista mais do que recente, não sendo desse *divórcio* que falava Jesus. Na época de Cristo, existia tão somente a figura do repúdio, que era prerrogativa exclusiva do homem. Para alguns, o repúdio poderia resultar numa *carta de divórcio* à mulher, liberando-a para casar novamente. O divórcio, no entanto, não tinha o mesmo significado que tem hoje.

adultério. E, para Tolstói, Jesus teria respondido afirmativamente, no sentido de que o abandono da esposa, mesmo sem a finalidade de libertinagem, seria adultério.²⁸⁷

Outro ponto relevante de divergência é o de que Tolstói, não obstante acreditar totalmente nos ensinamentos de Jesus, nega-Lhe o caráter divino. Para ele, Jesus seria meramente um mortal. O escritor russo justamente critica a teoria da Trindade por passar a ideia de que Jesus teria uma doutrina excelente, todavia impraticável, de modo que, somente após a morte, com a vida eterna, ter-se-ia acesso ao Reino de Deus.²⁸⁸ Para Tolstói, Jesus nunca teria falado nada sobre a vida eterna; pelo contrário, teria ensinado como viver a nossa vida atual, que seria breve e única, porém cumprindo a vontade de Deus. Uma vida vivida apenas para si não seria razoável.²⁸⁹ Em suas palavras:

E então, o que fazer se apenas eu compreendo a doutrina de Jesus e apenas eu tenho confiança nela no meio de um povo que não a compreende, nem obedece a ela? O que fazer? Viver como o resto do mundo, ou viver de acordo com a doutrina de Jesus? Compreendi a doutrina de Jesus tal como é expressa em seus mandamentos e acredito que a prática desses mandamentos vai trazer felicidade para mim e para todos os homens. Compreendi que cumprir esses mandamentos é a vontade de Deus, a fonte da vida. Mais ainda: vi que eu ia morrer como um animal depois de uma existência ridícula se não cumprisse a vontade de Deus e que a única possibilidade de salvação está em cumprir a Sua vontade.²⁹⁰

Tolstói sempre se mostra extremamente crítico à Igreja e às suas doutrinas. Em verdade, para o escritor russo, a Igreja teria criado mitos, como o da vida eterna, os quais, em vez de contribuírem para que as pessoas seguissem os ensinamentos de Cristo, teriam efeito contrário, no sentido de que bastaria a elas ter fé para que pudessem gozar da vida eterna, independentemente do que fizeram na vida terrena.²⁹¹

²⁸⁷ *Minha religião*, p. 98-99.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 136.

²⁸⁹ “Ora, a doutrina da imortalidade individual da alma não nos leva a renunciar à vida pessoal; afirma, ao contrário, que a individualidade vai continuar para sempre.” Cf. *Ibidem*, p. 159.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 162.

²⁹¹ De fato, basta lembrar a época do comércio das indulgências pela Igreja Católica, em que se vendia a remissão da pena a ser aplicada pela Justiça de Deus. Hoje, a indulgência não é mais condicionada a pagamentos na Igreja, sendo digna de nota a possibilidade, conferida pelo Papa Francisco, de se perdoar o pecado do aborto. A esse respeito, confira-se a seguinte notícia:

Por essas e outras razões, Tolstói foi excomungado pela Igreja Ortodoxa da Rússia.

Aliás, Tolstói também critica Paulo e Constantino, que, segundo ele, seriam os primeiros deturpadores dos ensinamentos de Jesus. Para Tolstói, Paulo substituiu as doutrinas éticas de Jesus por uma teoria físico-cabalista, estranha às primeiras.²⁹²

Contudo, especialmente para os fins deste trabalho, importa o que Tolstói pensava sobre o Antigo Testamento. De fato, ainda hoje, as diferenças entre o Antigo e o Novo Testamento constituem tema de discussão entre os teólogos. Prevalece a versão do compatibilismo, tanto que a Bíblia cristã é composta de ambos os Testamentos.

Há quem diga, mesmo, que existe uma clara diferença entre o Deus do Antigo e o do Novo Testamento. Simplificadamente, e enfocando apenas uma característica, no Antigo Testamento haveria um Deus da ira, da vingança, da *retribuição*, sendo essa visão retributiva uma das fontes remotas do Direito Penal.²⁹³ De outro lado, Jesus teria revelado um outro Deus, o do amor e do perdão.

Enquanto os teólogos cristãos, em regra, têm procurado demonstrar a compatibilidade entre os Testamentos, Tolstói interpreta a Lei do Amor como negação da lei mosaica. Em seu entendimento:

RÁDIO VATICANO. Papa explica como receber indulgência. *Canção Nova*, Cachoeira Paulista, 1º set. 2015. Disponível em: <<http://noticias.cancaonova.com/mundo/papa-explica-como-receber-indulgencia>>. Acesso em: 7 jun. 2017. Ainda falaremos especificamente sobre o crime de aborto, nos próximos capítulos.

²⁹² *Minha religião*, p. 219.

²⁹³ Essa visão, a bem da verdade, é uma simplificação excessiva do Antigo Testamento. Recorde-se, por exemplo, da história de José, que foi vítima de seus irmãos e, depois, tornou-se governador do Egito. Ao reencontrar seus irmãos, acabou reconciliando-se com eles. Analisando as raízes bíblicas da culpa, George P. Fletcher pergunta-se se a mera confissão dos irmãos é um substituto adequado para a punição (Cf. *The grammar of criminal law: american, comparative, and international*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 306). Mesmo após a conciliação, os irmãos questionam-se se, após o falecimento do pai, José os trataria como inimigos pelo que fizeram anteriormente com ele (e que restou sem punição). José, então, os tranquiliza, perguntando se, por acaso, estaria no lugar de Deus (Gênesis, 50:19). A história de José revela um crime sem punição, havendo apenas arrependimento e misericórdia. De outro lado, Milton Gustavo Vasconcelos Barbosa lembra, ainda, que, no Velho Testamento, o primeiro homicídio, de Caim contra Abel, é perdoado por laweh, que ainda concebe a marca de Caim, advertindo que aquele que o matasse seria castigado por sete vezes. Antes do que uma apologia da violência, conforme bem anota o autor citado, tal marca teria por finalidade a *prevenção* de uma espiral da violência Cf. A justiça “deste mundo”, o “justo” transcendente e a justiça de transição. In: FENSTERSEIFER, Daniel Pulcherio (Coord.). *Estudos em ciências criminais*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 42-58, p. 42. Adiante, falaremos sobre essa concepção de perdão no Antigo Testamento e uma possível inspiração para a justiça restaurativa.

Eu conhecia o Velho Testamento muito bem e, em particular, os últimos livros de Moisés; e me recordo de certas passagens onde doutrinas detalhadas, frequentemente absurdas e mesmo cruéis em sua intenção, são precedidas pelas palavras “E o Senhor disse a Moisés”; eu achava muito estranho que Jesus confirmasse todas essas regras; eu não conseguia entender por que fez isso. [...] Agora que compreendi o significado claro e simples da doutrina de Jesus, vejo com a maior nitidez que as duas leis são diretamente opostas uma à outra, que elas nunca poderiam ser harmonizadas; que, em vez de suplementar uma com a outra, é inevitável termos de escolher uma das duas; e que a explicação recebida dos versículos 17-20 de Mateus, que me impressionaram por sua obscuridade, devia estar errada.²⁹⁴

Os versículos acima mencionados referem-se à passagem relativa ao Sermão da Montanha, em que Jesus teria dito que não tinha vindo para destruir a lei, mas para cumpri-la. Mesmo na Igreja, alguns interpretam essa passagem de modo que a obrigatoriedade de certos mandamentos da lei mosaica, como o fato de ter que guardar o sábado, teriam cessado com a morte de Jesus na cruz, diante da utilização da expressão “até que tudo se cumpra” (Mateus, 5:18).²⁹⁵ Portanto, de acordo com essa interpretação, a lei mosaica deveria ser seguida literalmente, até o cumprimento do plano de Deus, isto é, com o sacrifício de Jesus na cruz.

No entanto, Tolstói atenta-se à passagem de Mateus 5:20, na qual Jesus fala que não entrarão no Reino dos Céus aqueles cuja justiça não for superior à dos escribas e dos fariseus.²⁹⁶ Tolstói conclui que Jesus não veio destruir a lei eterna, ou seja, referiu-se à Lei de Deus, e não àquela *escrita* por escribas e fariseus. Nessa linha de raciocínio, portanto, Tolstói nega o caráter divino à lei escrita, ou seja, ao Antigo Testamento, esclarecendo que Jesus teria vindo para cumprir a norma divina, não escrita. Tal conclusão diverge, por exemplo, da interpretação de Santo Agostinho, para quem Jesus acrescentou novos preceitos, sem alterar ou revogar a velha lei.²⁹⁷

Em outra obra, Tolstói é categórico a esse respeito:

²⁹⁴ *Minha religião*, p. 72.

²⁹⁵ Cf. BÍBLIA, p. 1711.

²⁹⁶ TOLSTÓI, Liev, *op. cit.*, p. 73.

²⁹⁷ *Sobre o sermão do Senhor na montanha, incluído o Pai Nosso*. Tradução de Carlos Nougué. São Paulo: Filocália, 2016, p. 47.

Homens que creem num Deus malvado e insensato, que amaldiçoou a raça humana e mandou seu filho ao sacrifício e uma parte dos homens à tortura eterna não podem crer num Deus de amor. O homem que crê em Deus-Cristo que julga e pune ruidosamente os vivos e os mortos não pode crer num Cristo que ordena dar a face ao ofensor, não julgar, perdoar e amar os próprios inimigos. O homem que crê no caráter divino do Antigo Testamento e na santidade de Davi, que em seu leito de morte, delega a missão de matar o velho que o ofendeu, a quem ele não pode matar pessoalmente por estar ligado a um juramento (1 Rs 2,8) e muitas outras vilanias das quais o Antigo Testamento está cheio, não pode crer no sagrado amor de Cristo.²⁹⁸

Tolstói, desse modo, rompe com o Velho Testamento “cheio de vilanias” e se dedica unicamente à doutrina de Jesus, sem necessitar recorrer a algumas interpretações mosaicas. O rompimento com o Velho Testamento é um passo importante que Tolstói dá em relação a um Cristianismo abolicionista. É o que veremos a seguir.

3.3 Tolstói, o primeiro abolicionista do Direito Penal?

Quando se menciona a perspectiva abolicionista do Direito Penal, geralmente são lembrados os nomes de Thomas Mathiesen,²⁹⁹ Louk Hulsman³⁰⁰ e Nils Christie,³⁰¹ todos criminologistas. De todo modo, o abolicionismo é uma corrente derivada da Criminologia Crítica dos anos de 1960 e 1970. Essa é a origem comumente lembrada do abolicionismo penal.

Contudo, antes da Criminologia Crítica, Tolstói, interpretando a doutrina de Jesus, praticamente criou a sua própria Religião,³⁰² e, em suas obras religiosas (“Minha religião” e “O Reino de Deus está em vós”), bem como no romance

²⁹⁸ *O Reino de Deus está em vós*. 2. ed. Tradução de Celina Portocarrero. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014, p. 78-79.

²⁹⁹ MATHIESEN, Thomas. *Juicio a la prisión*. Traducción de Mario Coriolano y Amanda Zamuner. Buenos Aires: Ediar, 2003.

³⁰⁰ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lucia Karam. Niterói: LUAM, 1993.

³⁰¹ CHRISTIE, Nils. *Limites à dor: o papel da punição na política criminal*. Tradução de Gustavo Noronha de Avila, Bruno Silveira Rigon e Isabela Alves. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

³⁰² É conhecido o termo “tolstoísmo”, cunhado para designar o grande movimento de seguidores de Tolstói. Cf. ARAUJO Y GÓMEZ, Fernando. El tolstoísmo y el anarquismo. In: GONZÁLEZ, José Calvo (Org.). *El alma y la ley*. Tolstói entre juristas. España (1890-1928). Sevilla: Comunicación Social, 2010, p. 133-137.

“Ressurreição”, advogou a abolição do Direito Penal. Tolstói, assim, um anarquista cristão, pode ser considerado o primeiro abolicionista do Direito Penal.

Claro que a base para o abolicionismo de Tolstói é religiosa, todavia, ele também aponta o Direito Penal como contrário à razão, o que será mais bem investigado no próximo capítulo. Por ora, enfocaremos esse Cristianismo abolicionista de Tolstói.

Em primeiro lugar, cabe indagar como Tolstói conseguiu divergir tanto do pensamento em regra defendido pelas Igrejas Cristãs. Oficialmente, nenhuma Igreja Cristã, seja ela Católica, Batista, Presbiteriana, Metodista, Neopentecostal etc., defende a completa abolição do Direito Penal. Até, pelo contrário, amiúde, quando se questiona, por exemplo, a descriminalização do aborto, surgem notícias de oposição da Igreja Católica e de outras Igrejas Cristãs. Afinal, por que a Igreja se preocupa com o que deve e o que não deve ser criminalizado?

Não se trata, obviamente, apenas de um problema de tradução da Bíblia, muito embora esse seja justamente um dos pontos constantemente referidos por Tolstói, conforme vimos na última subseção. Mas, para além disso, cuida-se também de saber interpretar corretamente as palavras e as ações de Jesus Cristo. Como compatibilizar, por exemplo, o ensinamento de dar a outra face com o episódio da expulsão dos vendilhões do templo?³⁰³

Na verdade, os diferentes Evangelhos não são muito claros acerca de eventual violência física contra os comerciantes. De outro lado, um questionamento semelhante feito por Jesus, nesse caso, lembra também uma passagem do Antigo Testamento.³⁰⁴ Não consta, por exemplo, que o chicote tenha sido utilizado para ferir pessoas. Pelo que consta, eventual ataque teria sido feito aos objetos vendidos, e não a quem os vendia. Assim, estar-se-ia impedindo o mal, o que seria diferente de resistir ou contrapor-se a ele.

Não há, assim, propriamente, uma contradição entre tais episódios na vida de Jesus, inexistindo um elemento que indique que tenha ocorrido violência física. Contudo, esse episódio poderia ser invocado para se sustentar que, ao menos, de acordo com o próprio Cristo, seria possível *impedir* o mal, o que guardaria uma correlação com o papel do Direito Penal. Enfim, um mesmo fato poderia gerar

³⁰³ A narrativa é descrita em Marcos 11:15-19, Mateus 21:12-17, Lucas 19:45-48 e João 2:13-16. Cf. BÍBLIA, p. 1776, 1741, 1824 e 1847, respectivamente.

³⁰⁴ Jeremias, 7:11. Cf. *Ibidem*, p. 1378.

duas interpretações: uma favorável e outra contrária ao Direito Penal. Nesta última hipótese, poder-se-ia dizer, analogamente, que agiria como Jesus quem apenas impede o ladrão de cometer o roubo, porém não o prende nem toma qualquer outra medida contra ele (exatamente como no caso dos vendilhões).

Mas, na realidade, é pouco provável que as Igrejas tenham sustentado a necessidade de criminalizar certas condutas apenas com base na exegese de algumas passagens da Bíblia.

De fato, uma possível explicação reside no reforço que a lei penal traz para a noção de pecado. Nessa linha de raciocínio, se, por exemplo, a Igreja condena o aborto como pecado, a descriminalização desse ato enfraqueceria a noção de que se trata de conduta pecaminosa. E, de certa forma, a permanência da noção de pecado permite que as Igrejas, de modo geral, mantenham a sua relevância como guardiãs do caminho que as pessoas seguem. E tal como ocorre no âmbito do próprio Direito, o pecado sem uma sanção não é, ou pelo menos não parece, algo errado.

Já Tolstói não se preocupa com a punição dos pecadores, não recorrendo sequer à justiça divina. Sua tese é a de que o homem deve preocupar-se com a vida que viveu, seguindo os preceitos de Jesus, consoante acima visto.

Tolstói, então, torna-se um abolicionista tanto no sentido divino quanto no sentido terreno. Ao negar a hipótese da vida eterna, obviamente ele não se preocupa com a ideia de um “Juízo Final”, sendo o homem o juiz de si mesmo. Ao cabo de sua vida, ele chegaria à conclusão sobre o modo como viveu, se como um animal ou se como alguém que viveu racionalmente, livre das tentações do pecado.

Enfim, pode parecer pouco, mas a recompensa seria poder realizar uma análise positiva da própria vida. Se nem Deus pune o pecado, como os homens poderiam fazê-lo? Só mesmo contrariando a lei de não resistir ao mal. A Lei do Amor, então, não pode ensejar punição, mas apenas perdão.

De certa maneira, essa ideia encontra eco na novela “A sonata a Kreutzer”, mencionada no primeiro capítulo, em que o assassino da esposa, embora absolvido pelo júri, vive perturbado, desejando contar a sua história de como, na verdade, já havia matado a sua esposa desde o primeiro dia do casamento. Nessa obra, que não é considerada própria da fase religiosa de Tolstói, a punição revela-se desnecessária para o assassino, que já se tornou o juiz de si mesmo,

chegando até a ironizar a própria ingenuidade do júri, chamado por ele de “gente tola”.³⁰⁵ Mas, é em outra obra literária, “Ressurreição”,³⁰⁶ considerada um romance de tese, que Tolstói explicita os seus mais duros ataques ao Direito Penal e às prisões, com enfoque tanto na questão da irracionalidade quanto na contrariedade à doutrina de Cristo.

Esse romance, por sinal, teria a sua trama baseada em fatos reais.³⁰⁷ Numa rápida sinopse, Nekhliúdob, um despreocupado aristocrata, é chamado a compor um júri num caso em que três pessoas são acusadas do crime de homicídio. Uma delas seria uma prostituta, que teria envenenado o homem, a fim de que todos pudessem apropriar-se de seu dinheiro. Nesse julgamento, Nekhliúdob depara-se com lembranças de sua juventude, quando passou um verão na propriedade de suas tias ricas. Ali, teve um envolvimento amoroso com Máslova, uma jovem com lindos olhos, que fora acolhida por suas tias. Depois de muita insistência, ele consegue o que realmente desejava e relaciona-se sexualmente com Máslova, sem a noção das consequências indesejáveis que resultariam desse ato. Depois disso, Nekhliúdob vai perdendo o interesse por Máslova, que, apesar de bela, não era de sua classe social, sendo, portanto, impossível o casamento. De partida, porém, ele a encontra com lágrimas nos olhos, sabendo o que aquilo significava. Sem pensar muito, ele lhe dá um dinheiro e vai embora, para viver a sua boa vida e esquecer o fato. No citado julgamento, Nekhliúdob não percebe de plano, dada a passagem dos anos, mas acaba reconhecendo que a prostituta acusada do homicídio é Máslova, a mesma que engravidara na juventude.

Passado o choque inicial, Nekhliúdob passa a se perguntar o que aconteceu. Como ela saiu da casa de suas tias e foi terminar naquela situação? O que aconteceu com o seu filho? E a dúvida que mais o assombra: estaria ela na atual situação por culpa dele, Nekhliúdob?

³⁰⁵ *A sonata a Kreutzer*, p. 46.

³⁰⁶ TOLSTÓI, Liev. *Ressurreição*. Tradução e apresentação de Rubens Figueiredo. São Paulo: Cosac Naify, 2013.

³⁰⁷ De acordo com a apresentação de Rubens Figueiredo, Tolstói teria concebido o romance em tela a partir de uma conversa com o jurista russo Anatóli Fiódorovitch Kóni, que, a propósito, teria fornecido a Dostoiévski informações de casos criminais, aproveitados no romance “Os irmãos Karamázov”. Cf. *Ibidem*, p. 7.

A partir daí, inicia-se uma jornada de redenção, ou talvez a ressurreição de Nekhliúdv, como uma nova pessoa, e, nas entrelinhas dessa história, Tolstói realiza uma demolidora crítica ao sistema criminal de seu tempo.

Também a própria Igreja e as missas da prisão não passaram ilesas do olhar crítico de Tolstói:

E não passou pela cabeça de nenhum dos presentes, desde o sacerdote e o diretor até Máslova, que aquele mesmo Jesus, nome que o sacerdote repetiu com um chiado um número incontável de vezes, louvando-o com toda sorte de palavras esquisitas, tinha proibido exatamente tudo o que se fazia ali. Proibiu não só aquele palavrório sem sentido, e a feitiçaria sacrílega dos sacerdotes-mestres com o pão e o vinho, como proibiu também, da maneira mais enfática, que algumas pessoas fossem chamadas de mestres por outras pessoas, proibiu preces em templos, mandou que cada um rezasse sozinho, proibiu até os templos, disse que tinha vindo para destruí-los e que não era preciso rezar em templos, mas na alma e na verdade; sobretudo, proibiu não apenas julgar as pessoas e mantê-las em reclusão, e torturar, humilhar e estigmatizar, como se fazia ali, como também proibiu toda violência contra pessoas e disse que veio para pôr os cativos em liberdade. Não passou pela cabeça de nenhum dos presentes que tudo o que se realizava ali era uma imensa blasfêmia e um escárnio contra aquele mesmo Cristo em nome de quem se fazia tudo aquilo. Não passou pela cabeça de ninguém que o crucifixo banhado a ouro, com medalhas esmaltadas nas pontas, que o sacerdote carregava e oferecia para as pessoas beijarem, não seria nada menos do que a imagem do patíbulo em que Cristo foi executado justamente porque proibiu aquilo que, em seu nome, se realizava ali.³⁰⁸

Nesse trecho, Tolstói confirma a sua tese de que a punição contraria os ensinamentos de Jesus, tomando como absoluta a proibição de julgar os outros. Ao mesmo tempo, ele critica e ironiza a atuação performática do sacerdote, fazendo referência às palavras sem sentido e à “feitiçaria sacrílega” do pão e do vinho como a carne e o sangue de Cristo, deixando claro, portanto, o seu ceticismo quanto à suposta transubstanciação na Eucaristia (após a benção do padre ou sacerdote, o pão e o vinho se transformariam na carne e no sangue de Jesus).

Tolstói também ironiza o próprio crucifixo, símbolo do julgamento e da execução injusta de Jesus, por ter se posicionado contra tudo o que ocorria ali na

³⁰⁸ *Ressurreição*, p. 140.

prisão, diante do seu ensinamento de não resistência ao mal. É curioso que, atualmente, a discussão sobre imagens de crucifixos em prédios públicos, dentre eles os tribunais, ganha ares quase exclusivos de um debate entre o caráter laico do Estado e a liberdade religiosa. Contudo, seguindo o posicionamento de Tolstói, retirar os crucifixos dos tribunais seria justamente uma forma de não se afrontar os ensinamentos de Jesus.

É realmente estranho o símbolo do crucifixo. Com exceção de algumas Igrejas Cristãs as quais proíbem qualquer simbologia, que seria uma forma de idolatria, o crucifixo representa para as pessoas o imenso sacrifício de Jesus. Porém, em regra, não se pensa que tal símbolo, em vez de inspirar, deveria causar repulsa por todas as injustiças ocorridas no julgamento e pelas insuportáveis torturas a que Jesus foi submetido, antes e, sobretudo, durante a crucificação. Mais adiante, iremos nos deter a essa fascinação pelo sacrifício de Jesus.

Mas, voltando à “Ressurreição”, Tolstói aprofunda a sua crítica e vê, nessa união entre o Estado e a Igreja, uma ilusão necessária para que os agentes penitenciários se sintam *em paz* com aquilo que fazem, e até para os próprios prisioneiros, a fim de se sentirem *confortados* e *conformados* com a sua situação:

[...] Já o diretor da prisão e os carcereiros, embora nunca tivessem sabido e muito menos tivessem examinado a fundo em que consistiam os dogmas daquela crença e o que significava tudo que se fazia na igreja, tinham a certeza da necessidade de acreditar piamente, uma vez que as autoridades supremas e o próprio tsar acreditavam. De mais a mais, embora de maneira confusa (não eram nem de longe capazes de explicar como acontecia), eles sentiam que aquela crença justificava o seu trabalho cruel. Se não existisse aquela crença, para eles não apenas seria mais difícil como talvez fosse até impossível empenharem todas suas forças para torturar as pessoas, como faziam agora, com a consciência absolutamente tranquila. [...] A maioria dos prisioneiros, exceto alguns poucos que viam claramente todo o engodo que se praticava com os adeptos daquela crença e, no íntimo, riam dela, a maioria acreditava que naqueles ícones banhados em ouro, nas velas, taças, casulas, crucifixos, nas palavras repetidas e incompreensíveis, “Jesus dulcíssimo” e “misericórdia”, abrigava-se uma força misteriosa por meio da qual se podia alcançar grandes confortos nesta vida e também na vida futura.³⁰⁹

³⁰⁹ *Ressurreição*, p. 141.

Ressalte-se que Tolstói, nos trechos acima transcritos, cita a prisão como um local de torturas e estigmatização, o que se revela em sua descrição do dia a dia dos presos. Todavia, trata-se de um ataque ligado à própria razão da pena e da prisão; portanto, voltaremos a essa questão no próximo capítulo.

Enfocaremos, agora, o interessante ponto no qual a missa e a Religião da Igreja criam uma ilusão sobre a doutrina de Cristo, capaz de confortar os agentes penitenciários e os próprios apenados.

Veja-se que Tolstói refere-se ao diretor da prisão de Máslova como um homem de “boa índole”; logo, a única forma de admitir a tortura decorrente da privação de liberdade é o fato de estar iludido por crenças impostas pela Igreja e pelo Estado, aqui representado pela referência ao *tsar*. No fundo, a ilusão se centraria no fato de supostamente estar se fazendo um *bem*, deixando as pessoas encarceradas. A missa na cadeia serviria para reforçar a legitimidade daquela instituição.

Tolstói constrói a sua narrativa habilmente, sempre fazendo menção às descobertas de Nekhliúdob sobre os horrores da prisão e de como todos pareciam cegos a isso. Nesse diapasão, Tolstói parece ser um precursor da Criminologia Crítica, eis que foca o problema no sistema criminal, e não na pessoa do *criminoso*. Uma das ideias inerentes à Criminologia Crítica, e também à Criminologia Clínica, é a de que a ressocialização é um mito, muito embora a sociedade em geral permaneça anestesiada quanto ao problema. Ou, colocando de forma mais clara, o fato é que ninguém se importa, ou muito pouca gente se importa. Aliás, a própria *ressurreição* de Nekhliúdob se deve ao fato de ele abrir os olhos para coisas com as quais ele próprio anteriormente não se importava e ficar admirado que ninguém faça o mesmo que ele.

Não que a narrativa não seja convincente. É fácil mostrar os horrores da prisão, e, amiúde, isso provoca algum tipo de mal-estar nas pessoas. Todavia, como Tolstói já antecipava, existe a crença no sistema, mas é uma crença amparada em ilusões, como a da ressocialização, e, mais especificamente, a de que tudo aquilo era permitido pela Lei de Jesus Cristo. No entanto, dizia Tolstói que tudo o que a prisão representa contraria a doutrina de Cristo. Será que apenas Nekhliúdob (ou melhor, Tolstói) abriu os olhos para a *verdade*?

Antes de abordar esse tormentoso tema, verificamos, ainda, que a ilusão da missa traria conforto para os próprios apenados. Ainda hoje, o papel da

Religião na execução penal é motivo de controvérsias. Há quem diga que a Religião é uma forma de alienação. Contudo, não vemos maiores problemas quando o apenado opta por participar ou não de grupos religiosos que eventualmente atuem dentro da prisão. Tratar-se-ia simplesmente do exercício de liberdade religiosa de cada um, do direito de crer ou de não crer.

Entretanto, constitui uma problemática quando a Religião se torna, em si, o método de *ressocialização*³¹⁰ da prisão. Parece ser esse, porém, o método APAC,³¹¹ elogiado por muitos e até mencionado por Ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, relativa à crise prisional no país.

Nas palavras de Mário Ottoni, um dos idealizadores da APAC, a entidade dispõe de “[...] um método de valorização humana, portanto de evangelização, para oferecer ao condenado condições de recuperar-se e com o propósito de proteger a sociedade, socorrer as vítimas e promover a justiça”.³¹² A finalidade da APAC não deixa de ser louvável, eis que visa a valorizar a pessoa do condenado, porém pressupõe que o apenado tenha uma Religião.³¹³

Embora o método APAC seja bastante diverso das “palavras incompreensíveis” da missa na prisão, descritas na obra de Tolstói, é inegável que, conforme o entendimento do escritor russo, o ensinamento de Cristo continua a ser incompatível com a prisão.

Não se pode olvidar, hoje, o trabalho da Pastoral Carcerária, que também tem um viés abolicionista, ao pugnar por uma agenda de desencarceramento.³¹⁴ A Pastoral Carcerária é ligada à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e, portanto, professa a fé católica. Não deixa de ser curioso, pois, como já lembrado, que a mesma Igreja Católica manifesta-se contrariamente à

³¹⁰ Aqui, lembramos apenas que o termo “ressocialização” é criticado, pois ao Estado não cumpriria moralizar, ressocializar, ou, enfim, doutrinar ninguém, muito menos no ambiente prisional.

³¹¹ A sigla tem dois possíveis significados: um inerente à associação responsável pela gestão de algumas unidades prisionais (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), e outro relativo ao próprio método de trabalho desenvolvido por essa associação (Amando ao próximo, amarás a Cristo). Veja-se a esse respeito a obra de Mário Ottoni: *Vamos matar o criminoso? Método APAC*. 4. ed. São Paulo: Paulinas, 2014, p. 36.

³¹² *Ibidem*, p. 33.

³¹³ “O Método APAC proclama, pois, a necessidade imperiosa de o recuperando ter uma religião, crer em Deus, amar e ser amado, não impondo este ou aquele credo, e muito menos sufocando ou asfixiando o recuperando com chamamentos que o angustiam, em vez de fazê-lo refletir.” Cf. *Ibidem*, p. 81.

³¹⁴ Vide *Agenda Nacional pelo Desencarceramento*. São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/agenda-nacional-pelo-desencarceramento>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

descriminalização do aborto. Não há, propriamente, uma contradição, eis que a Igreja pode eventualmente defender, em alguns casos, sanções alternativas à prisão, contudo, pode-se dizer, ainda, que permanece a discordância em relação ao pensamento central de Tolstói: o Direito Penal contraria a Lei do Amor de Jesus Cristo.

Tolstói foi, então, um declarado abolicionista do sistema criminal e crítico da Igreja de sua época, centrando a sua oposição na contrariedade ao ensinamento de Jesus, de que não devemos resistir ao mal.

Interessante, a propósito, recordar Luis Felipe Pondé, que aduziu que Tolstói e Dostoiévski seriam melhores teólogos do que muitos “teólogos profissionais”.³¹⁵ Lembramo-nos dessa observação, pois as ideias de Tolstói encontram certo eco em alguns personagens de Dostoiévski. Analisaremos, em seguida, algumas semelhanças entre essas *teologias literárias* desses dois grandes escritores russos.

3.4 Teologias literárias de Tolstói e Dostoiévski: Jesus Cristo, a Igreja e o único castigo verdadeiro

Dentre os grandes escritores russos, é inegável que Tolstói e Dostoiévski destacam-se com seus consagrados e conhecidíssimos romances, a exemplo de “Guerra e paz” e “Ana Karênina” (Tolstói), e “Os irmãos Karamázov” e “Crime e castigo” (Dostoiévski). É um motivo, porém não o principal para a presente comparação. O que nos levou a Dostoiévski foi a sua capacidade de dar vida a vozes diversas e, por vezes, contrárias a seus personagens, como o *stárietz* Zossima, personagem de “Os irmãos Karamázov”.³¹⁶ Ademais, Dostoiévski também se ocupou de temas ligados ao Direito Penal.

³¹⁵ Cf. Coração da teologia semita é relação entre mal, perdão e misericórdia. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 19 jun. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/luizfelipeponde/2017/06/1893806-coracao-da-teologia-semita-e-relacao-entre-mal-perdao-e-misericordia.shtml>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

³¹⁶ O *stárietz* era o “[...] monge ancião, mentor espiritual e guia dos religiosos ou de outros monges. A instituição dos *startzí* era muito respeitada pelo povo russo”. (Nota do tradutor em DOSTOIÉVSKI, Fiódor, *Os irmãos Karamázov*, p. 32).

Em “Os irmãos Karamázov”, Zossima é uma espécie de guia espiritual do mais místico dos irmãos do título, Aliócha. Em um dado momento do romance, Zossima se põe a falar sobre o *castigo mecânico* e o *castigo verdadeiro*, sendo o primeiro entendido como resultado do Direito Penal. O castigo mecânico, ou, mais exatamente, o Direito Penal, não só não atemorizaria o criminoso, como não impediria ou reduziria o número de crimes.³¹⁷

Aqui, há uma aproximação com a ideia da irracionalidade do Direito Penal, tal como concebida por Tolstói. Não se apaga o fogo com o fogo, não se combate o mal com o mal. Ou, mais popularmente, violência gera violência.

Caminhando para o universo jurídico penal, começamos a perceber porque se fala que a prisão é a escola do crime. A dura realidade do cárcere fará com que o preso se adapte a essa realidade. E como adaptar-se a um ambiente, em regra, violento como o das prisões? Nem sempre será possível fugir da violência quando se está dentro de uma *instituição total*.³¹⁸ Olhando para o caso específico das prisões brasileiras, às vezes também não será possível a neutralidade, tendo o preso que se integrar a esta ou aquela facção criminosa. Em conclusão, por vezes, a adaptação exigirá que a pessoa se torne violenta, ou mais violenta do que já é. Daí ter-se como mito ou tarefa impossível a ressocialização, e como irreal ou ineficiente a função preventiva da pena.

Mas, na visão de Zossima, existe outro castigo, este sim terrível, porquanto *verdadeiro*: “o castigo verdadeiro, o único real, o único que atemoriza e apazigua, que consiste em se ter consciência da própria consciência”.³¹⁹

Ter consciência do mal, especialmente aquele dentro de si, seria a pior pena. Não há nada pior do que o sentimento de culpa pelo que fizemos, a consciência de que agimos mal e de que tiramos ou prejudicamos a vida de terceiros e, conseqüentemente, a nossa própria.

Para o citado personagem de Dostoiévski, a Lei de Cristo estaria “manifesta na conscientização da própria consciência”.³²⁰ Interessa lembrar que,

³¹⁷ *Os irmãos Karamázov*, p. 102.

³¹⁸ Lugar que concentra o trabalho, o lazer e o descanso. Os libertos geralmente trabalham, se divertem e descansam em locais diferentes.

³¹⁹ *Op. cit., loc. cit.*

³²⁰ *Ibidem, loc. cit.*

no Novo Testamento, enquanto padece na cruz, Jesus clama a Deus: “Pai, perdoa-lhes: não sabem o que fazem”.³²¹

De fato, quando vemos notícias de crimes extremos, do passado ou do presente, é frequente que nos perguntemos como os ofensores foram capazes de tais atos. Como os nazistas foram capazes de matar indiscriminadamente judeus, incluindo mulheres e crianças, em câmaras de gás? Como alguém é capaz de matar uma criança, ainda mais em se tratando do próprio filho? Teriam efetivamente consciência do que estavam fazendo no momento do crime? Sabiam o que realmente faziam?

E exatamente nesse ponto, o Direito Penal não ajuda, até porque, com frequência, pouco se importa com a vítima. O Estado aparece como titular exclusivo da sanção. *A vingança é do Estado*. Ao ser colocado no ambiente prisional, o apenado, em regra, esquecerá a vítima. Não se importará com o mal causado a outrem, passando a preocupar-se com o mal imediato que lhe está sendo causado. A ideia de reabilitação se perde, o arrependimento pelos próprios atos é olvidado, e, em seu lugar, vêm a raiva e o medo de se estar aprisionado num ambiente, em regra, contaminado pelo mal. *A escola do crime* exige muito esforço e não se pode perder tempo com a *conscientização da própria consciência*.

Mas Zossima, ao se referir à ineficiência do castigo mecânico, por outro lado, não o coloca como necessariamente contrário ao Direito Penal. Porém, ele fará isso ao comentar o papel do juiz.

O que deveria fazer o juiz, conforme o *stárietz* Zossima? Aliócha Karamázov relembra esse específico ensinamento:

Lembra-te particularmente de que não podes ser juiz de ninguém. Porque na Terra não pode haver juiz de um criminoso sem que antes esse mesmo juiz saiba que também é tão criminoso como aquele que está à sua frente e, mais do que ninguém, talvez seja culpado pelo crime que tem diante de si. Quando compreender isto poderá ser juiz. [...] Se puderes assumir o delito do criminoso que tem à frente e julgas com coração, assume-o imediatamente e sofre tudo mesmo por ele, liberando-o sem reprimenda. [...] Se apesar de teu afago, ele sair insensível e zombando de ti, não te sintas tentado: significará isso que a hora dele ainda não chegou, mas chegará oportunamente [...].³²²

³²¹ Lucas, 23:34. Cf. BÍBLIA, p. 1831.

³²² *Os irmãos Karamázov*, p. 435.

Vemos, então, que tal personagem de Dostoiévski tem raciocínio similar ao de Tolstói, especialmente naquilo que prega que o juiz deixe o criminoso ir embora sem qualquer reprimenda.

Não obstante a fala desse personagem, Dostoiévski não foi um abolicionista como Tolstói. Mesmo em seu “Recordações da casa dos mortos”, inspirado nos tempos em que esteve preso, apesar das críticas a certos elementos da prisão, como os castigos físicos impostos pelos carrascos,³²³ a existência da prisão em si não é posta em questão.

Por sinal, em 1873, escrevendo para a revista “O cidadão”, no artigo “O meio”, Dostoiévski retomou algumas ideias do *stárietz* Zossima, contudo com o fim de criticar o que, a seu ver, seria o excesso de absolvições pelo tribunal do júri russo. Descrevendo algumas possíveis vozes, Dostoiévski comenta a possibilidade de um Cristianismo elevado do povo russo e critica a hipótese da *teoria do meio*, segundo a qual não existiria crime nem criminosos, pois as pessoas seriam mero produto do *meio* em que vivem.³²⁴

A ideia de que o crime não existe também é confrontada no pequeno conto sobre o Grande Inquisidor, imaginado por Ivan Karamázov: “[...] Sabes tu que passarão os séculos e a humanidade proclamará através de sua sabedoria e da sua ciência que o crime não existe, logo, também não existe pecado, existem apenas os famintos?”.³²⁵ Como já vimos no capítulo 2, o inquisidor aprisiona Jesus, acreditando que ele seria pernicioso ao próprio Cristianismo. Sendo livre, carregando o “terrível fardo do livre-arbítrio”, o homem tenderia a desacreditar do próprio Jesus Cristo. Além disso, o inquisidor reprova a Lei do Amor, preferindo a “firme lei antiga”.

Dostoiévski reprova a ideia de que o crime não existe e a considera fruto do que ele chama de teoria do meio.³²⁶ Da perspectiva cristã, o crime existe,

³²³ *Recordações da casa dos mortos*. Tradução de Nicolau S. Peticov. 2. ed. São Paulo: Nova Alexandria, 2010, p. 210.

³²⁴ O meio. In: DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Diário de um escritor (1873): meia carta de um sujeito*. Tradução de Moissei e Daniela Mountian. São Paulo: Hedra, 2016, *passim*.

³²⁵ *Os irmãos Karamázov*, p. 351.

³²⁶ “Não, o povo russo não nega o crime e sabe que o criminoso é culpado. O povo apenas sabe que ele mesmo é culpado ao lado de cada criminoso. Mas, ao se acusar, mostra com isso que não acredita no ‘meio’: acredita, ao contrário, que o meio depende inteiramente dele, de sua penitência incansável e de seu aprimoramento moral.” Cf. *Idem*, O meio, p. 42.

porém deve ser perdoado, ao menos do ponto de vista de um *Cristianismo elevado*.³²⁷

Entretanto, Dostoiévski critica essa indulgência indiscriminada com os delitos e faz até um elogio à prisão e à severidade das penas:

Fui mandado para os trabalhos forçados e lá conheci criminosos, criminosos “convictos”. Repito, foi uma longa escola. Nenhum deles nunca deixou de considerar-se um criminoso. Em sua aparência, eram terríveis e cruéis. Os “valentões”, no entanto, eram apenas os tolos e os novatos. Em sua maior parte, eram sombrios e pensativos. Nunca ouvi deles uma queixa sequer. Sobre seus crimes era até proibido falar em voz alta [...] Mas, digo com segurança, é provável que nenhum deles tenha escapado de um sofrimento espiritual longo e íntimo, dos mais purificadores e revigorantes. Eu os via solitários e pensativos, eu os via na igreja rezando antes da confissão; escutava suas palavras soltas e súbitas, suas exclamações; lembro-me bem de seus rostos: oh, acreditem, nenhum deles, no fundo, se considerava um inocente! Não gostaria que minhas palavras soassem cruéis. Mas, mesmo assim, me atreverei a dizê-las. Falarei com franqueza: com uma pena severa, com a prisão e os trabalhos forçados, talvez seja possível salvar pelo menos a metade deles. Seria um alívio para eles e não um peso.³²⁸

Tais palavras foram escritas em 1873, já distantes de 1861, quando publicada a obra “Recordações da casa dos mortos”, na qual não se vê esse elogio à pena. Conclui-se, pois, que Dostoiévski afasta-se completamente da visão de Tolstói sobre as prisões e, portanto, sobre o próprio Direito Penal. Para ele, até mesmo antecipando a ideia de necessidade de afirmação da norma de Günther Jakobs,³²⁹ absolver a todos não ajudaria o criminoso e prejudicaria a *fé na lei e na justiça*.³³⁰ Jakobs, como se sabe, defende que a pena tem uma

³²⁷ O meio, p. 38.

³²⁸ *Ibidem*, p. 43-44.

³²⁹ Na visão de Günther Jakobs, “Bem *jurídico-penal* é a eficácia fática das normas que garantem que se pode esperar o respeito aos bens jurídicos, às funções e à paz jurídica”. (*Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*, p. 78-79). Após criticar a tradicional visão dos bens jurídicos penalmente protegidos, Jakobs chega à conclusão de que o bem em si é a própria eficácia fática da norma penal. Não deixa de ser essa a ideia de Dostoiévski, ao apontar que o excesso de indulgência nos julgamentos levaria à perda de fé na norma, o que, por conseguinte, abala a sua *eficácia fática*.

³³⁰ “Será possível que os senhores pensem que, dando a todos por inocentes ou considerando-os ‘dignos de toda a indulgência’ oferecem uma chance para eles se redimirem? Pois esperem sentados por sua redenção! Que problema há nisso? ‘Quer dizer é provável que eu não seja culpado de nada’ – é o que dirá cada um, *no final das contas*. Os senhores mesmos é que o levaram a essa conclusão. O principal é que a fé na lei e na justiça popular sairá abalada.” Cf. *Ibidem*, p. 44-45, grifo do autor.

finalidade de prevenção geral positiva, reafirmando, para a sociedade, a vigência da norma. Esse entendimento pode ser relacionado com a fala de Dostoiévski no sentido de que considerar todos inocentes abalaria a fé na lei e na justiça.

Conclui-se, pois, que Dostoiévski não endossa, ao menos completamente, a conclusão de seu personagem Zossima, no sentido de que o único castigo verdadeiro seria a conscientização da própria consciência. Se bem que, pela ordem cronológica, o romance sobre os Karamázov foi publicado em 1880, sendo posterior ao artigo em comento. Talvez seja possível mesclar as ideias e afirmar que a efetiva consciência dos próprios erros seria realmente o único castigo verdadeiro, porém a pena severa da prisão não deixaria de ser um meio apto a alcançá-lo e talvez até desejado pelo criminoso arrependido. Essa, por sinal, seria a ideia subjacente no romance “Crime e castigo”.³³¹

Mas, então, a dúvida persiste: quem teria razão? Dostoiévski, de um lado, ou Tolstói e o *stárietz* Zossima, personagem dostoiévskiano, de outro? Prossigamos a nossa investigação sobre o Direito Penal e o Cristianismo, examinando argumentos teológicos, iniciando por um deveras interessante, que toma aquilo que, aparentemente, deveria deslegitimar o Direito Penal, como algo para legitimá-lo.

3.5 O processo e o sacrifício de Jesus Cristo como argumento de legitimidade do Direito Penal

Se pararmos um pouco para refletir sobre o que tem mais visibilidade no Cristianismo hoje, se a vida ou a morte de Jesus Cristo, talvez fiquemos com a segunda opção. Afinal, o primeiro símbolo do Cristianismo que vem à mente é a cruz. E essa cruz, para os crentes, não remete, ao menos num primeiro momento, às torturas, à dor indescritível e ao assassinato de Jesus. Em regra, a cruz tornou-se um símbolo positivo, servindo mesmo para combater o mal em contos

³³¹ Das notas da edição russa, que também aparecem na edição brasileira, consta o seguinte: “O castigo pelo crime amedronta muito menos o criminoso [...] porque ele mesmo o reclama (moralmente)”, escreveu Dostoiévski a M. Kátkov, expondo a ideia do romance. O tema da punição jurídica aos criminosos estava muito em voga nessa época (N. da E.)”. (*Crime e castigo*. 6. ed. Tradução, prefácio e notas de Paulo Bezerra. São Paulo: Ed. 34, 2009, p. 428).

fantásticos de vampiros e similares, e, até em nosso cotidiano, algumas pessoas fazem o sinal da cruz para se benzer. Geralmente, é pouco lembrado que a cruz representou a última fase da execução da pena de morte de Jesus, no processo em que Ele foi condenado pelos crimes de blasfêmia e sedição.³³²

Como visto na subseção 3.3, Tolstói associa o crucifixo à imagem da execução de Jesus.³³³ De fato, Tolstói é mais adepto daquilo que Jesus fez em vida, e, por rejeitar a Sua natureza divina de Filho de Deus, ele acaba vendo a morte de Cristo como uma terrível injustiça, e não como um bem em si.

O que teria havido então: execução ou *sacrifício*?³³⁴ Aceita a segunda hipótese, cumpre responder: por que Jesus precisou morrer para nos salvar? E, por fim, qual seria a relação da morte de Jesus com o Direito Penal?

Não analisaremos aqui, de forma aprofundada, todos os questionamentos teológicos acerca das razões da morte de Cristo. O que estaria em jogo, no campo teológico, seria a própria natureza divina de Jesus, que poderia ser questionada, caso tivesse tido Ele uma simples morte banal, sem significado. Todavia, não é esse o nosso foco. Iremos destacar algumas ideias que podem, em tese, apoiar a função retributiva do Direito Penal.

Partindo da premissa do sacrifício, Jesus, então, morreu por uma causa que seria a nossa salvação. Mas, por quê? De acordo com alguns teólogos, Ele morreu para retribuir os pecados do mundo, isto é, os nossos pecados. No entanto, tal retribuição era realmente necessária? Deus não poderia simplesmente perdoar os nossos pecados?

³³² Em primeiro lugar, cabe lembrar que a existência histórica de Jesus Cristo é admitida pela maioria dos historiadores, o que, por óbvio, não significa necessariamente que Ele tenha sido o Filho de Deus, o que é uma questão de fé, a qual não se discute no presente trabalho. Sobre a Sua condenação, Jesus teria sido considerado culpado de blasfêmia pelo Sinédrio (uma espécie de corte dos judeus), porém a condenação se deu pela autoridade romana pelo crime de sedição ou lesa-majestade, tendo em vista a acusação de que Jesus Se proclamava o rei dos judeus. Na cruz, havia a inscrição da acusação. Na de Jesus, constou o acrônimo INRI (*Ienus Nazarenus Rex Iudaeorum*). Cf. PALMA, Rodrigo Freitas. *O julgamento de Jesus Cristo: aspectos histórico-jurídicos*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2009, p. 86-94. Numa nova perspectiva sobre o tema, Giorgio Agamben sustenta que não houve, na verdade, um julgamento, o que comentaremos adiante. Cf. *Pilatos e Jesus*. Tradução de Silvana de Gaspari e Patricia Peterle. São Paulo: Boitempo; Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014, *passim*.

³³³ *Ressurreição*, p. 140.

³³⁴ De acordo com René Girard, “Se o termo *sacrifício* é utilizado para a morte de Jesus, é num sentido absolutamente contrário ao arcaico. Jesus aceita morrer para revelar a mentira dos sacrifícios sangrentos e torná-los daquele momento em diante impossíveis. É a partir dessa mudança que é preciso interpretar a noção cristã de redenção”. Cf. *O sacrifício*. Tradução de Margarita Maria Garcia Lamelo. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 34, grifo do autor. Em suma, mesmo o sacrifício tem um sentido ruim e um bom, sendo que a crucificação de Jesus sempre remete ao melhor significado do termo.

Pode parecer estranho, porém a ideia do sacrifício como retribuição pelos pecados do mundo limita a liberdade do próprio Deus, que não seria livre para simplesmente perdoar os pecados, sendo imprescindível alguma forma de satisfação ou expiação, que levaria à reconciliação. Essa é, por exemplo, a teologia de Anselmo de Cantuária (1033-1109), para quem o pecado necessariamente tem que ser punido, pois, de outra forma, não haveria qualquer diferença entre os culpados e os inocentes, e, especificamente no caso da cruz, a honra de Deus deveria ser restaurada.³³⁵ Timothy Gorringe, aludindo à posição de Anselmo, aduz que a compaixão sem a satisfação seria impossível, pois não poderia haver pecado sem punição.³³⁶ Nas palavras de Anselmo, “[...] aquele que não paga diz em vão: *Perdoa-me*”.³³⁷

É curioso, pois, ao se postular a necessidade de diferenciação entre inocentes e culpados, obviamente já está se fazendo um julgamento, apesar do ensinamento contrário de Jesus. Para se perceber tal contrariedade, podemos invocar a parábola do filho pródigo (Lucas 15:11-32),³³⁸ que não é julgado, porém recebido com festa pelo pai, causando até certo desconforto ao outro filho, mais velho, que sempre obedeceu ao progenitor, ao contrário do mais novo. De fato, aos olhos do filho mais velho, parece que a festa preparada para o filho pródigo representa uma recompensa pelos pecados cometidos. No entanto, ele não se percebeu que o pai não festejava o erro, mas sim a recuperação do filho que se havia perdido.

Gorringe menciona as críticas à posição de Anselmo, em que Deus se comportaria como um particular, exigindo o pagamento de seu débito, por meio do sangue de Jesus.³³⁹ Deve-se deixar claro, contudo, que teólogos como Anselmo pretendiam explicar o mérito da morte de Jesus, o sentido da crucificação. Uma simples execução, sem significado teológico, colocaria em xeque a doutrina da natureza divina de Jesus, que não poderia padecer como um mero mortal, o que feriria a ideia da onipotência divina. Daí o entendimento de que o pecado original, de Adão, não poderia ter sido esquecido ou perdoado. Deveria haver uma

³³⁵ Cf. GORRINGE, Timothy. *God's just vengeance: crime, violence and the rethoric of salvation*. New York: Cambridge University Press, 2002, p. 95.

³³⁶ *Ibidem*, loc. cit.

³³⁷ *Por que Deus se fez homem?* Tradução de Daniel Costa. São Paulo: Novo Século, 2003, p. 75.

³³⁸ Cf. BÍBLIA, p. 1817.

³³⁹ *Op. cit.*, p. 101.

satisfação, uma retribuição desse pecado, por meio do sacrifício voluntário de Jesus.

A concepção da impossibilidade do pecado sem punição acaba sendo utilizada pela visão retributiva do Direito Penal, segundo a qual todo crime deve ser punido. É a transposição secularista da teologia de Anselmo.³⁴⁰ Por sinal, já se criticou a obra “*Cur Deus Homo*” (Por que Deus se fez homem), de Anselmo, tratando-a como uma Teologia do Direito e pelas dificuldades de nela se encontrarem as boas novas dos Evangelhos.³⁴¹

Pedro Abelardo (1079-1142), diferentemente de Anselmo, considera cruel que qualquer um demande o derramamento de sangue inocente para satisfazer qualquer que seja a dívida.³⁴² Gorringe aponta que Abelardo, nesse ponto, deixa intacta a liberdade de Deus.³⁴³ Abelardo deixou claro que, se existe uma necessidade, essa necessidade estaria acima de Deus,³⁴⁴ o que não seria admissível. De outro prisma, as pessoas também só poderiam se redimir por obra da graça.³⁴⁵

A posição de Abelardo é criticada por Bernardo de Claveral, para quem Jesus morreu para atender à nossa *necessidade*.³⁴⁶ Todavia, não fica muito claro como a morte de Cristo nos salvaria. E mais, não fica nada claro o modo como os flagelos, a tortura e a crucificação, enfim, todos os horrores da execução de Jesus, não seriam, em si mesmos, considerados pecados, e não parte de nossa salvação.

Vê-se, então, que o entendimento de Abelardo, a quem soa cruel o derramamento de sangue inocente, não compactua com a tese da retribuição ou expiação de Anselmo. Contudo, ainda assim, Abelardo reconhece a legitimidade do castigo.³⁴⁷

³⁴⁰ *God's just vengeance: crime, violence and the rethoric of salvation*, p. 99.

³⁴¹ Cf. ALLARD, Pierre; NORTHEY, Wayne. Christianity: the rediscovery of restorative justice. In: HADLEY, Michael L. (Ed.). *The spiritual roots of restorative justice*. New York: State University of New York Press, 2001. p. 119-141, p. 128.

³⁴² GORRINGE, Timothy, *op. cit.*, p. 109.

³⁴³ *Ibidem*, p. 110.

³⁴⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 111.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 113.

³⁴⁷ “Todas as ações, [ainda que particulares], mas com potência de gerar danos comuns, também são capazes de causar detrimento público, devendo, portanto, ser punidas com maiores castigos.” (ABELARDO, Pedro. *Ética, ou conhece-te a ti mesmo: scito te ipsum*. Tradução de Tiago Tondinelli. Campinas: Ecclesiae, 2016, p. 72).

Um meio termo pode ser encontrado na posição de Tomás de Aquino, para quem Deus poderia perdoar qualquer crime, se quisesse, enfatizando que não existe nada superior à vontade de Deus.³⁴⁸ Se Deus quis entregar o Seu filho, Jesus, não foi porque seria impossível agir de outro modo, mas sim para nos ensinar a própria dignidade humana.³⁴⁹

Esse “ensinamento” pela crucificação é coerente com o entendimento de Tomás de Aquino sobre a justiça penal. De fato, conforme observa Oswaldo H. Duek Marques, Tomás de Aquino também tem posição favorável à justiça retributiva, contudo também com fins preventivos:

Santo Tomás de Aquino propunha uma justiça penal retributiva e comutativa, conceito bem difundido na Idade Média. Na sua visão, os pecadores seriam afastados eternamente da bem-aventurança e deveriam sofrer também penas terrenas, proporcionais à culpa decorrente da falta cometida. [...] De acordo com Santo Tomás de Aquino, na *Suma teológica*, “pelo fato de alguém começar a acostumar-se a evitar o mal e praticar o bem por medo da pena, é por vezes levado a fazê-lo com deleite e por vontade própria. Eis como a lei, mesmo punindo, conduz os homens a serem bons.” Em outra parte dessa obra, ao tratar dos vícios, reforçava a pena com fim de prevenção geral negativa, nos seguintes termos: “Mesmo a pena infligida pelas leis humanas nem sempre é para a correção do punido, mas sim, dos outros. Assim, o ladrão é enforcado, não para emendar-se, mas para os outros se absterem de pecar, ao menos pelo temor da pena, conforme aquilo da Escritura: *Castigando o pestilente, far-se-á mais sábio o insensato*”.³⁵⁰

Aquino, então, vê o sacrifício de Jesus como um exemplo, ou como uma grande lição para a humanidade, da mesma forma que considera que a pena terrena pode servir de lição para os *insensatos*, aqui entendidos aqueles que possam pretender violar a lei penal. Porém, remanesce o enigma: qual a razão de uma lição tão drástica quanto essa? Se o objetivo foi nos mostrar que Jesus, sem ser culpado, sofreu e morreu por nós, assumindo a responsabilidade pelo pecado original, tal argumento pode efetivamente justificar toda e qualquer forma de Direito Penal. Se Jesus assim sofreu por nós, não há nada demais que também

³⁴⁸ GORRINGE, Timothy, *God's just vengeance: crime, violence and the rethoric of salvation*, p. 119.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 120.

³⁵⁰ *Fundamentos da pena*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 77-78, grifos do autor.

sofram os uns pelos outros, como bodes expiatórios, ou para a educação dos *insensatos*.

Todavia, é difícil discordar que essa posição enaltece a trágica morte de Jesus, basicamente colocando de lado os ensinamentos por Ele deixados em vida. Afinal, Jesus foi torturado, açoitado, agredido, crucificado e, ainda, Lhe foi posta uma coroa de espinhos na testa. Se, como diz a oração, Jesus realmente Se tornou o *cordeiro de Deus*, expressão apenas mais elegante do que bode expiatório, podemos chegar à chocante conclusão de que a Sua morte é passível de justificar o contrário de tudo aquilo que Ele disse em vida. E todos nós poderíamos sofrer as piores injustiças, pois “Ele” também as teria sofrido por nós.

Uma nova e interessante perspectiva a respeito nos é trazida por Giorgio Agamben, em sua obra “Pilatos e Jesus”. Agamben considera curioso o momento em que o temporal e o eterno se cruzam, ou, mais exatamente, o momento em que o homem deveria julgar Deus. Citando diversas passagens bíblicas, Agamben se convence de que Pilatos não chegou a julgar Jesus, sempre postergando a decisão, formulando novas indagações, porém, ao final, sem chegar a um veredito.³⁵¹ Aliás, o célebre ato de lavar as mãos indica justamente a omissão, a delegação do resultado a terceiros, no caso a população, que, induzida pelos anciões que levaram Jesus a Pilatos, preferiu poupar Barrabás da crucificação.

Outro aspecto de ambiguidade nesse julgamento ou não julgamento é a inscrição da acusação, que terminou sendo “Jesus Cristo, Rei dos Judeus”, sob o protesto dos anciões, que pretenderam corrigir Pilatos, dizendo que a inscrição deveria ser no sentido de que Jesus se dizia rei dos judeus, o que significaria a blasfêmia. “O que escrevi, escrevi” foi a resposta de Pilatos, e disso resulta a ambiguidade da (suposta) condenação, eis que a autoridade romana estaria reconhecendo Jesus como rei dos judeus.³⁵² Noutras palavras, Jesus teria sido crucificado justamente por ser aquilo que Ele disse que era.

É interessante o questionamento feito por Agamben. De todos os fatos relatados nos Evangelhos, o julgamento de Jesus é o mais minuciosamente descrito, inclusive com relação ao personagem *mortal* dessa história, Pôncio Pilatos. Por que Jesus, se realmente tivesse que morrer por nós, não poderia ter

³⁵¹ *Pilatos e Jesus*, p. 40 e 50.

³⁵² *Ibidem*, p. 45.

tido uma outra morte qualquer, fora de um julgamento? E esse processo, tendo ou não uma sentença, legítima ou deslegítima o Direito Penal? Agamben realiza uma provocação, dizendo que a não efetivação do julgamento poderia deslegitimar o próprio Direito. E a nós interessa saber se esse processo, com ou sem veredito final, poderia legitimar ou deslegitimar o Direito Penal.

A primeira hipótese, já anteriormente colocada, de que o julgamento de Jesus legitimaria o Direito penal, a nosso ver, é indubitavelmente incorreta. Com efeito, o erro primordial consiste em valorizar mais a morte do que a vida de Jesus Cristo. Independentemente de ser correta ou não a tese do sacrifício, o fato é que, em vida, Jesus ensinou a não julgar, a amar tanto o próximo quanto o inimigo e a perdoar as ofensas. Se o Seu julgamento foi um exemplo para a humanidade, constituiu, certamente, uma amostra do que *não deve* ser feito, e não do que *pode* ser feito.

É bem verdade que podem surgir dúvidas decorrentes do comportamento de Jesus durante o processo. Afinal, além de um comportamento passivo durante a maior parte do processo, mantendo-se em silêncio, há uma ocasião em que Ele parece legitimar Pilatos, mencionando que a autoridade a ele dada teria advindo de Deus.³⁵³

Jesus Cristo, como visto, não questionou a autoridade de Pilatos. Também não negou expressamente a acusação feita contra Ele. Na maior parte do julgamento, manteve-se em silêncio. Sabemos que o silêncio não pode prejudicar o acusado, porém tampouco o favorece. É uma garantia, todavia intuitivamente levanta suspeitas sobre quem fica calado. Se é inocente, por que não se explica, por que não contesta ou refuta a acusação?³⁵⁴

Enfim, o que investigamos neste momento é se o silêncio de Jesus sobre o processo contra Ele instaurado torna-se o argumento legitimador do Direito Penal.

A resposta também é negativa. O silêncio, por si só, não confirma nem nega. Não condena nem absolve. Coerentemente com os seus próprios preceitos, Jesus não julga, ou seja, não condena nem absolve os Seus acusadores e o Seu

³⁵³ *Pilatos e Jesus*, p. 42.

³⁵⁴ É princípio básico do processo penal que o ônus da prova da acusação compete ao autor da ação penal, no mais das vezes o Ministério Público. Assim, também por decorrência disso, o silêncio, postura passiva do acusado, não pode fazer prova contra ele, sob pena de se inverter o ônus probatório. Ainda que o silêncio provoque suspeita, o juiz deve fundamentar a sua sentença de acordo com a prova produzida nos autos, não podendo invocar o silêncio do acusado como fundamento contra ele.

jugador.³⁵⁵ Com isso, não pode ser aceita a hipótese segundo a qual o silêncio de Jesus legitimaria o processo contra Ele instaurado e, por conseguinte, o próprio Direito Penal.

Entretanto, a hipótese diametralmente oposta, no sentido de que o julgamento de Cristo, por si só, deslegitimaria o Direito Penal, não nos parece correta. Admitindo que houve, efetivamente, um julgamento, tratar-se-ia de um erro judiciário ou de uma injustiça pontual. Por si só, isso não deslegitima o Direito Penal, que pode até ser aperfeiçoado, porém não necessita ser abolido por conta de um julgamento incorreto, por mais importante que seja.

Claro que existe uma desmistificação da justiça penal, mostrando que não só os culpados são efetivamente processados e condenados, conforme observa Milton Gustavo Vasconcelos Barbosa:

A teologia da retribuição e a conseqüente ética da retribuição estão na base de quase todas, senão todas as culturas mítico-sacrificiais. Enquanto o interdito do incesto é a norma comum a todas as sociedades, o talião é a lei, a forma como se exterioriza, como justa medida de retribuição. [...] No entanto, um acontecimento rompe de todo, com a lógica que estruturava todas as culturas humanas. A “Paixão de Cristo” inverte a estrutura universal do mito. Nela a comunidade é culpada e o perseguido é a vítima. Jesus é inicialmente aclamado, recebido como líder espiritual durante o domingo de ramos. Posteriormente, vítima de calúnias por parte de membros do Sinédrio, torna-se alvo da violência comunitária, um “bode expiatório” como diria René Girard. Ao contrário do que ocorre em todas as narrativas da antiguidade, o perseguido não é o responsável pela perseguição que contra si se abate. O perseguido é o puro, mais que puro, é divino, profanos são os que o designam como alvo da fúria popular, e o povo, que pede sua morte. O saber contido nessa afirmativa é o *logos* que destruirá toda a cultura, pois desacredita o fundamento da autoridade sobre a qual repousa a ordem nas sociedades míticas sacrificiais. [...] O cristianismo explicita algo que até então permanecia oculto: a compreensão de que o indivíduo pode estar correto, e a comunidade errada. O Deus cristão é, sob essa óptica, o Deus dos perseguidos, mais do que isso, o Deus dos indivíduos, em contraposição aos deuses das multidões perseguidoras, deuses do sagrado primitivo.³⁵⁶

³⁵⁵ No capítulo anterior, no qual enfocamos o livre-arbítrio, vimos algumas posições que parecem querer deslegitimar o julgamento de infratores da lei penal, realizando, contudo, um julgamento dos próprios juízes. Jesus, aqui, evita a armadilha desse círculo vicioso, deixando de refutar ou acusar os membros do Sinédrio ou o próprio Pôncio Pilatos. Caso o tivesse feito, teria realizado um juízo de valor sobre quem o acusava ou julgava. Pelo visto, não era essa a Sua intenção.

³⁵⁶ A justiça “deste mundo”, o “justo” transcendente e a justiça de transição, p. 37 e 40.

Consoante acima colocado, há uma desmistificação, porquanto está demonstrado que a Justiça nem sempre está correta, ou que o juiz nem sempre pode ter sido justo no caso concreto. A razão pode estar com o acusado, que, apesar de condenado, pode ser inocente. Todavia, neste momento, consideraremos que o erro, por si só, não deslegitima o Direito Penal como um todo, muito embora voltaremos a essa questão no próximo capítulo.

Por fim, mesmo na hipótese aventada por Agamben, de que não ocorreu de fato o julgamento, isso também não deslegitima por si só o Direito como um todo nem somente o Direito Penal. Filosoficamente, a impossibilidade do julgamento do eterno pelo temporal, ou do divino pelo humano, não acarreta a ilegitimidade do Direito. Ou, mais concretamente, sem partir de premissas divinas, a omissão no julgamento de um homem inocente, resultando na sua execução (já que a absolvição não foi proferida), significa, outrossim, mais um erro, que não afeta a legitimidade de todo o Direito Penal, podendo, claro, ensejar o aperfeiçoamento do sistema para que tais erros e omissões não mais ocorram. Mas, nessa ordem de ideias, há uma hipótese que deve ser investigada. E se a impossibilidade do julgamento não tiver sido casual ou excepcional? E se for impossível o julgamento efetivo de toda e qualquer pessoa? Isso tornaria o Direito Penal irracional, razão pela qual voltaremos a essa questão no próximo capítulo.

Por ora, analisando apenas o processo de Jesus, tenha havido ou não uma sentença efetiva, não encontramos, como consequência, uma necessária deslegitimação do Direito Penal.

Concluimos, portanto, que o julgamento de Jesus Cristo, tido por alguns como o maior erro judiciário da história,³⁵⁷ não confirma nem infirma, por si só, a legitimidade do Direito Penal.

E o que pensa a maior autoridade contemporânea da Igreja Apostólica Romana acerca da legitimidade do Direito Penal, tendo como premissa a concepção cristã? É o que investigaremos a seguir.

³⁵⁷ Remetemos os leitores a alguns livros específicos sobre o julgamento de Jesus: COHN, Haim. *O julgamento de Jesus, o Nazareno*. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Imago, 1990 (o autor é ex-presidente da Suprema Corte de Justiça de Israel); REZENDE, Francisco de Paula Ferreira de. *O julgamento de Pilatos ou Jesus Cristo perante a razão e os evangelhos*. Rio de Janeiro: Empresa A Noite, 1944 (o autor foi Procurador-Geral da República e Ministro do Supremo Tribunal Federal); e THOMAS, Gordon. *O julgamento de Jesus: um relato jornalístico sobre a vida e a inevitável crucificação de Jesus Cristo*. Tradução de Miguel Herrera. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2007.

3.6 Catolicismo e Direito Penal

Não é sem razão que destacamos, neste trabalho, a posição da Igreja Católica Apostólica Romana, eis que, conforme acima destacado, o Brasil ainda é um país de maioria católica. Além disso, não se constata uma diferença significativa das outras Religiões Cristãs com o Direito Penal, sendo possível tomar como paradigma o Catolicismo, especialmente tendo em vista que, ainda hoje, o seu líder alcança uma maior representatividade em todo o mundo.

No momento em que escrevemos estas linhas, é razoavelmente conhecido de todos que a Igreja Romana tem como pontífice o argentino Jorge Mario Bergoglio, o Papa Francisco.

O Papa Francisco tem sido considerado, de modo geral, um pontífice mais progressista e aberto a algumas questões em que a Igreja Católica notadamente é (ou era) mais conservadora, a exemplo do divórcio e do aborto.³⁵⁸ Da mesma forma, os escândalos de pedofilia, que têm sido criticados pela mídia justamente pela impunidade, não deixam de representar um desafio, no âmbito do Direito Penal, a ser enfrentado pelo Papa.³⁵⁹

Está em curso, portanto, um movimento de abertura e maior tolerância da Igreja Católica, equivalente a uma nova interpretação de alguns de seus conceitos.

Especificamente quanto ao aborto, liberado em alguns países e criminalizado noutros, como o Brasil, o Papa, na carta apostólica “*Misericordia et misera*”, interpretando a passagem bíblica referente ao encontro de Jesus com a mulher adúltera, estende a todos os padres a possibilidade de perdoar o pecado do aborto, eis que não haveria nada que não pudesse ser perdoado por Deus:

³⁵⁸ Ver PAPA autoriza que padres deem perdão em caso de aborto. *Veja.com*, [S.l.], 21 nov. 2016. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/mundo/papa-autoriza-que-padres-deem-perdao-em-casos-de-aborto/>>. Acesso em: 18 ago. 2017; e BERNABUCCI, Cláudio. De Karl Marx a papa Francisco. *Carta Capital*, São Paulo, 1º jun. 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/902/de-karl-marx-a-papa-francisco>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

³⁵⁹ Cf. THE OBSERVER. A terra treme no Vaticano. *Carta Capital*, São Paulo, 19 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/943/a-terra-treme-no-vaticano>>. Acesso em: 18 ago. 2017. Nesta reportagem, consta que o Papa apoiaria a criação de um tribunal para julgar bispos negligentes com acusações de abuso sexual nas Igrejas.

No sacramento do Perdão, Deus mostra o caminho da conversão a Ele e convida a experimentar de novo a sua proximidade. É um perdão que pode ser obtido, começando antes de mais nada por viver a caridade. Assim no-lo recorda o apóstolo Pedro, quando escreve que «o amor cobre a multidão dos pecados» (1 Ped 4, 8). Só Deus perdoa os pecados, mas também nos pede que estejamos prontos a perdoar aos outros, como Ele perdoa a nós: «Perdoai-nos as nossas ofensas, assim como nós perdoamos a quem nos tem ofendido» (Mt 6, 12). Como é triste quando ficamos fechados em nós mesmos, incapazes de perdoar! Prevalecem o ressentimento, a ira, a vingança, tornando a vida infeliz e frustrando o jubiloso compromisso pela misericórdia. [...] 12. Em virtude desta exigência, para que nenhum obstáculo exista entre o pedido de reconciliação e o perdão de Deus, concedo a partir de agora a todos os sacerdotes, em virtude do seu ministério, a faculdade de absolver a todas as pessoas que incorreram no pecado do aborto. Aquilo que eu concedera de forma limitada ao período jubilar fica agora alargado no tempo, não obstante qualquer disposição em contrário. Quero reiterar com todas as minhas forças que o aborto é um grave pecado, porque põe fim a uma vida inocente; mas, com igual força, posso e devo afirmar que não existe algum pecado que a misericórdia de Deus não possa alcançar e destruir, quando encontra um coração arrependido que pede para se reconciliar com o Pai. Portanto, cada sacerdote faça-se guia, apoio e conforto no acompanhamento dos penitentes neste caminho de especial reconciliação.³⁶⁰

Observe-se que o Papa não defendeu a liberação do aborto, persistindo a tratá-lo como pecado. No entanto, concedeu a todo e qualquer padre a possibilidade de perdoar esse pecado, independentemente de disposições em contrário. Uma dessas disposições em contrário certamente é o cânone 1398 do Código de Direito Canônico,³⁶¹ que prevê a pena de excomunhão para quem realizar o aborto, o que incluiria não só a mulher, como também os profissionais médicos envolvidos no procedimento. Assim, um pecado ao qual, pela regra, é reservada a pena máxima de excomunhão torna-se, agora, passível de ser perdoado por qualquer padre. Se o aborto realmente só é criminalizado por

³⁶⁰ *Carta Apostólica Misericordia et misera*. Vaticano, 2016, p. 6. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/francesco/pt/apost_letters/documents/papa-francesco-lettera-ap_20161120_misericordia-et-misera.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2017.

³⁶¹ “Cân. 1398. – Quem provoca aborto, seguindo-se o efeito, incorre em excomunhão *latae sententiae*.” (CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. Tradução de Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. 9. ed. rev. e ampl. com a legislação complementar da CNBB. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 343).

razões religiosas, de acordo com alguns,³⁶² persistiriam as razões para a subsistência desse tipo? Voltaremos a essa questão nos próximos capítulos.

Por ora, cumpre indagar se o pensamento do Papa em relação ao aborto seria extensível a todo e qualquer crime da legislação penal positivada. Vale dizer, ainda que se reconheça o pecado, tudo seria passível de perdão, não apenas na esfera religiosa, como também na esfera penal, o que tornaria o pensamento do Papa Francisco idêntico ao de Tolstói.

A resposta, de acordo com os escritos do Papa, é negativa, diante da distinção feita por ele entre misericórdia e condescendência:

Usei uma cruz pastoral de madeira de oliveira, feita por uma oficina de carpintaria que faz parte de um projeto de reintegração de presos e ex-dependentes químicos. Tenho conhecimento de algumas iniciativas positivas de trabalho dentro dos presídios. A misericórdia divina contagia a humanidade. Jesus era Deus, mas também era homem, e na sua pessoa encontramos também a misericórdia humana. Com a misericórdia, a justiça é mais justa, realiza-se realmente a si mesma. Isso, porém, não significa ser condescendente, no sentido de escancarar as portas das prisões para quem cometeu crimes graves. Significa que devemos ajudar a não permanecer por terra aqueles que caíram. É difícil colocar isso em prática, porque às vezes preferimos trancar alguém numa prisão por toda a vida em vez de tentar recuperá-lo, ajudando-o a se reintegrar na sociedade.³⁶³

Condescendência, de acordo com o dicionário Houaiss, significa complacência, consentimento.³⁶⁴ Em outras palavras, ter condescendência, na prática, significaria a tolerância com o crime. Ou seja, significaria o deixar passar ou o deixar praticar o delito, independentemente de qualquer castigo ou reprimenda. Desse modo, ao mesmo tempo em que o Papa defende o perdão e a misericórdia, não deixa que se confundam com a *condescendência*.

E a conclusão lógica para o entendimento papal de que não se pode *escancarar as portas das prisões* é a de que a existência do Direito Penal está devidamente legitimada, conquanto isso não impeça, por óbvio, que se

³⁶² Como veremos no próximo capítulo, um dos fundamentos da criminalização do aborto é justamente a doutrina católica.

³⁶³ *O nome de Deus é misericórdia*. Tradução de Catarina Mourão. São Paulo: Planeta do Brasil, 2016, p. 116-117.

³⁶⁴ CONDESCENDÊNCIA. In: MINIDICIONÁRIO Houaiss da Língua Portuguesa. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 185.

reconheçam abusos no sistema penitenciário e se pregue pelo seu aprimoramento.

De outro lado, o Papa também adverte para a insuficiência da justiça humana:

Se vivermos segundo a lei do “olho por olho, dente por dente”, jamais sairemos da espiral do mal. O Maligno é astuto e ilude-nos, fazendo-nos acreditar que, por meio da nossa justiça humana, podemos salvar-nos e salvar o mundo. Na realidade, somente a justiça de Deus nos pode salvar! E a justiça de Deus revelou-se na Cruz: a Cruz é o juízo de Deus sobre todos nós e sobre este mundo. Mas como nos julga Deus? Dando a vida por nós! Eis o gesto supremo de justiça que derrotou, de uma vez por todas, o Príncipe deste mundo; e esse gesto supremo de justiça é também precisamente o gesto supremo de misericórdia.³⁶⁵

Reconhecendo a impossibilidade de salvação pela justiça humana, admitese, noutras palavras, a insuficiência do Direito Penal, não obstante isso signifique deslegitimá-lo, conforme se verificou na posição de Tolstói.

De outro lado, em diversos discursos dirigidos a condenados, o Papa Francisco também constata as dificuldades enfrentadas pelos detentos, porém sem nunca questionar a legitimidade do fato de eles estarem ali, como pode ser exemplificado abaixo:

Reclusão não é a mesma coisa que exclusão, porque reclusão é parte de um processo de reinserção na sociedade. São muitos os elementos que jogam contra vocês nesse lugar: a superlotação, a lentidão da justiça, a falta de terapias ocupacionais e de políticas reabilitadoras, a violência, a falta de incentivos para os estudos universitários. Todavia, enquanto se luta para isso, não podemos dar tudo por perdido. Há coisas que já podemos fazer aqui e agora. Aqui, neste centro de reabilitação, a convivência depende em parte de vocês. O sofrimento e a privação podem tornar o nosso coração egoísta e dar lugar a conflitos, mas temos também a capacidade de transformá-los em oportunidade para a fraternidade autêntica. Ajudem-se uns aos outros. Não tenham medo de ajudar uns aos outros. O Diabo procura as brigas, procura a rivalidade, a divisão, as facções. Não façam o seu jogo! Lutem para seguir em frente, unidos. *Discurso no centro de reeducação Santa Cruz – Bolívia, 10 de julho de 2015.*³⁶⁶

³⁶⁵ *Quem sou eu para julgar?* Reunido e editado por Anna Maria Foli. Tradução de Clara A. Colotto. Rio de Janeiro: LeYa, 2017, p. 17.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 49.

A primeira frase do trecho do discurso acima destacado é completamente contrária ao entendimento de Tolstói, que rejeita a própria racionalidade do sistema criminal, não aceitando, portanto, esse “processo de reinserção na sociedade”. Por outro prisma, o Papa reconhece diversos males do sistema penitenciário boliviano, que, pelo visto, assemelha-se ao brasileiro: *superlotação, lentidão da justiça, falta de políticas reabilitadoras, violência*, enfim, problemas comuns em nossas prisões.

Concluimos, dessa forma, analisando os discursos papais, que a Religião Católica legitima o Direito Penal, muito embora, por si só, seja insuficiente (como justiça meramente humana) e necessite de aprimoramento (especialmente no que tange ao sistema penitenciário). Porém, remanesce a dúvida acerca do julgamento que leva as pessoas aos presídios. E, ao não repudiar as prisões e destacar que não se pode ter *condescendência*, o Papa, conseqüentemente, não vislumbra problemas nos julgamentos ocorridos nos processos criminais.

Na Carta de Saudação e Apoio à Agenda Nacional do Desencarceramento, o Conselho Nacional de Igrejas Cristãs do Brasil (CONIC) adota uma postura que pode ser considerada dúbia em relação à legitimidade do Direito Penal:

Que a memória do massacre ocorrido no Carandiru há 24 anos e a recente decisão pela anulação do julgamento dos que praticaram este crime provoque em nós um profundo processo de reflexão sobre a liberdade e a justiça. Como país, precisamos nos libertar do medo de sermos livres. Da mesma forma, devemos superar a compreensão de que “fazer justiça” significa punir, castigar, mal-tratar e humilhar. É preciso superar a cultura do linchamento que caracteriza a sociedade brasileira. A anulação do julgamento do Carandiru exige que refaçamos o luto capaz de gerar inconformismo com este sistema punitivo e violador de direitos.³⁶⁷

No trecho acima, ao mesmo tempo em que se propõe que deve ser superada a compreensão de que “fazer justiça” significa punir, critica-se a anulação do julgamento dos policiais acusados pelo “massacre do Carandiru”. Considerando que os policiais militares acusados foram condenados em primeira

³⁶⁷ Vide CONSELHO NACIONAL DE IGREJAS CRISTÃS DO BRASIL. *Carta de Saudação e Apoio à Agenda Nacional pelo Desencarceramento*. Brasília: CONIC, 2016, p. 1. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2016/10/SAUDACAO-E-APOIO-DESENCARCERAMENTO.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

instância,³⁶⁸ a crítica à anulação do julgamento, por conseguinte, legitima a condenação em primeira instância. Ou seja, apesar de postular o desencarceramento e de criticar a cultura da punição, a postura do Conselho também não deslegitima, por completo, o Direito Penal; pelo contrário, parece postular a punição em certos casos.

As divergências entre o entendimento de Tolstói e as posições do Papa e das Igrejas Cristãs em geral, bem como a conclusão de quem está mais próximo dos ensinamentos de Jesus Cristo, serão examinadas no fim deste capítulo. Antes disso, veremos um novo paradigma de justiça sob a ótica do Cristianismo.

3.7 Cristianismo e justiça restaurativa

Alguns teólogos modernos,³⁶⁹ como Timothy Gorringe,³⁷⁰ Christopher D. Marshall,³⁷¹ Pierre Allard e Wayne Northey,³⁷² apontam a justiça restaurativa como uma opção de responsabilização mais compatível com os preceitos cristãos do que a justiça retributiva.

Tolstói não se pronunciou especificamente sobre a justiça restaurativa, todavia é útil analisar esse entendimento, tendo em vista que também parte da premissa de que o retributivismo não refletiria os ensinamentos de Cristo. Por sinal, não existe, ainda, uma definição precisa do que seja exatamente a justiça restaurativa, havendo, no entanto, algumas ideias já consolidadas sobre esse modelo.

³⁶⁸ Mais sobre o caso em: AGÊNCIA BRASIL. PMs são condenados a 624 anos de prisão por 52 mortes no Massacre do Carandiru. *Carta Capital*, São Paulo, 3 ago. 2013. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/pms-sao-condenados-a-624-anos-de-prisao-por-52-mortes-no-massacre-do-carandiru-2938.html>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

³⁶⁹ Referimo-nos, em seguida, a teólogos que dominam a língua inglesa. De fato, existem inúmeros trabalhos nesse idioma, que confrontam a justiça criminal e as Religiões, especialmente as cristãs. No Brasil, são poucas as obras que relacionam Direito Penal e Religião, e, ainda assim, a abordagem costuma ser pontual.

³⁷⁰ GORRINGE, Timothy, *God's just vengeance: crime, violence and the rethoric of salvation*. New York: Cambridge University Press, 2002.

³⁷¹ MARSHALL, Christopher D. *Beyond retribution: a New Testament vision for justice, crime and punishment*. Cambridge: Lime Grove House Publishing, 2001.

³⁷² ALLARD, Pierre; NORTHEY, Wayne. Christianity: the rediscovery of restorative justice. In: HADLEY, Michael L. (Ed.). *The spiritual roots of restorative justice*. New York: State University of New York Press, 2001. p. 119-141.

Uma primeira ideia básica sobre a justiça restaurativa, comum em suas diversas concepções, é a sua preocupação com a vítima do crime. Não se trata de uma falsa preocupação com o pretexto de supostamente forçar a vítima a perdoar o ofensor. Pelo contrário, muito mais até do que no processo penal ordinário, pensa-se na vítima como uma pessoa que foi injustamente atacada e sofreu um prejuízo físico, psicológico ou material, devido à prática delituosa. Assim, uma questão pertinente é a da *restauração* da situação em que a vítima estava *antes* do crime. E ainda que essa *restauração* seja impossível, de que modo a vítima poderia seguir em frente?

É legítima a sensação inicial que se tem no sentido de que a justiça restaurativa seria aplicável apenas em crimes menos graves, como lesões corporais leves, furtos, ameaças etc. Afinal, a princípio, ofende o senso comum que seja possível uma conciliação em casos mais graves, como tentativa de homicídio, estupro, tortura, lesão corporal gravíssima etc.

Não obstante, os teóricos da justiça restaurativa não fazem esse tipo de distinção, entendendo pela sua aplicabilidade a todo tipo de infração penal, ao menos em tese.³⁷³

A justiça restaurativa, pelo menos, objetiva que a vítima siga em frente com a sua vida, sem ressentimentos nem traumas. Nesse primeiro aspecto, a restauração já tem uma maior afinidade com o ensinamento de Jesus Cristo, acerca do amor e do perdão a quem nos tenha ofendido.

Uma segunda característica, encontrada em muitas das concepções da justiça restaurativa, é a necessidade de que o infrator se conscientize do mal por ele praticado, arrependendo-se, e que, por conseguinte, intente reparar o seu erro. A culpa do ofensor e o perdão do ofendido funcionam como dois lados da mesma moeda, ou como, na linguagem comum das práticas restaurativas, um *processo circular*.

Devemos notar que não é necessária a proporcionalidade entre a ofensa e a reparação ou o perdão. Conforme lembramos acima, nos delitos mais graves, o perdão pode ser um ato, ou um esforço, muito maior do que a infração. O curioso

³⁷³ Evidentemente, em alguns casos, como no homicídio consumado, a vítima direta do crime não mais existe. Seria, no entanto, em tese, possível a restauração com as vítimas indiretas, como os familiares mais próximos do falecido. É algo que, a princípio, repugna nossa consciência, e, de fato, a restauração, nesse caso, seria muito mais difícil, mas não se pode reputá-la impossível.

é que, nesses casos, o ofensor pode ter a sua pior punição, voltando ao pior e verdadeiro castigo, de acordo com o personagem de Dostoiévski, o *stárietz* Zossima:³⁷⁴ *a consciência da própria consciência*.

Porém, essa consciência talvez seja a única apta a fazer com que o ofensor alcance a *redenção*, consoante Luiz Felipe Pondé:

O perdão nunca é equitativo, porque quem o recebe não o merece. Essa sutileza escapa à alma contemporânea, afogada em narcisismo. A assimetria entre o crime que cometo e o perdão que recebo é que faz o perdão maior do que um ato de justiça, e por essa razão pode transformar o criminoso. Só quando a pessoa se sabe culpada ela é capaz de se sentir perdoada. É nesse cenário que a experiência interna da redenção se dá. O homem também é chamado a perdoar, como Deus, por isso Cristo fala em “dar a outra face”. A fina psicologia moral da tradição semita hebraica exige a consciência da culpa e do não merecimento para revelar sua força moral plena. E isso é absolutamente estranho a uma cultura autoindulgente como a nossa.³⁷⁵

Nossos caros leitores podem realmente pensar que a justiça restaurativa e o perdão somente sejam possíveis em casos de infrações de menor gravidade. Seria possível perdoar o assassino de um filho? Reconhecemos ser isso muito difícil, contudo, devemos insistir, não é impossível. Ilustraremos com dois casos retratados pela mídia nos últimos anos, nos quais, por coincidência, as mães das vítimas foram responsáveis por evitar a morte dos assassinos de seus filhos.

Em 2014, no Irã, um assassino salvou-se do enforcamento público por meio da intervenção da mãe de sua vítima. A senhora limitou-se a dar um tapa no rosto do assassino, porém o perdoou. O enforcamento foi cancelado. A reportagem³⁷⁶ não elucida maiores detalhes sobre o que aconteceu com o acusado, se continuaria ou não preso. Todavia, se corretos os demais detalhes da notícia, é certo que a pena mais grave, a morte, deixou de ser aplicada. Ao menos informalmente, um círculo restaurativo e uma reparação verdadeiramente simbólica: o tapa no rosto.

³⁷⁴ Vide subseção 3.4.

³⁷⁵ *Os dez mandamentos (+ um)*: aforismos teológicos de um homem sem fé. São Paulo: Três Estrelas, 2015, p. 81.

³⁷⁶ Vide CONDENADO recebe perdão de família de vítima e se salva da forca no Irã. *Portal G1*, São Paulo, 17 abr. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/04/sequencia-de-fotos-mostra-execucao-de-homem-em-praca-publica-no-ira.html>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

O outro caso ocorreu nos Estados Unidos, no qual uma mãe teve que se contrapor à Promotoria para evitar que fosse aplicada a pena de morte ao assassino de sua filha. Ao final, o ofensor confessou o crime e foi sentenciado à prisão perpétua. As notícias³⁷⁷ acerca do caso destacam o fato de o acusado ter chorado ao ouvir o discurso da mãe sobre a filha morta, além do que ela o teria perdoado.³⁷⁸ Um dos motivos para o perdão foi a pesquisa sobre o passado do ofensor, abandonado pela mãe viciada em drogas e criado em um orfanato, onde teria sofrido abuso sexual. As notícias revelam que a mãe tinha um forte desejo de falar ao assassino de sua filha e de lhe mostrar quem ela havia perdido por culpa dele.

Tais casos servem para evidenciar que os processos restaurativos podem ocorrer ainda que de maneira informal, mas, invariavelmente, dando-se atenção às vítimas, ainda que indiretas ou reflexas do fato criminoso. Da mesma forma, demonstram que a justiça restaurativa nem sempre é desacompanhada das tradicionais punições do sistema de justiça criminal.

Todavia, desconsiderando a punição da justiça retributiva tradicional, observamos que a justiça restaurativa tem maior compatibilidade com os ensinamentos de Jesus Cristo, e, até mesmo, de acordo com a visão de Howard Zehr, ela seria mais compatível com o Velho Testamento.³⁷⁹

Com efeito, Zehr recorre a dois conceitos básicos para interpretar os princípios do Antigo Testamento e dar suporte à sua visão de justiça restaurativa: *shalom* e aliança.³⁸⁰ O termo *shalom*, corriqueiramente traduzido como “paz”, na verdade, corresponderia a uma situação em que tudo está certo em todas as dimensões: 1) bem-estar material e físico; 2) relacionamento das pessoas em paz, ou seja, sem conflitos; e 3) relacionamentos éticos, com transparência e sinceridade.³⁸¹ Na síntese de Zehr, “[...] *shalom* define o modo como Deus pretende que as coisas sejam”.³⁸²

³⁷⁷ Cf. HARDING, Ashley *et al.* Killer collapses sobbing in court as mother describes slain daughter. *News4JAX*, [S.l.], 2 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.news4jax.com/news/local/jacksonville/james-rhodes-pleading-guilty-to-murder-of-shelby-farah>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

³⁷⁸ Seria esse o *castigo verdadeiro* a esmagar a consciência do infrator?

³⁷⁹ *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 123.

³⁸⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

³⁸¹ *Ibidem*, p. 124-125.

³⁸² *Ibidem*, p. 125.

De outro lado, a aliança seria aquela entre Deus e o povo, servindo de base para a *shalom*. Acerca da justiça da aliança, Zehr também questiona a interpretação dada ao “olho por olho”:

Na Bíblia, a justiça “olho por olho” tem seu lugar. Mas a ênfase está alhures. O espírito do “olho por olho” deve ser temperado pela justiça *shalom*, e esta, semelhante à salvação divina, preocupa-se com a necessidade e não com o mérito. A rejeição da justiça “olho por olho” ou legalista aparece em todo o relato da Bíblia. Ela se faz presente em todas as passagens em que as consequências prescritas ou reconhecidas na lei não são executadas. Embora Caim merecesse a pena de morte pelo assassinato de seu irmão, Deus rejeita essa penalidade. Quando a mulher de Oséias comete falta grave, ela é poupada. No episódio da mulher que cometera adultério e merecia morrer pelos padrões de seu tempo, Jesus rejeita essa penalidade. Tal rejeição do merecido castigo aparece mais uma vez na parábola dos trabalhadores da vinha. Os operários que começaram ao meio-dia recebem o mesmo pagamento generoso que aqueles que chegaram de manhã cedo, contrariando as expectativas da justiça “olho por olho”. Acima de tudo, tal rejeição do “merecido castigo” é demonstrada pela própria ação de Deus, cujo propósito é servir de modelo para a justiça *shalom*. Diante de recalcitrante iniquidade, Deus não desiste de Israel. Tendemos a considerar o amor e a misericórdia como diferentes ou opostos à justiça. Um juiz pronuncia uma sentença. Depois, poderá mitigar a pena por um ato de clemência. Mas a justiça bíblica nasce do amor. Tal justiça é de fato um ato de amor que busca corrigir as coisas. Nesse modelo o amor e a justiça não são opostos, nem estão em conflito. Pelo contrário, o amor promove uma justiça que busca em primeiro lugar endireitar o que não está bem.³⁸³

Nessa linha de raciocínio, Zehr entende que a justiça bíblica, inclusive a do Antigo Testamento, baseada no princípio de *shalom*, é restaurativa, buscando a conciliação e a reconciliação, em vez da punição. A própria Lei de Talião seria um limite, e não um estímulo para a vingança. Contudo, acerca do fato de prevalecer a visão da justiça retributiva no Antigo Testamento, Zehr sugere que isso pode ser decorrência de um *curto-circuito histórico*,³⁸⁴ resultante de uma tradução e interpretação da Bíblia à luz da cultura greco-romana.³⁸⁵

³⁸³ *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça, p. 131-132.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 146.

³⁸⁵ Acerca do tema relativo à justiça e ao perdão na Bíblia, assim observa Luiz Felipe Pondé: “Na Bíblia hebraica, a lei de talião justifica o ‘olho por olho, dente por dente’ – ideia com a qual o Novo Testamento entra aparentemente em conflito, quando Jesus afirma que ‘devemos dar a outra face’ àquele que nos agride. [...] Eu disse que havia ‘aparentemente’ um conflito relacionado à lei de talião. Por quê? Porque, embora exista tal lei, também existe a chance de se

De um modo geral, portanto, é possível afirmar que o Antigo Testamento, ainda que não forme um conjunto totalmente coerente, admite a existência do perdão, o qual acabou por ser reforçado por Jesus Cristo, no Sermão da Montanha.

Porém, a justiça restaurativa não obriga a vítima ao perdão nem se contenta, em princípio, somente com ele, havendo a necessidade, outrossim, do arrependimento do ofensor. Aliás, nesse ponto, John Braithwaite, também defensor do paradigma restaurativo, sustentou a utilidade de uma *vergonha reintegrativa* para a reconciliação, sugerindo a adoção do modelo familiar e apontando como exemplo a cultura penal no Japão.³⁸⁶ Alguns poderiam criticar a tese de Braithwaite, por conta do seu eventual viés religioso, relacionado à vergonha e à culpa. Na verdade, consideramos a ideia um tanto quanto criticável por outro motivo: ela importaria na verdadeira criação de uma cultura nesse sentido, o que é algo muito difícil nesse aspecto. A vergonha é um sentimento pessoal, que também é resultado da educação familiar e da cultura comunitária. Seria irreal pensar na importação dos padrões culturais da sociedade japonesa para a brasileira, especialmente pela nítida percepção popular de que, no Brasil, a lei é feita somente para os pobres, e não para os poderosos, cujos crimes permaneceriam impunes, inclusive com a complacência de nosso Poder Judiciário.³⁸⁷ Tal sentimento, inegavelmente presente em nossa sociedade, será mais bem analisado no próximo capítulo.

Por fim, convém lembrar a lição de Christopher D. Marshall acerca daquilo que o perdão *não* seria. O perdão *não* seria fraqueza nem uma escusa para o ato ilícito, razão pela qual não se oporia formalmente à justiça.³⁸⁸ Apesar de o autor

defender o perdão. No Velho Testamento, Deus pratica Sua misericórdia com a humanidade inteira, que, entretanto, O traiu, como ocorreu com Adão e Eva; ou com Caim, que matou seu irmão Abel; ou com Nimrod, que construiu Babel; ou com os hebreus, que fizeram o bezerro de ouro logo após a libertação da escravidão do Egito; ou mesmo com Jesus, que foi traído e abandonado por seus apóstolos. Fosse Deus apenas justo, conforme a lei de talião, não haveria humanidade: Ele teria feito cumprir o ‘olho por olho, dente por dente’”. Cf. *Os dez mandamentos (+ um)*: aforismos teológicos de um homem sem fé, p. 79.

³⁸⁶ *Crime, shame and reintegration*. 16. ed. New York: Cambridge University Press, 2006.

³⁸⁷ Infelizmente, no Brasil, talvez a vergonha se dê até na hipótese inversa, conforme o sempre lembrado trecho de discurso de Ruy Barbosa no Senado brasileiro: “De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto”. Vide PENSADOR.COM. *Biografia de Rui Barbosa*. [S.l.], 2017. Disponível em: <https://www.pensador.com/autor/rui_barbosa/biografia>. Acesso em: 28 ago. 2017. Tal frase continua lamentavelmente atual.

³⁸⁸ *Beyond retribution: a New Testament vision for justice, crime and punishment*, p. 270-271.

preferir a justiça restaurativa à justiça retributiva, ele também não condena a última, divergindo, portanto, do pensamento de Tolstói a respeito. O que também nos leva à seguinte indagação: onde estaria a justiça no pensamento de Tolstói? Onde ficaria a justiça num cenário de total abolição do Direito Penal? É essa a grande questão a ser respondida, tanto do ponto de vista da Teologia quanto da Ciência do Direito Penal, nas páginas que restam deste trabalho.

Por ora, concluímos que a justiça restaurativa é mais compatível com os ensinamentos de Jesus, especialmente na visão que implica o arrependimento voluntário e sincero do infrator e o correspondente perdão da vítima, com a restauração, na medida do possível, da situação anterior ao delito. Contudo, a justiça restaurativa não implica sempre a ausência de punição da justiça tradicional, e é a compatibilidade desta com o Cristianismo que ainda deve ser analisada.

3.8 Veredito sobre a compatibilidade do Direito Penal com o Cristianismo

Sabemos, portanto, que a visão de Tolstói sobre a total incompatibilidade entre o Direito Penal e os ensinamentos de Jesus Cristo é mais do que contestada, desde Dostoiévski, que, como visto, criticou o *Cristianismo elevado* russo, o qual só absolvía,³⁸⁹ até os dias atuais, com o Papa Francisco, que, a despeito de seus ensinamentos sobre a misericórdia, também legitima o Direito Penal, sobretudo ao observar que não se pode simplesmente esvaziar os presídios.³⁹⁰ Tais entendimentos são contrários aos de Tolstói, que, vale lembrar, foi excomungado pela Igreja Ortodoxa em razão de suas próprias interpretações bíblicas.

Será que as ideias tolstoianas sobre Direito Penal e Cristianismo também deveriam ser *excomungadas*?

³⁸⁹ Na verdade, a posição de Dostoiévski é passível de uma interpretação um tanto quanto ambígua. Esse *Cristianismo elevado* poderia ser encarado como o verdadeiro Cristianismo, tal como preconizado por Tolstói. Mas também pode ser interpretado como um Cristianismo exagerado, levado ao pé da letra, que, por essa razão, seria equivocado.

³⁹⁰ *O nome de Deus é misericórdia*, p. 116-117.

Pensamos que não. Julgamos que Tolstói tem razão ao considerar o Direito Penal em si mesmo contrário aos ensinamentos de Jesus Cristo. E, para explicar a nossa posição, construiremos algumas premissas, interpretando certas passagens dos Evangelhos que geram algumas controvérsias acerca das palavras de Jesus.

Iniciaremos pela sempre lembrada, e até algumas vezes ridicularizada, recomendação de oferecer a outra face ao ser agredido. A ridicularização advém de um certo sentido masoquista dado a essa frase, como se o ofendido tivesse que pedir para ser novamente agredido. Por certo, tal interpretação estritamente literal é incorreta, até por desconsiderar o conjunto dos ensinamentos de Jesus, que, muito embora sempre Se mostre disposto a perdoar os pecadores, nunca incentivou a prática do pecado, pelo contrário.

Assim, o ato de dar a outra face não pode ser compreendido como um desejo de continuar sendo agredido, até porque isso implicaria o incentivo de um ato ilícito, ou, na visão teológica, pecaminoso.

Dar a outra face, ou a não resistência ao mal, muito invocada por Tolstói, significa simplesmente não retribuir, não se vingar, enfim, não agir da mesma forma que o agressor. Trata-se da explicação no sentido de que o mal não pode ser retribuído com o mal.

E, realmente, já nessa básica lição de Jesus, encontra-se a contradição com o Direito Penal. Não há retórica capaz de convencer que a pena, especialmente a privativa de liberdade, seja um bem. A pena sempre será um mal, muito embora legalmente imposto pelas autoridades estatais competentes, em regra pertencentes ao Poder Judiciário. Será um mal, ainda que considerado *necessário*.³⁹¹ Amiúde, mesmo quando travestida de remédio contra a “doença” do criminoso, como nos casos lembrados no capítulo anterior (lobotomia, castração química e eventuais drogas que eliminem a força de vontade do “paciente”), continuará sendo um mal.

Entretanto, há quem conteste essa interpretação das palavras de Jesus, considerando-as aplicáveis apenas em *algumas circunstâncias*. Num trabalho em que visa basicamente a defender o conceito de guerra justa, mesmo à luz do Cristianismo, Pedro Erik Carneiro³⁹² comenta uma passagem referente ao

³⁹¹ A necessidade desse mal será objeto do próximo capítulo.

³⁹² Membro do *Law and Religion Scholars Network*.

juízo de Jesus (João, 18:19-23),³⁹³ em que o próprio Jesus não teria seguido a recomendação de dar a outra face:

Os pacifistas e todos os católicos deveriam lembrar que o próprio Cristo não seguiu sempre essa recomendação. Dependia da circunstância. Por exemplo, depois que Cristo foi preso, Ele foi levado para a casa do sumo sacerdote. Lá, Jesus recebeu uma bofetada, mas Jesus não ofereceu a outra face. Reagiu com palavras. O evangelho de João 18:19-23 relata o episódio: [...] Rey-Mermet lembrou que Cristo disse: “Se alguém te bater na face direita, oferece-lhe a esquerda.” Mas quando Ele próprio foi atingido na presença do sumo sacerdote, não virou a outra face. Ele exigiu uma explicação: “Por que me bates?” Uma nova situação exigia uma nova solução. Uma solução no espírito dos Evangelhos, mas ditada por circunstâncias.³⁹⁴

Como visto anteriormente, o mencionado autor parece partir da premissa acima considerada incorreta, ou seja, a interpretação estritamente literal do ato de dar a outra face, que chegaria às raias do masoquismo. Além disso, com a devida vênia, Carneiro, embora tenha se referido a circunstâncias diversas, não explicitou em seu texto quais exatamente teriam sido elas. Isso levaria à conclusão de um comportamento hipócrita por parte de Jesus, eis que, para os outros, recomendaria dar a outra face, porém, quando Ele foi agredido, não ofereceu a outra face. Trata-se realmente de uma interpretação curiosa, que leva a uma conclusão decepcionante sobre o caráter de Jesus.

Outro ponto da interpretação do autor citado, que, em nosso entender, com a devida vênia, também é incorreto, é a menção ao fato de Jesus ter “reagido” com palavras. Bem, essa “reação” nem remotamente pode ser entendida como uma retribuição, até porque as *palavras* de Jesus nem ofensivas foram. Ao contrário, parece ter havido, nesse breve instante, mais um ensinamento de Jesus, por meio de uma habilidosa retórica que demonstra ao soldado a total falta de sentido em sua agressão. Se Jesus falou mal, basta dar testemunho do mal,

³⁹³ “18 *A prisão de Jesus* [...] 19 O Sumo Sacerdote interrogou Jesus a respeito dos seus discípulos e acerca da sua doutrina. 20 Jesus lhe respondeu: ‘Falei abertamente ao mundo. Sempre ensinei na sinagoga e no Templo, onde se reúnem todos os judeus; nada falei às escondidas. 21 Por que me interrogas? Pergunta aos que ouviram o que lhes ensinei; eles sabem o que eu disse’. 22 A essas palavras, um dos guardas, que ali se achava, deu uma bofetada em Jesus, dizendo: ‘Assim respondes ao Sumo Sacerdote?’ 23 Respondeu Jesus: Se falei mal, testemunha sobre o mal; mas se falei bem por que me bates?’ Cf. BÍBLIA, p. 1888-1889.

³⁹⁴ *Teoria e tradição da guerra justa: do Império Romano ao Estado Islâmico*. Campinas: Vide Editorial, 2016, p. 35.

isto é, demonstrar o equívoco ou injúria de Suas palavras. Enfim, se Jesus falou mal, ou se o soldado discordou de Suas palavras, bastaria a advertência verbal ou a apresentação de sua discordância, indicando onde estaria o desacerto das palavras de Jesus. Agora, se Ele falou bem, qual seria o motivo da agressão?

Aliás, fazendo um parêntese, muito longe de qualquer sentido retributivo ou agressivo, o ensinamento de Jesus na passagem supracitada é mais do que oportuno para os dias atuais, em que as pessoas não parecem mais debater ou discutir de um modo cordial e respeitoso. A discordância de ideias, hodiernamente, muitas vezes leva a agressões verbais ou *virtuais*,³⁹⁵ sem que haja um efetivo debate ou *diálogo*, algo intensamente buscado no presente trabalho. Palavras semelhantes às utilizadas por Jesus viriam bem a calhar em muitas de nossas situações cotidianas: se falamos mal, demonstre-nos onde está o mal; se falamos bem, por que nos ofendem?

Concluimos, portanto, ser equivocado tratar tais palavras de Cristo como um exemplo de retribuição ao mal, sendo, pois, incorreta a conclusão daí extraída por Pedro Erik Carneiro, de que o ato de dar a outra face dependeria das circunstâncias.

Todavia, existe um outro trecho bíblico que muitos interpretam como uma contradição entre os atos de Jesus e a Sua recomendação de dar a outra face. Trata-se da já comentada passagem referente à expulsão dos vendilhões do templo. Esse episódio é até lembrado por Tolstói, que critica aqueles que fazem interpretações no sentido de que Cristo permitiria as guerras ou o Direito Penal, porém o grande escritor russo não oferece a devida explicação para esse caso.

Carneiro também usa o episódio dos vendilhões do templo para relacioná-lo à justiça retributiva, que ele também chama de “vingança justa”:

A “vingança justa” pode ser identificada, por exemplo, na passagem que relata Jesus no Templo, quando Ele juntou cordas e fez delas chicote para afastar os mercadores (João 2:13-17). Alguns até usam essa passagem para dizer que Cristo produziu armas, pois ele juntou cordas e fez delas uma arma. Cristo estava reagindo a uma afronta ao templo de Deus. Os discípulos, quando viram a reação de Jesus, lembraram-se de uma passagem das Escrituras que dizia: “O zelo por tua casa me devorará”. E quando os judeus viram a cena, perguntaram a Jesus o que aquilo

³⁹⁵ Referimo-nos especificamente ao âmbito da Internet, em particular nas chamadas redes sociais.

significava e Ele respondeu dizendo: “Destruí este templo, e em três dias eu o levantarei”.³⁹⁶

A leitura atenta do trecho bíblico em questão não autoriza, de forma expressa, a conclusão de que Jesus castigou fisicamente os comerciantes, o que, por sinal, seria contraditório com os Seus ensinamentos de não violência. Outrossim, a interpretação mencionada pelo autor, de que Jesus teria criado armas, também parece ir bem além do texto. O que está evidente no texto é que, na visão de Jesus, uma séria ofensa ao Templo de Deus estava em andamento e, pelo visto, era praticada por inúmeras pessoas. O azorrague de cordas, uma espécie de chicote feito por Jesus, interrompeu a prática considerada pecaminosa. Não há notícia de que os comerciantes tenham sido agredidos ou sofrido posterior punição, razão pela qual, muito embora o referido trecho efetivamente provoque dúvidas, não se pode concluir que Jesus, nessa ocasião, admitiu a retribuição aos pecadores. O chicote serve para açoitar, porém também para assustar. O caso em tela pouco serve para legitimar o Direito Penal, que não se ocupa propriamente da interrupção das práticas ilícitas, mas sim de suas respectivas punições.

O caso reforça, contudo, a nossa interpretação no sentido de que o ato de dar a outra face não significa um desejo de continuar sendo agredido, eis que, conforme já dito, a continuidade do pecado não é admitida.

Jesus expressamente revogou a Lei de Talião. Em lugar do *olho por olho e dente por dente*, deveríamos dar a outra face, o que, longe de ser um desejo de continuar sendo ofendido, significa não retribuir o mal. A pena, por mais que se fale nas suas finalidades preventivas, é intrínseca e inevitavelmente retributiva. As teorias de prevenção geral negativa (para outros não praticarem crimes), ou positiva (finalidade de preservar a confiança da sociedade nas leis), ou especial negativa (para que o infrator não reincida mais em delitos), ou especial positiva (para que o infrator se reintegre à sociedade), não podem escapar à realidade da pena como um mal em si. Ainda que não exista unicamente o mero intuito de retribuição, ela é inerente à pena.

³⁹⁶ *Teoria e tradição da guerra justa: do Império Romano ao Estado Islâmico*, p. 37.

A Lei de Talião não deixa de ser um exemplo de uma lei penal antiga. Jesus pregou o abandono dessa lei penal. Todavia, não condenou, como pecado, a Lei de Talião, vale dizer, não julgou o Direito Penal.

É evidente que, se todos seguissem à risca os ensinamentos de Cristo, o Direito Penal não teria que ser abolido; ele simplesmente, na prática, não funcionaria, não teria provocação. Seria um mundo sem homicídios, sem violência de qualquer espécie, ou quaisquer outros delitos, já que todos seguiriam a máxima de amor ao próximo.

Porém, fora desse mundo ideal, que deve ser tido como meta, ocorre exploração, desrespeito, ofensa e crime. Mesmo nesse mundo imperfeito, os ensinamentos de Cristo não dão qualquer suporte ou legitimidade ao Direito Penal, pois não pregaram a retribuição.

Na prática, o significado disso é o de que as Igrejas Cristãs podem muito bem prosseguir contestando práticas que, em seu entender, constituem pecados, a exemplo do aborto ou do tráfico de drogas. Entretanto, deve-se apontar a incoerência com os ensinamentos de Cristo, se as Igrejas se opõem à descriminalização desses e de quaisquer outros atos. Também se torna incongruente com os ensinamentos de Jesus que as Igrejas postulem a criminalização ou punição de quaisquer atos. Jesus, vale recordar, veio libertar os cativos.³⁹⁷

A propósito, numa postura que muito lembra a de Tolstói, o teólogo José Comblin assevera:

Jesus condena a vingança (cf. Mt 5,38-42). Sabe muito bem que a vingança está profundamente enraizada nos seres humanos. A história na Igreja mostra infinitas infidelidades a esse ensino na própria Igreja: a Inquisição, a caça às bruxas e as penas previstas no Código de Direito Canônico até agora, e aplicadas tantas vezes no passado e no presente. Procuram justificar a vingança dizendo que se trata de justiça e não de vingança. Porém, a justiça de Deus é misericórdia. Dizem que o castigo tem por finalidade a conversão do malfeitor. Mas o que acontece não é a conversão e sim o endurecimento. A mesma justificativa é invocada no direito moderno. Dizem que os castigos são meios para corrigir o malfeitor, embora suceda o contrário. Criaram um “Ministério da

³⁹⁷ A libertação dos prisioneiros também pode ser encontrada no Velho Testamento (Salmos 146:7-9), conforme lembrado por Nicholas Wolterstorff. Cf. *The contours of justice: an ancient call for shalom*. In: LAMPMAN, Lisa Barnes (Ed.). *God and the victim: theological reflections on evil, victimization, justice and forgiveness*. Grand Rapids: William B. Eerdmans Publishing Company, 1999. p. 107-130, p. 112.

Justiça”, quando seria melhor dizer que há um “ministério da vingança”. O que se chama justiça e poder judiciário é exercício de vingança coletiva. Basta ver todas as humilhações e degradações humanas infligidas nas casas penitenciárias para perceber que se trata não de pedagogia, mas sim de vingança. Os presos são tratados como inimigos e seres infra-humanos. Se se tratasse de uma obra de recuperação de malfeitores, as penas seriam determinadas pelos juízes em função do tempo necessário para realizar essa recuperação. Não acontece nada disso. As penas expressam a intensidade da vontade de vingança. Dizem que os castigos são exemplos para outros para evitar que imitem condutas condenáveis. Mas isso não acontece. Os modernos querem esconder que a sociedade está dominada pela vingança. Mas os fatos estão aí: os presos não são tratados como irmãos que precisam ser recuperados e reeducados, mas sim como inimigos que precisam ser destruídos. Não podemos acusar os juízes ou legisladores porque eles aplicam a vontade de vingança que está no povo. Muitas vezes o povo quer uma pena superior ao que infligiu o juiz. Muitas vezes o povo queria a pena de morte. O pior é que pessoas que se dizem cristãs colaboram com esse sistema social ou associal. Aqui está o maior conflito entre o anúncio de Jesus e o que fazem os cristãos.³⁹⁸

As palavras contundentes de José Comblin são as que mais se aproximam do pensamento de Tolstói, sendo que ele desconstrói supostas finalidades de recuperação ou prevenção com a menção à dura realidade das prisões e à efetiva continuidade da prática de crimes. Iremos nos aprofundar sobre essas questões no próximo capítulo.³⁹⁹ No campo religioso, concordamos com Tolstói e Comblin acerca da não compatibilidade do Direito Penal com os ensinamentos de Jesus Cristo.

Nada impede que as Igrejas Cristãs desempenhem um papel ou prossigam pleiteando a melhoria de condições para os presos e condenados. É até legítimo que pleiteiem a abolição do sistema prisional, ou mesmo de todo o sistema criminal, apesar de isso não ter sido defendido expressamente por Cristo, e além de não haver a garantia de que tal abolição resulte no desaparecimento dos atos ilícitos. Nesse diapasão, ir além do que Cristo preconizou não é o mesmo que contradizê-lo, como é feito por alguns religiosos hodiernamente, quando defendem a criminalização de condutas ou a punição de quem quer que seja.

³⁹⁸ Cristianismo e direito. In: SOARES, Afonso Maria Ligorio; PASSOS, João Décio (Coord.). *Teologia e direito: o mandamento do amor e a meta da justiça*. São Paulo: Paulinas, 2010. p. 165-174, p. 166-167.

³⁹⁹ Mais precisamente, se o Direito Penal não passa de vingança estatal, não importa que teorias busquem disfarçar ou mascarar isso, conforme assinala José Comblin no trecho acima transcrito.

No entanto, é preciso retomar Agamben e a ideia do não julgamento. Assim como Jesus Cristo não teria sido efetivamente julgado por Pôncio Pilatos, o julgamento inverso também não ocorreu. O Direito Penal, assim, está em desacordo com os ensinamentos de Jesus, que pregou o abandono da Lei de Talião, mas não foi efetivamente julgado nem condenado por ele. Enfim, Jesus não condenou propriamente a lei terrena, apenas conclamando as pessoas a perdoarem umas às outras, conforme a Lei do Amor. E, obviamente, a ausência de um julgamento não significa que Jesus tenha defendido a lei penal. Porém, a ausência desse julgamento, para além da coerência com o ensinamento de não julgar os outros, certamente se deve à compreensão de Jesus da natureza inevitavelmente pecadora do ser humano, aí incluída a de seus discípulos ou seguidores. Assim, o fim abrupto dos julgamentos seria tão improvável quanto o fim abrupto dos pecados, ou, noutras palavras, tão improvável quanto o alcance da perfeição. Chega-se, pois, à conclusão de um cenário de transição ou substituição, no qual Jesus prega o abandono da lei penal de Talião, sem condenar, contudo, os juízes ou os legisladores, o que é coerente com o seu ensinamento de não julgar. A Lei do Amor surge, então, como meta a ser seguida, dado que a sua observância, embora teoricamente simples, como sugere Tolstói,⁴⁰⁰ talvez constitua, na prática, o mais difícil desafio humano, como, alhures, percebeu o próprio Tolstói.

Todavia, verdade seja dita, a justiça penal não encontra sustentação nos ensinamentos de Cristo. E um Direito Penal que, como todo o Direito, não nasce apenas da elucubração de juristas, mas sim de influências as mais diversas da sociedade,⁴⁰¹ encontra, para além da afirmação da laicidade, o seu maior fundamento para rejeitar a influência religiosa: o próprio ensinamento de Cristo. Aderimos, portanto, neste ponto, ao entendimento de Tolstói.

⁴⁰⁰ *Minha religião*, p. 31. “Podemos declarar que a prática de tal regra é muito difícil; podemos negar que aquele que a segue vai achar a felicidade; podemos dizer, como dizem todos os que não creem em suas palavras, que Jesus era um sonhador, um idealista que propunha máximas impraticáveis; mas é impossível não reconhecer que expressou de modo claro e preciso o que desejava dizer, ou seja, que, de acordo com sua doutrina, o homem não deve resistir ao mal. No entanto, nem quem crê, nem quem não crê admite esta interpretação simples e clara das palavras de Jesus.”

⁴⁰¹ Conforme anota Tércio Sampaio Ferraz Junior: “[...] O Direito continua resultando de uma série de fatores causais, muito mais importantes até que a decisão, como valores socialmente prevalentes. Interesses de fato dominantes, injunções econômicas, políticas etc. Ele não nasce da pena do legislador”. (*Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 85).

De outro lado, quanto à justiça restaurativa, se desacompanhada da punição, torna-se mais compatível com o preceito de não resistência ao mal. A restauração do estado de coisas anterior ao ilícito, favorecendo, por que não, a eventual reconciliação, ou pelo menos o arrependimento do autor do ilícito, não acarreta contrariedade aos ensinamentos de Jesus.

Todavia, a questão não se encerra por aqui. Tolstói não se limita a dizer que o Direito Penal é contrário aos ensinamentos de Cristo. Para o russo, as leis penais são igualmente contrárias à razão, se bem que ele identifica a razão com os ensinamentos de Jesus. No próximo capítulo, analisaremos essa possível identidade e a derradeira acusação de Tolstói ao Direito Penal, com o que será possível chegar à conclusão se deve ser, ou não, abolido.

4 TOLSTÓI E A IRRACIONALIDADE DO SISTEMA CRIMINAL

4.1 O Direito Penal entre a fé e a razão

Numa sociedade que vem abandonando cada vez mais a Religião, talvez se possa considerar que a mais grave acusação feita por Tolstói contra o Direito Penal foi a de contrariedade à razão. A razão e a Ciência, amiúde, são conceitos respeitados, muito embora nem sempre compreendidos. Já a Religião e a fé são conceitos atualmente tidos como obscuros, os quais, quando não rejeitados de plano, no mínimo causam desconfiança.

Assim, muitos não levariam Tolstói a sério, se ele se limitasse a dizer que o Direito Penal era contrário aos ensinamentos de Cristo, pois, afinal, o Estado é laico e, certamente, não existem somente cristãos no mundo. Porém, causa um maior incômodo a crítica tolstoiana de que o Direito Penal é contrário à razão, haja vista que a maioria das pessoas não deseja a abolição completa do sistema criminal nem, por terem essa opinião, concordariam em ser tachadas de irracionais.

Contudo, a existência do Direito Penal é uma questão de fé ou da razão? Quando se clama pela substituição do Direito Penal por outros meios de resolução de conflito, tais como o Direito Administrativo ou a justiça restaurativa, frequentemente tais opções são rejeitadas. Mas, essa rejeição é baseada em critérios científicos ou numa concepção predeterminada, ou, em outras palavras, numa fé no Direito Penal?

Para responder a essa questão é necessário examinar, preliminarmente, a própria Ciência do Direito. Todavia, existe mesmo tal Ciência? E se existe, qual o seu objeto? As leis, as decisões ou as interpretações que de ambas se fazem?⁴⁰²

Diante disso, para investigarmos a acusação de Tolstói sobre a irracionalidade do Direito Penal, seguiremos as seguintes etapas: 1) existe uma Ciência do Direito Penal? Em caso positivo, qual a natureza e o objeto dessa

⁴⁰² Tércio Sampaio Ferraz Junior, em obra sobre o tema, investiga a Ciência do Direito como teoria da norma, teoria da interpretação e teoria da decisão. Ver *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Ciência?; 2) É racional a existência do Direito Penal? Ou racional seria a Lei do Amor de Jesus?; e 3) É racional a aplicação do Direito Penal positivo?

Com isso, pretendemos responder se o Direito Penal pertence ao âmbito da fé, da razão ou de algum ponto intermediário entre ambos.

4.1.1 É possível uma Ciência do Direito Penal?

Comumente, o Direito é tido como um sinônimo de ordem, servindo de exemplo a expressão ordenamento jurídico, um outro meio de se referir ao Direito positivo. A ordem nos impediria de viver num estado de caos, completamente desprovido de normas jurídicas. Por isso, quando se fala nesse Direito, com seus princípios, leis e regras, não há surpresa em se pensar numa Ciência do Direito, ainda que, por enquanto, não aprofundemos o seu objeto.

Porém, e se essa ordem for ilusória? E se, na realidade, continuamos vivendo em meio ao caos, ainda que mascarado por um Direito supostamente científico?

Numa conferência que repercute até os dias de hoje, Julius Hermann von Kirchmann negou à *jurisprudência*⁴⁰³ o caráter científico.

Embora ainda hoje lembrada, a conferência de Kirchmann habitualmente é reduzida a uma de suas frases de efeito, qual seja a de que três palavras retificadoras do legislador convertem bibliotecas inteiras em lixo.⁴⁰⁴ É exatamente essa a frase de Kirchmann lembrada e rechaçada por Enrique Gimbernat Ordeig,⁴⁰⁵ Tércio Sampaio Ferraz Junior⁴⁰⁶ e Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito.⁴⁰⁷

⁴⁰³ Conforme observado por Antonio Truyol y Serra, o autor alemão emprega o termo “jurisprudência” no sentido tradicional de “Ciência Jurídica”. Ver Escrito preliminar. In: KIRCHMANN, Julius Hermann von. *La jurisprudencia no es ciencia*. Traducción y escrito preliminar de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Colección Civitas, 1949, p. 11. Quando nos referirmos a Kirchmann no texto, utilizaremos o termo “jurisprudência” no sentido por ele empregado.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 54.

⁴⁰⁵ *Conceito e método da ciência do direito penal*, p. 97.

⁴⁰⁶ *Ciência do direito*, p. 16.

⁴⁰⁷ *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 39.

Ocorre que o cerne da tese de Kirchmann não é esse (isto é, a mera mutabilidade da legislação tornaria inútil a bibliografia sobre a norma revogada), o que, aliás, seria demasiado simplista e indigno da recorrente lembrança à sua obra. Assim, as críticas feitas a Kirchmann com base em apenas uma frase de sua conferência inteira, ainda que se reconheça o exagero da frase, não nos parecem justas.

Para melhor compreendermos o que Kirchmann quis dizer, devemos, em primeiro lugar, analisar o objeto de sua conferência, que, por sinal, foi proferida no longínquo ano de 1847. Logo no início, Kirchmann explica a possível ambigüidade de sua formulação:

O tema, na formulação que adotei, é ambíguo. Dizer que a jurisprudência não tem caráter científico pode significar, de um lado, que a jurisprudência, ainda sendo uma ciência, carece daquela influência sobre a realidade e a vida dos povos que corresponde e convém a toda ciência. Porém, aquela afirmação pode também significar que a jurisprudência carece teoricamente de valor como ciência, que não é ciência nem chega ao verdadeiro conceito de tal. Esta ambigüidade que se insinuou subrepticamente no meu tema, não quero rechaçá-la: um e outro sentido expressam o que quero dizer. Bem é verdade que frases como estas não são correntes. A santidade e a nobreza da jurisprudência permanecem incólumes, por todos acatadas; e, todavia, a simples experiência diária encerra mais de um elemento suscetível de suscitar dúvidas e suspeitas contra este axioma. Que jurista prático não experimentou alguma vez um sentimento profundo de vacuidade e de insatisfação em sua atividade? Que outro ramo literário oferece, junto ao bom, tanto livro insosso e de mau gosto, como o jurídico? A sacrossanta justiça segue sendo objeto de escárnio junto ao povo e, mesmo as pessoas educadas, ainda quando têm o direito ao seu favor, temem cair em suas garras, tratando em vão de orientar-se em meio a suas formalidades e procedimentos. Quantas leis e, não obstante, quantas lacunas! Que exército de funcionários e, não obstante, quanta lentidão na administração da justiça! Que luxo de estudos e de erudição e, não obstante, quantas oscilações, quanta insegurança na teoria e na prática! Um Estado que faz da realização do direito seu fim supremo e, não obstante, se faz pagar com crescidas somas sua intervenção em cada caso!⁴⁰⁸

⁴⁰⁸ *La jurisprudencia no es ciencia.* Traducción y escrito preliminar de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Colección Civitas, 1949, p. 30-31, tradução nossa. Texto original, em Espanhol: “*El tema, en la formulación que he adoptado, es ambiguo. Decir que la jurisprudencia no tiene carácter científico puede significar, por una parte que la jurisprudencia, aun siendo una ciencia, carece de aquella influencia sobre la realidad y la vida de los pueblos que corresponde y conviene a toda ciencia. Pero aquella afirmación puede también significar que la jurisprudencia carece teóricamente de valor como ciencia, que no es ciencia ni llega al verdadero concepto de tal. Esta ambigüedad que se ha insinuado subrepticamente en mi tema, no quiero rechazarla:*

Preliminarmente, convidamos os leitores a relerem o trecho acima transcrito, olvidando-se que foi escrito por um jurista alemão no século XIX, e indagarem acerca de sua adequação ao sistema jurídico brasileiro atual. Deixamos a resposta à reflexão de nossos leitores.

Aqui, nos interessa ressaltar que o próprio Kirchmann enxergou uma ambiguidade em sua afirmação, que poderia ter dois sentidos: ou a jurisprudência não seria efetivamente uma Ciência, ou, ainda que fosse uma Ciência, teria muito pouca influência na realidade. Kirchmann admite explicitamente que ambos os sentidos expressam o que ele pretendeu dizer.

Portanto, constatamos que Kirchmann, em sua conferência, fez uma análise do sistema jurídico de seu tempo, tal como ele se apresentava na prática, ou seja, trata-se de um exame análogo ao que pretendemos fazer no presente trabalho, conforme expusemos na subseção 1.2, quando explicamos o que queríamos dizer quando nos referimos ao sistema criminal.

Fato é que o cerne da crítica de Kirchmann ao suposto caráter científico do Direito é muito mais profundo do que a mera constatação de que a mudança da lei pode modificar o seu objeto e transformar bibliotecas inteiras em lixo. Aliás, nesse trecho, Kirchmann foi efetivamente exagerado, e justamente esse exagero costuma ser resgatado e rechaçado por seus críticos, que sustentam o caráter científico do Direito.

Todavia, acreditamos que o ponto fulcral da crítica de Kirchmann pode ser encontrado em duas de suas afirmações, quais sejam: a de que a solução está na singularidade do caso concreto (e não nas regras)⁴⁰⁹ e a de que o Direito não se baseia apenas no saber, mas também no sentimento, ou seja, não existiria

uno y otro sentido expresan lo que pretendo decir. Bien es verdad que frases como estas no son corrientes. La santidad y la nobleza de la jurisprudencia permanecen incólumes, por todos acatadas; y, sin embargo, la simple experiencia diaria encierra más de un elemento susceptible de suscitar dudas y sospechas contra este axioma. ¿Qué jurista práctico no experimento alguna vez un sentimiento profundo de vacuidad y de insatisfacción en su actividad? ¿Qué otra rama literaria ofrece, junto a lo bueno, tanto libro insulso y de mal gusto como la jurídica? La sacrosanta justicia sigue siendo objeto de escarnio en el Pueblo, y las mismas personas educadas, temen caer en sus garras, tratando en vano de orientarse en medio de sus formalidades y procedimientos. ¡Qué cúmulo de leyes y, no obstante, cuánta lentitud en la administración de justicia! ¡Qué lujo de estudios y de erudición y, no obstante, cuántas oscilaciones, cuánta inseguridad en la teoría y en la práctica! ¡Un Estado que hace de la realización del derecho su fin supremo y, no obstante, se hace pagar con crecidas sumas su intervención en cada caso!”

⁴⁰⁹ La jurisprudencia no es ciencia, p. 34.

somente na cabeça do homem, mas também em seu coração.⁴¹⁰ E exatamente essa inobservância das regras ou normas conforme o caso concreto e a influência do sentimento são capazes de tornar o sistema jurídico irracional e acientífico.

Em outras palavras, bem mais simples, tudo pode se resumir em saber o que, afinal, é o Direito. O Direito é o que é, por si só, é o que o juiz (ou o Supremo Tribunal Federal) diz que é, ou é o que o intérprete doutrinador (ou o “cientista” do Direito) diz que é? E mais uma questão: a Ciência do Direito se ocuparia da verdade, como as demais Ciências?

É mais do que certo que a existência de divergências não afastaria, em princípio, o caráter científico do Direito. Divergências existem até mesmo nas Ciências Naturais. Algumas “verdades” científicas podem ser contestadas e até mesmo refutadas. Aliás, isso é próprio da Ciência, que não pode ser engessada por dogmas imutáveis, ressalvadas as verdades já empiricamente comprovadas. Contudo, no âmbito das Ciências Físicas e Naturais, as teorias são embasadas em estudos e experimentos, como, por exemplo, as teorias da relatividade, do início do universo (*Big Bang*), do que seja a matéria escura do universo etc.

Obviamente, não se esperaria a mesma metodologia no Direito, que é um objeto cultural. Porém, ainda assim, é cabível a pergunta: existe uma verdade científica a ser buscada no âmbito do Direito?

Para Kirchmann, “a verdade espera em vão um investigador sem preconceitos”, asseverando, ainda, que: “o sentimento não é nunca, nem em parte alguma, critério de verdade; é o produto da educação, do costume, das ocupações, do temperamento, ou seja, do azar”.⁴¹¹

A questão, então, seria saber o quanto o *sentimento* interfere na produção científica do Direito. E, nesse ponto, muitos doutrinadores, por serem advogados, promotores ou juízes,⁴¹² poderiam ser questionados pelos sentimentos por trás de suas teses. Com tudo isso em mente, a tese “vencedora” num processo, no mais das vezes, deveria ser atribuída à melhor solução científica no caso concreto ou a uma questão de sorte ou azar (a depender das inclinações dos julgadores ou dos intérpretes)?

⁴¹⁰ *La jurisprudencia no es ciencia*, p. 45.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 47.

⁴¹² Sim, mesmo os juízes, teoricamente independentes, poderiam receber a crítica de que as suas teses científicas buscam apenas respaldar as suas decisões. *Mutatis mutandis*, o mesmo poderia ser dito em relação aos promotores e advogados.

A primeira solução, talvez mais tranquilizadora, é a que prepondera, graças à técnica da fundamentação das decisões. Porém, e se toda e qualquer solução for passível de fundamentação? Teremos, então, uma questão de sorte ou azar? E a complexidade da questão pode ser ainda aprofundada, se voltarmos ao momento prévio da elaboração das leis. Quais os critérios científicos utilizados para elaborar leis? Se existem, são efetivamente utilizados? Ou tudo não passa de mero arbítrio ou, uma vez mais, de sorte ou azar?

Pensemos especificamente no Direito Penal: que conduta deve ou não ser criminalizada?⁴¹³ Quais os critérios científicos utilizados em tal processo legislativo de criminalização ou descriminalização? Se pensarmos em delitos já existentes, como o aborto e o tráfico de drogas, chegaremos à conclusão de que a polêmica sobre a sua criminalização ou descriminalização é recheada de influências religiosas, sociais, políticas e ideológicas. E essas influências inevitavelmente devem existir, eis que o Direito é uma criação humana, cujo objetivo é reger a vida em sociedade.

O mote é que, pensando na hipótese penal, a proposta de lei de criminalização ou descriminalização deve ser submetida à técnica do procedimento legislativo, bem como também obedecer aos princípios estabelecidos pela Dogmática Penal, como, por exemplo, a lesividade da conduta e a proporcionalidade das penas.

Poderíamos, então, responder a Kirchmann que o sentimento é realmente um acompanhante inseparável daquele que é humano, mas isso não invalidaria o caráter científico do Direito, tendo em vista os princípios e técnicas construídos pela Dogmática.

Só que essa resposta seria, na melhor das hipóteses, muito otimista, se não pueril.

Pensemos num caso concreto. Atualmente, no Brasil, existem dois projetos de lei praticamente opostos no tocante à questão da prostituição. O Projeto de Lei “Gabriela Leite”⁴¹⁴ visa a regulamentar a prostituição, vedando a prática da exploração sexual. Fora das hipóteses da exploração sexual, a chamada “casa de

⁴¹³ Aqui ainda não abordamos a crítica de Tolstói acerca da própria contrariedade à razão do Direito Penal. Por enquanto, partimos da premissa fática de que o Direito Penal existe, e daí a indagação sobre o que e de que forma deve ser criminalizado.

⁴¹⁴ O referido projeto encontra-se disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1012829>. Acesso em: 13 set. 2017.

prostituição” seria permitida.⁴¹⁵ O projeto em apreço delimita de forma clara quais são as hipóteses de exploração sexual. Vale lembrar que, hoje, o artigo 228 do Código Penal,⁴¹⁶ na prática, equipara a prostituição e a exploração sexual. Assim, o projeto, embora sem modificar muito a redação do artigo 229 do Código Penal,⁴¹⁷ restringe o seu alcance, ao reduzir a abrangência da exploração sexual, deixando de equiparar, *necessariamente*, prostituição e exploração.

Vejamos um trecho da justificativa do projeto:

A prostituição é atividade cujo exercício remonta à antiguidade e que, apesar de sofrer exclusão normativa e ser condenada do ponto de vista moral ou dos “bons costumes”, ainda perdura. É de um moralismo superficial causador de injustiças a negação de direitos aos profissionais cuja existência nunca deixou de ser fomentada pela própria sociedade que a condena. Trata-se de contradição causadora de marginalização de segmento numeroso da sociedade. O projeto de lei ora apresentado dialoga com a Lei alemã que regulamenta as relações jurídicas das prostitutas (Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten - Prostitutionsgesetz - ProstG); com o Projeto de Lei 98/2003 do ex-Deputado Federal Fernando Gabeira, que foi arquivado; com o PL [Projeto de Lei] 4244/2004, do ex-Deputado Eduardo Valverde, que saiu de tramitação a pedido do autor; e com reivindicações dos movimentos sociais que lutam por direitos dos profissionais do sexo. O escopo da presente propositura não é estimular o crescimento de profissionais do sexo. Muito pelo contrário, aqui se pretende a redução dos riscos danosos de tal atividade. A proposta caminha no sentido da efetivação da dignidade humana para acabar com uma hipocrisia que priva pessoas de direitos elementares, a exemplo das questões previdenciárias e do acesso à Justiça para garantir o recebimento do pagamento.⁴¹⁸

⁴¹⁵ “Art. 2º. É vedada a prática de exploração sexual. Parágrafo único: São espécies de exploração sexual, além de outras estipuladas em legislação específica: I - apropriação total ou maior que 50% do rendimento de prestação de serviço sexual por terceiro; II - o não pagamento pelo serviço sexual contratado; III - forçar alguém a praticar prostituição mediante grave ameaça ou violência. Art. 3º. A/O profissional do sexo pode prestar serviços: I - como trabalhador/a autônomo/a; II - coletivamente em cooperativa. Parágrafo único. A casa de prostituição é permitida desde que nela não se exerce qualquer tipo de exploração sexual.”

⁴¹⁶ “Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.”

⁴¹⁷ “Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.”

⁴¹⁸ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1012829>. Acesso em: 13 set. 2017.

De outro lado, em sentido quase oposto, o Projeto de Lei nº 377/2011⁴¹⁹ busca criminalizar o próprio cliente da prostituição, o que, por conseguinte, rechaça a possibilidade de regulamentação da “profissão”.⁴²⁰ Vejamos também um trecho da justificativa desse projeto:

Apesar das recentes discussões ocorridas nesta Casa acerca do tema, o PL que legalizava a prostituição foi rejeitado, entendemos que a venda do corpo é algo não tolerado pela sociedade. A integridade sexual é bem indisponível da pessoa humana e, portanto, não pode ser objeto de contrato visando à remuneração. O quadro negativo da prostituição não envolve apenas o sacrifício da integridade pessoal. A atividade é tradicionalmente acompanhada de outras práticas prejudiciais à sociedade, como o crime organizado, lesões corporais, a exploração sexual de crianças e adolescentes, além do tráfico de drogas. A criminalidade da contratação de serviços sexuais tem por fim, também, a proteção das pessoas e o combate à opressão sexual. Recentemente, a Suécia, considerado um dos países mais avançados do mundo, aprovou lei no mesmo sentido da proposição apresentada. Lá, a proposta do governo surgiu em conjunto com um pacote para reprimir os abusos contra as mulheres, foi apoiada eminentemente por grupos feministas e obteve o beneplácito do Poder Legislativo, em que mais de quarenta por cento dos parlamentares são mulheres.⁴²¹

Enfim, projetos de lei que caminham em direções opostas, um restringindo a criminalização das casas de prostituição, e outro expandindo o alcance penal, tratando como criminoso o próprio cliente da prostituição. A discussão sobre o tema é ampla e pode até unir grupos considerados opostos, como conservadores e feministas radicais (na crítica ao projeto que regulamenta a prostituição).⁴²² Curioso que a frase “meu corpo, minhas regras”, utilizada por muitas feministas, realmente sofra de uma possível ambiguidade, quando algumas se negam a reconhecer a prostituição, ainda que seja essa a vontade de quem se prostitui.

⁴¹⁹ “Art. 1º. O Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal –, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 231-A: ‘Contratação de serviço sexual’ ‘Art. 231-A. Pagar ou oferecer pagamento a alguém pela prestação de serviço de natureza sexual:’ ‘Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses.’ ‘Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem aceita a oferta de prestação de serviço de natureza sexual, sabendo que o serviço está sujeito a remuneração’.”

⁴²⁰ Aqui colocada entre aspas, justamente por não ser regulamentada no Brasil.

⁴²¹ O referido projeto encontra-se disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/839127.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2017.

⁴²² Ver REGULAMENTAÇÃO da prostituição confronta prostitutas e feministas radicais. *El País*, Rio de Janeiro, 1º ago. 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/28/politica/1469735633_689399.html>. Acesso em: 13 set. 2017. Destacamos, nessa reportagem, o depoimento de uma ex-prostituta, no sentido de que, em todas as vezes que se prostituiu, sentiu-se estuprada, ou seja, a prostituição seria o estupro pago.

Será que toda prostituição configuraria uma espécie de “estupro pago”? Daí a razão da criminalização do cliente? Essas são questões que certamente não existem somente em nosso país, bastando atentar que ambos os projetos invocam as legislações de nações tidas como desenvolvidas, como Alemanha e Suécia.

Mas, qual seria a contribuição da Ciência do Direito Penal nessa discussão? Como utilizar, aqui, a Dogmática ou os princípios da lesividade e da proporcionalidade? Seria errado punir o cliente da prostituição? A liberdade sexual é bem jurídico disponível ou indisponível? Tradicionalmente, a integridade física é considerada bem indisponível, ou seja, não se admite, por exemplo, um homicídio com o consentimento da vítima. E a liberdade sexual? Seria diferente, ou estaríamos admitindo “estupros pagos”? Qual a resposta da Ciência do Direito Penal para tais questões? Ou será que não existe uma resposta da Ciência do Direito Penal? Será que a criminalização ou não seria uma questão de *fé* ou seria estranha ao Direito, uma questão meramente *política*?

Esta última indagação, se respondida de forma positiva, ou seja, se a criminalização ou descriminalização é uma questão estranha à Ciência do Direito, nos faz lembrar a crítica de Evguíeni B. Pachukanis a Kelsen:

Sem dúvida há que se reconhecer um grande mérito de Kelsen. Com sua corajosa coerência, ele levou ao absurdo a metodologia do neokantismo com seus dois princípios. De fato, verifica-se que o “puro” princípio do dever-ser, livre de todas as impurezas do ser, do factual, de todas as “escórias” psicológicas e sociológicas, em geral não tem nem pode ter definições racionais. Pois, para o dever-ser puramente jurídico, ou seja, incondicionalmente heterônomo, até mesmo o fim é algo estranho e indiferente. O “tu deves a fim de que”, de acordo com Kelsen, já não é o “tu deves” jurídico. No plano do dever-ser jurídico, existe apenas a passagem de uma norma a outra, de acordo com uma escala hierárquica em cujo topo se encontra a autoridade suprema que elabora as normas – um conceito-limite do qual a jurisprudência parte como dado. Tal aproximação das tarefas da ciência do direito foi representada por um dos críticos de Kelsen na forma da seguinte apelação caricatural de um jurista a um legislador: “Quais leis vocês devem promulgar nós não sabemos nem é algo que nos preocupa. Isso diz respeito à arte de legislar, que nos é estranha. Promulguem as leis como bem entenderem. E só quando vocês tiverem promulgado alguma lei nós lhe explicaremos em latim que tipo de lei vocês promulgaram”.⁴²³ Uma teoria geral do direito que

⁴²³ Pachukanis citou a obra de OFNER, J. *Das soziale Rechtsdenken* [O pensamento social do direito]. Stuttgart: F. A. Perthes, 1923, p. 54.

não pretende explicar nada, que, de antemão, recusa a realidade factual, ou seja, a vida social, e lida com as normas, não se interessando nem pela sua origem (uma questão metajurídica!) nem pela ligação que estabelecem com certos materiais de interesse, só pode, evidentemente, pretender o título de teoria no mesmo sentido usado, por exemplo, para se referir à teoria do jogo de xadrez. Tal teoria não tem nada a ver com ciência. Ela não se ocupa de examinar o direito, a forma jurídica como uma forma histórica, pois, em geral, não tem a intenção de pesquisar o que está acontecendo. Por isso, podemos dizer, usando uma expressão vulgar, que “desse mato não sai coelho”.⁴²⁴

Realmente, invocando Pachukanis, parece-nos inadmissível que uma dita Ciência do Direito Penal não se preocupe com a origem das normas penais, máxime quando estão em jogo princípios cruciais como o da lesividade. No entanto, isso não responde às dúvidas acima levantadas acerca dos projetos de lei sobre a prostituição. Já vimos que ambos usam argumentos racionais e se baseiam em leis de países democráticos.⁴²⁵

A Ciência do Direito Penal não poderia dar uma cômoda resposta, a exemplo de que tudo dependeria da cultura de cada país. Isso porque as notícias sobre a criminalização apontam intensa divisão acerca do tema na sociedade. Mesmo no Brasil, são dois projetos de lei opostos.

Utilizamos propositalmente o tema da prostituição. Talvez, no mundo inteiro, não haja um consenso sobre qual a posição a ser adotada. E os argumentos favoráveis e contrários à criminalização e descriminalização parecem suficientemente racionais, conforme pudemos vislumbrar nas justificativas dos projetos supratranscritas. E qual seria a resposta da Ciência do Direito Penal?

A nosso ver, aqui parece residir o problema, que, diga-se de passagem, não é exclusivo do ramo penal, mas estende-se a todo o Direito. Não existe um consenso científico sobre as situações passíveis de serem reguladas pelo Direito. Existirá, por vez, um espaço em que mais de uma solução será possível. E a

⁴²⁴ *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. Revisão técnica de Alysson Leandro Mascaro e Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 70-71.

⁴²⁵ A propósito, noticia-se que está em expansão o modelo sueco que criminaliza o cliente da prostituição. Ver SAHUQUILLO, María R. É proibido pagar por sexo na Suécia, França e outros seis países. *El País*, Madrid, 21 abr. 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/07/internacional/1460050306_463588.html>. Acesso em: 13 set. 2017. A França aprovou a criminalização do cliente em 2016, não sem enfrentar certa polêmica a respeito. Cf. FRANÇA aprova punição a clientes de prostitutas. *Portal G1*, [S.l.], 6 abr. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/04/franca-aprova-punicao-clientes-de-prostitutas.html>>. Acesso em: 13 set. 2017.

solução vencedora poderá decorrer de uma mera contingência, do arbítrio das autoridades legislativas, da vitória em uma batalha retórica,⁴²⁶ da singularidade do caso concreto, enfim, de sorte ou azar.⁴²⁷ Esse é, conforme entendemos, o principal motivo para Kirchmann negar o caráter científico do Direito. E se pensarmos numa Ciência Pura do Direito, sem considerar o que pode vir a se tornar *Direito positivo*, cairíamos na crítica bem posta de Pachukanis, da teoria do Direito no sentido da teoria de um jogo de xadrez, que não se confundiria com a Ciência.

Talvez uma forma de contornar esse problema seria a admissão do *sistema aberto* do Direito Penal, fundado em concepções político-criminais, tal como proposto por Claus Roxin.⁴²⁸ Destaca-se, na obra de Roxin, a sua dupla limitação da pena, que dependeria de necessidades preventivas e também da culpabilidade.⁴²⁹

Só que, mesmo com essa *abertura*, ainda existe o risco de casuísmo, e voltamos à questão do *Direito que é decidido conforme a singularidade do caso*

⁴²⁶ Vale conferir a interessante visão do Direito como um jogo, de Johan Huizinga. Vide *Homo ludens*. Tradução de João Paulo Monteiro. São Paulo: Perspectiva, 2012, p. 87-100.

⁴²⁷ Mais ou menos nesse sentido, Jesús-María Silva Sánchez: “De fato, é certo que, na dogmática do Direito Penal, existem elementos ontológicos e estruturais, cujo *status* é quase-lógico, ou, de qualquer modo, valorativamente neutro; frente a tais aspectos não cabe opor ‘exceções culturais’. Mas também é verdade que a dogmática, na sua representação mais generalizada, não se reduz aos aspectos lógico-estruturais, mas entra em questões de conteúdo, daquelas que é impossível excluir a valoração ou, de qualquer modo, a vinculação a uma determinada forma de ver o mundo”. (Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 9, p. 83-102, 2002, p. 84-85, tradução nossa. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2216986>>. Acesso em: 18 set. 2017). Texto original, em Espanhol: “*En efecto, es cierto que en la dogmática del Derecho Penal existen elementos ontológicos y estructurales, cuyo status es cuasi-lógico o, en todo caso, valorativamente neutro; frente a tales aspectos no cabe oponer ‘excepciones culturales’. Pero también es verdad que la dogmática, en la representación más generalizada de la misma, no se reduce a los aspectos lógico-estructurales, sino que entra en cuestiones de contenido, de las que es imposible excluir la valoración o, en todo caso, su vinculación a una determinada forma de ver el mundo*”. A valoração vinculada à determinada forma de ver o mundo na análise de conteúdos, pela Dogmática, admitida por Silva Sánchez, é justamente esse aspecto imponderável do qual não pode escapar a Ciência do Direito Penal.

⁴²⁸ Reflexões sobre a construção do sistema jurídico-penal. Tradução de Alexis Couto de Brito. In: OLIVÉ, Juan Carlos Ferré *et al.* *Direito penal brasileiro*: parte geral: princípios fundamentais e sistema. Apresentação e prólogo de Claus Roxin. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 45-68. Para Antonio Luis Chaves Camargo, o sistema aberto não admite soluções eternas, podendo ser adaptado conforme as alterações das circunstâncias. Cf. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 26-28. Também nesse sentido, a posição de Alamiro Velludo Salvador Netto: “A relação entre os conhecimentos sociais e a teoria do delito precisa ser dinâmica e comunicativa, ou seja, de implicação mútua. Isso significa que os conceitos elementares do delito não podem ser formados a partir de inferências sem conteúdo ou por amparo em postulações legisladas sem a menor preocupação com as consequências”. (*Finalidades da pena*: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 30-31).

⁴²⁹ *Op. cit.*, p. 57.

concreto, consoante já atentava Julius Hermann von Kirchmann. Conforme vimos no exemplo acima, da prostituição, diferentes e representativos segmentos sociais têm posturas muito díspares acerca da sua criminalização ou descriminalização. Logo, por mais que haja essa abertura, inevitavelmente, chegaremos a um ponto em que não existirá mais uma discussão racional, mas sim uma batalha verbal ou retórica, a ser decidida com uma alta dose de discricionariedade, ou mesmo com arbitrariedade.

De qualquer forma, o próprio Roxin, embora teça críticas, parece separar a Dogmática da política legislativa:

[...] disposições penais meramente moralistas ou diretamente paternalistas são inadmissíveis porque tais comportamentos não trazem nenhuma lesão a bens jurídicos de terceiros. Os atos homossexuais ou o comportamento sexual desviante de pessoas adultas não podem ser punidos porque não prejudicam todos os participantes do contrato social ou não violam nenhum bem jurídico. Isso também se aplica ao incesto entre irmãos, que de maneira equivocada foi mantido como crime por nosso Tribunal Constitucional Federal recentemente. E também a posse de medicamentos ou drogas nocivas não pode ser penalizada, porquanto não afetam bens jurídicos de terceiros. Não vou mais questionar a política legislativa, e sim limitar-me à dogmática como o tema da minha apresentação.⁴³⁰

Destacamos, no trecho acima, que Roxin também invoca a polêmica decisão do Tribunal Constitucional alemão pela constitucionalidade do crime de incesto, reputando-a incorreta, no contexto de um questionamento a disposições penais meramente moralistas ou paternalistas.

Em notícia acerca desse julgamento, lemos que o

[...] Tribunal Constitucional Alemão, ao enfrentar a questão, decidiu que a incriminação contida no §173 do StGB [*Strafgesetzbuch* – Código Penal] haveria de se manter, a fim de preservar a ordem familiar e a saúde da população, para a redução dos riscos de problemas genéticos aos filhos e, ainda, para prevenir sérias consequências sociais e familiares.⁴³¹

⁴³⁰ Reflexões sobre a construção do sistema jurídico-penal, p. 52.

⁴³¹ MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE. Jurisprudência internacional. *Informativo CEAF*, Natal, n. 3, set. 2003, p. 1. Disponível em: <http://www.mprn.mp.br/control/file/2013/INFORMATIVOCEAF/Informativo%20CEAF_%20n3_020913.pdf>. Acesso em: 14 set. 2017.

A decisão do julgamento não foi unânime, havendo o voto vencido de Winfried Hassemer.

Contudo, a crítica de Roxin, nesse texto, nos pareceu reducionista. A criminalização do incesto seria uma norma penal meramente moralista? Se for assim, o que dizer quanto ao argumento científico de *redução dos problemas genéticos aos filhos*? Isso é moralismo? Ainda mais em se sabendo que o condenado pelo crime do incesto teve quatro filhos com a irmã, sendo dois deficientes físicos?

Não nos parece que a decisão do Tribunal Constitucional alemão tenha sido baseada em um simples moralismo. Houve um argumento científico razoável para a proteção do bem jurídico (risco de problemas genéticos aos filhos) aparentemente confirmado pelo caso concreto. Porém, isso também não seria um *cientificismo*, aqui entendido como uma intromissão indevida da *Ciência* em nossas vidas?

Vê-se, portanto, que a criminalização do incesto pode até ter sido equivocada, mas está longe de ser considerada como um exemplo de obscurantismo do Tribunal Constitucional alemão. E, certamente, há argumentos racionais de um e de outro lado. E a decisão pela constitucionalidade foi o resultado dessa *batalha retórica*, talvez devido à *singularidade do caso concreto* (em que se noticia que os irmãos tiveram ao menos dois filhos deficientes físicos), encaixando-se, assim, na crítica de Kirchmann.

Enfim, o que tivemos a intenção de demonstrar até aqui é que as rasas críticas à tese de Kirchmann devem ser reconsideradas. Kirchmann nos falou, em suma, sobre a insegurança existente no Direito, acerca de uma incapacidade de se saber o *verdadeiro* e o *falso*, o que é buscado pelas demais Ciências. No caso do Direito, a concepção do que é *verdadeiro* e *falso*, amiúde, não decorrerá de experimentos científicos, mas do mero arbítrio, do acaso, enfim, da singularidade do caso concreto. Ou, mais exatamente, por vezes, a opção pelo Direito Penal decorrerá da *fé* na melhoria de uma situação pela criminalização ou pelo aumento de penas.

Por outro lado, não negamos totalmente a Ciência do Direito Penal. Só que tal Ciência não pode se esconder somente na análise dogmática do Direito

positivo.⁴³² Ela tem que estar presente muito antes, no decorrer do processo legislativo. Seu objeto deve ser a elaboração da norma, além da sua interpretação. Os critérios de resistência da coisa (não partindo de premissas inquestionáveis sobre criminalização ou descriminalização) e de suprassubjetividade (análise dos diferentes pontos de vista) defendidos por Enrique Gimbernat Ordeig⁴³³ devem ser utilizados. Só que, como vimos em alguns dos exemplos acima, a Ciência do Direito Penal inevitavelmente será insuficiente em diversas oportunidades.⁴³⁴ Em outras palavras, a colisão entre argumentações racionais transformará o Direito numa espécie de jogo, numa batalha verbal, a ser decidida por critérios possivelmente não científicos, quando não pelo arbítrio ou pelo acaso,⁴³⁵ o que lhe conferirá, como intuíram Kirchmann e Tolstói, ao menos certo grau de irracionalidade.

⁴³² No mesmo sentido, SÁNCHEZ, Jesús-María Silva, Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal, *passim*.

⁴³³ *Conceito e método da ciência do direito penal*, p. 103-105.

⁴³⁴ Neste ponto, após identificar as “finalidades político-criminais primárias do sistema” (legalidade, referência jurídico-constitucional dos bens jurídicos, culpa, socialidade e preferência pelas sanções criminais não detentivas), Jorge de Figueiredo Dias parece ter mais fé na Dogmática: “Ficam assim apontadas as coordenadas essenciais da assunção de uma atitude metodológica correcta no trabalho sobre a dogmática jurídico-penal. [...] Esta tarefa não pode porém ser cumprida com êxito apelando directamente para objectividades ou intencionalidades ínsitas na ideia de Direito, ou mesmo para puros princípios ou considerações de valor fundados em uma qualquer axiologia pressuposta. Pois assim se tornaria a solução do caso e o alcance da almejada ‘justiça material’ função de um puro *jogo de lotaria*, individual e comunitariamente insuportável e que representaria o retrocesso de mais de um século na evolução da dogmática jurídico-penal. Antes o caso concreto tem de ser projectado no contexto do sistema teleológico-funcional e racional do direito penal, aí tratado e – ao menos na forma provisória – resolvido. Não fica com isto excluída a possibilidade (ainda que rara) de a solução encontrada se revelar injusta ou disfuncional à luz da própria teleologia político-criminal imanente ao sistema. Nesta hipótese, a ‘justiça do caso’ deve em definitivo sobrepor-se a considerações puramente sistemáticas [...]”. (*Direito penal*: parte geral: tomo I. 1 ed. brasileira e 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2007, p. 31-32, grifo do autor). Note-se que, mesmo para Figueiredo Dias, ainda que ocorrendo de forma rara, seria possível uma justiça do caso sobrepor-se ao sistema. Só não temos a mesma certeza quanto à raridade desse fenómeno e mesmo se a *justiça* do caso por vezes decidida nos tribunais seja a melhor solução encontrada dentro de nosso *sistema criminal*.

⁴³⁵ Utilizemos um exemplo recente: a Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Veja-se que a norma que tipifica o terrorismo, mesmo sendo tal ilícito previsto desde a Constituição Federal de 1988, só foi aprovada no ano de realização das Olimpíadas no Brasil, e, mesmo assim, desconfiamos, devido à influência dos crimes bárbaros cometidos pela organização terrorista Estado Islâmico, devidamente propagandeados pela mídia internacional em geral. Não obstante a discussão em torno da aprovação da lei brasileira antiterrorismo tenha sido concentrada pela mídia, em regra, acerca da possível criminalização de movimentos sociais (embora a lei expressamente negue tal possibilidade, no seu artigo 2º, § 2º), outras questões, como a da criminalização dos atos preparatórios e a consequente punição da intenção de cometer ato futuro (artigo 5º) não foram devidamente discutidas antes da aprovação do projeto. Somente após a aprovação da lei, acentuaram-se as críticas ao dispositivo. O acréscimo das críticas somente posteriores à aprovação da lei pode ilustrar o raciocínio de Kirchmann supraexposto, no sentido do pouco alcance da Dogmática sobre a realidade.

4.1.2 A existência do Direito Penal: fé racional ou irracional?

É inegável que, hodiernamente, a imensa maioria da população mundial não questiona a existência do Direito Penal. Goste-se ou não, essa opinião compartilhada por muitos não é propriamente amparada em razões científicas, mas sim numa tradição de fé no Direito Penal. Tem-se fé que ele existe, pois é necessário em nossas vidas; sem ele, tudo seria permitido. Sim, poderíamos estar falando “Dele”, porém nos referimos ao sistema criminal. Polícia, promotores, defensores, juízes, prisões: sem nada disso, viveríamos em meio ao caos.

Tal crença é referida por Sebastian Scheerer,⁴³⁶ ao distinguir a punição e o Direito Penal. Em artigo acerca do tema, Scheerer nos lembra de que a punição (ou o castigo) faz parte de nossas vidas desde que nascemos, bastando recordar os castigos de qualquer ordem impostos a crianças desobedientes. Também aceita como utópica a ideia de uma sociedade livre de quaisquer punições, porém não admite que isso seja necessariamente verdadeiro em relação ao Direito Penal.

Como vimos no capítulo anterior, Tolstói ousou contestar essa fé no Direito Penal, tachando-o de contrário à razão. No entanto, um dos argumentos que leva à fé na imprescindibilidade do Direito Penal é o da preocupação com o caos que seria gerado. A esse respeito, Tolstói cita João Crisóstomo, ao imaginar a revogação da Lei de Talião:

Pois vamos supor que essa lei fosse completamente abolida e que, por conseguinte, ninguém temesse a punição, mas que tivesse dado licença aos maus para realizar com a maior tranquilidade os seus desejos, que tivesse dado suas bênçãos a adúlteros, assassinos, a todos, enfim, para cometerem perjúrio e parricídio; as coisas todas não virariam de cabeça para baixo? As cidades, os mercados e as casas, o mar e a terra e o mundo todo não iam ficar cheios de inúmeros crimes e assassinatos? Todo mundo sabe disso. Pois mesmo existindo leis, medo e ameaças, raramente nossas más inclinações são refreadas; se até essa garantia for retirada, o que vai impedir os homens de optar pelo

⁴³⁶ “Para a maioria dos professores de direito penal não há dúvidas a respeito. [...] Assim como deve existir a punição, deve haver também o direito penal. Não é necessário legitimá-lo metafisicamente, mas também não faz sentido nenhum almejar a sua abolição, afinal, o que sempre existiu, continuará a existir no futuro.” (SCHEERER, Sebastian. *A punição deve existir! Deve existir o direito penal?* Tradução de Raphael Boldt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 23, v. 117, p. 363-372, nov./dez. 2015, p. 366).

vício? E que grau de maldade não se espalharia por toda a vida humana? Mas, como a crueldade não consiste somente em permitir aos maus que façam o que quiserem, mas em outra coisa muito semelhante – ignorar, ou não levar em conta aquele que não fez mal algum, e que está enfrentando adversidades sem causa ou razão. Pois eu gostaria que me respondessem a seguinte pergunta: se alguém reunisse homens maus vindos de todas as partes, e os armasse com espadas e lhes dissesse para andar por toda a cidade massacrando todos os que lhes aparecessem pela frente, será que haveria alguém mais parecido com um animal selvagem? E se outros se reunissem e reprimissem com o maior rigor aqueles que aquele homem armou, e arrancassem dessas mãos criminosas aqueles que estavam prestes a ser chacinados, será que haveria algo mais humano que isso? [...] Bem, eu lhes peço para transferir também esses exemplos para a Lei; pois Aquele que manda arrancar *um olho por um olho* usou o medo como uma espécie de restrição forte sobre as almas dos maus e, nesse sentido, parece-se com aquele que mantém esses assassinos na prisão; por outro lado, aquele que não lhes impõe punição, só com essa omissão os arma com essa garantia e faz o mesmo papel que aquele que estava pondo as espadas em suas mãos e soltando-os por toda a cidade.⁴³⁷

Veja-se que o argumento de Crisóstomo não é velho nem novo, ou seja, foi usado antes dele⁴³⁸ e continua a ser empregado até hoje, embora de maneira diferente, por todos os que defendem a existência do Direito Penal. A referência ao medo alude ao caráter intimidatório da pena, o qual, com o passar do tempo, evoluiu para o que se chama de função preventiva geral e negativa.

Todavia, chama-nos a atenção que Crisóstomo equiparou a omissão da punição, ou, noutras palavras, a abolição do Direito Penal, à alegoria da pessoa que reúne e arma os criminosos para massacrarem os inocentes.

A primeira crítica feita por Tolstói refere-se ao maniqueísmo utilizado: “Crisóstomo não diz qual seria a opinião dos maus sobre esses outros. E se esses outros também fossem maus e lançassem inocentes na prisão?”.⁴³⁹ Ademais, Tolstói afirma que Crisóstomo, “como todo o resto da Igreja”, negou o ensinamento de Cristo, preferindo a aplicação da lei mosaica. Para Tolstói, está claro que Jesus revogou a Lei de Talião.

⁴³⁷ *Homilias sobre o Evangelho de S. Mateus*, 16 *apud Minha religião*, p. 81-82, grifo do autor.

⁴³⁸ A referência aos parricídios nos fez lembrar a obra de Ésquilo sobre o julgamento de Orestes no Tribunal composto por Atena. Orestes é acusado de matar sua mãe, responsável pela morte de seu pai, e então foge das Erínies ou Fúrias. No processo, as Fúrias, ocupando o papel da acusação, fazem a seguinte ameaça na hipótese de inexistência de punição: “Nenhum rancor destas Loucas/vigias de mortais/perseguirá algum crime,/permitirei toda morte”. Cf. *Oresteia III: Eumênides*. Estudo e tradução de Jaa Torrano. São Paulo: Iluminuras, 2013, p. 111.

⁴³⁹ *Op. cit.*, p. 82.

Em outra obra, Tolstói também comenta a posição de Crisóstomo, ao analisar as categorias de respostas que visam a legitimar a violência estatal:

O segundo meio – um pouco menos grosseiro – consiste em reconhecer que Cristo ensinava, é verdade, a dar a face e o manto, e que esta é, realmente, uma elevada moral..., mas... uma vez que, sobre a Terra, existe um grande número de malfeitores, é preciso mantê-los pela força, para que não se veja perecerem os bons e até mesmo o mundo inteiro. Encontrei pela primeira vez este argumento em São João Crisóstomo, e demonstro sua falsidade em meu livro *Minha religião*. Esse argumento não tem valor porque, se permitirmos a nós declarar, não importa quem, um malfeitor fora da lei, destruimos toda a doutrina cristã segundo a qual somos todos iguais e irmãos, na qualidade de um só Pai Celeste. E mais, ainda que Deus houvesse permitido a violência contra os malfeitores, sendo impossível determinar de modo absolutamente certo a distinção entre o malfeitor e aquele que não é, aconteceria que os homens e a sociedade se considerariam mutuamente malfeitores: coisa que hoje existe. Enfim, supondo que fosse possível distinguir com segurança um malfeitor daquele que não é, não se poderia encarcerá-lo, torturá-lo e condená-lo à morte numa sociedade cristã, porque não haveria nela ninguém para cometer tais atos, sendo qualquer violência proibida ao cristão.⁴⁴⁰

Notemos que, em meio às considerações de ordem religiosa, Tolstói coloca um argumento de ordem racional, qual seja a impossibilidade de se determinar de modo absolutamente certo o *malfeitor*, vale dizer, a impossibilidade de se distinguir o *culpado* do *inocente*.

É provável que Tolstói não tenha pretendido dizer que todo julgamento criminal redunde em erro, mas sim que erros, ainda que em apenas alguns casos, ou mesmo na minoria, são inevitáveis. E seria impossível eliminar a eventualidade do erro judiciário, isto é, da condenação de um inocente.

Uma forma de a Ciência do Direito Penal não levar em conta a presente questão seria, de fato, ignorá-la, considerando-a própria das Ciências Processuais. Contudo, a possibilidade de erro costuma ser bastante lembrada como uma das razões invocadas contra a pena de morte.

Logo, não podemos fugir à acusação de Tolstói: será racional a utilização de um sistema necessariamente falível, que sempre *poderá*, ainda que isso de fato não ocorra com frequência, levar à condenação de inocentes?

⁴⁴⁰ *O Reino de Deus está em vós*, p. 41.

Uma justificativa possível é a de que o erro seria a *incorreta* aplicação do Direito Penal, não podendo, por isso, ser invocado para deslegitimá-lo. Claro que, de forma coerente, então, esse mesmo argumento também deveria ser utilizado em relação à pena de morte. Aliás, até com um certo cinismo, tal resposta levaria ao reconhecimento de *danos colaterais* na aplicação do Direito Penal. Ou seja, a existência do Direito Penal possibilita a condenação criminal dos que violaram a norma, porém, tal qual a prática de bombardeios em tempos de guerra, danos colaterais podem daí advir, ou seja, inocentes podem sofrer.

É curioso que esse argumento seja amiúde utilizado em relação à pena de morte, por conta da irreversibilidade do erro. Entretanto, quem o faz olvida-se de que os anos perdidos por um inocente numa prisão também trazem prejuízos irreversíveis. Enfim, Tolstói estava certo ao destacar a impossibilidade de se diferenciar um culpado ou inocente, ao menos de forma segura em todos os casos.

Contudo, efetivamente não será a possibilidade de erro que negará a razão ou racionalidade do Direito Penal, pois, se assim fosse, todo o Direito seria negado. Enfim, o erro judiciário faz parte da imperfeição humana.

Claro que isso nos traz o incômodo dever de coerência de não utilizar mais esse argumento para negar a pena de morte. Esta, por sinal, também é criticada pela suposta identificação de conduta entre o Estado e o criminoso. Se o Estado proíbe matar, como poderia aplicar a pena de morte?⁴⁴¹

Bem, esse argumento também pode levar à seguinte indagação: se o Estado proíbe que se mantenha alguém em cárcere privado, como poderia manter pessoas encarceradas?

Ora, ou se reconhece que a conduta do Estado, ao aplicar a pena, é diferente da do infrator (e isso valeria para todas as penas) ou se aceita que o aludido argumento contra a pena de morte também se aplica à pena privativa de

⁴⁴¹ Como sustenta Luiz Flávio Borges D'Urso: "O terceiro argumento é um argumento filosófico. No plano filosófico, é muito difícil sustentar que a morte atinja o bem mais importante do homem, assim aquele que matar, terá também o seu bem mais importante atingido, sendo morto; fica difícil sustentar que o Estado com toda a sua isenção e ausência de paixão, possa aplicar a conduta ao infrator, exatamente porque este infrator se conduziu daquela mesma forma, em outras palavras, é difícil sustentar que o Estado diga ao seu cidadão, você não pode matar, matar é o que nós queremos mais evitar, mas se você matar, o Estado te matará, Onde está o fundamento, a legitimação para isto? Penso que seja um argumento que por si só impede a coerência da justificativa da pena de morte no Brasil". (Pena de morte: o erro anunciado. *Revista JurisFIB*, Bauru, ano VII, v. VII, dez. 2016, p. 5. Disponível em: <<http://www.revistajurisfib.com.br/ver-artigo.php?id=51>>. Acesso em: 20 set. 2017).

liberdade, e, por que não, também às penas restritivas de direitos (já que o mesmo Estado também proíbe o constrangimento ilegal). Isso nada mais é do que o reconhecimento de que toda pena, não só a de morte, importa na realização de um mal ao infrator condenado. Em síntese, é a utilização do mal para combater o mal.

E aqui podemos invocar novamente a advertência de Tolstói: “Assim como o fogo não consegue extinguir o fogo, o mal não consegue suprimir o mal”.⁴⁴² Por sinal, acaso tomássemos a hipótese literalmente, veríamos que nos pareceria, a princípio, irracional apagar o fogo com o fogo. Do mesmo jeito, a muitos soa irracional a pena de morte, ainda que para condenados por homicídios. Então, o que torna, de repente, racional a pena de prisão para, por exemplo, sequestradores? Não se cuida do mesmo *fogo contra fogo*?

Talvez ainda que de forma inconsciente, tais dúvidas levaram à busca de novas funções para a pena. A função de mera repressão (o mal contra o mal) não satisfazia e ainda não satisfaz. Abriu-se, portanto, espaço para as teorias atinentes às funções preventivas da pena.

De acordo com a teoria da prevenção geral negativa, a pena serviria de exemplo aos demais, que veriam que a prática de um crime seria devidamente punida pelo Estado. Houve quem dissesse que tal função instrumentalizaria o apenado, tornando-o um bode expiatório.⁴⁴³

Com base nessa preocupação, teria surgido a teoria da prevenção geral positiva, segundo a qual, conforme explica Janaina Conceição Paschoal, “[...] a pena seria aplicada para demonstrar aos cidadãos em geral que compensa cumprir as normas e respeitar os valores eleitos como caros por uma sociedade”.⁴⁴⁴ Acerca dessa função, adverte que os adeptos do funcionalismo radical de Günther Jakobs tendem a confundir a finalidade da pena com a missão do Direito Penal, que só existiria para reafirmar a validade deste último, independentemente de seu conteúdo.⁴⁴⁵

Helena Regina Lobo da Costa, ao comentar as críticas feitas à teoria da prevenção geral positiva, afirma que, em verdade, existem diversas concepções acerca dessa função, sendo que os questionamentos dirigem-se especialmente à

⁴⁴² *Minha religião*, p. 67.

⁴⁴³ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Barueri: Manole, 2015, p. 90.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 90.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 90-91.

doutrina de Jakobs.⁴⁴⁶ No entanto, assevera que a prevenção geral positiva não pode ser dissociada da dignidade humana, indicando como um dos fundamentos disso que a pena não poderia ter a sua legitimidade sustentada apenas na utilidade, pressupondo, ainda, a culpabilidade voltada para a pessoa e para a conduta por ela praticada.⁴⁴⁷

Além das teorias de prevenção geral, existem, ainda, as teorias de prevenção especial, negativa e positiva. A negativa implicaria a incapacitação do indivíduo em cometer novos crimes pelo tempo em que estivesse preso, e a positiva visaria à ressocialização ou reintegração social do infrator.

Todas essas teorias, a nosso ver, nada mais são do que tentativas de legitimação e racionalização do Direito Penal. O mais interessante é que, em rigor, nenhuma delas promove uma efetiva mudança na forma como as penas são cumpridas, ou seja, ao menos atualmente, verifica-se que as teorias pouca influência têm sobre a realidade, sendo impossível deixar de lembrar novamente de Julius Hermann von Kirchmann e de um dos sentidos por ele atribuído (o de que as teorias não influenciam a realidade) para a sua tese de que Direito não é Ciência. Dificilmente, na discussão sobre as teorias da pena, questiona-se, por exemplo, a adequação da pena privativa de liberdade. Amoldar-se-ia a pena de prisão a alguma das teorias da pena?

Justamente por mencionarmos a prisão, voltamos a Tolstói, desta vez por intermédio de seu personagem Nekhliúdob, numa ácida crítica da racionalidade da prisão e da inadequação das finalidades da pena à realidade:

Todas aquelas instituições pareciam ter sido inventadas de propósito para a tarefa de condensar ao mais alto grau tamanha depravação e vício que não poderia ser obtida em nenhuma outra circunstância, a fim de mais tarde propagar, nas proporções mais amplas possíveis e no meio do povo inteiro, esses vícios e depravações condensados. “É como se tivessem formulado o problema de como aprimorar, como tornar mais eficaz, um modo de degradar mais pessoas”, pensou Nekhliúdob, enquanto refletia a fundo naquilo que se praticava nas prisões e nas paradas de viagem ao local de deportação. Centenas de milhares de pessoas, todos os anos, eram levadas ao mais alto grau de degradação e, quando estavam plenamente degradadas, eram postas em liberdade para espalhar, no meio de todo o povo, a degradação

⁴⁴⁶ *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 118.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 162-163.

que assimilaram nas prisões. [...] A única explicação para tudo o que se fazia era a repressão, a intimidação, a reabilitação e a represália legítima, conforme estava escrito nos livros. Mas na realidade não existia nada de semelhante nem a uma coisa, nem à outra, nem à terceira, nem à quarta. Em vez de repressão, havia apenas a propagação do crime. Em vez de intimidação, havia o estímulo aos criminosos, muitos dos quais, como os vagabundos, iam voluntariamente para a prisão. Em vez de reabilitação, havia a contaminação sistemática de todos os vícios. Já a sanha de represália não só não era aplacada pelos castigos do governo, como crescia no meio do povo, lá onde antes nem existia.⁴⁴⁸

Se pensarmos nas teorias preventivas gerais, veremos que a pena, por mais dura que seja, não impede o crime. Quanto à reafirmação da validade da norma, também não se pode dizer que isso efetivamente ocorra. Por sinal, a punição de alguns, especialmente se mais desfavorecidos, concomitante à impunidade de outros, notoriamente mais ricos, pelo contrário, corrói a confiança da sociedade no Direito Penal.

Da mesma forma, a prevenção especial não parece compatível com as altas taxas de reincidência daqueles que passaram pelas prisões.

Talvez a função que mais se ampare na realidade seja a retributiva,⁴⁴⁹ porém, quando pensamos novamente na desproporção das punições, mesmo problema apontado anteriormente, duvidamos uma vez mais da eficácia e da própria razão da pena.

Desse modo, a crítica de Tolstói à pena de prisão não só é certa, como parece ser atemporal, vale dizer, as mesmas considerações feitas sobre as prisões russas parecem se adequar com perfeição às atuais prisões brasileiras.

Assim, se a principal pena do Direito *Penal* parece ser, em regra, ineficaz para as finalidades apontadas pela doutrina especializada, poderíamos concluir, a princípio, que a fé ou a crença na existência desse Direito Penal seria irracional. No entanto, antes disso, devemos investigar um pouco mais a fundo a hipótese abolicionista. Pois, se o Direito Penal é irracional, o que seria racional? Bastaria a Lei do Amor, como sugere Tolstói?

⁴⁴⁸ *Ressurreição*, p. 396-397.

⁴⁴⁹ Conforme Janaina Conceição Paschal: "Independentemente das críticas que possam ser feitas à ideia de retribuição, existem dois grandes méritos que devem ser atribuídos a essa teoria. O primeiro deles diz respeito à coragem de reconhecer que a pena é um mal, pode até ser um mal necessário, mas é um mal. A teoria retribucionista não comunga da hipocrisia de outras teorias que tentam 'vender' a pena como um bem para o apenado". (*Direito penal*: parte geral, p. 89).

4.1.3 A hipótese abolicionista, o paradoxo de Nuremberg e a Lei do Amor: em busca da racionalidade do Direito Penal

Antes de iniciarmos a análise da hipótese abolicionista, convidamos os leitores a fazerem, novamente, um exercício de imaginação, que nos servirá de paradigma para a hipótese abolicionista.

Suponhamos que estamos vivendo num determinado condomínio, e o administrador ou síndico vem nos comunicar uma falta cometida por um de nossos filhos. Ele foi jogar bola num local sabidamente proibido e, com isso, acabou quebrando uma janela.

Tal condomínio, entretanto, tem regras inusitadas. As crianças e os adolescentes que cometem faltas são “presos” por um determinado período de tempo num local específico. O administrador nos adverte que nosso filho deverá ir para lá, onde ficará por um tempo trancafiado juntamente com outros adolescentes que praticaram atos muito mais graves, a exemplo de furto, e até roubo de outros condôminos. No entanto, o administrador garante que, com isso, o dano causado por nosso filho será reparado, servindo de exemplo para os demais condôminos.

Como pais, desejaríamos que nossos filhos fossem trancados com outros adolescentes que praticaram atos muito mais graves? O que de bom poderia resultar daí? Será que nossos filhos sairiam melhores desse castigo? Ou será que poderiam ser pessimamente influenciados pelos demais?

Contudo, o próprio administrador desse estranho condomínio nos oferece uma alternativa: a compensação financeira dos prejuízos causados e a demonstração de que teremos uma séria conversa com nosso filho, explicando-lhe a razão de ser da proibição condominial (o risco de acidentes, como efetivamente ocorreu), os prejuízos causados com a violação da proibição (os gastos a serem partilhados por todos os condôminos) e a impossibilidade de fazermos tudo o que queremos quando vivemos junto com outras pessoas.

Então, como pais, o que faríamos? Aceitaríamos a prisão temporária de nossos filhos junto com outros adolescentes que poderiam exercer péssima influência sobre eles ou compensaríamos os prejuízos causados e tentaríamos educá-los?

A resposta nos parece óbvia, entretanto, deixamo-la para a reflexão de cada leitor. Desde já, esclarecemos, aqui, que o exemplo acima é meramente imaginativo, e, por certo, não tem as mesmas condições de um sistema criminal qualquer. O que nos interessa, porém, é ficar com uma ideia de qual seria a melhor forma de lidar com ilícitos penais, até porque iremos analisar outra hipótese extrema, qual seja a que pretende a abolição do sistema criminal.

Se o Direito Penal for abolido, como sugere Tolstói, viveríamos em meio ao caos, no estado da natureza, em que, para lembrar Thomas Hobbes, o homem viveria em guerra contra todo homem, seria o lobo do homem?⁴⁵⁰

Para aprofundar essa questão, vejamos alguns trechos do pensamento do célebre abolicionista Louk Hulsman. De acordo com ele:

A afirmação de que a eliminação do sistema penal implicaria na multiplicação dos atos violentos pressupõe que, de um lado, se prove que tal sistema protege eficazmente contra esta espécie de risco e, de outro lado, que se prove ser ele o único mecanismo de capaz de garantir tal proteção. Nenhuma destas duas proposições jamais foi cientificamente demonstrada. Qualquer um pode constatar que a existência do sistema penal de forma nenhuma impede os homicídios, os roubos à mão armada, ou os furtos em residência.⁴⁵¹

Hulsman também sugere, ao comentar o argumento da vingança privada, “[...] que o renascimento das milícias e justiças privadas, agindo sob a forma de autodefesa punitiva, se dá precisamente em contextos onde o sistema penal funciona a todo o vapor”.⁴⁵² Para o referido abolicionista, não haveria qualquer razão para se cogitar que tal fenômeno se ampliaria na hipótese de descriminalizações.

Contudo, o que deveríamos fazer se avistássemos, por exemplo, uma pessoa sendo agredida no meio da rua, em plena luz do dia? Hulsman explica:

Uma coisa é suprimir a mecânica penal. Outra coisa é excluir toda a coerção. É preciso dar à polícia, no âmbito da manutenção da

⁴⁵⁰ “Então, quando não existe um Poder comum capaz de manter os homens em respeito, temos a condição do que se denomina Guerra; uma guerra de todos os homens contra todos.” (*Leviatã ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D’Angina. Consultoria jurídica de Thélío de Magalhães. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2000, p. 96).

⁴⁵¹ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de, *Penas perdidas: o sistema penal em questão*, p. 107-108.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 114.

paz pública, a possibilidade de prender um indivíduo que está atacando outro, ou que se recusa a deixar determinadas situações – como ela faz em outras circunstâncias, numa atuação de emergência. Seria necessário instaurar um controle **judiciário** rigoroso sobre o poder de coerção assim concedido à polícia, controle este a se exercer imediatamente e de maneira sistemática. Nas grandes cidades, deveria existir um juiz sempre disponível para este fim. Ao juiz caberia examinar a legalidade da detenção, a partir das condições em que ela se produziu, decidindo, num breve espaço de tempo, o que fazer em seguida. Retomando uma célebre fórmula, que aqui se encaixa perfeitamente, seria preciso encontrar uma forma de harmonizar, neste contexto não-penal de intervenção de emergência, a liberdade e a segurança dos cidadãos.⁴⁵³

Hulsman está certo quando diz que não existem evidências *científicas* do que exatamente ocorreria no caso da abolição do sistema criminal. O aumento da violência ou da vingança privada, que já existem em plena vigência do Direito Penal, a princípio, pode ser tido como um mero receio, temor ou medo. E o medo, como sabemos, tem a sua parcela de irracionalidade.

Poderíamos retomar o nosso imaginativo exemplo do condomínio e considerarmos que o melhor a ser feito seria educar os nossos filhos a não cometerem mais ilícitos. Ocorre que o nosso exemplo é convincente, no máximo, quando falamos de uma situação doméstica, pensando em nossos filhos ou, quando muito, em nossos familiares. Mas, o que fazer com um estranho que tenta matar outro com uma faca no meio da rua? Quem poderia ou estaria disposto a demonstrar-lhe o caráter ilícito desse fato, a despeito das motivações do agente?

É justamente isso o que nos preocupa na tese de Hulsman. Veja-se que, quando o abolicionista menciona a necessidade de manutenção da *coerção*, ele admite a possibilidade da *detenção* do agressor, sendo que ao juiz caberia decidir *o que fazer em seguida*.

Paradoxalmente, num mundo sem o Direito Penal, é justamente essa decisão sobre *o que fazer em seguida* que nos preocupa. E se essa decisão fosse matar o agente, submetê-lo a uma lobotomia, ou exilá-lo em um campo de concentração até que ele chegasse a uma câmara de gás? Ora, não caberia rejeitar de plano essas opções por serem elas *crimes estatais*. Isso porque, sem o Direito Penal, o Estado também não cometeria mais crimes por intermédio de seus agentes. Contudo, os juízes não deixariam isso acontecer. Mas, o que

⁴⁵³ *Penas perdidas: o sistema penal em questão*, p. 113, grifo do autor.

aconteceria se esses juízes comesçassem a ser eliminados pelo próprio Estado? Afinal, se um juiz deixa um agressor solto na rua, ele, para usar as mesmas palavras de Hulsman, *se recusaria a deixar determinadas situações*, como, exemplificativamente, a deixar o Estado manter uma detenção legítima de um agressor (sendo que essa *agressão*, na ausência de uma definição legal de crime – já que o Direito Penal foi abolido –, poderia ser assim identificada na mera hipótese de uma manifestação, ainda que pacífica, contra o Estado).

Não, caros leitores, não temos qualquer evidência científica de que a abolição do Direito Penal poderia resultar num Estado totalitário. Porém, a partir do momento em que se admite que, mesmo com o fim do Direito Penal, ainda seria necessária a manutenção de mecanismos de *coerção* para se preservar a *paz pública*, é certo que, numa *total indefinição sobre o que fazer em seguida*, considerando que *não existem mais crimes*, a hipótese de que surja um Estado totalitário, desprovido das amarras do Direito Penal, não pode ser descartada.⁴⁵⁴

Ainda buscando a racionalidade do Direito Penal, pensemos num exemplo histórico extremo e, como não poderia deixar de ser, paradoxal. A propósito, vamos chamá-lo, aqui, de o *paradoxo de Nuremberg*.

O Tribunal de Nuremberg é até hoje objeto de muitas críticas, como, por exemplo, o fato de ter sido um tribunal de vencedores, bem como de ter criado uma lei penal posterior aos fatos, ofendendo o princípio da legalidade, conforme o entendimento de Hans Kelsen.⁴⁵⁵ Em relação a este último aspecto é que reside

⁴⁵⁴ Luigi Ferrajoli, embora defenda o fim da pena carcerária, destaca que a completa abolição das penas, paradoxalmente, poderia levar a um Direito Penal máximo: “[...] o projeto de abolição da prisão não se confunde com o projeto de abolição da pena: este, de fato, quaisquer que sejam as ilusões de seus defensores, corresponde a um programa de direito penal máximo, selvagem e/ou disciplinar”. (*Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 331).

⁴⁵⁵ Hans Kelsen, em célebre artigo, criticou veementemente o Tribunal de Nuremberg: “Uma das questões fundamentais a serem decididas pelo tribunal era se a Alemanha, em recorrendo à guerra contra a Polônia e a União Soviética, violou tratados internacionais concluídos com os Estados cujos representantes formaram a corte. Assim, esses Estados tornaram-se não apenas legisladores, mas também juízes em causa própria. Dentre os Estados cujos representantes eram os juízes e promotores no julgamento de Nuremberg, estava um que partilhou com a Alemanha a pilhagem da guerra empreendida contra a Polônia, uma guerra declarada pelo tribunal em conformidade com o pacto de agressão. Foi o Estado que, ademais, cometeu o mesmo ‘crime’ em recorrer à guerra contra o Japão, em violação ao ainda existente pacto de não agressão. Se os princípios aplicados no julgamento de Nuremberg fossem se tornar um precedente – legislativo, em vez de judicial –, então, depois da próxima guerra, os governos dos Estados vitoriosos iriam julgar os membros dos governos dos Estados vencidos por terem cometido crimes determinados unilateralmente e com força retroativa pelos primeiros. Vamos esperar que não haja tal precedente”. Cf. Will the judgment in the Nuremberg Trial constitute a

uma questão paradoxal. Uma das conclusões da Criminologia Crítica é a de que o crime não tem natureza ontológica, vale dizer, só existe crime se a lei penal definir o fato como tal. E, aqui embora se critique o Tribunal de Nuremberg pela ofensa à legalidade, não se ousa afirmar que as atrocidades cometidas pelos nazistas, em tese amparadas por sua legislação, não foram tecnicamente crimes.

A propósito, Eugenio Raúl Zaffaroni nos lembra de que, com raras exceções, a Criminologia é silente acerca desses tipos de crimes.⁴⁵⁶ E Nuremberg nos lembra de que, paradoxalmente, a despeito das críticas ao Tribunal, às vezes não precisamos de lei para reconhecer um crime. Mesmo na crítica de Kelsen, é atacada a determinação unilateral dos crimes e, por conseguinte, das penas. Porém, Kelsen não disse, em momento algum, que não havia crime a ser punido.

E, voltando ao raciocínio anterior, o Tribunal de Nuremberg também suscita uma dúvida: se não fosse ele, o que deveria ter ocorrido? Paul Roland assevera que uma das alternativas cogitadas pelos Aliados era simplesmente executar sumariamente os líderes nazistas encontrados.⁴⁵⁷ Se isso parece bárbaro demais, também não seria ingênuo demais cogitar que os próprios líderes alemães, na ocasião ligados ao Partido Nazista, julgassem a si próprios pelo genocídio cometido contra os judeus e outras vítimas, como os homossexuais e deficientes mentais?

Enfim, não obstante todas as justas críticas, haveria uma melhor solução, viável naquele momento histórico?⁴⁵⁸ Claro, imaginar que algo melhor poderia ser

precedent in International Law? In: METTRAUX, Guénaël (Ed.). *Perspectives on the Nuremberg Trial*. New York: Oxford Press, 2008, p. 289, tradução nossa. Texto original, em Inglês: “One of the fundamental questions to be decided by the tribunal was the question as to whether Germany, in resorting to war against Poland and the Soviet Union, violated international treaties concluded with the States whose representatives formed the court. Thus these States made themselves not only legislators but also judges in their own cause. Among the States whose representatives were the judges and prosecutors in Nuremberg trial was one which had shared with Germany the booty of the war waged against Poland, a war declared by the tribunal, in conformity with the aggression pact. It was the State which, in addition to this, committed exactly the same ‘crime’ in resorting to war against Japan in violation of a still existing non-aggression pact. If the principles applied in the Nuremberg trial were to become a precedent – a legislative rather than a judicial precedent – then, after the next war, the governments of the victorious States would try the members of the governments of the vanquished States for having committed crimes determined unilaterally and with retroactive force by the former. Let us hope that there is no such precedent”.

⁴⁵⁶ *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. Coordenação e revisão da tradução de Sérgio Lamarão. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 349.

⁴⁵⁷ *Os julgamentos de Nuremberg*: os nazistas e seus crimes contra a humanidade. Tradução de Marisa Rocha Motta. São Paulo: M. Brooks do Brasil, 2013, p. 22.

⁴⁵⁸ Cabe, aqui, o questionamento de Antoine Garapon: “O processo de Nuremberga foi o último acto de guerra ou a primeira pedra de uma justiça internacional, ‘o direito de um momento ou o

feito sempre é possível, máxime quando décadas nos separam do ocorrido. Todavia, deve-se questionar se aquele julgamento, se aquele *Direito Penal de ocasião* foi a pior solução possível ou se foi suficientemente adequada e racional para aquele específico contexto.

E, justamente quando falamos do julgamento de Nuremberg, é inevitável indagar acerca da solução preconizada por Tolstói. Caberia, aqui, o perdão ensinado por Jesus Cristo?

Para Hans Kelsen, comentando a Lei do Amor,

[...] trata-se realmente de uma doutrina revolucionária; não apenas porque é incompatível com o Direito vigente, mas porque a exigência de amar o inimigo está além da natureza humana, e o amor de Deus é justiça apenas em um sentido transcendental, muito acima de qualquer ideal racional.⁴⁵⁹

Kelsen critica várias passagens sobre Jesus, cujas interpretações, por sinal, variam,⁴⁶⁰ porém, assim como Tolstói, considera que a Lei do Amor e o preceito de não julgar são incompatíveis com a Lei de Moisés.⁴⁶¹

Na visão de Kelsen, a Lei do Amor estaria acima da razão humana, ou além da sua capacidade. De fato, ao nos lembrarmos dos horrores da Segunda Guerra Mundial, parece impossível cogitar-se o perdão. Ocorre que, da mesma forma, foram tantas as atrocidades, que a punição, por pior que seja, mostra-se insuficiente para garantir um justo castigo. Chega-se ao paradoxo mencionado no título da obra de Antoine Garapon, dos crimes que não se podem punir nem perdoar.⁴⁶²

Talvez, em casos como esses, a melhor solução esteja realmente além de nossas capacidades: se punir é ineficaz, perdoar pode ser o inusitado meio de fazer o agente chegar ao seu *pior castigo*.

momento de um direito’?”. (*Crimes que não se podem punir nem perdoar*: para uma justiça internacional. Tradução de Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2004, p. 26).

⁴⁵⁹ *O que é justiça?* A justiça, o direito e a política no espelho da ciência, p. 46.

⁴⁶⁰ A exemplo de Lucas 14:26, em que Jesus supostamente diria que quem não odiasse pai e mãe não poderia ser seu discípulo. (Cf. BÍBLIA, p. 1816). Para alguns, não seria cabível essa interpretação literal, até porque obviamente contraditória com a Lei do Amor. Ódio, aqui, seria o desapego e o conflito entre pais e filhos, que, eventualmente, poderia ser entendido, como pensamos, como o conflito entre a lei nova e a antiga.

⁴⁶¹ *Op. cit.*, p. 53.

⁴⁶² *Ibidem*.

Em Lucas 23:34, após as agressões e a crucificação, já no fim de sua vida, Jesus disse: “Pai, perdoa-lhes: não sabem o que fazem”.⁴⁶³ Este “não saber o que faz” não se confunde com o erro de fato ou o erro de proibição. Assemelha-se mais a um erro sobre a própria natureza dos atos praticados ou à incapacidade de se colocar no lugar do outro e, portanto, ignorar o sofrimento alheio imposto pelos próprios atos. Em suma, os atos são conscientes, porém parece haver uma inconsciência da própria consciência.

O perdão ao imperdoável talvez seja o improvável gatilho para que o agente adquira a *consciência da própria consciência*, o pior castigo, para recordar mais uma vez Dostoiévsky.⁴⁶⁴

Adolf Eichmann, apontado como colaborador do regime nazista, foi capturado na Argentina e levado até Israel. Num julgamento em que só havia um resultado possível, qual seja a condenação, conforme observado por Hannah Arendt,⁴⁶⁵ optou por defender-se e aludiu que apenas seguia ordens. Quiçá fosse outro o seu comportamento, possivelmente adquirir a *consciência da própria consciência*, se não houvesse um julgamento, se houvesse apenas o perdão sincero de suas vítimas, as que sobreviveram, por óbvio. Trata-se de mera elucubração, é fato.

Entretanto, o que de melhor trouxe o Direito Penal, o julgamento dos nazistas e dos colaboradores em Nuremberg, Tóquio ou Israel? Será que a retribuição foi suficiente? Certamente não, diante do tamanho do genocídio. Será que houve uma prevenção eficaz? A julgar por outras experiências totalitárias e genocídios subsequentes, e, mesmo, pelo surgimento dos movimentos neonazistas, responderíamos de forma negativa. Possivelmente, o efeito do Direito Penal nesses casos tenha sido meramente simbólico, porém simbólico num bom sentido. Se a outra solução era realmente matar os líderes nazistas a sangue frio, o julgamento, ainda que por um tribunal de exceção, foi o meio

⁴⁶³ BÍBLIA, p. 1831.

⁴⁶⁴ *Os irmãos Karamázov*, p. 102.

⁴⁶⁵ “Se este fosse um julgamento comum, com o confronto de forças usual entre a acusação e a defesa para levantar os fatos e fazer justiça a ambos os lados, seria possível acionar agora a versão da defesa e descobrir se havia algo de consistente no grotesco relato de Eichmann sobre suas atividades em Viena, e se suas distorções da realidade não poderiam na verdade ser atribuídas à outra coisa que não a hipocrisia de um indivíduo. Eichmann ia ser enforcado por fatos que já estavam estabelecidos ‘além de toda dúvida’ muito antes de o julgamento começar, e esses fatos eram conhecidos por todos os estudiosos do regime nazista.” (ARENDR, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. 11. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 69).

encontrado para se demonstrar a realização da justiça (ainda que dos vencedores) e não ignorar os fatos. Mesmo o perdão só poderia ter sido dado pelas vítimas sobreviventes, e muitas delas foram reduzidas a um estado tal, que não tinham sequer condições para esse julgamento.

Assim sendo, sem o Direito Penal, sem o sistema criminal, por piores que eles sejam, não acreditamos que, por si só, a sociedade iria se autodestruir. Claro, existiria essa possibilidade, no entanto, cremos que ao Estado ainda caberia a manutenção da ordem. Tolstói, em seus escritos, fala até mesmo na extinção do Estado, razão pela qual ele é considerado um anarquista cristão.⁴⁶⁶ Todavia, quando se fala, hoje, em abolição do Direito Penal, como acima visto, não se fala, necessariamente, em abolição do Estado, que manteria a função de coerção.

Nesse cenário, é inevitável que haja o medo, que mistura elementos racionais e irracionais, do que ocorreria na hipótese de abolição do Direito Penal. Mais do que o medo da vingança privada, parece-nos que o mais justo receio é o

⁴⁶⁶ Confirma-se a noção de Tolstói sobre o governo: “O erro emerge dos doutos juristas, que – enganando-se e enganando os outros – afirmam em seus livros que o governo não é o que é: uma reunião de homens que exploram os outros, mas, segundo a ciência, a representação do conjunto de cidadãos. Afirmaram-no por tanto tempo que acabaram acreditando eles mesmos; persuadiram-se assim que a justiça pode ser obrigatória para os governos. Mas a História demonstra que, de César a Napoleão, e deste a Bismark, o governo é sempre, em sua essência, uma força que viola a justiça e que não pode ser diferente”. (*O Reino de Deus está em vós*, p. 148). As palavras sempre sinceras de Tolstói são especialmente atuais diante da extrema crise de representatividade dos dois últimos governos brasileiros. O *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, independentemente da tese de cometimento de crime de responsabilidade, a qual não é objeto do presente trabalho (e implicaria análise do processo ao qual não tivemos acesso), decorreu, sobretudo, da insatisfação popular demonstrada em manifestações de rua, que se refletiu, em certa medida, no Congresso Nacional. O atual governo do vice-presidente Michel Temer, que assumiu o cargo pelo impedimento de sua antecessora, é igualmente considerado ilegítimo por grande parte da população, particularmente diante de denúncias ajuizadas pelo Procurador-Geral da República e enviadas à Câmara dos Deputados. (Ver MINISTRA Cármen Lúcia envia denúncia contra Michel Temer à Câmara. *Notícias STF*, Brasília, 21 set. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=356422>>. Acesso em: 27 set. 2017). A crise de representatividade, especialmente partidária, também se reflete no recrudescimento de teses que objetivam a legitimidade de candidaturas avulsas, sem necessidade de filiação partidária (Vide RAMALHO, Renan. STF marca para 4 de outubro análise sobre autorizar candidatos sem partido político. *Portal G1*, Brasília, 25 set. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/stf-marca-para-4-de-outubro-analise-sobre-autorizar-candidatos-sem-filiacao-partidaria.ghtml>>. Acesso em: 27 set. 2017). Atente-se que o fenômeno não é exclusivamente brasileiro. No mundo todo, os mais diversos governos têm enfrentado suas crises de legitimidade, como exemplificam as manifestações contra a eleição do presidente norte-americano Donald Trump (Cf. TRUMP diz que protestos contra a sua vitória são incitados pela mídia. *Portal G1*, São Paulo, 11 nov. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/eleicoes-nos-eua/2016/noticia/2016/11/trump-diz-que-protestos-contrasua-vitoria-sao-incitados-pela-midia.html>>. Acesso em: 27 set. 2017). Talvez a autoridade dos governos e do próprio Estado não seja mais tão sólida, mas sim líquida, sofrendo crescentes questionamentos, como já antevia Zygmunt Bauman, em sua obra *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

das consequências da ausência de limites para a coerção estatal, o que acarretaria, no dizer de Luigi Ferrajoli, um Estado selvagem ou um Estado disciplinar, ou, em outras palavras, um Estado totalitário, sem limites para a coerção e a vingança estatal.⁴⁶⁷

A solução de Tolstói, a da prática por todos da Lei do Amor, é o ideal racional. Contudo, esse ideal racional nos parece distante de ser realizado por todas as pessoas que, amiúde, conseguem ser e agir como irracionais. Nessa ordem de ideias, a existência do Direito Penal não é totalmente contrária à razão. Ela é racional, embora seja amparada no justo receio de vinganças estatais e privadas. Recordando e completando a frase Von Liszt, o Direito Penal é a magna carta do delinquente⁴⁶⁸ e também de todo cidadão, evitando que o Estado ou os mais fortes façam algo pior do que a pena.

Mais adiante, concluiremos sobre a contrariedade ou não do Direito Penal à razão. Porém, como veremos logo a seguir, o Estado não consegue evitar o inevitável, isto é, o funcionamento necessariamente irracional do sistema criminal.

4.2 O inevitável funcionamento irracional do sistema criminal

Se Tolstói trata a representação popular como ilusão, como visto acima, pode-se talvez dizer o mesmo das teorias da pena. Retribuição justa e proporcional (*just deserts*), a prevenção geral, negativa ou positiva, e a prevenção especial, positiva e negativa, muito pouco do que se diz das funções da pena acaba ocorrendo na prática. Para corroborar essa assertiva, tem-se o auxílio da Criminologia, Clínica e Crítica, cujos estudos demonstram as altas taxas de reincidência criminal,⁴⁶⁹ em prejuízo da reabilitação ou reintegração social,⁴⁷⁰ e o

⁴⁶⁷ *Direito e razão: teoria do garantismo penal, passim.*

⁴⁶⁸ *Tratado de derecho penal.* Tradução da 18ª edição alemã e acrescido com a história do direito penal espanhol por Quintiliano Saldaña. 3. ed. Madrid: [s.n.], 1988 *apud* CRESPO, Eduardo Demetrio. Do “direito penal liberal” ao “direito penal do inimigo”. *Ciências Penais*, [S.l.], v. 1, jul. 2004. Disponível em: <<http://professorluizregisprado.com/Artigos/Eduardo%20Demetrio/Eduardo%20Demetrio%20Crespo-Do%20Direito%20Penal%20Liberal%20ao%20Direito%20Penal%20do%20Inimigo.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2017.

⁴⁶⁹ A reincidência, tecnicamente, implicaria uma nova condenação, no prazo de cinco anos após outra condenação criminal. Uma interpretação menos jurídica e mais sociológica, simplesmente constatando-se novo cometimento de crime, aumentaria a taxa de reincidência. A propósito, confira-se TARDÁGUILA, Cristina. #LupaAqui: ‘A reincidência atinge mais de 70% dos presos no

caráter seletivo⁴⁷¹ do sistema criminal (o que prejudica tanto as funções retributivas pretensamente proporcionais e justas quanto as funções preventivas, eis que se pode questionar se, de um lado, o alvo do Direito Penal é realmente prevenir o crime, na perspectiva negativa, ou reafirmar a ordem jurídica, na perspectiva positiva, ou se, de outro lado, trata-se de perseguir determinados grupos, em razão de sua etnia ou classe social).

Se perguntássemos ao nosso leitor qual conduta deveria ser punida mais gravemente – a fraude milionária em uma licitação, para favorecer uma rica empreiteira, ou o pagamento de uma fruta com uma cédula falsa de cinquenta reais –, qual seria a resposta? Seria a mesma da legislação?

Brasil? *Folha Uol*, Teresina, 12 jul. 2016. Disponível em: <<http://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2016/07/12/lupaaqui-a-reincidencia-atinge-mais-de-70-dos-presos-no-brasil/>>. Acesso em: 30 set. 2017.

⁴⁷⁰ Conforme observa Alvin August de Sá, a prevenção especial seria objeto da Criminologia Clínica: “Poder-se-ia estabelecer uma distinção entre os programas de prevenção propostos a partir das teorias sociológicas e os programas a partir da vertente clínica da criminologia. Os primeiros voltam-se predominantemente à prevenção primária, cujas medidas se caracterizam por serem implementadas antes que o crime aconteça, para prevenir o incremento da criminalidade e promover seu decréscimo a níveis suportáveis. Já os programas que emanam da abordagem clínica da criminologia voltam-se predominantemente a medidas de prevenção secundária, em sede de execução de pena, ou de prevenção terciária, quando aplicada a egressos”. (*Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração*, p. 70).

⁴⁷¹ Segundo anota Maurício Stegemann Dieter: “A origem dos fundamentos criminológicos que sustentam a proposta de *incapacitação seletiva* remonta ao famoso estudo de Robert FIGLIO, Thorsten SELLIN, e Marvin WOLFGANG sobre *delinquência juvenil* publicado em 1972, no qual adotaram uma aproximação longitudinal conforme o ano de nascimento conhecida como ‘*birth cohort study*’. A pesquisa consistia, essencialmente, em acompanhar a vida de todo um grupo de homens nascidos no mesmo ano e lugar, colhendo-se dados em diferentes idades ou em certos eventos sociais (alistamento militar e conclusão do ensino médio, por exemplo), o que permitia uma ampla e não focalizada coleta de dados, ao estilo dos modernos censos oficiais. [...] A pesquisa indicou, nesse sentido, que o *risco* de um garoto praticar um delito – chamado fator ‘k’ – dependia essencialmente de três variáveis: (a) a idade em que teve o primeiro contato com a polícia, (b) a natureza da infração praticada e (c) a cor da pele (ou raça)”. (*Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*, p. 105-106, grifos do autor). Nas palavras dos próprios autores citados (Marvin E. Wolfgang, Thorsten Sellin e Robert Figlio): “Assim, encontramos uma conexão de fatores relacionados à raça e delinquência, aos quais nos referimos como uma posição de ‘desvantagem’. O menino delinquente não branco tem probabilidade de pertencer a um grupo econômico mais baixo, experimentar um grande número de escolas e mudanças residenciais (ou seja, estar mais sujeito às forças interruptivas da mobilidade entre cidades do que os não delinquentes) e tem a mais baixa média de notas, o mais baixo nível de realizações, e o mais baixo resultado em Q.I. [Quociente de Inteligência]”. Cf. *Delinquency in a birth cohort*. In: JACOBY, Josephy E. (Ed.). *Classics of criminology*. 2. ed. Illinois: Waveland Press, 1994, p. 60, tradução nossa. Texto original, em Inglês: “Thus we found a nexus of factors related to race and delinquency which we referred to as a ‘disadvantaged’ position. The nonwhite delinquent boy is likely to belong to the lower socioeconomic group, experience a greater number of school and residential moves (that is, be subject to the disrupting forces of intracity mobility more than the nondelinquent) and have the lowest average grade completed, the lowest achievement level, and the lowest I.Q. score”.

Vejamos as normas penais em questão. Para a fraude da licitação, tem-se o artigo 90 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:
Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Já para a conduta de pagar uma fruta com uma cédula falsa de cinquenta reais, tem-se o artigo 289 do Código Penal:

Art. 289 - Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro:
Pena - reclusão, de três a doze anos, e multa.
§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem, por conta própria ou alheia, importa ou exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda ou introduz na circulação moeda falsa.

Se, para o leitor, a primeira conduta pareceu muito mais grave do que a segunda, há um choque quando se percebe que a lei pune com maior rigor a segunda conduta, tanto pela natureza da pena privativa – reclusão (que sujeita a regime fechado) em vez da detenção (que enseja, no máximo, o regime semiaberto) – quanto pelo próprio quantitativo da pena (de três a doze anos, e multa, em vez de dois a quatro anos, e multa).

Um juiz criminal que estivesse julgando esses dois casos acima relatados, partindo-se da premissa de que as provas dos autos corroboram a culpa dos réus nas duas hipóteses, aplicaria penas proporcionais? Como?

Ainda que aplicássemos a pena máxima para a fraude milionária da licitação e a pena mínima para o caso da cédula falsa, ter-se-ia uma aplicação proporcional das penas? O princípio da proporcionalidade restaria cumprido?

Agora, se fizermos um exercício de imaginação, baseado em nossas experiências na lida diária com o sistema criminal, será que teríamos a possibilidade de apontar quem seria o réu de cada processo relacionado a esses crimes? Suponhamos que, numa vara criminal plena, dois homens estejam esperando para serem interrogados por tais delitos: um mais velho, branco, bem vestido, aparentando ser de classe média alta ou rica, e o outro mais jovem,

negro, vestindo roupas muito simples, aparentando ser pobre ou de classe média baixa. Quem provavelmente seria o acusado pela fraude do contrato milionário de licitação? Quem provavelmente seria o acusado pela compra da fruta com uma cédula falsa de cinquenta reais?

Se os leitores acham que a pergunta é incômoda, faríamos a seguinte provocação: o incômodo maior é decorrente da pergunta ou da resposta mais plausível?

Esqueçamos as características físicas e façamos mais uma pergunta: qual dos réus, na hipótese de constatação de antecedentes criminais, está mais sujeito a uma prisão preventiva, e, no caso de condenação, eventualmente sujeito a uma majoração da pena-base em decorrência de uma personalidade voltada para a prática de crimes?⁴⁷²

Dizer que essas seriam questões processuais, irrelevantes para a Ciência do Direito Penal, significa olvidar o princípio da proporcionalidade.⁴⁷³ Estaria tal princípio fora da estrita Ciência Penal? A resposta seria positiva, se aceitarmos

⁴⁷² Nessa pergunta, não pressupomos o acerto da decisão que decreta a prisão preventiva nem da que majora a pena pela “personalidade voltada para a prática de crimes”. Mesmo que se argumente que a maior parte das prisões preventivas por moeda falsa seja indevida e que a citada majoração seja, mesmo em tese, equivocada, é fato que a elevada pena do artigo 289 do Código Penal contribui bastante para tais distorções, especialmente por conta da pena mínima elevada de três anos de reclusão. A pena máxima também traz um largo espaço para a discricionariedade judicial, hipótese inversa à do crime de fraude de licitação, que, por sinal, já prevê, mais brandamente, apenas a pena de detenção. Sendo o problema da lei, pode-se indagar de que forma a Ciência do Direito Penal resolve essa questão. O problema é que, voltando a Kirchmann, dificilmente há uma resposta que não fuja da singularidade do caso concreto. Alguns poderiam considerar a conduta da moeda falsa insignificante, se a cédula fosse entregue num rico hipermercado, por exemplo. Porém, um pequeno comerciante ambulante que recebesse a cédula falsa numa esquina poderia ter um prejuízo considerável. Sem contar que a jurisprudência majoritária não considera cabível a aplicação da insignificância para o referido delito. Vide, por exemplo: “Ementa: Habeas Corpus substitutivo de agravo regimental cabível na origem. Crime de moeda falsa. Inaplicabilidade do princípio da insignificância penal. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que ‘a impetração de habeas corpus como substitutivo de agravo regimental inclusive noutra Corte representa medida teratológica’ (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux). Precedentes. 2. Ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal já consolidaram o entendimento de que é ‘inaplicável o princípio da insignificância aos crimes de moeda falsa, em que objeto de tutela da norma a fé pública e a credibilidade do sistema financeiro, não sendo determinante para a tipicidade o valor posto em circulação’ (HC 105.638, Rel. Min. Rosa Weber). Precedentes. 3. O pedido alternativo de desclassificação da conduta imputada ao paciente, além de implicar um amplo revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, não foi submetido às instâncias judicantes competentes. Logo, a imediata apreciação dessa matéria, pelo Supremo Tribunal Federal, acarretaria uma indevida supressão de instâncias. 4. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual”. (STF. *Habeas Corpus* nº 108193, Relator: Luís Ministro Roberto Barroso. Órgão julgador: Primeira Turma. Data do julgamento: 19/08/2014. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 30 set. 2017).

⁴⁷³ Demos apenas dois exemplos, sendo que estamos longe de analisar todas as situações de desproporcionalidade da legislação penal.

que tal Ciência cuida única e exclusivamente do Direito positivo. Todavia, isso nos deixaria numa posição de, no mínimo, perplexidade: exigiríamos a proporcionalidade na aplicação das leis penais, contudo poderia reinar a mais absoluta arbitrariedade na escolha das penas pelo legislador. Em verdade, seria curial que a Ciência já se ocupasse da elaboração das leis penais na fase legislativa.

Mesmo assim, ainda que se tente ser o mais racional possível, um certo nível de irracionalidade, em maior ou menor grau, é inevitável. Afinal, como garantir uma exata proporcionalidade, ou mesmo razoável, dentre todos os crimes a serem criados? Na hipótese de novos tipos, como inseri-los de forma proporcional no sistema? Seria necessário analisar todos os tipos existentes? Como proceder na hipótese em que as circunstâncias do caso fazem com que um crime abstratamente menos grave se torne concretamente muito mais grave do que outro? Como assegurar que um mesmo crime seja proporcionalmente punido por todos os juízes? Como um juiz, com longa trajetória na esfera criminal, poderia aplicar penas proporcionais para todas as centenas de casos que julgar?

Assim como anteriormente destacamos o problema do que deve ou não ser criminalizado (examinando os projetos de lei referentes à prostituição), e, logo acima, focamos o problema da proporcionalidade, existem algumas perguntas que devem ser respondidas para que se fale numa Ciência do Direito Penal ou numa racionalidade do Direito Penal. O que deve ser criminalizado? Como a conduta deve ser criminalizada? Como medir a punição cabível a cada crime? Tais questões nos parecem básicas e primordiais para se verificar a razão do Direito Penal e, mais amplamente, do próprio sistema criminal. Porém, teremos que aceitar que provavelmente nunca chegaremos a respostas inteiramente satisfatórias, e procuraremos demonstrar isso com os exemplos a seguir extraídos tanto da legislação penal positiva quanto de projetos de lei a alterá-la.

Nossos exemplos representam meramente uma metodologia por amostragem, eis que fugiria ao objetivo do presente trabalho uma análise completa de todos os tipos penais. Os critérios de escolha foram os seguintes: 1) tipos penais que têm fundamentos declarada ou supostamente religiosos, a fim de se investigar se existe uma razão, além da religiosa, para a criminalização; 2)

tipos penais da jurisdição federal,⁴⁷⁴ a fim de investigar a (ir)racionalidade da jurisprudência de alguns crimes federais; e 3) tipos penais estatisticamente responsáveis pelo encarceramento em massa no Brasil, comparando-os com a criminalidade do colarinho branco, a fim de investigar a (ir)racionalidade e a seletividade do sistema criminal.

Não é nossa intenção fazer um estudo minucioso de cada crime, mas sim destacar os aspectos relativos às suas irracionalidades. Nosso objetivo principal, sem dúvida, é demonstrar os limites da Ciência Jurídica Penal e uma inafastável decidibilidade conforme a singularidade do caso concreto. Em suma, de acordo com a nossa abordagem, há um inevitável grau de irracionalidade no funcionamento de nosso sistema criminal, um espaço em que soluções opostas são possíveis e a decisão ocorre de acordo com a singularidade do caso concreto, como dizia Kirchmann. E iniciaremos a nossa investigação por um dos mais controvertidos delitos.

4.2.1 Aborto: religião, ética e democracia

O aborto, tipo penal bastante controverso, é um perfeito retrato da insuficiência da Ciência do Direito Penal e da irracionalidade do nosso sistema criminal. De fato, trata-se do típico crime que, analisando-se os argumentos favoráveis e contrários, não se chega a uma conclusão definitiva e satisfatória sobre ele. Em síntese, estamos diante de uma insuperável controvérsia, de uma *batalha verbal*, que pode pender para qualquer um dos lados, de forma *irracional*, a depender do acaso dos grupos dominantes, assim entendidos como as autoridades competentes para criminalizar ou não tal conduta, como o Poder Legislativo e o próprio Poder Judiciário.

Uma das maiores resistências ao aborto, nos discursos públicos atuais, advém da afirmação de que tal crime somente existiria por conta de influências

⁴⁷⁴ A escolha da jurisdição deve-se à nossa área de atuação, na magistratura federal, conforme já esclarecido na introdução deste trabalho.

religiosas, o que seria incompatível com o caráter laico do Estado brasileiro, além do que seria contrário à democracia.⁴⁷⁵

Pois bem, ambas as ideias trazem algumas consequências, as quais, para que se tenha uma *racional coerência*, podem acarretar resultados imprevistos para os defensores da ideia inicial.

Vamos, então, estabelecer como premissa inicial, ainda hipotética, que a criminalização do aborto somente existe por conta de imposição religiosa e, mais, é contrária à democracia.⁴⁷⁶

Mas, o que significariam essas palavras? Aborto criminalizado apenas por questões religiosas e antidemocrático? Acreditamos que a única conclusão lógica e possível, *de acordo especificamente com essas assertivas*, é a de que não existe bem jurídico penal a ser tutelado no caso do aborto e que tudo se resume a um impedimento do direito de escolha da mulher em seguir ou não com a gravidez, daí porque o cerceamento da liberdade da mulher seria antidemocrático.

Talvez uma opinião *claramente a favor do aborto* esclareça melhor a questão. Vejamos o que disse Vladimir Safatle:

Uma vida em potencial não pode, em hipótese alguma, ser equiparada juridicamente a uma vida em ato. Um embrião do tamanho de um grão de feijão, sem autonomia alguma, parasita das funções vitais do corpo que o hospeda e sem a menor atividade cerebral não pode ser equiparado a um indivíduo dotado de autonomia das suas funções vitais e atividade cerebral. Não estamos diante do mesmo fenômeno. A maneira com que certos grupos políticos e religiosos se utilizam do conceito de “vida” para unificar os dois fenômenos (dizendo que estamos diante da mesma “vida humana”) é apenas uma armadilha ideológica. A vida humana não é um conceito biológico, mas um conceito

⁴⁷⁵ Vide CRIMINALIZAÇÃO do aborto é incompatível com o Estado laico. *Opinião & Crítica*, [S.l.], 11 abr. 2012. Disponível em: <<http://opinioenoticia.com.br/opiniao/criminalizacao-do-aborto-e-incompativel-com-estado-laico/>>. Acesso em: 6 out. 2017; e COSTA, Ana Maria. Por que legalizar o aborto? *Carta Capital*, São Paulo, 28 set. 2013. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/saude/por-que-legalizar-o-aborto-4482.html>>. Acesso em: 6 out. 2017. O último texto encontrado na Internet é subscrito por uma médica, que diz que a “ilegalidade do aborto compromete os direitos inerentes à democracia”, ideia que será aprofundada no texto.

⁴⁷⁶ Na última nota, citamos apenas opiniões de pessoas sem formação jurídica. Porém, Ronald Dworkin também já atrelou, em rápida passagem, a questão do aborto à democracia: “Na legislação ora em vigor nos Estados Unidos e, pelo menos na prática, em outras sociedades democráticas, não há lei que proíba o aborto no início da gravidez por motivo nenhum, e é improvável que se venham a adotar restrições legais mais rígidas a curto prazo”. (*A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 614).

político no qual encontramos a sedimentação de valores e normas que nossa vida social compreende como fundamentais.⁴⁷⁷

Safatle acaba se contradizendo em sua fundamentação, ao negar que a vida humana seja um conceito biológico, mas sim político, eis que tal assertiva, por si só, já garante a proibição do aborto. Afinal, o que interessa a Biologia? Interessa a política. E se o aborto foi tipificado penalmente pela *política legislativa criminal*, o que se poderia levantar contra a criminalização dessa conduta?

Porém, não abandonemos ainda a nossa premissa hipotética. A partir do momento em que somente subsistem razões religiosas e antidemocráticas para criminalizar o aborto, chegamos à inevitável conclusão de que não existe bem jurídico a ser tutelado, ou seja, não existe vida a ser tutelada, independentemente de considerações de ordem científico-biológica,⁴⁷⁸ eis que a *política legislativa criminal* já teria descartado a tutela a essa vida.

O problema de se concluir pela inexistência do bem jurídico penalmente protegido é que, também, por uma perspectiva *coerente e racional* da Ciência do Direito Penal, não restaria, outrossim, espaço para a criminalização do aborto sem o consentimento da mulher, ao menos como *crime contra a vida*. *Afinal, que vida seria essa? A mesma vida que já se verificou não existir ou não ser digna de tutela penal?*

Em outro contexto, acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, em considerar permitido o aborto no caso dos anencéfalos, Janaina Conceição Paschoal chegou à mesma conclusão:

⁴⁷⁷ Cf. Claramente a favor do aborto. *Carta Capital*, São Paulo, 19 mar. 2012. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/claramente-a-favor-do-aborto>>. Acesso em: 6 out. 2017. Sim, é evidente que Safatle restringiu-se ao aborto, todavia a sua ideia de vida como conceito político (e não biológico), em tese, pode favorecer a proibição do aborto (considerando-se politicamente a vida intrauterina como vida), assim como pode garantir as mais tenebrosas elucubrações. Não teriam, por exemplo, os nazistas meramente declarado que o conceito *político e não biológico* de vida não abrangia a vida de judeus, homossexuais e outras vítimas dos campos de extermínio? É preciso ter cautela com certas palavras jogadas ao vento, pois nunca se sabe quem pode colhê-las e interpretá-las.

⁴⁷⁸ Em rigor, é mais do que certo que as visitas de pré-natal ao médico, nas quais, graças às modernas tecnologias, é possível escutar os batimentos cardíacos do feto (e não da mãe) e, com o passar do tempo, vai-se vendo o desenvolvimento e o crescimento do corpo do nascituro, demonstram que a vida intrauterina não é uma mera crença religiosa. Agora, quanto ao momento em que o feto se tornaria um ser humano, existem divergências entre os cientistas. Cf. BOTELHO, José Francisco. Em que momento o feto vira ser humano? *Super Interessante*, [S.l.], 1º dez. 2016. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/em-que-momento-o-feto-vira-ser-humano/>>. Acesso em: 6 out. 2017.

O argumento desposado pela Suprema Corte foi o de que não haveria vida a tutelar, uma vez que o bebê não tem potencialidade de vida extrauterina. Mesmo não aprofundando a questão, consigno que não concordo com o argumento, muito embora tenha apoiado a decisão. Se admitirmos que o bebê encefálico não tem vida, estaremos, pela lógica, dizendo que se um terceiro fizer o aborto forçado na gestante, não cometerá o crime de aborto não consentido, mas um mero constrangimento ilegal, o que nos parece insustentável. Ademais, resta muito perigoso abrir portas para dizer qual vida é digna e qual vida é indigna. Esse tipo de argumento pode justificar o simples desligamento de aparelhos respiradores, nas várias UTIs [Unidades de Terapia Intensiva] do país, o que não seria desejável, até em razão dos interesses econômicos envolvidos em tais situações. Não obstante, também por força do princípio da inexigibilidade de conduta diversa, tem-se ser possível a gestante encerrar a gravidez do feto anencefálico, pois não seria razoável o ordenamento exigir de toda uma família o sacrifício de passar os nove meses pensando no funeral do bebê.⁴⁷⁹

A conclusão de Janaina Paschoal é coerentemente racional. Se não há vida do anencéfalo, não há crime no aborto forçado dele. Da mesma forma, se não há vida a ser tutelada no aborto, não existe, por conseguinte, crime em qualquer aborto feito sem o consentimento da gestante. Ao menos, não existe crime contra a vida.

De outro lado, poder-se-ia objetar que existiria vida unicamente na hipótese de ser a vontade da mulher prosseguir com a gravidez e ter um filho. Contudo, esta hipótese daria margem ao imponderável: o conceito de vida não seria mais nem biológico nem político. Seria um conceito subjetivo, a depender da vontade da gestante. Com a devida vênia, tal conclusão abriria espaço ao imponderável e irracional.

Numa hipótese de total descriminalização do aborto, ao menos como crime contra a vida, tem-se que a vida intrauterina deixa de ser tutelada penalmente, e, goste-se ou não dessa escolha, ela representa uma opção de política criminal. Já na outra hipótese, a política estatal é substituída por um critério totalmente subjetivo.

Entretanto, isso poderia levantar um questionamento já com relação à atual legislação. Afinal, o aborto com o consentimento da gestante tem punição mais branda do que o aborto sem o consentimento da gestante. Isso significaria que a

⁴⁷⁹ O papel do direito penal na preservação da vida. In: SANCHES, Mário Antônio *et al.* (Org.). *O evangelho da vida: diálogo entre teologia e bioética*. Curitiba: CRV, 2016. p. 189-211, p. 198.

vontade da mulher daria mais ou menos valor à vida do nascituro? Esse parece ter sido o entendimento de Juan del Rosal, Manuel Cobo del Rosal e Gonzalo Rodríguez Mourullo:

[...] o simples cotejo entre os números de um e dois do art. 411 [atuais arts. 144 e 145] mostra que o fato de que tenha havido ou não o consentimento da mulher condiciona a que ao terceiro que causa o aborto seja imposta a pena de prisão menor ou a pena de prisão maior, respectivamente [...]. Mostra-se verdadeiramente difícil buscar um fundamento racional, dentro da linha em que se desenvolve o Código, para o valor privilegiado desse consentimento no delito de aborto. O irracional deste privilégio se converte em inexplicável a partir do momento em que a Lei de Bases para a reforma do Código Penal [espanhol] prevê a introdução de uma cláusula especial em que se sancione expressamente a intranscendência do consentimento da vítima nos delitos de lesões. Com efeito, não é preciso mais do que observar as características dos bens jurídicos protegidos no delito de aborto para chegar à conclusão de que não se pode explicar a eficácia do consentimento da mulher em relação a nenhum deles. Mostra-se absurdo achar que a mulher pode dispor da esperança de vida que dá alento ao feto, porque, de acordo com a doutrina católica acolhida por nosso legislador, o fruto da concepção é protegido, em si mesmo, como uma esperança de vida ou como uma vida incipiente que está pronta para tornar-se uma pessoa distinta da mãe e, por isso mesmo, um distinto titular de direitos.⁴⁸⁰

Inicialmente, fazendo um parêntese, nota-se que os autores supracitados reconhecem a influência da doutrina católica para a criminalização do aborto na Espanha. De outro lado, criticam o fato de o consentimento da mulher representar um tratamento privilegiado. Contudo, com a devida vênia, discordamos do raciocínio, até com base na legislação brasileira, que também prevê essa diferenciação.

A justificativa para tais diferenças obviamente não pode ser o fato de a vontade da mulher dar mais ou menos valor para o nascituro. Ocorre que o aborto sem o consentimento da mulher é um crime pluriofensivo, que atinge não só a vida intrauterina, como também a integridade física e psíquica da mãe. Seria muita insensibilidade ignorar o imenso mal psicológico, e também frequentemente físico, causado à mulher grávida que é tolhida de seu sonho de ser mãe contra a sua vontade.

⁴⁸⁰ *Derecho penal: parte especial, delitos contra las personas*. Madrid: Imprenta Silverio Aguirre, 1962 *apud* ORDEIG, Enrique Gimbernat, *Conceito e método da ciência do direito penal*, p. 79-80.

Isso, por sinal, justifica a nossa tese de que a descriminalização do aborto não consentido levaria à abolição de todo e qualquer aborto como *crime contra a vida*. O aborto não consentido, assim, continuaria sendo um delito, porém contra a integridade física e psíquica da mulher. E, a despeito de não ser propriamente um crime contra a vida, partindo-se da premissa da abolição do crime de aborto consentido, continuaria sendo, evidentemente, um delito grave.

Um possível resultado imprevisto da descriminalização do aborto, ainda não acolhido, pelo que sabemos, mas já expressamente defendido, seria, a pretexto de garantir a igualdade entre homens e mulheres, a instituição do direito a rejeitar a paternidade de filho nascido contra a vontade. Este é, por exemplo, o entendimento de Jorge Martins Ribeiro:

O problema de o homem ser pai contra a sua vontade é um problema que existe, não é hipotético, colocando-se também no âmbito da igualdade de gênero e com mais propriedade nos ordenamentos jurídicos em que a I.V.G. [Interrupção Voluntária da Gravidez] por mera opção da mulher esteja legalmente consagrada, pois se a mulher quiser exercer o seu direito de autodeterminação parental negativa por essa forma exerce-o, o homem é que não tem solução a dispor, vendo-se numa situação em que tanto perde um filho que queria ter como lhe é imposto um que não queria. Se no primeiro caso parece não haver nada a fazer, resta ver o que fazer no segundo, para diminuir a desigualdade. Uma vez que não seria nem legítimo, nem lícitamente exequível, o homem impedir a continuação da gravidez, afigura-se-nos então que poderá e deverá, ao menos, ter o direito a recusar os actuais efeitos jurídicos da paternidade, pois a manter-se o entendimento, ou omissão, do sistema jurídico, como vem acontecendo, a desigualdade perpetua-se.⁴⁸¹

O argumento tem a sua lógica e leva em consideração que as legislações as quais permitem a interrupção voluntária da gravidez, de um modo geral, admitem que a mulher realize o abortamento independentemente, e até mesmo contrariamente, à vontade do pai.

Ocorre que há uma certa simplificação excessiva nesse raciocínio. Em tese, no primeiro caso, em que parece não haver nada a fazer, a situação pode também ser diferente e dupla. Por exemplo, o homem poderia querer ser pai e a mulher poderia evitar que isso ocorresse por métodos contraceptivos. De outra

⁴⁸¹ *O direito do homem a rejeitar a paternidade de filho nascido contra a sua vontade: a igualdade na decisão de procriar*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 335.

parte, o inverso também pode acontecer, quando a mulher pode querer ser mãe e o homem pode se assegurar de que isso não ocorra, também por métodos que impeçam a fecundação. Se a mulher quer ser mãe e o seu companheiro se submete a uma vasectomia, o que haveria de fazer? Bem, nessas hipóteses, tanto em um quanto noutro caso, se o desejo de ser pai ou mãe for mais forte e não se encontrar solução na atual relação, poderá ser o caso de se procurar outra pessoa. Sempre existirá quem queira ser pai ou mãe.

É claro que as coisas se complicam mais quando ocorre a gravidez, pois o homem que quer ser pai, ao saber do fato, vê as suas expectativas e esperanças crescerem. No entanto, ainda assim, em tese, ele tem as mesmas expectativas que tinha quando a mulher tomava os contraceptivos, os quais, aliás, podem ter falhado para a ocasião dessa gravidez.

Mas, sim, nesse ponto, há uma desigualdade. Se os métodos da mulher falham, sendo possível a interrupção voluntária da gravidez, ela poderá submeter-se ao procedimento independentemente da vontade do companheiro. Por outro lado, se os métodos do homem falharem, ele não poderá forçar a companheira que deseja ser mãe a abortar.

O que fazer? Dar ao homem o direito de juridicamente rejeitar a paternidade?

Para saber se essa tese é possível, teríamos que indagar a razão dessa desigualdade e se ela justifica ou não o tratamento desigual. Numa visão apressada, que, com o devido respeito, parece ter sido a de Jorge Martins Ribeiro, a razão da desigualdade adviria da lei portuguesa, que permite a interrupção voluntária da gravidez até dez semanas de gestação.

Todavia, fundamentalmente, a razão da desigualdade verificada pelo autor não está no Direito, mas sim na Biologia. Homens e mulheres, por mais que se tente negar isso, são biologicamente diferentes. A mulher fica grávida; o homem, não. Se a mulher pode ou não interromper a gravidez, essa é uma decisão política. E, quando admitida pela lei, há que se reconhecer que a mulher só pode decidir interromper uma gravidez, porque o nascituro está dentro do seu corpo. Se ela puder interromper, não irá nascer uma pessoa, sujeito de direitos e deveres. Já na hipótese inversa, o homem que não quer ser pai não pode forçar a interrupção da gravidez (ferindo os direitos da mulher) tanto quanto não pode negar a paternidade (violando os direitos do seu filho). Tal rejeição da paternidade

equivaleria a um aborto fictício feito pelo homem e que desconsideraria completamente os direitos da *pessoa* que nasceu. Há muitas coisas que o Direito pode fazer. Ludibriar a Biologia, entretanto, não está entre elas. O homem, assim, não pode fazer um aborto fictício (que seria a hipótese de rejeição da paternidade) pelo simples fato de não ficar “grávido”.

Tem-se notícia de que o Tribunal Constitucional português não aceitou uma pretensão de rejeição da paternidade, por sinal embasada na obra do autor supracitado. Como se depreende da notícia, o tribunal também recorreu à *realidade biológica da gestação humana*.⁴⁸²

Contudo, no plano eminentemente jurídico, a tese do autor, conquanto não pudesse ser aceita por violar o direito de terceiros (no caso, os filhos), poderia ter mais sucesso para sustentar a inconstitucionalidade do direito à interrupção voluntária da gravidez, ao menos quando houvesse a comprovada discordância do pai.⁴⁸³

Enfim, essas questões servem para nos mostrar que é falsa a ideia de que o aborto somente é criminalizado por conta da Religião. Como visto, problemas éticos e jurídicos surgem com a legalização. E não vemos solução que possa ser dada pela Ciência Jurídica. Não existe o que é juridicamente certo ou errado nessa matéria, daí porque também rejeitamos a tese de que a proibição do aborto seria contrária à democracia, especialmente porque, além da proteção do

⁴⁸² Cf. DIAS, Pedro Sales. Homens têm de assumir filhos contra a sua vontade, decide Constitucional. *Público*, [S.l.], 20 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2015/07/20/sociedade/noticia/homens-tem-de-assumir-a-paternidade-de-filhos-nascidos-contra-a-sua-vontade-decide-constitucional-1702527>>. Acesso em: 7 out. 2017. Há que se destacar que a reportagem ouviu o próprio autor, por sinal juiz que já atuara no Tribunal de Família e Menores de Braga: “O autor da tese de mestrado em Direitos Humanos mantém os argumentos. ‘Tenho de respeitar, como cidadão e juiz, a decisão do Constitucional, mas é sabido que as sociedades mudam. Penso que é uma questão de tempo. Há 20 anos seria impensável que o conceito de família e de casamento abrangesse o relacionamento homossexual’, diz o juiz Jorge Martins Ribeiro, que até há dois anos estava no Tribunal de Família e Menores de Braga”. Apesar de discordarmos, talvez as palavras do juiz português sejam proféticas, especialmente quando se evolui para uma sociedade que deseja cada vez mais direitos, até confundindo-os com desejos, e, por conseguinte, cada vez mais deseja esquivar-se de responsabilidades. Sem generalizar, talvez o aborto pretendido por *algumas* mulheres e o direito à rejeição da paternidade pretendido por *alguns* homens sejam reflexos disso.

⁴⁸³ Na verdade, aqui temos mais uma questão para a qual a Ciência do Direito não oferece solução. Pode-se fundamentar o direito ao aborto com base no fato de que a gravidez, biologicamente, é suportada somente pela mulher. Porém, com base na mesma Biologia, pode-se dizer que o aborto induzido, além de contrariar o resultado natural, que seria o nascimento, prejudicaria as expectativas do homem que deseja ser pai e foi quem auxiliou na concepção do nascituro. A Ciência do Direito, portanto, não oferece solução definitiva para a questão, não havendo um certo e errado, de modo que o Direito positivo refletirá a posição dos vencedores da batalha verbal.

nascituro, também, em tese, estaria resguardada a expectativa do pai. A conclusão inversa, que autoriza o aborto e privilegia a gestante, também não seria contrária à democracia ou inconstitucional, de modo que a solução para o caso deve se dar por meio da política.

A despeito disso, há alguns argumentos mais sofisticados contra a criminalização do aborto, que, sem entrar no mérito da Religião ou de qual bem jurídico deve prevalecer, destacam a inaptidão e a desproporcionalidade do Direito Penal. É o que veremos em seguida.

4.2.1.1 Aborto e a irracionalidade dos argumentos favoráveis e contrários à descriminalização

O que vimos na subseção anterior nada mais é do que um paradoxo. Proibir ou autorizar o aborto é possível e racional. Porém, ocorre que parece irracional o fato de duas alternativas diametralmente opostas serem possíveis e racionais. Isso significa que, em não havendo um verdadeiro e falso, a solução será dada pelo vencedor da batalha verbal, o que aproxima o Direito mais do jogo do que da Ciência. Enfim, se tudo é racional, até os opostos, não há problema em se concluir que tudo também é irracional.⁴⁸⁴

Todavia, no debate sobre o crime de aborto, há alguns argumentos que são categóricos acerca da inaptidão, ineficácia e desproporcionalidade da proibição pela via do Direito Penal. Será que é caso em que, finalmente, deve preponderar o verdadeiro sobre o falso, ou se trata apenas de mais uma batalha

⁴⁸⁴ Ser uma coisa e o seu oposto, ao mesmo tempo, é a marca paradoxal do sistema criminal. Conforme menciona Yves Barel, citado no primeiro capítulo desta tese: “No vocabulário comum, o que é paradoxal é definido como o que é contrário à opinião comum, o que é bizarro, inconcebível, incompreensível, o que choca a razão, o bom senso, a lógica. É o absurdo e o impossível em ação, ou seja, objetos de escândalo. É a esse senso comum que se voltará após um desvio. É ele que manifesta melhor o que tento: descrever um sistema como um paradoxo, ou seja, em última análise, uma lógica do absurdo possível-impossível”. (*Le paradoxe et le système: essai sur le fantastique social*, p. 19, tradução nossa). Texto original, em Francês: “*Dans le vocabulaire commun, ce qui est paradoxal est défini comme ce qui est contraire à l’opinion commune, ce qui est bizarre, inconcevable, incompréhensible, ce qui heurte le bon sens, la logique. C’est l’absurde et l’impossible en action c’est-à-dire objets de scandale. C’est à ce sens commun qu’on reviendra après un détour. C’est lui qui marque le mieux ce que je tente: décrire un système comme un paradoxe, c’est-à-dire en définitive, une logique de l’absurde possible-impossible*”.

verbal? Vejamos a validade científica das posições, analisando dois entendimentos contrários à criminalização do aborto, um favorável e outro moderado.

De acordo com Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

Cumpra observar, por último, que a análise da relação entre instrumento e fim, no que tange ao princípio da idoneidade, não diz respeito à maior ou menor eficácia do direito penal, a partir da comparação entre diversas medidas restritivas ou da geração de efeitos distintos daqueles desejados, mas refere-se à sua capacidade qualitativa para alcançar o fim normativo. Isso significa que o papel da idoneidade no juízo de proporcionalidade das incriminações é de exigência positiva, e não de mero conteúdo negativo. Não basta, simplesmente, a prova da idoneidade de outros instrumentos de controle social para que se recorra ao direito penal, mas deve ficar demonstrada a capacidade do meio (pena) para atingir o escopo desejado, o que não impede, entretanto, que o exame de constitucionalidade da lei, a partir da sua capacidade de tutelar o bem jurídico-penal, dê-se sob o enfoque negativo. Assim, apenas quando inequivocamente se apresentar como inidônea para alcançar seu objetivo, é que a lei estará em desacordo com o princípio da proporcionalidade.⁴⁸⁵

De início, analisando-se as premissas adotadas pela autora, pode-se perguntar como se aferir exatamente a *capacidade qualitativa para alcançar o fim normativo*. E o que seria norma *inequivocamente inidônea*? Por vezes, e mais uma vez paradoxalmente, o significado do que é *inequívoco* pode ser *equivoco*.

A autora, mais à frente, afirma que “[...] é necessário que seja avaliada, pelo menos, a potencialidade de ser a norma obedecida pela maioria da população [...]”,⁴⁸⁶ concluindo que a idoneidade “[...] não significa que em cada caso o resultado deva ser efetivamente alcançado, mas que haja probabilidade (e não apenas possibilidade) abstrata de se atingir o escopo”.⁴⁸⁷ Guardemos essas palavras; adiante voltaremos a elas.

No mesmo sentido, partindo da premissa da inadequação aos fins do crime de aborto, assevera Helena Regina Lobo Costa:

⁴⁸⁵ O aborto sob a ótica do princípio da proporcionalidade no direito penal. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães (Org.). *Estudos em homenagem a Ivete Senise Ferreira*. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 345-356, p. 350.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, loc. cit.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 350-351.

A mulher que se decide pela submissão ao procedimento de aborto e, mais ainda, aquela que pratica o aborto em si mesma está de tal forma convencida – por razões geralmente sociais ou financeiras – que é difícil crer que a ameaça penal surta algum efeito. Ao decidir-se pelo aborto, a mulher aceita um procedimento invasivo, não apenas física, mas também psicologicamente como um mal menor. Nesta situação, a possibilidade de receber uma pena não tem qualquer poder de dissuasão.⁴⁸⁸

Adiantando-se a críticas sobre a possível alegação de outros tipos penais terem características semelhantes, a mencionada autora sustenta que, apesar de não crer na correção do argumento, “[...] ele cai por terra quando passamos a estudar os ‘efeitos colaterais’ causados a outros bens jurídico-penais em virtude da criminalização do aborto”. Com evidente ironia, ressalta que o lado “eficiente” da criminalização do aborto seria a violação da vida, da integridade física e psíquica, da igualdade, dentre outros direitos.⁴⁸⁹

A autora se baseia em um dossiê sobre o aborto elaborado pela Rede Feminista de Saúde:

A condição de ilegalidade do aborto no Brasil contribui para ocultar ainda mais essa causa específica de morte relacionada à gravidez, às vezes mascarada entre as infecções ou hemorragias, ou entre os óbitos por “causa mal definida” [...]. Para estimar, de maneira provavelmente aquém da realidade, o total de mulheres que morreram por aborto entre 1980 e 2002, pode-se multiplicar a média anual de 1999 a 2002 (135 óbitos por aborto/ano) por 22 anos, chegando-se a 2.970 mulheres; ou multiplicar 200 óbitos por aborto/ano (pois eram 344 casos em 1980) por 22, chegando-se a 4.400 óbitos por aborto, registrados no SIM [Sistema de Informações sobre Mortalidade]. *Esse cálculo ainda deixa de fora*

⁴⁸⁸ Criminalização do aborto e dignidade penal: uma abordagem à luz do critério de adequação dos fins. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaina Conceição (Coord.). *Mulher e direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 217-227, p. 221.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 222. Interessante, novamente, a referência à *igualdade*. Qual seria essa igualdade violada, que não está explicada no texto da autora? Alguns dos argumentos contrários ao aborto dizem respeito à desigualdade entre mulheres ricas, que fariam um aborto seguro, e mulheres pobres, maiores vítimas de clínicas clandestinas. Curioso, pois podemos fazer, sem muita dificuldade, um *juízo prognóstico* no sentido de que eventual legalização do aborto não eliminará o abismo de diferença entre os tratamentos de saúde em geral, nos quais se incluiria o procedimento de abortamento, atualmente existente entre pessoas ricas e pobres. De qualquer forma, para exemplificar os inúmeros sentidos que pode ter a igualdade, vale lembrar o julgado acima comentado, do Tribunal Constitucional português, em que o pai buscava o direito à rejeição da paternidade, justamente com base no direito à interrupção voluntária da gravidez, alegando desigualdade para com as mulheres, que poderiam ter os filhos que os homens não querem, bem como deixar de ter os filhos que os homens querem. Já criticamos esse posicionamento acima, mas ele serve para ilustrar os inúmeros sentidos que o princípio da igualdade pode ter. A desigualdade, por vezes, é inevitável ou, mais exatamente, não pode ser elidida por lei ou decisão judicial.

*todas as mortes subnotificadas ou incluídas erroneamente em outros grupos de causas.*⁴⁹⁰

Antes de analisarmos tais referências estatísticas e o seu valor para a Ciência Criminal, vejamos alguns dos argumentos favoráveis à criminalização do aborto.

Maria da Conceição Ferreira da Cunha, inicialmente, argumenta que não se pode excluir a vida intrauterina da proteção estatal:

Estando a vida em permanente desenvolvimento, desde que surge até que se extingue, porque excluir a vida intra-uterina da proteção constitucional? Não nos parece compreensível, assim, que na era da genética, ainda nos mantenhamos apegados a dúvidas do passado, ou que façamos ressuscitar velhos dogmas, agora com o rótulo de “progresso”.⁴⁹¹

Em notas de rodapé, a autora portuguesa esclarece que a dúvida do passado diria respeito ao surgimento da alma. Quanto ao *ironicamente* aludido “progresso”, ela menciona que a alegação do direito ao corpo da mulher lembra a ideia do feto como *portio mulieris vel viscerum*, negando qualquer valor autônomo ao nascituro.⁴⁹² Esse argumento, se é que pode ser chamado de *progressista*, como visto anteriormente, é facilmente rechaçado, não pela Medicina, mas pela Ciência.⁴⁹³

De outro lado, a autora também refuta o argumento do sopesamento entre o direito à autodeterminação da mulher e o direito à vida do feto. O seu entendimento é o de que não há equilíbrio possível, pois, com o aborto, a vida intrauterina é eliminada. E, assim, conclui que, nesse conflito, deve prevalecer a vida.⁴⁹⁴

Contudo, Maria da Conceição Ferreira da Cunha enfrenta expressamente o principal argumento utilizado, como visto acima, por Helena Regina Lobo da Costa e Mariângela Gama de Magalhães Gomes, qual seja a suposta

⁴⁹⁰ Criminalização do aborto e dignidade penal: uma abordagem à luz do critério de adequação dos fins, p. 223, grifo da autora.

⁴⁹¹ *Constituição e crime*: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 366.

⁴⁹² *Ibidem*, loc. cit.

⁴⁹³ Embora haja discussão científica acerca do início da vida, é certo que nenhum cientista minimamente sério pensa que o nascituro é uma víscera da mãe.

⁴⁹⁴ *Op. cit.*, p. 371-372.

inidoneidade do Direito Penal. Ambas dizem que a ameaça criminal do aborto não impede nenhuma mulher de decidir por realizar tal conduta. No entanto, nenhuma delas enfrentou a seguinte ponderação feita pela autora portuguesa:

Convirá no entanto recordar que o número de cifras negras se bem que indicativo de uma situação problemática, não poderá ter a última palavra nestas questões, determinando de imediato a descriminalização, por ineficácia do Direito Penal. Segundo Angioni, o elevado número de cifras negras conduzirá ou à eliminação do tipo penal, ou ao incremento da sua persecução penal.⁴⁹⁵

De fato, esse é um aspecto muito pouco discutido por quem defende a descriminalização do aborto, pelo fato da ineficácia do Direito Penal. E, numa discussão que se pretende *científica*, todos os lados da questão devem ser devidamente discutidos. Ora, a pena prevista para o aborto praticado pela gestante, ou com o seu consentimento, é de *detenção, de um a três anos*, nos termos do artigo 124 do Código Penal. Tal pena é branda: em rigor, pela lei, admite apenas o regime aberto; como se trata de detenção, numa pior e improvável hipótese, seria aplicado o regime semiaberto. Diante do total da pena, torna-se muito provável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Num quadro como esse, é perfeitamente legítima a dúvida: e se a pena fosse maior e a persecução penal mais eficaz? De fato, a mera alegação de que *nenhuma ameaça criminal poderia impedir o aborto* pode até ser verdadeira, porém deve ser justificada, e não simplesmente pressuposta.

Então, aqui, temos já um problema não devidamente avaliado na discussão científica entre as correntes opostas. Uma pena mais grave ensejaria maior *eficácia intimidatória* do Direito Penal?

É fato que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 124306, determinou a revogação da prisão preventiva de pessoas denunciadas pela prática de aborto com o consentimento da gestante.⁴⁹⁶ Considerando-se apenas o crime do artigo 126 do Código Penal, o entendimento é correto, até porque não se encontraria satisfeito o requisito do artigo 313, inciso I, do Código

⁴⁹⁵ *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 373.

⁴⁹⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>>. Acesso em: 9 out. 2017.

de Processo Penal, o qual estabelece como exigência dessa modalidade de prisão que a pena privativa de liberdade máxima seja superior a quatro anos.⁴⁹⁷

Todavia, o STF parece ter exercido função exclusiva do Poder Legislativo, não interpretando, porém criando uma nova lei. De fato, o Supremo apontou uma interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. Segundo a ementa do julgado, a criminalização, nessa hipótese, violaria diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade (destacamos em *itálico*):

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. *Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.* 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões

⁴⁹⁷ O que não é o caso do aborto feito com o consentimento da gestante nem muito menos do aborto realizado pela própria gestante.

graves e óbitos. 6. *A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.* 7. *Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.* 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corrêus.⁴⁹⁸

Bem, o primeiro fato digno de nota é que, aparentemente, o Supremo Tribunal Federal considerou o aspecto *coerente* acima destacado, de que, em havendo a descriminalização do aborto, sem a tutela do bem jurídico “*vida*”, isso valeria tanto para o aborto praticado pela gestante quanto para o realizado com ou sem o seu consentimento.

Observe-se que a ementa do referido julgado, no item 3, exclui do âmbito de incidência dos artigos 124 a 126 a interrupção voluntária da gravidez até o primeiro trimestre. O problema é que, enquanto a expressão “124 a 126” indica a inclusão do crime do artigo 125 (aborto sem o consentimento da gestante), a referência à “interrupção *voluntária* da gravidez” parece excluí-lo.

É curioso, porque a conclusão do primeiro trimestre da gestação baseou-se no conceito de vida. E, pelo visto, a conclusão, com toda a devida vênia ao Supremo, *insuficientemente fundamentada*, no sentido de só haver bem jurídico vida a ser tutelado após o primeiro trimestre de gestação, atinge, necessariamente, todos os tipos do aborto, mesmo aquele feito sem o consentimento da gestante.

Convém fazer um parêntese para apontar essa decisão do STF como a *moderada* a que nos referimos acima.

⁴⁹⁸ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>>. Acesso em: 9 out. 2017.

E a total irracionalidade (aqui decorrente da arbitrariedade e conseqüente falta de fundamentação jurídica) do prazo definido pelo Supremo encontra-se no próprio texto do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso:

21. Torna-se importante aqui uma breve anotação sobre o status jurídico do embrião durante fase inicial da gestação. Há duas posições antagônicas em relação ao ponto. De um lado, os que sustentam que existe vida desde a concepção, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células. De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno.

22. Não há solução jurídica para esta controvérsia. Ela dependerá sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida. Porém, exista ou não vida a ser protegida, o que é fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mãe. Esta premissa, factualmente incontestável, está subjacente às ideias que se seguem.⁴⁹⁹

Destaquemos a frase: “*Não há solução jurídica para esta controvérsia*”. Essa frase vai totalmente ao encontro do que dissemos acima: não há um certo ou um errado. Ora, isso significa que podem coexistir duas soluções racionais e antagônicas. Uma solução puramente *jurídica* inexistente. Quando é feita menção ao fato de que isso depende de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um, isso é verdade quando estamos falando do âmbito meramente *opinativo*. Agora, quando se fala do ordenamento jurídico positivo, só existe uma *solução* possível, situação em que, como o próprio STF reconheceu, não há *solução jurídica*: respeitar a decisão legislativa, que, ao menos formalmente, representa a maioria da sociedade.⁵⁰⁰ O único controle é o de constitucionalidade. Só que, quando *não*

⁴⁹⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2017.

⁵⁰⁰ Na verdade, isso é uma ilusão, aliás, conforme observado por Tolstói na referência que fizemos a ele na nota de rodapé nº 470. Contudo, ainda que a nossa democracia esteja longe de ser a ideal e necessite ser urgentemente aperfeiçoada, é certo que, por pior que seja, o órgão responsável por *criar* leis é o Legislativo, não podendo ter a sua função usurpada por outro Poder. Na melhor das hipóteses, existe o *controle de constitucionalidade*, que deve ser um *controle jurídico*. Porém, fora desse controle jurídico, não existe espaço para a alteração da lei por outro Poder, por mera discordância dela. Com a devida vênia, foi isso que o Supremo fez no caso em tela.

há solução jurídica, conforme expressamente admitido pelo Supremo, não há falar-se em controle de constitucionalidade.

Ou melhor, até haveria um controle possível de constitucionalidade com base nos argumentos expendidos na decisão. Sim, basicamente, a Corte Suprema utiliza os mesmos argumentos defendidos por Helena Regina Lobo da Costa e Mariângela Gama de Magalhães Gomes, comentados linhas atrás: a ineficiência do Direito Penal, as mortes das mulheres, especialmente das mais pobres, e a conseqüente desproporcionalidade da criminalização. *No entanto, esses argumentos, quando muito, autorizariam a declarar os artigos 124 a 126 do Código Penal inconstitucionais.*

Com efeito, conforme consta do trecho supratranscrito, o *embrião*, para não dizer o *feto* ou o *nascituro*, não pode sobreviver fora do corpo da mãe. E se o Supremo considera o tipo do aborto uma violação ao princípio da igualdade, porque homens não ficam “grávidos”,⁵⁰¹ efetivamente a solução de estabelecer um prazo, além de constituir uma tarefa que deveria ser exclusiva do Legislativo, *mantém exatamente os mesmos problemas e questionamentos.*

E essa decisão do Supremo Tribunal Federal é bem ilustrativa da irracionalidade do sistema criminal, ainda que se reconheça o esforço argumentativo para ser racional.

Por fim, voltemos agora aos fundamentos e argumentos, por assim dizer, *estatísticos*, de que a criminalização do aborto é ineficaz e gera mortes para as mulheres. Vimos que Helena Regina Lobo da Costa utilizou dados da *Rede Feminista de Saúde da Mulher*,⁵⁰² ao passo que a decisão do Supremo fez uso de

⁵⁰¹ De fato, esse fundamento foi utilizado na decisão: “Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não. A propósito, como bem observou o Ministro Carlos Ayres Britto, valendo-se de frase histórica do movimento feminista, ‘se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta’”. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2017). Mais uma vez, com a devida vênia, dizer que a criminalização do aborto somente respeitaria a igualdade se “os homens fossem grávidos” é um argumento tão pueril quanto aquele do direito à rejeição da paternidade. Ora, existe uma diferença biológica entre homens e mulheres. Dizer que a criminalização do aborto viola a igualdade de gênero seria o mesmo que dizer que a Biologia viola a igualdade de gênero. A criminalização do aborto eventualmente violaria a igualdade se tão somente a mulher fosse punida. E tanto isso não é verdade que, se um homem ajuda a gestante a realizar o aborto, não só responde criminalmente pelo fato, como o faz com pena maior do que a dela (já que ele responderá pelo crime do artigo 126 do Código Penal, e a mulher pelo crime do artigo 124 do mesmo Código, com pena mais branda).

⁵⁰² Criminalização do aborto e dignidade penal: uma abordagem à luz do critério de adequação dos fins, p. 222-224.

dados de pesquisas estrangeiras, com rápida menção a um relatório do governo brasileiro.⁵⁰³

Entretanto, pensando em nível científico e considerando a advertência retroaludida de Maria da Conceição Ferreira da Cunha, acerca da insuficiência das cifras negras, cumpre, em primeiro lugar, perguntar: como foram produzidas tais estatísticas? Qual a metodologia empregada para encontrar os abortos induzidos dentre os abortos espontâneos? Poderíamos confiar plenamente na isenção das estatísticas elaboradas por uma rede que se autodenomina *feminista* e que, por conseguinte, já parte, em regra, de uma premissa contrária ao aborto?

Vale apreciar as palavras de Darrell Huff:

Analise mais a fundo as coisas que lê e poderá evitar aprender um monte de coisas que não são verdadeiras. Vale a pena ter em mente também que a confiabilidade de uma amostra pode ser destruída facilmente por fontes de tendenciosidade invisíveis e visíveis. Ou seja, mesmo que você não consiga achar uma fonte de tendenciosidade demonstrável, permita-se algum grau de ceticismo em relação aos resultados sempre que houver uma chance real de tendenciosidade. Sempre há.⁵⁰⁴

Enfim, por mais que o dossiê em questão tenha sido isento, pelo simples fato de o órgão se autodenominar *feminista*, podem pairar dúvidas objetivas sobre uma eventual *tendenciosidade*.⁵⁰⁵

⁵⁰³ Menção feita na nota de rodapé 21 da decisão: “De acordo com relatório do governo brasileiro, ‘4% das mortes de gestantes estão relacionadas a abortos realizados em condições inseguras, situação que configura um problema de saúde pública de significativo impacto no país’. V. Informe do Brasil no contexto do 20o aniversário da aprovação da Declaração e Plataforma de Ação de Pequim, apresentado por ocasião da 59a Sessão da Comissão sobre a Situação das Mulheres, realizada na sede da ONU [Organização das Nações Unidas] em Nova York, de 9 a 20/03/2015 (<http://www.onumulheres.org.br/pequim20/csw59/>), acesso em 29 nov. 2016”. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2017).

⁵⁰⁴ *Como mentir com estatística*. Tradução de Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016, p. 28.

⁵⁰⁵ Será que, por exemplo, defensores do aborto teriam plena confiança em estudos publicados por uma eventual rede *católica* de saúde? Em caso negativo, por que os partidários da criminalização deveriam ter confiança plena no dossiê publicado pela Rede Feminista da Saúde? É preciso esclarecer que não estamos questionando o acerto ou desacerto do referido dossiê. Contudo, o ideal é que fosse feito por um órgão oficial e com uma metodologia adequada para diferenciar os abortos efetivamente ilícitos daqueles espontâneos ou mesmo acidentais. Possivelmente, seria o caso, aqui, de se aplicar o novo conceito de jurimetria. De acordo com Marcelo Guedes Nunes, “A jurimetria tem três pilares operacionais: jurídico, estatístico e computacional. O jurimetrista ideal seria, portanto, um bacharel em Direito capaz de especular sobre o funcionamento da ordem jurídica e familiarizado com conceitos de Direito processual e material; um estatístico capaz de discutir o planejamento de uma pesquisa e conceber testes para suas hipóteses de trabalho; e um cientista de computação capaz de operar programas para

Quanto ao relatório mencionado na decisão do Supremo Tribunal Federal, não obtivemos maior acesso.⁵⁰⁶ Buscando dados oficiais, verificamos que um estudo apresentado na Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal: 1) questiona o número de mortes por aborto no Brasil, aduzindo que não se conhece como foi realizado o cálculo do Instituto Alan Guttmacher;⁵⁰⁷ 2) rejeita, com *estatísticas*, a tese de que o número de abortos diminuiria com a legalização da prática; e 3) afasta a hipótese de que a mortalidade materna diminui com a legalização do aborto.⁵⁰⁸ Lenise Garcia menciona que não há dados confiáveis sobre o crime de aborto no Brasil e aduz serem exagerados os números apresentados no país, mostrando ter dúvidas sobre as suas fontes.⁵⁰⁹

Desses poucos exemplos, de estudos favoráveis e contrários à legalização, constata-se que não há certeza alguma de que está havendo um debate racional público. Não há confiabilidade nos dados referentes à específica situação brasileira, não só devido à clandestinidade do aborto, como também diante da

minerar dados. É claro que a reunião dessas especialidades em uma só pessoa é atualmente rara. Não existem, no Brasil e na maior parte do mundo, cursos capazes de fornecer aos interessados essas três formações e por isso a prática da Jurimetria vem sendo desenvolvida em um ambiente laboratorial em que bacharéis, estatísticos e cientistas da computação unem esforços na resolução de problemas”. (*Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 111).

⁵⁰⁶ O link mencionado na decisão (<<http://www.onumulheres.org.br/pequim20/csw59/>>), acessado em novembro de 2016, não pôde mais ser acessado por ocasião da elaboração desta tese. Diversas tentativas frustradas foram realizadas em 9 de outubro de 2017.

⁵⁰⁷ O Dossiê sobre Aborto Inseguro da Rede Feminista de Saúde utiliza como fonte alguns dados do Instituto Alan Guttmacher, disponíveis em: <<http://dspace.fsp.usp.br/xmlui/bitstream/handle/bdfsp/680/sor001%281%29.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 9 out. 2017.

⁵⁰⁸ Não há referência sobre a autoria desse estudo. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9YM82QsqX4J:legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/76b56165-507e-405c-9b4a-1f202476302d+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 9 out. 2017.

⁵⁰⁹ Referindo-se ao Ministro da Saúde, ela aduz o seguinte: “Em entrevista concedida ao assumir a pasta, Ricardo Barros afirmou: ‘recebi a informação de que é feito 1,5 milhão de abortos por ano. Desse total, 250 mil mulheres ficam com alguma sequela e 11 mil vão a óbito’. Ignoro a fonte da ‘informação’ dada ao ministro, mas sugiro que deixe de utilizá-la. Vamos à fonte oficial do próprio ministério, disponível em <http://datasus.saude.gov.br>. Analisemos o número de óbitos maternos, que é o mais confiável, dado que oriundo de atestados de óbito obrigatórios. Os últimos dados disponíveis são os de 2013 (consolidados) e 2014 (preliminares), encontrados no site indicado, fazendo-se o percurso Acesso à Informação => TABNET => Estatísticas Vitais. Em 2013 morreram no Brasil 523.195 mulheres, sendo 66.790 em idade fértil. Os óbitos maternos (mulheres que morrem em decorrência da gravidez, parto e puerpério) correspondem a 1.686. Observe, senhor ministro, que o número que lhe apresentaram como mortes decorrentes de aborto é 6,5 vezes maior que o de todas as mortes maternas!! Além disso, o aborto está longe de ser a principal causa de morte materna. Tem-se mantido, nos últimos anos, entre a quarta e a quinta causa. A principal é pressão alta, geralmente não controlada pela falta de um bom pré-natal. Em 2013, as mortes maternas em função de aborto provocado foram no máximo 66, incluindo-se aí os não especificados. O número é mais de 150 vezes menor do que aquele que lhe foi apresentado”. (O ministro da saúde e os números do aborto. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 24 maio 2016. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/o-ministro-da-saude-e-os-numeros-do-aborto-e84gej15kc312sso6059o9s09>>. Acesso em: 9 out. 2017).

ausência de um método seguro que permita diferenciar abortos espontâneos ou acidentais daqueles tidos como ilícitos, sem que se gere a suspeita de subnotificação ou, ainda, a classificação errônea de abortos espontâneos como ilícitos. E também há dúvida se a mudança da legislação resolveria o problema.⁵¹⁰

Finalmente, a nosso ver, há uma outra estatística a ser considerada, conforme bem observado por Maria da Conceição Ferreira da Cunha: “[...] quantas pessoas se contêm de praticar o aborto por causa deste facto ser considerado crime?”⁵¹¹ Esse questionamento, implicitamente, rejeita a premissa dantes mencionada de que nenhuma mulher deixa de praticar o aborto pelo fato de que tal procedimento seria crime. Aliás, pode-se muito bem questionar qual a base empírica dessa premissa. Se forem consideradas apenas as mulheres que praticaram efetivamente o aborto, o mesmo tirocínio poderia ser usado, por exemplo, para aqueles que furtaram ou roubaram. Afinal, a lei não os impediu de praticar o ilícito.

Em suma, com tudo isso, verificamos que os argumentos favoráveis e contrários à criminalização do aborto, aqui incluídos os fundamentos utilizados na referida decisão do Supremo Tribunal Federal, são, ao mesmo tempo, racionais e irracionais. Isso porque ambos os opostos parecem ser racionais e fazem uso de estatísticas que, como se viu, *podem* ser tendenciosas e, por isso, tidas, em regra, como questionáveis.

A decisão do Supremo que cria um prazo para o aborto (primeiro trimestre da gestação), com o devido respeito, é irracional e antidemocrática. Irracional, porque, mesmo reconhecendo a impossibilidade de solução jurídica sobre o conceito de vida, resolve, sem o devido processo legislativo, *solucionar* a questão. Por outro lado, o fundamento constante do item 7 da ementa do julgado, ao

⁵¹⁰ De acordo com Maria da Conceição Ferreira da Cunha: “Ora, apesar deste tipo de comparações ser difícil de levar a cabo, a verdade é que, com base na experiência de outros países de cultura semelhante à nossa, se poderá intentar retirar alguma conclusão aproximativa. De facto, parece que na maior parte dos casos, senão na totalidade, o que acontece é que, após a entrada em vigor de leis mais liberais, o número global de abortos aumenta sem que os abortos clandestinos deixem de existir ou diminuam até consideravelmente”. (*Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 377). A propósito, Mariângela Gama de Magalhães Gomes destaca o argumento contrário de Cunha numa nota de rodapé, contudo não busca refutá-lo em seu texto. Cf. O aborto sob a ótica do princípio da proporcionalidade no direito pena, p. 354. O grande problema dos artigos da autora e de Helena Regina Lobo da Costa, dantes mencionados, são a ausência de discussão de argumentos doutrinários contrários à sua tese, o que prejudica o debate genuinamente científico pela ausência do critério de resistência da coisa, de Enrique Gimbernat Ordeig. Vide *Conceito e método da ciência do direito penal*, p. 103-105.

⁵¹¹ *Op. cit.*, p. 381.

invocar outros países *democráticos*,⁵¹² ignora a nossa própria democracia,⁵¹³ cujas leis devem ser elaboradas pelos representantes eleitos pelo povo.

Consideramos, enfim, o debate sobre a criminalização do aborto insuperável. E, apesar disso, nossa posição é pela sua descriminalização. Explicaremos a nossa proposta no próximo capítulo.

Por enquanto, seguiremos com o exame de outras irracionalidades de nosso sistema criminal.

4.2.2 Irracionalidade dos crimes contra o sentimento religioso

Já vimos, no capítulo anterior, que o Direito Penal não é compatível com os ensinamentos de Jesus Cristo, sendo que o nosso enfoque é realmente a Religião Cristã. Sem embargo disso, parece-nos um contrassenso que possa haver um crime contra o *sentimento religioso*. Ora, o principal sentimento religioso é a *fé*.

É muito curioso ver, hoje em dia, pessoas que veem a sua fé atacada por manifestações artísticas, textos de caráter agnóstico ou laico, ou mesmo outras manifestações religiosas. Afinal, a fé não precisa de explicações ou comprovações científicas. Em tese, nada pode afetar a fé. A não ser, é claro, a falta dela.⁵¹⁴

⁵¹² “Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2017.

⁵¹³ Como afirma Aharon Barak: “O papel do juiz é ser a ponte entre o Direito e a vida. Ele não pode ignorar esse papel. No entanto, o público não pode esperar que o juiz supra toda lacuna entre o Direito e a vida. Muitas limitações, materiais e procedimentais, são colocadas ao juiz. Sua discricionariedade é limitada”. (*The judge in a democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2008, p. 18, tradução nossa). Texto original, em Inglês: “*The judge’s role is to be the bridge between the law and life. He must not ignore this role. Nevertheless, the public must not expect the judge to bridge every gap between law and life. Many limitations, both substantive and procedural, are placed on the judge. His discretion is limited*”. No caso em apreço, entendemos que a discricionariedade do Supremo Tribunal Federal não lhe permite criar normas jurídicas, máxime quando a explícita referência é a de ordenamentos jurídicos estrangeiros, os quais não podem ser simplesmente “importados” pela Corte Suprema.

⁵¹⁴ Impossível deixar de lembrar o ataque terrorista à redação da revista francesa *Charlie Hebdo*, em 7 de janeiro de 2015. Alguns sugeriram a culpa das vítimas. Num momento não muito inspirado, falando informalmente sobre o assunto em uma entrevista, o Papa Francisco disse que, se a sua mãe fosse xingada, poderiam esperar um soco, aduzindo que não se pode insultar a Religião dos outros. Cf. “SE XINGAR minha mãe, espere um soco”, diz papa sobre ataque à

Em vez de *sentimento* religioso, caberia à lei penal tutelar, no máximo, a *liberdade* religiosa. O sentimento religioso, pertencente ao interior subjetivo de cada um, está mais relacionado à fé, que não deve ser objeto de tutela penal. Já a liberdade religiosa ou, mais exatamente, a liberdade de exercer a sua crença é exercida exteriormente, como, por exemplo, ir à missa, ao culto, ao templo, ao terreiro, ao centro, seja qual for a Religião, sem que sofra ataques ou seja impedido por causa de sua crença.

Mesmo a ridicularização da fé não pode ser tutelada penalmente. Afinal, a fé religiosa, amiúde, já pressupõe a crença no impossível, no sobrenatural, ou no milagre. Nunca faltará quem tente ridicularizar aquilo que não consegue ver ou acreditar. E a zombaria, por vezes, pode vir de pessoa que segue outra Religião.

Em nosso país, há alguns anos, ganhou certa repercussão o episódio em que um pastor de determinada Igreja Evangélica tinha chutado, num programa de televisão, uma estátua de Nossa Senhora Aparecida, santificada especialmente pelos católicos. Ainda, impossível deixar de lembrar, novamente, de charges e outras manifestações artísticas que causam certa comoção ao ridicularizar ou criticar figuras religiosas, como Jesus, Maomé e outros.

Para a Religião Cristã, como analisado no capítulo anterior, existe o próprio ensinamento de Jesus Cristo no sentido de não resistência ao mal. De outro lado, para as Religiões em geral, pode-se questionar qual exatamente seria o bem jurídico protegido. Seria, de fato, a fé religiosa? Contudo, já não seria por demais frágil uma fé que pode ser abalada por um chute numa estátua, um desenho ou um chiste qualquer?

A fé não pode ser imposta e a existência de críticas, manifestações *artísticas*⁵¹⁵ ou meras piadas contra a fé não pode ser criminalizada. Em suma, num Estado laico, a fé, por si só, não pode ser entendida como um bem jurídico. Aliás, em rigor, a fé é intangível, não carecendo de qualquer proteção. A

Charlie Hebdo. *BBC Brasil*, [S.l.], 16 jan. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/videos_e_fotos/2015/01/150113_papa_reage_hb>. Acesso em: 10 out. 2017. Ainda que a publicação possa ser considerada de gosto, no mínimo, duvidoso, a única razão para os ataques é a fraqueza da fé dos terroristas. Qual a força da fé que pode ser abalada por um desenho?

⁵¹⁵ Aqui, não vamos entrar no mérito do que seja *arte* nem de qual seria ou deveria ser a sua qualidade. Não questionaremos o gosto, ou a falta dele, em algumas manifestações artísticas. Porém, ainda que o intuito seja escarnecer uma Religião, não haveria que se falar em crime, diante da inexistência de bem jurídico a ser protegido. A propósito, Tolstói escreveu um livro sobre o tema: *O que é arte?* Tradução de Bete Torii. São Paulo: Ediouro, 2002.

“agressão” que atinge, ou melhor, busca atingir unicamente a fé, só pode ser de ordem moral e abstrata. Se o foco for atingir a pessoa, ter-se-á, eventualmente, crime contra a honra. Por exemplo, fazer um comentário racista contra o seguidor de uma Religião africana, com o fim de atingi-lo, pode caracterizar injúria racial. De outro lado, ridicularizar o sacrifício de animais de uma Religião africana, bem como ridicularizar qualquer outra Religião, não pode caracterizar delito algum, sob pena de revivermos o crime de *blasfêmia*.

Esse crime já existiu entre nós, como se observa no Livro V das Ordenações Filipinas, no qual o Título II cuidava dos que blasfemavam contra Deus ou contra os santos: tanto a blasfêmia quanto a descrença eram punidas, havendo penas diferentes para os fidalgos, cavaleiros ou escudeiros, e para os peões. O peão blasfemador era o único a sofrer pena física de “trinta açoutes ao pé do Pelourinho com barço e pregão”,⁵¹⁶ além da multa. O mencionado título foi criticado por Basileu Garcia, que anotou a confusão entre Direito, Moral e Religião.⁵¹⁷

Todavia, parece que a blasfêmia ainda continua subsistindo entre nós, ao menos na última figura do artigo 208 do Código Penal,⁵¹⁸ no vilipêndio público de objeto religioso. Nesse caso, não existe qualquer risco à liberdade religiosa de uma pessoa, havendo apenas o desacato, o desrespeito a um bem material considerado agrado para alguma Religião. Isso não deve ser considerado crime.

Foquemos o caso do pastor de uma determinada Igreja Evangélica que chutou uma imagem de Nossa Senhora Aparecida, num programa de televisão religioso, como uma forma de crítica à idolatria no Catolicismo.⁵¹⁹ Qual exatamente o “mal” que foi causado aos católicos? Por sinal, será que o mal maior foi causado pelo programa religioso em si ou pela sua reprodução numa reportagem de tom dramático, no telejornal mais assistido da emissora de maior audiência no Brasil? Em verdade, disputas entre emissoras de televisão à parte,

⁵¹⁶ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 98.

⁵¹⁷ *Instituições de direito penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. t. 1, p. 175.

⁵¹⁸ “Art. 208. Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa. Parágrafo único. Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.”

⁵¹⁹ A reportagem televisiva sobre o caso, ocorrido em 12 de outubro de 1995, encontra-se disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=VpPwWEsk0OY>>. Acesso, por acaso, em: 12 out. 2017.

não houve qualquer ofensa à fé católica. Qual religioso católico sentiu a sua fé ser abalada pelos chutes na santa? Talvez aquele de pouca fé, porém isso já não seria um problema do Estado, muito menos do Direito Penal.

Não se tem notícia, ainda, de que se tenha iniciado uma guerra religiosa ou perseguições contra membros desta ou daquela Religião. Enfim, podemos afirmar que, nem indiretamente, a sociedade foi prejudicada pelo ato agressivo. O máximo que se viu foi um embate não violento entre as Religiões, cada uma tentando convencer os fiéis de seus respectivos ensinamentos.

Tutelar penalmente o fato nada mais seria do que colocar o Estado laico a serviço de uma determinada crença religiosa, o que seria inconstitucional, para também não dizer irracional, porquanto isso implicaria a proteção de dogmas católicos, sendo, inclusive, contrário à liberdade religiosa do pastor.

Na hipótese em tela, há dois valores em jogo, quais sejam a liberdade de expressão e a crença religiosa. O primeiro abrange o direito de criticar, e até mesmo de ofender, conquanto que a ofensa não atinja pessoas. É lícito criticar e ofender, de forma genérica, o governo, uma determinada ideologia política e, da mesma forma, um determinado artigo de fé.

Se determinado agente destruir ou vilipendiar objetos religiosos pertencentes a terceiros, a legislação penal já prediz outros tipos suficientes à tutela da propriedade, tais como o delito de dano, previsto no artigo 163 do Código Penal.

Agora, suponhamos que alguém, em pleno culto católico, resolva cuspir no crucifixo ou na imagem de algum outro santo. Essa conduta seria ilícita, porém subsumir-se-ia à conduta de impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso, ou seja, em tese, está tutelada a liberdade religiosa. Seria necessário verificar, ainda, que espécie de prejuízo houve à cerimônia. Tal fato poderia muito bem enquadrar-se como insignificante.

De outro lado, se alguém, no meio da rua, resolve cuspir num crucifixo que carrega consigo, é necessário que questionemos, preliminarmente, se o objeto lhe pertence. Em caso positivo, tutelar penalmente esse fato equivaleria a revitalizar o crime de blasfêmia. Mas, se o agente tiver subtraído uma cruz ou imagem religiosa de algum culto para vilipendia-la em público, o comportamento já será adequadamente punido como crime contra o patrimônio, conforme anteriormente aludido.

Assim sendo, concluímos que o delito previsto na última parte do artigo 208 do Código Penal é a mais moderna tipificação da blasfêmia, tendo como único bem jurídico a tutela da Religião em si mesma, o que se contrapõe ao Estado laico.

Ademais, é patente a irracionalidade de tal crime, quando pensamos em símbolos cristãos, geralmente os mais “atacados”, eis que, como observou Tolstói, a cruz, em verdade, representa tudo contra o que Jesus lutou. E a criminalização de símbolos cristãos vai totalmente de encontro à Lei do Amor de Jesus Cristo, no que tange ao preceito de não resistir ao mal. Em síntese, em nome da adoração de um objeto, desobedece-se ao próprio ensinamento de Jesus.

Por sinal, como visto páginas atrás, todos os crimes contra o sentimento ou liberdade religiosa, em tese, são contrários à Lei do Amor. Contudo, quando se está em jogo a liberdade religiosa, especialmente no caso de Religiões perseguidas, existe um princípio constitucional em risco, havendo, por conseguinte, bem jurídico passível de tutela penal. Por óbvio, somente os casos mais graves de perseguição devem justificar a intervenção do sistema de justiça criminal. Nunca é demais lembrar que Jesus Cristo, de acordo com alguns, foi condenado por blasfêmia⁵²⁰ e, mesmo assim, pediu o perdão a seus agressores e assassinos.

4.2.3 Apropriação indébita previdenciária: o que faz de um crime um crime?

O que faz de um crime um crime? Essa pergunta, é verdade, já poderia ter sido feita anteriormente: o que faz do aborto um crime? A resposta simplória é a da que a lei penal faz do aborto um crime. Mas, o questionamento é mais profundo. Por que o aborto deveria ser um crime? Aqui, entraríamos em intermináveis discussões sobre o que deveria prevalecer, se a vida intrauterina ou o direito de escolha da mulher.

⁵²⁰ Cf. PALMA, Rodrigo Freitas, *O julgamento de Jesus Cristo: aspectos histórico-jurídicos*, p. 86-94.

Enveredemos por caminhos aparentemente mais fáceis. O que faz do homicídio um crime? O que faz do estupro um crime? O que faz do roubo um crime? Ou, mais exatamente, qual seria o denominador comum nesses casos? O ponto em comum mais singelo é o de que as três condutas são erradas, evidentemente para a maioria absoluta das pessoas. Podemos aprofundar e dizer que há bens jurídicos relevantes em jogo (vida, dignidade sexual, patrimônio). Também podemos afirmar que tais condutas são especialmente graves e causam prejuízo relevante para as vítimas, daí porque seria necessária a pena. Só que ainda precisaríamos ir mais longe.

Imagine-se, por exemplo, um motorista que dirige o seu carro dentro do limite de velocidade, seguindo todas as demais normas de trânsito, e vê-se absolutamente surpreendido quando um pedestre, de forma proibida, literalmente atira-se na frente do seu veículo, tornando impossível a parada a tempo. O motorista inevitavelmente atropela a pessoa, que vem a falecer por conta disso. A conduta em si (atropelar alguém com o carro) é errada. O bem jurídico é relevante. O prejuízo causado é evidente. No entanto, ninguém diria que o motorista cometeu crime, atribuindo-se a morte a uma fatalidade. Há, então, mais uma camada que aqui poderia ser resolvida, por exemplo, pela imputação objetiva (considerando que o motorista não produziu nenhum risco proibido), pelo dolo (ausência de intenção de matar) ou pela culpabilidade/reprovabilidade (levando em conta que os acontecimentos não poderiam ter tido um rumo diverso).

Aplicando essas premissas a hipóteses diversas, poderíamos, em tese, averiguar o que deve ou não ser crime, ao menos na maior parte dos casos (empregando todos os conceitos acima, ainda permaneceria insolúvel a questão do aborto).

Pensem num tipo imaginário: “Deixar de pagar uma dívida. Pena - [...]”. Seria admissível uma tal conduta típica? Pergunte-se a mil penalistas, e, muito provavelmente, todos diriam que um tipo como esse seria inconstitucional e inadmissível. Por certo, falariam que a Constituição já proíbe a prisão civil por dívida e, com maior razão, já estaria proibida a prisão penal. Falariam que estariam sendo violados os princípios da lesividade, da ofensividade e da proporcionalidade. Ninguém poderia ser criminalizado por estar em débito. Isso, de fato, seria próprio de regimes totalitários. Em última análise, isso seria irracional.

Mas, e se essa irracionalidade já estiver ocorrendo, ainda que de forma inconsciente?

Analisemos o caso da apropriação indébita previdenciária, prevista no artigo 168-A do Código Penal.⁵²¹ A jurisprudência majoritária trata o crime como omissivo e formal, sendo desnecessária a apropriação, sendo dispensável o desconto das contribuições e sendo despicienda a comprovação de fraude. Também se afirma ser desnecessário o dolo específico de apropriação. Enfim, por outras palavras, está sendo criminalizada a mera dívida, goste-se ou não disso.

Vejamos o que diz acerca dessa crítica José Paulo Baltazar Júnior:

Nesta linha, seria inconstitucional a norma penal que criminalizasse a conduta *dever*. Este verbo foi subtraído das condutas passíveis de criminalização pelo legislador ordinário. Ocorre que no caso em questão o que está criminalizado não é a conduta *dever*, mas sim a conduta consistente em deixar de recolher a contribuição descontada ou cobrada, o que gera uma dívida. Vários tipos penais podem ser cometidos no bojo de uma relação lícita ou podem gerar uma dívida, como no dano e na apropriação indébita. O delito de emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos, por exemplo, constitui uma dívida, mas também aí o que se criminaliza não é a dívida, mas a emissão do cheque sem a suficiente provisão de fundos em poder do sacado. Do mesmo modo, no crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias, o que se criminaliza não é a omissão no pagamento da contribuição do empregador, mas sim a conduta de deixar de recolher a contribuição previamente descontada.⁵²²

⁵²¹ “Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. § 1º. Nas mesmas penas incorre quem deixar de: I - recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público; II - recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços; III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social. § 2º. É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. § 3º. É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.”

⁵²² *Crimes federais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 22, grifos do autor.

A princípio, o argumento do autor nos parece racional e derruba a crítica da criminalização da dívida. Não se criminaliza a dívida. O que se criminaliza é a *conduta de deixar de recolher a contribuição previamente descontada*.

Temos, portanto, um breve momento de tranquilidade, sabendo que o sistema criminal não é tão irracional quanto pensamos. Só se pune, vale frisar, a conduta de deixar de recolher a contribuição previamente descontada, e não a mera dívida.

A tranquilidade, no entanto, começa a se esvaír quando o autor, mais à frente, na mesma obra, aduz ser irrelevante a inexistência do desconto para a configuração do crime:

Não raro alega a defesa que o desconto não foi efetuado, pela praxe de pagar aos empregados o salário integral, sem desconto, de modo que o recolhimento seria feito com recursos próprios; ou que o numerário disponível era suficiente apenas para o pagamento dos salários líquidos dos empregados. Reconheço que a primeira hipótese, embora constitua alegação comum, é praticamente impossível de ser provada. [...] Resta a segunda hipótese, de gasto dos últimos recursos da empresa com o pagamento da folha líquida. Ainda, assim, tendo em vista que não há possibilidade legal de pagamento de salário sem que seja efetuado o desconto, a solução nesse caso seria o pagamento de salário a menor, como dito no parágrafo anterior.⁵²³

A primeira hipótese mencionada por Baltazar Júnior não tem muito sentido. Se é pago o salário integral, sem o desconto contabilizado (vale dizer, o salário líquido fica igual ao bruto), ocorre o desvio em favor dos próprios empregados. Estaria até, de certa forma, confirmada a fraude, pois a contabilidade diria uma coisa (pagamento com desconto) diversa da realidade (pagamento integral sem desconto). Neste ponto, concordamos com o autor que isso é difícil de comprovar, até porque desafia o próprio senso comum (pagar mais do que o devido a terceiros em detrimento do Estado, sujeitando-se a incorrer em crime).

Contudo, a segunda hipótese é mais do que comum, e não é inverossímil. Porém, com toda a devida vênia, a solução encontrada pelo autor revelou-se draconiana. Então, para não se cometer o crime, dever-se-ia reduzir o salário dos

⁵²³ *Crimes federais*, p. 32. O autor faz referência ao Recurso em Sentido Estrito nº 94.04.07725-9/SC, Relator: Ministro Ari Pardengler, Origem: TRF4, Órgão julgador: 1ª Turma, Data do julgamento: 25/05/1994, segundo o qual o procedimento, em caso como esse, seria o pagamento reduzido aos trabalhadores.

trabalhadores? A solução é curiosa, máxime porque, na hipótese de falência, os créditos trabalhistas preferem aos créditos tributários.⁵²⁴ Desse modo, primeiro seria necessário o empresário falir. Somente aí, pela lei, os créditos trabalhistas teriam preferência sobre os tributários. Antes disso, ele deveria privilegiar o pagamento dos créditos tributários. Após eventual falência, por conta de uma debandada de empregados devido aos salários reduzidos, os mesmos créditos tributários seriam preteridos pelos trabalhistas.

Esta solução, sem dúvida, é irracional, embora não seja respaldada, ao menos expressamente, pela jurisprudência majoritária.

Entretanto, a obra de Baltazar Junior revela todas as características do crime em questão de acordo com a jurisprudência majoritária: desnecessidade de desconto, de fraude e de apropriação,⁵²⁵ e também do ânimo de apropriação ou de fraude.⁵²⁶

Com todo o devido respeito, parece que a jurisprudência e o autor entraram num círculo vicioso. Não se trata de criminalização da dívida, porque o que existe é o não recolhimento de contribuições descontadas. Todavia, não se exige desconto, apropriação, fraude nem dolo de fraude ou de apropriação.

Nesse caso, considerando todas as *inexigências* da jurisprudência, o que faz da apropriação indébita previdenciária um crime? A resposta é encontrada na frase geralmente solitária repetida nas alegações finais de alguns membros do Ministério Público Federal: a materialidade delitiva está evidenciada no lançamento ou notificação fiscal de lançamento de débito. E esses lançamentos geralmente limitam-se a consubstanciar o crédito tributário. Enfim, goste-se ou não, de acordo com a jurisprudência majoritária, a mera dívida faz da *apropriação indébita previdenciária* um crime.

Alguém poderia objetar que exigir a comprovação de fraude ou apropriação tornaria a condenação muito difícil nesse caso. Porém, por que uma *condenação* haveria de ser fácil? Ora, deve haver condenação quando um crime é praticado.

Com toda a devida vênia, a nosso ver, a mera dívida não pode ser considerada um crime.⁵²⁷ No entanto, apesar dessa argumentação, continua a

⁵²⁴ Artigo 83 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

⁵²⁵ *Crimes federais*, p. 32-33.

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 37-38.

⁵²⁷ Assim temos decidido no exercício da magistratura federal. Apresentamos como exemplo as sentenças proferidas nos Processos nº 0007505-55.2010.403.6181 e nº 0000562-

persistir o entendimento no sentido de que o delito em questão prescinde de apropriação, fraude, prévio desconto⁵²⁸ e dolo específico de apropriação ou desvio. Trata-se, portanto, de mais uma irracionalidade do sistema criminal, desta vez, causada por uma jurisprudência que insiste em negar a realidade de que o mero inadimplemento está sendo criminalizado.

Um reflexo disso é que a defesa está sendo obrigada a demonstrar dificuldades financeiras graves para comprovar a inexigibilidade de conduta diversa. Enfim, na prática, o que se vê é uma inversão do ônus da prova, no afã de que o acusado demonstre que o inadimplemento da dívida não configurou crime.⁵²⁹ Trata-se de mais um retrato da irracionalidade do nosso sistema criminal: ainda não sabemos o que faz da apropriação indébita previdenciária um crime.

4.2.4 Projetos de lei de abuso de autoridade e a inusitada semelhança com o artigo 34 da Lei nº 9.605/98

Até o momento, vimos como duas soluções opostas podem ser defendidas com argumentos racionais e válidos. Nessa linha de raciocínio, em que o Direito tem sempre mais de um lado, não se podendo falar, em regra, em certo ou

47.2016.403.6137, disponíveis para consulta em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 20 out. 2017.

⁵²⁸ Conforme fundamentamos nos processos supramencionados, poder-se-ia argumentar que, na apropriação indébita previdenciária, havendo a falta de repasse, o desconto sempre se presume feito, nos termos do artigo 33, § 5º, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991: “O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei”. Entretanto, cumpre lembrar que a responsabilidade tributária é objetiva. A presunção dos descontos vale para a seara tributária, porém não pode valer para a esfera penal tributária, sob pena de se presumir o crime.

⁵²⁹ Muitos processos, por sinal, são baseados na contabilidade feita pelo próprio acusado, vale dizer, a dívida foi corretamente declarada na esfera contábil-fiscal. Só não houve o pagamento. Em caso de apropriação ou desvio, o não pagamento poderia configurar o crime. O problema é que, em regra, nos processos, toda a prova da materialidade delitiva é representada apenas pelo lançamento fiscal do crédito tributário, ainda que não haja qualquer referência a qualquer tipo de fraude ou ilícito.

errado, causa espécie a tentativa de inserção de crime de hermenêutica no ordenamento jurídico brasileiro.⁵³⁰

Vejamos o projeto de lei aprovado pelo Senado, sobre abuso de autoridade. Destacamos o seguinte crime:

Art. 9º. Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de:

I - relaxar a prisão manifestamente ilegal;

II - substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível;

III - deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível.

[...]

Art. 30. Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa, sem justa causa fundamentada ou contra quem o sabe inocente:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.⁵³¹

Pois bem, qualquer um diria que decretar a prisão em manifesta desconformidade com as hipóteses legais é errado. Muitos diriam que isso é um crime de abuso de autoridade evidente. E o bom juiz que não deve não teme. Claro! Porém, temos apenas uma dúvida: o que significa a “manifesta desconformidade com as hipóteses legais”? Como analisamos acima, para alguns, é manifestamente errado proibir o aborto. Para outros, é manifestamente errado permitir o aborto. Para nós, é manifestamente errada a interpretação segundo a qual a mera dúvida já constitui o crime do artigo 168-A do Código Penal. Para outros, tal crime prescinde de fraude, apropriação, prévio desconto, ânimo de apropriação etc.

O problema é que os termos “manifesta” e “manifestamente” são *manifestamente* subjetivos. Aqueles que discordarem que esses termos são *manifestamente* subjetivos já estarão comprovando a nossa tese. Troque-se a

⁵³⁰ No momento em que escrevemos a presente tese, ainda são vividos, no país, os reflexos da chamada Operação Lava-Jato, que, de um modo geral, atingiu membros da classe política ligados a diversos partidos políticos. Não entraremos no mérito de ser ingenuidade ou não acreditar que, por mera coincidência, veio à tona um projeto de lei de abuso de autoridade, o qual, na prática, criminaliza o entendimento judicial. Limitar-nos-emos a interpretar o texto do projeto de lei em si.

⁵³¹ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-requiao-lei-abuso-autoridade.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

palavra por qual for (evidentemente, claramente): tudo dependerá da *singularidade do caso concreto*, sendo absolutamente imprevisível conhecer de antemão o que será considerado *manifestamente* contrário às normas.

Gostaríamos de ter a certeza de que apenas hipóteses teratológicas⁵³² seriam abarcadas por essa lei. Porém, como estamos vendo neste capítulo, *certeza* talvez seja uma expectativa temerária no âmbito do Direito Penal. Podemos, é claro, imaginar algumas hipóteses um tanto quanto absurdas. Por exemplo: um juiz, sem que haja qualquer processo judicial, determina de ofício a prisão de um desafeto seu. Contudo, se isso parece improvável demais, viria a questão: e se a prisão fosse requerida num processo judicial por representante do Ministério Público? Poder-se-ia aferir, com total segurança, que o magistrado determinou a prisão de um inimigo seu? Quem seria considerado inimigo? Uma desavença em autos passados tornaria alguém inimigo?

Mas, se ainda conseguimos imaginar hipóteses teratológicas para o *caput*, teremos mais dificuldades com o parágrafo único, em que são previstas, literalmente, decisões obrigatórias a serem tomadas pelo juiz, sob pena de cometer crime. Então, nesses casos supostamente *manifestos*, o magistrado é obrigado a relaxar a prisão em flagrante, substituí-la por medidas cautelares ou conceder liberdade provisória, e, pasme-se, é obrigado até a conceder liminar em sede de *habeas corpus* (ou seja, em sede de cognição sumária, nas tais hipóteses *manifestamente ilegais*, ouvindo, portanto, apenas a defesa). Assim, se decidir de forma diversa, cometerá crime.

O dispositivo do projeto de lei em comento nada mais faz do que consagrar o crime de hermenêutica.

E numa eventual guinada totalitária do Estado brasileiro? Não desejamos, aqui, vaticinar catástrofes. No entanto, um risco como esse sempre é possível.⁵³³ Vivemos em tempos em que, evitando denominações desnecessárias, os adeptos

⁵³² Poderíamos também enfatizar dizendo esperar que somente as hipóteses *verdadeiramente* teratológicas deveriam ser objeto desse tipo, já que o próprio conceito de Teratologia pode ser subjetivo. Padeceríamos, portanto, do mesmo problema, que, a nosso ver, se estenderia ao infinito, pois, afinal de contas, o que seria *verdadeiramente teratológico*?

⁵³³ Consoante alerta Zygmunt Bauman: "Só podemos suspeitar que as condições que um dia deram origem ao Holocausto não foram radicalmente transformadas. Se havia algo em nossa ordem social que tornou possível o Holocausto em 1941, não podemos ter certeza de que foi eliminado desde então. Um número cada vez maior de estudiosos renomados e respeitados nos alerta que é melhor não sermos complacentes". (*Modernidade e Holocausto*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 109).

de um Partido X demonizam todos os juizes que proferem decisões contra os membros de X e, por outro lado, pedem e comemoram a prisão de membros do Partido Y. E vice-versa. Nosso debate político, infelizmente, encontra-se melhor amparado por *marketing* e propagandas que constroem preconceitos ideológicos do que por ideias que provoquem a reflexão. A esquerda demoniza a direita, que, por sua vez, demoniza a esquerda. A todo o tempo, juizes são demonizados, ora por prender, ora por soltar. Sempre há também quem os defenda. Porém, o ódio espreita a sociedade e sempre estará escondido ou mascarado pela esperança de que o bom senso, ao final, irá prevalecer, ou pela ilusão de que as instituições estão funcionando. As instituições também funcionaram sob o regime nazista. Juizes garantiram suporte à solução final de Hitler. Nenhuma ordem judicial decretou a inconstitucionalidade dos campos de concentração. Cumprir a lei garantiu a ocorrência de crimes contra a humanidade, conforme nos lembra Zygmunt Bauman:

Ainda não completamente recuperado da chocante realidade do Holocausto, Dwight Macdonald alertou em 1945 que agora devemos temer mais a pessoa obediente às leis do que aquela que as desobedece. O Holocausto fez minguar todas as imagens lembradas ou herdadas do mal. Com isso, inverteu todas as explicações estabelecidas dos feitos maléficis. De repente ficou claro que o mais terrível dos males de que se tinha memória não resultou de uma ruptura da ordem, mas de um impecável, indiscutível e inatacável império da ordem. Não foi obra de uma turba ruidosa e descontrolada, mas de homens uniformizados, obedientes e disciplinados, cumpridores das normas e meticulosos no espírito e na letra de suas instruções. Bem cedo se soube que esses homens, sempre que estavam à paisana, não eram de modo algum maus. Portavam-se de forma bem parecida à de todos nós. Tinham esposas que amavam, filhos que papricavam, amigos que ajudavam e consolavam no infortúnio. Parecia inacreditável que, uma vez uniformizadas, essas mesmas pessoas fuzilassem, asfixiassem com gás ou presidissem ao fuzilamento e asfixia de outras milhares de pessoas, inclusive mulheres que eram esposas amadas de outros homens e bebês que eram filhos queridos de alguém. Era não só inacreditável, como aterrador. Como é que pessoas comuns, como eu ou você, podiam fazer aquilo? [...] *A notícia mais aterradora trazida pelo Holocausto e pelo que soubemos acerca de seus executores não foi a probabilidade de que “isso” pudesse acontecer a nós, mas a ideia de que nós poderíamos perpetrá-lo.*⁵³⁴

⁵³⁴ *Modernidade e Holocausto*, p. 178-179, grifo do autor.

É ledor engano imaginar que a lei de abuso de autoridade visa a evitar situações como essas. Ao se abrir o precedente de que o juiz está obrigado a decidir de uma determinada forma, então logo surgirá, como contraposto, a hipótese oposta, na qual o juiz é obrigado a determinar a prisão em certas situações. Ora, se não ofende a independência judicial a previsão de que o juiz, em determinadas circunstâncias, é *obrigado a libertar*, por que ofenderia nas hipóteses em que seria *manifestamente cabível a prisão*?

Não estariam os juízes nazistas obrigados a determinar a prisão dos judeus? E, para não nos atermos somente a um Estado totalitário específico, lembramos que a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) também produziu tipos penais altamente subjetivos para criminalizar a atividade judicial. Veja-se o que dizia o artigo 177 do Código Penal soviético que entrou em vigor em 1961:

*Expedição de sentença, decisão, resolução ou ato notoriamente injusto. A expedição, por parte dos juizes, de uma sentença, decisão, resolução ou ato notoriamente injusto será sancionada com privação de liberdade por até três anos. Se essas ações causarem graves consequências, serão castigadas com privação de liberdade de três a dez anos.*⁵³⁵

Cabe notar que a norma em questão, em vez do *manifestamente em desconformidade com a lei*, utiliza-se do *notoriamente injusto*. Não vislumbramos grande avanço ou diferença substancial entre a lei brasileira e a soviética, no tocante, especificamente, às expressões em apreço. É fato que a lei soviética era ainda mais ampla do que a brasileira, abarcando, literalmente, qualquer sentença, decisão, resolução ou ato judicial.

Quando previsões manifestamente subjetivas são tipificadas para obrigar o juiz a julgar num determinado sentido, sob pena de cometer crime, a inevitável preocupação de que tal norma seja utilizada apenas para se evitar a prisão de acusados poderosos tende a ser a menor das inquietações. Isso porque é

⁵³⁵ ZDRAVOMISLOV, B. V. *et al. Derecho penal soviético: parte general*. Traducción de Nina de la Mora y Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis, 1970, p. 611, tradução nossa, grifo no original. Texto original, em Espanhol: “*Expedición de sentencia, decisión, resolución o auto notoriamente injusto. La expedición, por parte de los jueces, de una sentencia, decisión, resolución o auto notoriamente injustos, será sancionada con privación de libertad hasta por tres años. Si esas acciones causaren graves consecuencias, serán castigadas con privación de libertad de tres a diez años*”. A curiosidade sobre essa obra reside no fato de ela ter sido aprovada pelo Ministério da Educação da URSS como manual para as Faculdades de Direito.

possível que essa obrigatoriedade se estenda às hipóteses *manifestamente cabíveis de prisão ou para qualquer sentença ou decisão judicial, tal qual como ocorreu na lei penal soviética supramencionada*. Num cenário como esse, a proteção dos que estão no poder e a perseguição dos dissidentes estão muito longe de constituírem hipóteses absurdas ou mera paranoia.

É bem verdade que o projeto em questão contém uma possível salvaguarda para os crimes de hermenêutica, nos parágrafos do artigo 1º:

§ 1º. As condutas descritas nesta lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem, beneficiar a si próprio ou a terceiro ou ainda por mero capricho ou satisfação pessoal.

§ 2º. A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura, por si só, abuso de autoridade.⁵³⁶

Se tais parágrafos forem entendidos como vetores de interpretação para os citados dispositivos, ficaria bem reduzido o seu âmbito de incidência. No entanto, se prevalecer que a *manifesta desconformidade com a lei* já significa que não existe mera divergência na interpretação e que, neste caso, ficaria automaticamente evidenciada a intenção de prejudicar outrem, é certo que, inversamente, as supostas salvaguardas, na prática, de nada serviriam. Em verdade, parece-nos que essas salvaguardas são praticamente antagônicas aos crimes acima mencionados, os quais caracterizam crimes de hermenêutica.

Temos, portanto, que o projeto de lei em questão tende a aprofundar a irracionalidade e a seletividade do sistema criminal brasileiro, eis que pode servir para criminalizar a atividade judicial. Legítima, portanto, a preocupação de juízes.

Claro que essa preocupação, no entanto, possibilita uma importante reflexão. Será que outras profissões já não estão sendo, na prática, criminalizadas por interpretações dos mesmos juízes?

Graças ao exercício da magistratura na Subseção da Justiça Federal em Andradina, no interior de São Paulo, nos deparamos com várias ações penais relativas ao artigo 34 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.⁵³⁷ Foi até

⁵³⁶ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-requiao-lei-abuso-autoridade.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

⁵³⁷ “Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem: I - pesca espécies que

curioso que a região em questão, próxima ao rio Paraná, tenha permitido a constatação de que o delito de pesca ilícita previsto no citado dispositivo atinge, predominantemente, pequenos pescadores profissionais. Muitas das condutas enquadradas nesse artigo representam mera criminalização do descumprimento de normas administrativas, como, por exemplo, a pesca com rede de tamanho inferior ao permitido. Exemplifiquemos com a seguinte ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. PESCA COM PETRECHOS PROIBIDOS. PRESCRIÇÃO AFASTADA. DENÚNCIA APTA. PRELIMINARES REJEITADAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE MANTIDA. PENA SUBSTITUTIVA ALTERADA DE OFÍCIO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- Réu condenado por infração ao art.34, parágrafo único, II, da Lei nº 9.605/98, uma vez que surpreendido pelo policiamento ambiental após praticar atos de pesca com petrechos proibidos.

- Os fatos ocorreram no dia 21/04/2003, a denúncia foi recebida no dia 16/03/2006, e a r. sentença, publicada no dia 30/01/2009, condenou o réu à pena de 01 ano de detenção, não transcorrendo o lapso temporal de 04 anos previsto no artigo 109, inciso V, do Código Penal, entre quaisquer dos marcos interruptivos, ou da publicação da sentença até o momento. Não ocorrência de prescrição virtual ou em perspectiva, uma vez que, além de tal proibição já estar pacificada pela jurisprudência (Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça), o artigo 110, §1º, do Código Penal determina que a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se pela pena em concreto.

- Demonstrada na exordial claramente a conduta de pesca com petrechos proibidos, bem como nos termos do Auto de Infração Ambiental, Boletim de Ocorrência expedido pela Polícia Ambiental, Laudo de Constatação de Pesca e Laudo de Dano Ambiental, que atestaram o local (Lago da UHE Sérgio Motta - rio Paraná, município de Presidente Epitácio/SP), a data dos fatos e as especificações das redes, contendo, assim, os elementos necessários exigidos em lei.

- Sobre a perícia, tratam-se de simples “Laudo de Constatação de Pesca” elaborado apenas para fins de doação dos peixes apreendidos à Instituição com fins filantrópicos, e de “Laudo de Dano Ambiental” elaborado para o fim de verificação das características e eficiência dos petrechos apreendidos, atestar o local e o período de defesa da pesca e eventual dano ocasionado ao meio ambiente. Atendimento ao disposto no art. 6º do CPP. Ausência de manifesto prejuízo ao réu, tanto que a defesa nesse sentido não acenou na defesa prévia (fls. 136/137), tampouco requereu diligências ao Juízo quando instigado nos termos do

devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos; II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos; III - transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas.”

artigo 402 do Código de Processo Penal - na redação da Lei 11.719/2008.

- Materialidade comprovada pelo AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL e do BOLETIM DE OCORRÊNCIA lavrados na data dos fatos, que atestaram o local, o petrecho proibido (rede de emalhar de tamanho inferior ao permitido) e o produto da pesca apreendidos.

- Autoria indubitosa pelo flagrante e depoimentos dos policiais responsáveis, não tendo o réu apresentado quaisquer provas que, concretamente, retirassem crédito do teor dos depoimentos dos milicianos, que como servidores públicos gozam de presunção de veracidade de seus atos e alegações.

- Pena privativa de liberdade mantida.

- Pena substitutiva alterada, de ofício, nos termos do artigo 44, §2º, primeira parte, remanescendo apenas a pena pecuniária.

- Apelação improvida.⁵³⁸

Com relação a esse caso, chamamos a atenção de que o acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em sua fundamentação, não apontou dano ao meio ambiente. Fez-se referência ao laudo de dano ambiental para fim de averiguar “*eventual dano ao meio ambiente*”.⁵³⁹ O referido acórdão não é uma exceção e reflete a tendência de se aceitar o Direito Penal como sancionador do mero descumprimento de normas administrativas, sem que se importe, na prática, com o efetivo risco para bens jurídicos.

Eventualmente, pode-se falar que se trata de *crime de perigo abstrato, ou seja, abstratamente o meio ambiente teria sido colocado em risco. Se bem que não foi feito o questionamento de como, mesmo abstratamente, o meio ambiente pode ter sido colocado em risco com a utilização de uma rede de tamanho inferior ao permitido.*

Se existe uma razão, esta não foi questionada. Entretanto, o sistema criminal cumpriu, aqui, perfeitamente o seu papel seletivo, tão questionado pela Criminologia.

Quando o Direito Penal é utilizado para sancionar o mero descumprimento de normas administrativas, sem ao menos questionar como tais condutas afetam o bem jurídico supostamente tutelado, tem-se uma amostra de sua irracionalidade.

⁵³⁸ Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/2537354>>. Acesso em: 19 out. 2017.

⁵³⁹ Lendo-se, na íntegra, o aludido acórdão, constata-se que foram apreendidos sete pescados da espécie Armado, de dois quilos, e três pescados da espécie Corvina, perfazendo 1,5 kg. Não se fez referência a um eventual risco para tais espécies de peixes nem para o ecossistema do local em que fora praticada a pesca.

E pequenos pescadores, pessoas geralmente de pouca instrução, além de terem que pagar pelas infrações administrativas, acabam cometendo, automaticamente, crimes, muito embora nem sempre se verifique a existência de risco, ainda que potencial, ao meio ambiente.

Nesse diapasão, constata-se que o Direito Penal, ao se voltar contra o mero descumprimento de normas administrativas, perde a sua característica tão propalada de *ultima ratio* ou última instância, tornando-se a *prima ratio* ou primeira instância.

O exemplo da pesca foi invocado justamente como comparativo ao projeto de lei do abuso de autoridade, no tocante aos delitos supraindicados. Se é irracional prever um tipo que, na prática, criminalize a atividade judicial, da mesma forma é irracional a interpretação judicial que, na prática, criminaliza outras profissões, a exemplo dos pequenos pescadores na hipótese de descumprimento de normas administrativas sem colocação em risco do bem jurídico protegido. Há outros exemplos, como o da mera dívida na apropriação indébita previdenciária, que implicaria a criminalização da própria atividade empresária, além de outros casos.

Os juízes, portanto, têm legítimo receio de que a sua atividade seja criminalizada, porém devem tomar as devidas cautelas para não criminalizar as atividades de terceiros, o que também é obviamente irracional.

4.2.5 O artigo 273 do Código Penal, o mito da proporcionalidade e uma decisão racionalmente irracional

O princípio da proporcionalidade é um ponto-chave para a racionalidade do sistema criminal. Punir um furto de maneira mais severa do que um homicídio certamente ofenderia não só o bom senso, como também outros princípios constitucionais, como a igualdade perante a lei. Acaso a própria lei considerasse o furto um delito mais grave do que o homicídio, estaria passando a mensagem de que a propriedade teria mais valor do que a vida humana, o que nos traria consequências éticas imprevisíveis. Ignorar-se-ia a lição de Cesare Beccaria, no

sentido de que não devem ser aplicados “os menores castigos aos maiores delitos”.⁵⁴⁰

A proporcionalidade traz a ideia de um justo merecimento ou justa retribuição da pena a determinado delito. De certa forma, a proporcionalidade entra em conflito com uma função pura de ressocialização.⁵⁴¹ Qual seria a utilidade de se manter uma pessoa presa, se ela já estiver ressocializada? Contudo, e se um autor de um homicídio se ressocializar mais rapidamente do que um autor de furto? A utilidade da pena não residiria, pois, no aspecto individual, sobre cada condenado, mas sim no seu caráter geral, sobre a sociedade (função preventiva geral, demonstrando a todos que um homicídio é punido mais severamente do que um furto).

Mas, ainda que ignoremos a questão da prevenção especial, não se pode olvidar que a proporcionalidade, em si, já é tremendamente controversa. Pegando-se exemplos extremos, é fácil concluir pela maior gravidade de um ou outro crime. Porém, a legislação penal brasileira tem centenas de tipos penais. Daí podem advir perguntas sobre *o que e quanto punir*: o que é mais grave? Tráfico de drogas ou homicídio? Tortura ou latrocínio? Moeda falsa ou evasão de divisas? Estelionato ou fraude em licitação? Gestão fraudulenta de instituição financeira ou *insider trading*?

O primeiro mito da proporcionalidade a ser abandonado é o de que é possível uma *exatidão matemática proporcional dos crimes*. Logo, constituirá tarefa virtualmente impossível arquitetar⁵⁴² proporcionalmente todas as penas do sistema criminal. Vale dizer, é inevitável o funcionamento desproporcional do sistema criminal, o que, devemos admitir, é irracional. Essa inevitabilidade

⁵⁴⁰ *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1995, p. 63.

⁵⁴¹ Essa é uma das razões pelas quais não se pode abandonar completamente a ideia da função retributiva da pena. Conforme Jesús-María Silva Sánchez, a ideologia ressocializadora, que alcançou o seu ápice com as sentenças indeterminadas do Direito norte-americano, provocou “[...] a ruptura de qualquer relação de proporcionalidade em relação ao fato cometido”. Cf. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Revisão de William Terra de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 53. Com efeito, na perspectiva das sentenças indeterminadas, que teriam duração conforme o prognóstico de reincidência, poderia ocorrer de um rico poderoso, condenado por matar sua esposa por suposto adultério, ter uma pena mais branda do que um jovem pobre condenado por furto. Afinal, o prognóstico de reincidência do segundo seria muito mais acentuado do que o do primeiro. No entanto, a discrepância entre a gravidade dos fatos é evidente, sendo inevitável a sensação de profunda injustiça nesse sistema.

⁵⁴² Beccaria mencionou que o legislador deve ser um hábil arquiteto (*Op. cit.*, p. 62), porém, por mais habilidade que tenha, será inevitável a desproporcionalidade em maior ou menor grau.

decorre não só da lei como também do próprio sistema criminal, com seus muitos e diferentes juízes e tribunais.

No entanto, a diversidade de julgadores não é o único fator de desproporcionalidade. Um mesmo juiz aplicará, inevitavelmente, de forma desproporcional, as leis penais. Uma porque o juiz mudará enquanto pessoa no decorrer do tempo e, inexoravelmente, a sua percepção sobre a gravidade dos crimes irá se modificando. De outro lado, o juiz criminal não adquire a sua experiência de uma vez só. A cada dia, serão julgados novos fatos, com o que novos critérios de julgamento irão surgindo paulatinamente. Ademais, existe um fator óbvio: a impossibilidade de se lembrar, com exatidão, de todos os casos julgados para a aplicação de uma pena estritamente proporcional.⁵⁴³

Claro que isso leva à necessidade de uma objetiva fixação de critérios de aplicação da pena, legalmente inexistente hoje.⁵⁴⁴ De qualquer modo, ainda que tais critérios sejam estabelecidos, a desproporcionalidade não poderá ser afastada em definitivo, diante da absoluta impossibilidade de se prever todas as situações da vida, passíveis de surgir em cada caso concreto.

Em sendo impossível aferir-se uma exata proporcionalidade entre as penas dos diversos delitos, é mais do que racional a conclusão de que, diante desse quadro, deve-se respeitar o princípio da legalidade, ou seja, ao menos devem ser observados os parâmetros de pena fixados pelo legislador. Sim, essa seria a solução mais racional, ainda que, de fato, irracional. Melhor explicando, parece racional em relação ao Direito nos livros (o que os norte-americanos chamam de

⁵⁴³ Neste ponto, alguns poderiam advogar que os julgamentos humanos deveriam ser substituídos pela inteligência artificial dos computadores, os quais, certamente, não padeceriam do problema da memória, tendo condições de vasculhar em seus arquivos todas as penas anteriormente aplicadas. Contudo, algumas questões haveriam de ser colocadas: como um computador poderia julgar um ser humano? O computador teria sensibilidade para verificar a desnecessidade da pena num caso concreto? Como ficaria o *in dubio pro reo*? O computador teria dúvida ao julgar uma pessoa? Num mundo com juízes computadores, é mais do que óbvia a desnecessidade de promotores e advogados para tentar *convencer* uma máquina, de modo que a derradeira questão residiria em quem seria o responsável por alimentar os dados do caso para o computador. Tais questões nos levam novamente ao paradoxo do racional-irracional. É racional manter o julgamento em mãos humanas, ainda que o resultado seja a inevitável e irracional desproporção e falibilidade nos julgamentos.

⁵⁴⁴ O artigo 59 do Código Penal prevê uma série de circunstâncias a serem valoradas na fixação da pena-base, todavia inexistente uma normatização de como tais critérios devem ser aplicados nem de como deveria ser eventualmente majorada a pena-base. Jesús-María Silva Sánchez desenvolveu um relevante estudo a respeito: La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *Indret*. Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 2, 2007. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2285650>>. Acesso em: 21 out. 2017.

law in the books), porém, na aplicação a um determinado caso concreto (agora, o *law in action*),⁵⁴⁵ soa altamente irracional.

Analisemos, então, finalmente, esse *determinado caso concreto*, o crime objeto de estudo nesta subseção, qual seja o tipo do artigo 273 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998, destacando-se o seu § 1º-B, inciso I.⁵⁴⁶ Por esse dispositivo, quem importa um medicamento estrangeiro ou cosmético⁵⁴⁷ sem registro no Brasil estaria sujeito a uma pena mínima de dez anos de reclusão.

Nunca tivemos problema com o dogma de que o juiz não poderia aplicar a pena abaixo do mínimo legal. Nunca, até o primeiro caso em que, no exercício da magistratura, tivemos que julgar a importação de medicamentos sem registro no Brasil. E o que nos chamou a atenção foi o pedido do próprio Ministério Público Federal para que a pena fosse aplicada abaixo do mínimo legal, diante do princípio da proporcionalidade. A reflexão no caso em tela nos levou a um posicionamento que, enquanto estudantes do *law in the books*, sempre nos parecera incorreto. Abaixo, segue o entendimento que acabamos consolidando por ocasião do *law in action*:

Em primeiro lugar, deve-se atentar para o excepcional requerimento do Ministério Público Federal para aplicação da pena abaixo do mínimo legal. Invocou o parquet o princípio da proporcionalidade, e indicou como parâmetro, para a analogia in bonam partem, o preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/2006. Cumpre lembrar a lição repetida à exaustão nas faculdades de direito, vale dizer, a de que a pena não pode ser

⁵⁴⁵ Cf. LYNCH, Mona; OMORI, Marisa. Law on the books and law in action don't always align. *Life of the Law*, [S.l.], 19 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.lifeofthelaw.org/2014/06/law-on-the-books-and-law-in-action-dont-always-align/>>. Acesso em: 21 out. 2017.

⁵⁴⁶ Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998): “Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. § 1º. Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. § 1º-A. Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. § 1º-B. Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; V - de procedência ignorada; VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente”.

⁵⁴⁷ Caso frequente é o do PRAMIL, medicamento com efeitos similares ao VIAGRA, sem registro no Brasil, embora regularmente vendido no Paraguai.

aplicada nem abaixo do mínimo legal, nem acima do máximo, salvo eventuais causas de aumento (que, em verdade, integram o conceito de máximo). A razão dessa lição é o princípio da legalidade. O juiz estaria legislando se agisse de modo contrário. A lição é bem fixada na academia e aceita sem maiores problemas, pois ali discutem-se teses e casos abstratos, inventados pelos professores para testar e desenvolver o raciocínio dos alunos. No mundo real, em que se sabe que a solução afetará a vida de uma pessoa, cumpre indagar: e se o legislador cometer uma injustiça? Para alguns, não há como salvar a norma, a não ser declarando-a inconstitucional, o que levaria a um dilema: ou se aplica uma pena injusta ou não se aplica pena nenhuma, o que também seria uma injustiça para com a sociedade. Para outros, o juiz é obrigado a seguir a lei, ainda que injusta até mesmo aos olhos da acusação, como ocorre no caso em apreço. Uma terceira corrente, ainda minoritária, mas que vem ganhando força, defende a aplicação da analogia em favor do réu, como forma para dirimir a injustiça legal. Apesar de todo o devido respeito às opiniões contrárias, entendo que esta é a melhor solução. Preliminarmente, cumpre analisar os fundamentos comumente utilizados para negar a aplicação da pena abaixo do mínimo legal. a) “Não se trata de delito com pena desproporcional porque o crime do art. 273 do Código Penal pode atingir um número indeterminado de vítimas.” De fato, este argumento pode explicar porque a pena mínima do art. 273 do Código Penal é de 10 anos ao passo que as penas mínimas do homicídio ou do estupro, por exemplo, são de 6 anos. O delito do art. 273 pode atingir um número indeterminado de pessoas e os outros delitos mencionados, em regra, têm vítimas individualizadas. Ocorre que, com toda a devida vênia, esse argumento não consegue explicar porque o delito do art. 273 do Código Penal tem pena mínima de 10 anos e o tráfico de drogas tem pena mínima de cinco anos (art. 33 da Lei 11.343/2006). O tráfico de drogas também tem o condão de atingir a sociedade, produzindo um número indeterminado de vítimas. Cabe lembrar que, no tráfico, a potencialidade lesiva de drogas como crack e cocaína é até maior. Assim, fica claro que o legislador brasileiro agiu desproporcionalmente, olvidando-se do sistema jurídico penal, acarretando a possibilidade de que, em tese, um “sacoleiro” de medicamentos do Paraguai seja punido com maior rigor do que um traficante internacional de drogas, o que é teratológico. Ainda que no caso em apreço, tenha se verificado que o WINSTROL V é capaz de causar a morte, quando mal utilizado, não haveria razão para a maior punição deste delito em relação, por exemplo, ao tráfico de crack, que, com maior frequência até, pode causar diversos danos à saúde das pessoas, incluindo a morte. b) “O juiz não pode pretender que todas as penas de todos os crimes sejam proporcionais.” Sim, de fato, o juiz não pode iniciar uma cruzada fanática pela mais absoluta proporcionalidade de penas entre todos os delitos. Isto seria uma insanidade, pois o magistrado pretenderia um estado de perfeição inalcançável não só para o legislador como para todo ser humano. Só que negar a pretensão acima não pode significar fechar os olhos ou lavar as mãos para casos específicos manifestamente desproporcionais. E é manifestamente desproporcional a hipótese prevista em lei,

segundo a qual, eventualmente, considerando o crime em abstrato, um vendedor de cosmético falsificado pode receber pena mais grave do que um traficante de crack. Enfim, trata-se de medida excepcional para raríssimas hipóteses. c) “O Supremo Tribunal Federal ainda não considerou o art. 273 do Código Penal inconstitucional.” Esse argumento, com a devida vênia, ignora a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade. Os juízes e tribunais não são meramente cegos seguidores das decisões do STF. Também não consta que o STF, rigorosamente, considerou constitucional e proporcional a pena do art. 273 do Código Penal. A atuação do juiz, portanto, não pode ser restringida pela falta de decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal. d) Ofensa ao princípio da legalidade, garantia dos réus. O juiz, com efeito, não pode desprezar a lei e aplicar uma pena mais alta do que a prevista, o que certamente ofenderia direito individual do acusado. Só que não há ofensa a direito individual do réu quando se aplica pena abaixo do mínimo legal. O reconhecimento do princípio da proporcionalidade, na esfera penal, só pode se dar em favor do acusado, com fulcro no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. Nesta linha de raciocínio, a lição de Fábio Bittencourt da Rosa, Desembargador Federal da 4ª Região: “Exatamente por isso é que, sempre que o desacato a um princípio que sustenta a garantia penal implica o favorecimento do indivíduo, torna-se regra aceitável dentro do sistema. A analogia ou a interpretação extensiva in bonam partem são admitidas, porque colaboram com a liberdade individual ao invés de suprimi-la. Não se pode lançar mão de um princípio criado para proteger o réu para o fim de prejudicá-lo. Do mesmo modo, a criação de solução penal que descriminaliza, diminui a pena, ou de qualquer modo beneficia o acusado, não pode encontrar barreira para sua eficácia no princípio da legalidade, porque isso seria uma ilógica solução de aplicar um princípio contra o fundamento que o sustenta. Se regra de hierarquia inferior à lei beneficiar o acusado ou condenado haverá de ter garantida sua validade e eficácia.” (*Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 4). e) “O juiz não pode legislar.” Sim, de fato, o juiz não legisla, mas pode aplicar a analogia em favor do réu. Em suma, não cabe ao juiz inventar uma pena mínima, originária de critérios puramente subjetivos, mas sim procurar, no ordenamento, hipótese análoga à da norma desproporcional. A norma mais adequada a servir de parâmetro é a do já mencionado tráfico de drogas, visto que se trata igualmente de um crime contra a saúde pública. Outrossim, remédios também são drogas como facilmente se infere de todas as vezes que precisamos ir a uma farmácia ou drogaria. O delito em questão é hediondo, ao passo que o tráfico é equiparado a hediondo, ou seja, há mais uma semelhança entre eles. Adequada, pois, a analogia em apreço. Recorde-se, ainda, que não se pretende aqui a proporcionalidade perfeita, mas sim a proporcionalidade mais adequada e possível dentro do nosso ordenamento jurídico.⁵⁴⁸

⁵⁴⁸ Cuida-se de trecho de sentença por nós proferida no Processo nº 0002265-25.2006.403.6117. A sentença integral pode ser vislumbrada na consulta processual disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br>>. Acesso em: 20 out. 2017. Na segunda instância, o Procurador Regional da República, em posicionamento contrário ao da primeira instância, requereu a anulação da

Sem ter consciência, na época, estávamos aplicando o Direito conforme a *singularidade do caso concreto*, de acordo com o profetizado por Julius Hermann von Kirchmann (vide subseção 4.1.1). Tínhamos um entendimento racional de impossibilidade de aplicação da pena abaixo do mínimo legal. Empregamos um entendimento (ir)racional de aplicação da pena abaixo do mínimo legal. E por que (ir)racional? Por que aqui nos deparamos uma vez mais com o paradoxo da racionalidade-irracionalidade. Diríamos que a nossa decisão foi *racionalmente irracional*.

De fato, analisando a nossa fundamentação à época, supratranscrita, tivemos a seguinte preocupação: mas, se o dever do juiz é agir com coerência, por que deveríamos nos limitar especificamente a este caso? Não deveríamos, de agora em diante, verificar a proporcionalidade da pena de todo e qualquer crime?

Ocorre que, racionalmente, optamos por uma decisão *excepcional-irracional*. Faremos isso porque, aqui, a pena aplicada pelo legislador foi *teratológica*. Porém, a opinião do que seja teratológico é *invariavelmente variável*, sendo que muitos juízes optam por aplicar a pena tal qual posta pelo legislador. Ao colocar o caso como *exceção*, chegamos a uma solução que, em regra, negamos em outros casos. Reconhecemos a impossibilidade de uma precisão matemática, de uma proporcionalidade perfeita em todos os casos. Não aplicamos a pena abaixo do mínimo legal em razão da desproporcionalidade, mas sim em razão do *grau de desproporcionalidade*. E o *grau de desproporcionalidade*, infelizmente, não pode ser medido com uma régua, inexistindo parâmetros *normativo-objetivos* a serem invocados. Daí a solução ser, de um lado, irracional. Porém, por outro lado, foi também *racional*, na medida em que invocado o controle difuso de constitucionalidade, aplicada uma analogia com um delito com características similares, também contra a saúde pública. Contudo, trata-se de uma questão não passível de se contrapor um *certo* e um *errado*.

sentença em atenção ao princípio da legalidade (aqui invocado em detrimento do acusado). O relator do processo no Tribunal Regional Federal da 3ª Região discordou de nosso entendimento na sentença, porém considerou-o *error in iudicando*, e não *error in procedendo*, razão pela qual não haveria que se falar em anulação da sentença. Não obstante a discordância, como não houve apelação do Ministério Público em primeira instância, que justamente havia requerido a aplicação da pena abaixo do mínimo legal, manteve-se a pena tal como aplicada. O recurso extraordinário interposto pelo Procurador Regional da República não foi aceito pelo Supremo Tribunal Federal, ocorrendo o trânsito em julgado da pena aplicada abaixo do mínimo legal. Maiores detalhes encontram-se disponíveis em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 20 out. 2017.

Mesmo sendo *irracional* aplicar uma pena abaixo do mínimo legal, foi o que fizemos. E o fizemos *racionalmente*.

Mas, a dúvida permanece. Será esse o único caso? Não haverá outros? Vejamos uma hipótese trazida por Alamiro Velludo Salvador Netto:

[...] mais algumas observações a respeito do conceito de merecimento e necessidade de pena, sob a dinâmica integral, são imprescindíveis. Esse conceito, que está preenchido pelos ideais de proporcionalidade e adequação, bem como sediado sob o juízo de valor da antijuridicidade, possui na abstração punitiva e na interpretação, conforme a Constituição, seus aspectos relevantes. Considerações desta natureza são capazes de correção (interpretação corretiva) ao nível legislativo-judiciário, tratando-se de uma modalidade de outorga de racionalidade e coerência ao ordenamento jurídico. Uma exemplificação pode decorrer da discrepância punitiva nas sanções cominadas nos artigos 121, § 3º, do Código Penal (homicídio culposo) e artigo 302 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (homicídio culposo na direção de veículo automotor). No primeiro caso, fixa o Código Penal a pena de detenção de um a três anos. No segundo caso, a pena estabelecida é de detenção de dois a quatro anos. Em face da conclusão da desproporcionalidade entre as penas estabelecidas, tendo em vista a abstrata e idêntica tipicidade subjetiva e ocorrência de igual resultado de morte, não parece existir óbices ao julgador para, não obstante a determinação legislativa, aplicar como balizas máxima e mínima, na primeira etapa de fixação da pena aquelas postuladas no Código Penal, em detrimento das previstas na legislação extravagante.⁵⁴⁹

O autor ainda chega a mencionar que a postura, que poderia “[...] aparentar excesso de autonomia ao magistrado”, já encontraria respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, citando uma decisão liminar na Medida Cautelar em *Habeas Corpus* nº 92.525-1 e apontando a inconstitucionalidade da pena prevista para a receptação com dolo eventual, comparada à com dolo direto.⁵⁵⁰

Pois bem, Salvador Netto fala em *outorga de racionalidade e coerência* por meio de uma *interpretação corretiva*.

Não consideramos que a posição do autor resolve o nosso problema acima proposto. Nossa interpretação, ainda que corretiva, padece do problema da excepcionalidade, o qual, de certa forma, aponta para uma *incoerência* no sentido de que nem todas as desproporcionalidades serão sanadas, até sob pena de ser

⁵⁴⁹ *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*, p. 307-308.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 308, em nota de rodapé.

criado um verdadeiro *caos na interpretação da pena de cada crime, conforme o juízo de proporcionalidade de cada membro do Judiciário.*

Analisando o exemplo dado pelo próprio autor, não nos convencemos da desproporcionalidade por ele indicada. Sim, ele tem razão quando invoca que o resultado é o mesmo. Porém, não poderia o legislador incrementar a pena do homicídio culposo no trânsito, a fim de tentar diminuir as mortes nesse campo?⁵⁵¹

E, devemos reconhecer, a pena do artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro destoa muito pouco da pena do homicídio culposo do Código Penal. De modo que não parece lícito ao juiz, nesta hipótese, reconhecer como inválida eventual intenção legislativa de impor pena mais grave ao homicídio culposo no trânsito diante de sua maior incidência frente a outros homicídios culposos.

Aliás, se fosse assim, pelas mesmas razões invocadas pelo autor (idêntico resultado), poder-se-ia criticar a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, que inseriu no Código Penal a previsão do *feminicídio* como qualificadora do *homicídio*. É evidente que a lei em questão não significa que a vida da mulher vale mais do que a do homem (até porque homicídios qualificados de homens têm a mesma pena). Contudo, não consta que tal lei tenha, até o momento, diminuído significativamente a violência contra a mulher.⁵⁵² Eventualmente, no entanto, poder-se-ia questionar se um homem que sofre violência doméstica da companheira e acaba sendo morto por ela também não deveria ter a vida valorada de igual forma no crime.⁵⁵³ Diante disso, pode-se dizer que a razão da lei

⁵⁵¹ Por exemplo, no *site* de estatísticas da Secretaria de Justiça e Segurança Pública do Estado do Mato Grosso do Sul (<<http://estatistica.sigo.ms.gov.br/>>, acesso em: 22 out. 2017), é possível pesquisar as estatísticas em relação a cada crime individualizado. Procuramos, dentre os crimes contra a pessoa, as estatísticas de homicídio culposo, no ano de 2017, do primeiro dia até a data do acesso. O total encontrado foi de apenas um caso. Pesquisamos, ainda, dentre os crimes de trânsito, o total de casos de homicídio culposo. O total de casos, no mesmo período, foi de 51. Os dados, de um lado, podem ser interpretados no sentido de que a pena mais grave de nada serve para a diminuição do delito. No entanto, de outro lado, podem ser interpretados no sentido de que, conquanto mais grave, a pena do artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro continua sendo muito branda, praticamente não ensejando a pena privativa de liberdade (o total de quatro anos, em regra, ensejará o regime aberto e, conseqüentemente, a substituição das penas privativas de liberdade). A despeito de eventual ineficácia, pela primeira perspectiva, não continuaria sendo válida a pena mais grave pela intenção, digamos, ativista do legislador?

⁵⁵² Vide FERNANDES, Marcella. *Feminicídio não é prioridade do Estado, denuncia promotora. Revista Exame*, São Paulo, 4 jan. 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/feminicidio-nao-e-prioridade-do-estado-denuncia-promotora/>>. Acesso em: 22 out. 2017.

⁵⁵³ Decerto, o caso concreto muito provavelmente revelará o motivo fútil ou torpe, ensejando, pois, a incidência da mesma qualificadora. Aliás, analisando o artigo 121, § 2º-A, que especifica o feminicídio, parece que as causas ali previstas desde sempre já estariam enquadradas nos motivos fútil ou torpe, fazendo com que a lei em questão, que tantas falsas polêmicas suscita (como a supracitada equivocada alusão de que a vida da mulher valeria mais do que a do

estaria na imensa superioridade da situação inversa, ou seja, no fato de que geralmente a mulher é quem sofre a violência do homem.

Em síntese, não parece errado que o legislador preveja penas mais altas para ilícitos de maior incidência, almejando, eventualmente, diminuir essa tendência. Todavia, uma visão purista do bem jurídico, dissociada de elementos estatísticos, poderia levar a tal conclusão. Ainda assim, continuaria o mesmo problema: por que apenas em alguns casos o juiz poderia corrigir a desproporcionalidade? E, desse modo, a *singularidade do caso concreto* não nos abandona.

Voltando ao artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, verificamos, ainda, que novas singularidades vão surgindo, até porque existe muita diferença, por exemplo, na importação de anabolizantes vedados, medicamentos não registrados, porém regulares no exterior, ou cosméticos.

Daí segue uma nova tendência jurisprudencial de que, nesses casos menos mais graves, de meros medicamentos sem registro (regularmente vendidos no exterior, ou seja, sem ofensa à saúde pública), a conduta seja tipificada como contrabando.⁵⁵⁴ Esse entendimento também nos parece substancialmente correto, contudo, em rigor, na técnica, implica a mera desconsideração da previsão de medicamento sem registro do artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, o que, sem dúvida, é incorreto do ponto de vista da aplicação da norma especial sobre a geral. A saída, portanto, é invocar a tipicidade material, conforme a *singularidade do caso concreto*, e, mesmo assim, sendo inevitável a sensação de que o juiz acabe julgando com pretensos conhecimentos médicos ou farmacêuticos. Em suma, uma vez mais, não escapamos do paradoxo racional-irracional.

homem), simplesmente tenha tido a intenção de chamar a atenção para o problema da violência contra a mulher.

⁵⁵⁴ Processo nº 00035279620134036106 ACR - Apelação Criminal nº 67566 - Relatora: Desembargadora Federal Cecilia Mello - Data do julgamento: 18/08/2017. Disponível para consulta em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 20 out. 2017.

4.2.6 Encarceramento em massa e a seletividade: irracionalidade no tratamento dado aos crimes de rua e aos crimes do colarinho branco

Um aparente paradoxo do sistema criminal brasileiro é o que contrapõe uma conhecida frase do senso comum às estatísticas do sistema penitenciário: o Brasil é o país da impunidade,⁵⁵⁵ e, contando-se as prisões domiciliares, teria a terceira (ou quarta) maior população carcerária do mundo.⁵⁵⁶

A contradição pode ser apenas *aparente*, eis que essas afirmações podem referir-se a questões diversas e representar a confirmação do problema da *seletividade* do sistema criminal brasileiro. Nesse sentido, há quem diga que a impunidade é reservada aos *crimes do colarinho branco*,⁵⁵⁷ ao passo que o sistema penitenciário é lotado principalmente por autores de crimes de rua, dentre os quais se destacam o tráfico de drogas e o roubo.

Conforme um levantamento do Ministério da Justiça, datado de junho de 2014, o número de condenados por tráfico de drogas representava 27% da população carcerária, ao passo que, por roubo, correspondia a 21%. Importante ressaltar que a forma mais grave do roubo, o latrocínio, é visto à parte, sendo que o total de condenados por ele soma 3%.⁵⁵⁸ A tabela de crimes de legislação específica do referido levantamento contempla apenas condenados por crimes

⁵⁵⁵ A frase, por sinal, parece estar ganhando ares internacionais, conforme a seguinte notícia em referência à capa do jornal francês *Le Monde*: LE MONDE diz que o Brasil é o “reino da impunidade”. *Pragmatismo Político*, [S.l.], 6 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.pragmatismopolitico.com.br/2017/03/le-monde-brasil-reino-impunidade.html>>. Acesso em: 23 out. 2017.

⁵⁵⁶ Cf. MONTENEGRO, Manuel. CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira. *Agência CNJ*, Brasília, 5 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileir>>. Acesso em: 23 out. 2017. Ao que se depreende da notícia do CNJ, sem as prisões domiciliares, que certamente destoam do *cárcere das penitenciárias* (não obstante possam ser consideradas um mal, se adequadamente fiscalizadas), o Brasil teria a quarta população carcerária do mundo.

⁵⁵⁷ Vide DALLAGNOL, Delton. Brasil é o paraíso da impunidade para os réus do colarinho branco. *Uol Notícias*, [S.l.], 1º out. 2015. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2015/10/01/brasil-e-o-paraíso-da-impunidade-para-reus-do-colarinho-branco.htm>>. Acesso em: 23 out. 2017.

⁵⁵⁸ “Nota-se que quatro entre cada dez registros correspondem a crimes contra o patrimônio. Cerca de um em cada dez corresponde a furto. Percebe-se que o tráfico de entorpecentes é o crime de maior incidência, respondendo por 27% dos crimes informados. Em seguida o roubo, com 21%. Já o homicídio corresponde a 14% dos registros e o latrocínio a apenas 3%.” (BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN*. Brasília: Ministério da Justiça, jun. 2014, p. 69. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira-relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017).

previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, genocídio, tortura e meio ambiente, não constando do relatório de apenados clássicos crimes do colarinho branco, como os contra o sistema financeiro nacional, o mercado de capitais, as licitações e a ordem econômica, como formação de carteis etc.⁵⁵⁹ Os crimes de corrupção também ensejam poucas condenações e são abarcados, estatisticamente, na categoria de *outros* crimes, correspondendo a 3%, com todos os *outros*, do total de condenações.⁵⁶⁰ Aliás, na tabela feita no levantamento em apreço,⁵⁶¹ são destacados o tráfico, o roubo, o furto, o homicídio, a quadrilha ou bando, o latrocínio, a receptação, os crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, a violência doméstica e todos os *outros, correspondentes a 3%*. Considerando que nem todos os *outros* são crimes do colarinho branco, diante das ocorrências de tortura, crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente etc., teremos uma quase nula incidência de criminosos do colarinho branco dentre os apenados. Note-se que o mesmo cenário, em linhas gerais, também se desenha em relação aos presos provisórios, conforme levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 2017, continuando, no “pódio”, os crimes de tráfico, roubo e homicídio, ao passo que crimes do colarinho branco não aparecem expressamente nas estatísticas.⁵⁶²

É ingênuo pensar que o motivo dessa desproporção seria a pouca incidência de crimes do colarinho branco no Brasil.⁵⁶³ Aliás, seria extremamente ingênuo pensar nisso, bastando lembrar a comparação realizada páginas atrás entre o crime licitatório e a moeda falsa (subseção 4.2).

As causas para essa seletividade são várias. Dentre elas, podemos destacar a maior benignidade de leis que atingem certos tipos de crimes

⁵⁵⁹ *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN*, p. 68.

⁵⁶⁰ *Ibidem*, p. 69.

⁵⁶¹ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁵⁶² AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais. *Portal do CNJ*, Brasília, 23 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 23 out. 2017.

⁵⁶³ Em obra clássica sobre o tema, Edwin Sutherland aponta algumas causas: “A regulação diferenciada da lei tal como ocorre com as normas direcionadas às grandes empresas pode ser explicada por três fatores: o status de homem de negócios, a tendência normal de estar longe de punições, e a pouca expressividade da comoção pública contra os crimes de colarinho branco”. (*Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Tradução, apresentação e notas de Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 99-100). Parece-nos, hoje, em tempos de Internet, em que todas as pessoas opinam sobre tudo, que o último fator não é mais aplicável. Especialmente quando aliado à corrupção de membros do governo, o crime do colarinho branco dos empresários tem causado uma forte reprovação pública, conquanto certamente mais fraca do que a dos *crimes de sangue*, sobretudo os que resultam em morte.

praticados por poderosos. Lembremos o exemplo citado da Lei nº 8.666/93, no que tange aos crimes licitatórios. Há também outras leis que podem ser mencionadas, como aquelas que estabelecem os crimes contra o mercado de capitais,⁵⁶⁴ por vezes responsáveis por prejuízos milionários. Contudo, a par da maior benignidade das leis relativas a crimes do colarinho branco, existem outros fatores, como a aparentemente maior condescendência dos juízes em relação a tais delitos. Um acusado por fraudes milionárias, por vezes, tem mais condições de responder ao processo em liberdade (e de ter uma pena mais benigna) do que alguém preso em flagrante por passar moeda falsa. Qual seria a razão dos juízes?

Conforme mencionamos na subseção 2.4, o neurocientista David Eagleman parece sugerir que os magistrados podem decidir de acordo com preconceitos *incógnitos* em seus cérebros. O autor chega a sugerir expressamente que “os feios recebem sentenças mais longas do que os atraentes”.⁵⁶⁵ Em verdade, dificilmente a duração das penas pode ser considerada resultado de um *concurso de beleza* entre os acusados, porém é cediço que o magistrado, apesar do dever de imparcialidade, não pode ser considerado absolutamente neutro diante do mundo, pois ninguém o é. Assim, fatores sociais e culturais, quanto mais diferenciam (ou afastam) o acusado do juiz, podem influir numa dosimetria desfavorável.

Mais ou menos nesse sentido, o entendimento de Luís Carlos Valois:

A sociedade é sensibilizada para uns e dessensibilizada para outros. Como sempre, sai perdendo a camada pobre da população, que acaba percebendo o traficante como um mal maior, enquanto corre o risco de ser assaltada todos os dias no ônibus para o trabalho. O traficante é forjado como o grande vilão, porque, na concepção da elite, exerce alguma ameaça, enquanto os assaltos em ônibus, transporte desconhecido para a classe dominante, não fazem muita diferença, podem aumentar, diminuir ou sequer serem notificados, como é o caso. [...] E essa é a realidade social no que diz respeito ao que se denomina criminalidade. O *ticket* já vem pronto para que se odeie desde o

⁵⁶⁴ Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, que inseriu os artigos 27-C a 27-F na Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, com redação atual dada pela Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017. O primeiro dispositivo, referente à manipulação de mercado de capitais, prevê a pena de um a oito anos de reclusão. Tal pena para um crime que pode abarcar condutas fraudulentas milionárias não pode ser considerada elevada, máxime quando nos lembramos dos parâmetros para o crime de moeda falsa, previsto no artigo 289 do Código Penal (três a doze anos).

⁵⁶⁵ *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*, p. 205.

jovem pego furtando um celular até a mulher encontrada com alguns gramas de drogas, os bodes expiatórios, os responsáveis por todas as mazelas sociais, enquanto a injustiça estrutural permanece intocável. Tribunais, juízes e promotores só fazem repetir todo o preconceito estabelecido como padrão e os réus já chegam para julgamento tendo que provar suas inocências. A presunção é de culpa contra aqueles que já chegam à sala de audiência algemados, sujos e cheirando a cárcere.⁵⁶⁶

Discordamos um pouco da visão de Valois, no sentido de que o traficante seria forjado pela *elite* como vilão por exercer alguma ameaça, enquanto a população, *correndo o risco de ser assaltada todos os dias no ônibus para o trabalho*,⁵⁶⁷ não se incomodaria muito com tais assaltantes, porque a *elite* não andaria de transporte coletivo. Diversamente do pensamento do autor, a *camada mais pobre da população* não só percebe o possível assaltante do ônibus, como, por vezes, acaba promovendo a sua própria *justiça* privada (linchamento) sobre ele.⁵⁶⁸

Embora discordemos em certo grau da visão de Valois, a sua fala de que a presunção é de culpa quando o réu chega à sala de audiência *algemado, sujo e cheirando a cárcere* parece ecoar a crítica feita por David Eagleman. Uma generalização dessa *presunção de culpa* seria incorreta. Porém, a advertência de Valois não pode ser ignorada, eis que isso parece ocorrer num sem-número de

⁵⁶⁶ *O direito penal da guerra às drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 552-553.

⁵⁶⁷ A hipótese de Valois sobre o risco de ser assaltado no ônibus todos os dias pode até ser efetivamente existente, contudo parece padecer do mesmo exagero amiúde utilizado pela mesma mídia criticada pelo autor.

⁵⁶⁸ Vide, por exemplo, as seguintes notícias da *grande mídia* referida por Valois: SUSPEITO é espancado após tentar invadir e assaltar ônibus em Santos. *Portal G1*, Santos, 16 set. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/assaltante-e-linchado-por-motorista-e-passageiros-de-onibus-em-santos.ghtml>>. Acesso em: 26 out. 2017; HOMEM é linchado após assaltar ônibus em Castelo Branco. *Correio 24 Horas*, Salvador, 27 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/homem-e-linchado-apos-assaltar-onibus-em-castelo-branco/>>. Acesso em: 26 out. 2017; e PASSAGEIROS de ônibus reagem a assalto e lincham assaltante em Goiânia. *O Popular*, Palmas, 31 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.opopular.com.br/editorias/cidade/passageiros-de-%C3%B4nibus-reagem-a-roubo-e-lincham-assaltante-em-goi%C3%A2nia-1.1203207>>. Acesso em: 26 out. 2017. Valois não poderia creditar tais crimes à influência da *elite que não anda de ônibus*. No entanto, será que os passageiros de ônibus ou a camada mais pobre da população, que correria o risco de ser assaltada todos os dias, realmente consideraria o assaltante do ônibus um mal menor do que o traficante? As três notícias, referentes a três localidades do Brasil, dizem respeito a assaltantes linchados. Pelo que consta, em duas dessas ocasiões, o assaltante foi morto pelo linchamento da população. Diante disso, duvidamos da percepção do autor sobre o que a *camada mais pobre da população* considera um mal maior ou menor.

casos.⁵⁶⁹ Por vezes, a palavra de um acusado rico tem mais peso do que a de um pobre.

Mas, será realmente isso que explica o tratamento diferenciado ou seletivo? Um preconceito sociocultural, consciente ou inconsciente, do magistrado? Ou haveria aqui uma razão mais pragmática? Não seria tudo isso uma questão de mercado? Acusados mais ricos contratam advogados melhores; melhores advogados são capazes de construir narrativas mais hábeis ou mais aptas a convencer o juiz. Em suma, profissionais mais aptos para a *batalha verbal*⁵⁷⁰ que ocorre num julgamento criminal.

O fato é que a resposta talvez esteja em todos esses fatores combinados e em outros mais ou menos improváveis:⁵⁷¹ empatia, acaso, sorte, azar? E isso nos levaria a uma outra questão: seria isso relevante para a Ciência do Direito Penal ou seriam meras intercorrências processuais?

Mesmo antevendo que algumas posições mais puristas poderiam considerar essas questões estranhas ao Direito Penal, não pensamos assim. Devemos nos preocupar com a forma com que a norma penal é ou não aplicada. Se o funcionamento do sistema criminal for irracional, será racional o Direito

⁵⁶⁹ As audiências de custódia implantadas por Resolução do Conselho Nacional de Justiça não parecem ter solucionado a questão ou implicado mudança significativa do comportamento dos juízes, máxime porque, ao menos em tese, o objetivo da audiência é apenas verificar se o acusado sofreu maus-tratos durante a prisão, embora alguns presos, mesmo avisados do direito ao silêncio, resolvessem, desde já, contar a sua versão do ocorrido. Contudo, nessas audiências, o investigado já vem *preso*, e, por conseguinte, já vem *feito ou sujo*, conforme as visões de Eagleman e Valois acima comentadas.

⁵⁷⁰ Lembrando novamente Johan Huizinga. Vide *Homo ludens*: o jogo como elemento da cultura, p. 90.

⁵⁷¹ Já se cogitou que a decisão judicial depende da alimentação dos juízes, por exemplo, na seguinte reportagem da revista *Economist*: I THINK it's time we broke for lunch... *Economist*, [S.l.], 14 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/18557594>>. Acesso em: 26 out. 2017. Pesquisadores israelenses teriam verificado que o benefício de *parole* seria concedido em maior proporção pelos juízes nas decisões tomadas mais próximas ao almoço. Não foi constatado viés em relação ao sexo ou etnia dos condenados, sendo o fator mais relevante a hora em que o juiz realizara a sua última refeição. Uma possível explicação foi o nível de açúcar no sangue, além do que o cansaço natural faz com que as pessoas, de modo geral, tomem decisões que mantenham o *status quo*, o que, no caso em apreço, equivaleria à negação do benefício. Não tivemos acesso à pesquisa original. Com base apenas na reportagem, a dúvida que tivemos é se o benefício em questão seria ou não concedido de modo totalmente arbitrário. Como a resposta nos parece negativa, até pela menção à fundamentação das decisões (mais palavras em média utilizadas para conceder o benefício do que para negá-lo), cremos que tal pesquisa deveria ter um aspecto interdisciplinar, a fim de que especialistas no Direito verificassem se teriam sido mais corretas, na média, as decisões favoráveis ou desfavoráveis à concessão do benefício. Eventual descoberta de que, na média, teriam ocorrido mais equívocos nas decisões que mais concederam o benefício poderia levar à conclusão de que uma lauta refeição poderia levar o magistrado, mais feliz ou satisfeito, a negligenciar ou relativizar os requisitos legais.

Penal? Em que medida a própria criação da lei penal também não é sujeita aos mesmos problemas dantes referidos (preconceito, sorte, azar)? Serão, por acaso, as penas mais brandas aos crimes licitatórios e contra o mercado de capitais em comparação, por exemplo, com alguns crimes de rua, como o de colocar em circulação uma moeda falsa?

Quaisquer que sejam as respostas, devemos reconhecer a irracionalidade de um sistema criminal que aprisiona, em sua imensa maioria, acusados pobres, amiúde pequenos traficantes e assaltantes que não agem com violência, e deixa livres e com penas brandas acusados poderosos (aqui incluídos os membros dos Poderes da República e grandes e ricos empresários), condenados por crimes do colarinho branco que causam prejuízos financeiros imensuráveis à população.

Luis Gracia Martín, a respeito, defende uma modernização do Direito Penal que atinja os crimes dos poderosos:

A modernização, por isso, só pode – e deve – ser descrita como uma “luta” pelo discurso material histórico da criminalidade, e seu fim é a “*recuperação da totalidade* da matéria criminal” historicamente marginalizada e excluída daquele discurso. Em outras palavras: a modernização do Direito penal é a luta pela integração no discurso penal da criminalidade material das classes sociais poderosas que elas mesmas conseguiram até agora excluir daquele discurso graças à sua posição de poder de disposição absoluto sobre o princípio de legalidade penal desde a sua invenção pelo ideário político ilustrado liberal da burguesia capitalista.⁵⁷²

Gracia Martín, com isso, posiciona-se favoravelmente à expansão do Direito Penal, criticada por Jesús-María Silva Sánchez,⁵⁷³ para que seja incluída,

⁵⁷² *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 116-117, grifo do autor. O autor tece críticas a Jesús-María Silva Sánchez e aduz ser surpreendente que o rechaço de Silva Sánchez à modernização/expansão do Direito Penal, na opinião dele, não implique um Direito Penal de classes.

⁵⁷³ Jesús-María Silva Sánchez defende um Direito Penal de duas velocidades, baseado na seguinte constatação: “Com efeito, não parece que a sociedade atual esteja disposta a admitir um Direito Penal orientado ao paradigma do ‘Direito Penal mínimo’. Mas isso não significa que a situação nos conduza a um modelo de Direito Penal máximo.” Cf. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 145. Não nos parece que a simbologia de Silva Sánchez se aplique especificamente ao caso brasileiro. De fato, no Brasil, temos justamente leis penais mais brandas para crimes do colarinho branco, porém sem qualquer perda de garantia e, muito menos, sem qualquer ganho numa possível celeridade do feito (como poderia dar a entender o termo “velocidade”). De fato, muitos réus pobres, defendidos em locais sem Defensoria Pública, acabam recebendo assistência judiciária gratuita de advogados

justamente, a criminalidade dos poderosos. O problema, aqui, em nosso ver, é o tom demasiado ideológico e radical utilizado pelo autor. Não temos dúvida de que os poderosos têm maiores condições de interferir no processo legislativo penal,⁵⁷⁴ excluindo-se do sistema criminal ou mitigando as leis penais que lhes possam ser aplicadas.⁵⁷⁵ Contudo, preconceitos ideológicos podem abalar a decisão do autor, que chega até mencionar “certos tipos de homem”, os quais, na sua visão, “[...] só biológica e corporalmente, mas não espiritualmente, podem ser considerados

inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para tanto. O recebimento dos valores invariavelmente depende do término do processo, o que não é um grande incentivo para a interposição de recursos. De outro lado, acusados ricos contratam advogados experientes, os quais fazem valer as quatro instâncias recursais que, na prática, temos no Brasil. Poderíamos até dizer que temos duas velocidades no sistema criminal brasileiro, porém, elas funcionam ao inverso do imaginado por Silva Sánchez.

⁵⁷⁴ Talvez um reflexo, no campo penal, daquilo que Sergio Lazzarini chama de *capitalismo de laços*. “Esse emaranhado de contatos, alianças e estratégias de apoio gravitando em torno de interesses políticos e econômicos é o que eu denomino *capitalismo de laços*. Trata-se de um modelo assentado no uso de *relações* para explorar oportunidades de mercado ou para influenciar determinadas decisões de interesse. Essas relações podem ocorrer somente entre atores privados, muito embora grande parte da movimentação corporativa envolva, também, governos e demais atores na esfera pública.” (*Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 3-4, grifo do autor). A nossa hipótese poderia ser refutada pelo argumento de que, se houvesse realmente tal influência, crimes do colarinho branco, por exemplo, não seriam nem sequer criados. Todavia, tal argumentação, por si só, não refuta a nossa hipótese, eis que, em última análise, muitas dessas condutas podem ser reduzidas a tipos clássicos, em especial o estelionato, o que, na hipótese de diversas condutas e diversos prejudiciados, iria acabar se submetendo às regras do concurso de crimes.

⁵⁷⁵ A hipótese é, sem dúvida, especulativa, porque não fizemos nenhum estudo específico a respeito. Entretanto, para além dos exemplos concretos de leis penais relativamente brandas (com penas menores do que as de crimes de rua cometidos sem violência nem grave ameaça, como no confronto crimes licitatórios ou contra o mercado de capitais x crime de moeda falsa, na modalidade de passar nota falsa), fala-se abertamente, nos noticiários e em algumas obras doutrinárias, da comparação entre a já citada “Operação Lava-Jato”, do Brasil, e a “Operação Mãos Limpas”, da Itália, advertindo-se que, naquele país, leis foram feitas justamente com o objetivo de blindar os poderosos. Nesse sentido, Luiz Flavio Gomes: “Uma coisa é ser crítico da Lava Jato. Outra distinta é ser seu inimigo. O primeiro grupo quer corrigi-la, ajustá-la e não quer vê-la fora do Estado de Direito. O segundo quer eliminá-la, quer soterrá-la nos escombros da degeneração moral e ética, para que tudo fique como está”. (*O jogo sujo da corrupção*. Bauru: Astral Cultural, 2017, p. 78-79). Como referida operação tem atingido, outrossim, políticos de diferentes partidos, não é incomum a existência de críticas meramente ideológicas, feitas a decisões fáticas, com o absoluto desconhecimento dos autos. Não defendemos nem criticamos, neste momento, a mencionada operação, até pelo desconhecimento dos autos específicos. Além do que, fica difícil o julgamento apenas com base em notícias jornalísticas ou reportagens da mídia televisiva ou da Internet. O único fato notório é o de que alguns réus poderosos têm sido presos preventivamente e condenados por crimes de corrupção e colarinho branco. O acerto ou desacerto dessas decisões deixamos ao cargo do Poder Judiciário. Todavia, diante desse quadro, inegavelmente aparecem notícias no sentido de que tal operação estaria desagradando poderosos e haveria uma campanha de “abafamento”. O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, conforme noticiado, falou sobre a existência de uma “operação-abafa”. Vide BARROSO diz que os interessados em barrar Lava-Jato são muitos. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 1º set. 2017. Disponível: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/09/01/barroso-diz-os-interessados-em-barrar-lava-jato-sao-muitos/>>. Acesso em: 26 out. 2017; e SOUZA, André de. Barroso: “Operação abafa” contra corrupção é ostensiva. *O Globo*, Rio de Janeiro, 3 ago. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/barroso-operacao-abafa-contra-corrupcao-ostensiva-21667339>>. Acesso em: 26 out. 2017.

como pertencentes à espécie do *homo sapiens*".⁵⁷⁶ Bem, o que significaria ser humano *apenas biologicamente, mas não espiritualmente?*

Por mais irracional que já possa ser o nosso sistema criminal, certas considerações, como a supracitada, tendem a piorá-lo e a justificar, ainda que de forma inversa, o discurso de *inimigos penais*. Se muitos pobres acabam caindo nesse perverso estigma, a solução é resgatar a sua dignidade, e não infligir o mesmo mal aos poderosos.⁵⁷⁷ Esse, talvez, seja um *princípio de solução* a essa *irracional seletividade*. Quanto ao encarceramento em massa, um dos problemas pode estar na equiparação de condutas graves e outras não tão graves. Aproveitando a ideia de Valois, supracitada, qualquer traficante, e, acrescentaríamos, qualquer roubador, acaba sendo visto como um grande *vilão*, ainda que *potencialmente*, o que se reflete no *risco à ordem pública* como requisito da prisão preventiva e na fixação do regime de cumprimento de pena, invariavelmente o *fechado*, por ocasião da prisão definitiva. A precariedade dos regimes semiaberto e aberto também contribui para a opção pelo regime mais grave, e, como resultado, temos a superlotação de presídios e o encarceramento em massa.⁵⁷⁸

Voltaremos ao tema no próximo capítulo, quando apresentaremos algumas propostas para, ao menos, tentar mitigar essa irracionalidade. Por ora, sem nem chegar perto de esgotar a análise de todas as normas penais (aliás, mal começamos), cremos que já temos exemplos suficientes para atestar o funcionamento necessariamente irracional do nosso sistema criminal. Decidiremos, em seguida, sobre a validade da mais aguda crítica de Tolstói ao Direito Penal.

⁵⁷⁶ *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*, p. 150.

⁵⁷⁷ Por sinal, sempre que fizemos referência aos *poderosos*, é preciso esclarecer que sempre nos baseamos na premissa de que existem pessoas com mais poder econômico ou político do que outras. Isso é fato, e não ideologia. Deixamos claro que o intuito está longe de considerar toda pessoa financeira ou politicamente poderosa como criminoso. Porém, existe uma criminalidade dita do colarinho branco, que, por vezes, em decorrência do seu poder político ou econômico, é tratada com maior benevolência no sistema criminal. Em tese, não pode ser tratada nem melhor, nem pior.

⁵⁷⁸ A superlotação já ocorre no momento em que o número de presos é maior do que o número de vagas no sistema penitenciário. Já o encarceramento em massa reflete a prática institucional de se aprisionar maciçamente, ainda que os fatos em questão não se revelem tão grandes.

4.3 Veredito sobre a irracionalidade do sistema criminal

“Então, para que fazem isso?’, perguntava-se Nekhliúdv, e não encontrava resposta.”⁵⁷⁹

A pergunta do personagem de “Ressurreição” liga-se à visão de Tolstói de que o Direito Penal seria contrário à razão. Se a pena não ressocializa nem previne outros crimes, por que aplicá-la? Se a repressão coloca o condenado num local de onde ele tem prováveis chances de sair pior do que entrou, por que punir? Os fins da pena frequentemente invocados para a legitimação do Direito Penal assemelham-se a uma venda de ilusões. A pena nunca impediu o crime. A repressão, além de não reparar o mal do crime, por vezes, faz com que tenhamos um egresso do sistema penitenciário mais perigoso do que entrou.

Porém, diriam alguns que devemos aprimorar o sistema criminal e as prisões para resolver tais problemas. Essa esperança não convenceu Tolstói:

O argumento de que aquilo que o revoltava, como lhe diziam os funcionários, provinha da imperfeição da organização dos locais de confinamento e de exílio e de que isso pode muito bem ser corrigido mediante uma nova forma de organização da prisão – não satisfazia Nekhliúdv, porque ele sentia que aquilo que o revoltava provinha não de uma organização mais ou menos perfeita dos locais de confinamento. Lia a respeito do aprimoramento das prisões com alarmes elétricos, sobre a pena de morte por eletrocussão, recomendada por Tarde, e as violências aperfeiçoadas revoltavam-no mais ainda. Revoltava Nekhliúdv, acima de tudo, o fato de, nos tribunais e nos ministérios, os cargos serem ocupados por pessoas que ganhavam um grande salário, tomado do povo, a fim de, mediante a consulta a livros redigidos por funcionários iguais a eles e com as mesmas motivações, enquadrar as ações das pessoas, que violavam as leis escritas por eles, em determinado artigo e, conforme esse artigo, mandar tais pessoas para algum lugar, onde quer que fosse, contanto não as vissem mais, onde elas ficavam sob o poder absoluto de cruéis e insensíveis guardas, carcereiros, soldados de escolta e onde pereciam aos milhões, espiritual e fisicamente. Ao conhecer de perto as prisões e as paradas da viagem rumo ao local de deportação, Nekhliúdv se deu conta de que todos aqueles vícios que se desenvolviam entre os prisioneiros: a bebida, o jogo, a crueldade e todos os crimes terríveis cometidos por detentos, e até a antropofagia – não eram acidentes, nem fenômenos de uma degeneração, de um tipo criminoso, de uma monstruosidade, como interpretavam sábios

⁵⁷⁹ TOLSTÓI, Liev, *Ressurreição*, p. 397.

obtusos para agradar o governo, mas sim a consequência inevitável do erro incompreensível segundo o qual umas pessoas podem castigar outras.⁵⁸⁰

Encontramos um eco dessas preocupações nas palavras de Dennis Challeen:

Nós queremos que (os prisioneiros) tenham autoestima...
Então, nós destruimos a sua autoestima.
Nós queremos que eles sejam responsáveis...
Então nós tiramos todas as responsabilidades.
Nós queremos que eles sejam positivos e construtivos...
Então nós os degradamos e os tornamos inúteis.
Nós queremos que eles não sejam violentos...
Então nós os colocamos onde a violência está em todo lugar.⁵⁸¹

Por que, então, continuamos fazendo isso?

A resposta, obviamente, não é de todo racional e, em grande parte, é explicada pelo medo, que sempre tem a sua dose de irracionalidade. Se não fizermos isso, o que acontecerá depois? Nem Tolstói nem os adeptos do abolicionismo penal explicam suficientemente o que vem depois, até porque não se tem a mínima certeza a respeito.

E, como já antecipamos acima, o que seria capaz de fazer um Estado em que não existisse o Direito Penal? Considerando ser mais do que improvável que um Estado elimine o Direito Penal e as prisões para se entregar ao anarquismo, o risco de um totalitarismo estatal seria quase certo. Afinal, num mundo em que ninguém comete crime, agentes estatais também não cometem. Em conclusão, *muito pior do que a vingança privada, aparece aqui o risco do retorno da selvagem lei do mais forte.*⁵⁸²

⁵⁸⁰ *Ressurreição*, p. 397-398.

⁵⁸¹ *Making it right: a common sense approach to criminal justice*. Aberdeen, S. Dak: Melius & Petersen, 1986 *apud* GORRINGE, Timothy, *God's just vengeance: crime, violence and the rhetoric of salvation*, p. 250, tradução nossa. Texto original, em Inglês: "We want (prisoners) to have self-worth... So we destroy their self-worth. We want them to be responsible... So we take away all responsibilities. We want them to be positive and constructive... So we degrade them and make them useless. We want them to be no violent... So we put them where there is violence all around". A versão integral do poema pode ser encontrada em: CHALLEEN, Dennis A. *Swamp water jurisprudence*. Minnesota: Swamp Water Press, 2007.

⁵⁸² Diante dos dados referentes ao número elevado de homicídios praticados por policiais no Brasil e da insuficiência na punição (Vide CHADE, Jamil. ONU denuncia Brasil por não punir policiais que matam. *Estadão*, São Paulo, 3 mar. 2016. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,onu-denuncia-impunidade-em-crimes-cometidos-pela-policia,10000019846>>. Acesso em: 31 out. 2017), algum crítico incauto poderia dizer que nada mudaria com a abolição do

Contudo, analisando sob outro prisma, se Tolstói estivesse correto sobre o livre-arbítrio ser apenas uma ilusão, não teríamos a menor dúvida de que acataríamos incondicionalmente a sua última conclusão de que o Direito Penal é contrário à razão. No entanto, esse foi o nosso primeiro ponto de discordância. A liberdade nunca é absoluta, pois ninguém vive dentro de um balão de ensaio, mas sim em meio à sociedade e a todas as circunstâncias e agruras da vida. Ainda que no caso de gêmeos univitelineos, pessoas que vivem a mesma situação respondem diferentemente aos *mesmos estímulos*. A resposta está em algo dentro de nós. E ainda que esse *algo* seja o nosso *cérebro*, responsável por tudo que somos, agimos e pensamos (como na aludida hipótese do pior determinismo, do capítulo 2), então é preciso que nos reconheçamos como *sendo nossos próprios cérebros, e não reféns deles*.

Para além dessa questão de Neurofilosofia, lembramos que a opção pelo crime também pode ser fruto de uma *decisão racional*,⁵⁸³ resultado de intensa deliberação e de resolução de dúvidas internas, conforme concluímos no capítulo 2.

Portanto, essa escolha, ainda que dependente do contexto, é o que dá razão à existência do Direito Penal. E o próprio sistema criminal é um limitador de nossas escolhas, bem como das escolhas do Estado, como acabamos de ver acima.

Evidentemente, voltando a Tolstói, pensando que todos poderíamos viver conforme as leis de Cristo, com amor e respeito ao próximo, concluímos necessariamente que o Direito Penal é contrário à razão. Contudo, nessa perspectiva, o crime também é contrário à razão. Talvez, como visto acima, o *perdão incondicional*⁵⁸⁴ provoque no autor do crime aquele *pior castigo, a consciência da própria consciência*.

sistema criminal, muito pelo contrário, melhoraria, já que a Polícia não teria mais crimes a combater. Seria uma visão pueril, pois, como visto páginas atrás, o próprio Louk Hulsman admitiu que a Polícia deveria continuar existindo para a manutenção da ordem. E, se a situação é ruim hoje (lembrando que os policiais brasileiros podem matar mais do que em outros países, só que também morrem mais, ou seja, são profissionais que trabalham, no mínimo, sob forte estresse), certamente tudo pode piorar com a libertação definitiva das amarras do Direito Penal.

⁵⁸³ Aqui, voltaremos ao mesmo paradoxo do racional-irracional. As vantagens do crime e o plano para garantir a impunidade podem ser racionais, de um lado, porém, de outro, sob o ponto de vista do mal invariavelmente causado a outras pessoas e diante do risco da pena, também são irracionais.

⁵⁸⁴ De acordo com Bruno Amabile Bracco: “A mensagem de Cristo é claríssima. Devemos virar a outra face. Devemos perdoar, e perdoar infinita e incondicionalmente. Devemos amar mesmo

Só que, aqui, temos um problema.

Amar e respeitar o próximo é a atitude mais racional que cada um de nós deveria cultivar para o convívio em sociedade, ainda que discordássemos uns dos outros. Conviver com tolerância das diferenças, sem desprezar ninguém, seria o paraíso na Terra.

Todavia, soluções que exigem que *todos sigam os ensinamentos de Cristo, ou de Buda, Gandhi, Karl Marx ou, por que não, Tolstói, são necessariamente utópicas, na medida em que se espera que todos, voluntariamente, sigam os mesmos ideais pacíficos e de boa convivência*. E quando se busca impor uma vontade única para todos, ou pensamentos religiosa ou politicamente corretos para todos, ao contrário de paz, temos massacres que vão desde a Inquisição até os Estados totalitários, sejam eles de extrema esquerda ou de extrema direita. Tais soluções utópicas podem até ser buscadas, mas não no âmbito do Direito. Esses verdadeiros *paraísos na Terra*⁵⁸⁵ ocorreriam se, naturalmente, cessassem os conflitos. E cessar completamente os conflitos significa cessar o Direito. Um *paraíso imposto* é uma contradição em seus próprios termos e fatalmente trará à tona o fantasma do totalitarismo ou do fanatismo.

O Direito Penal é efetivamente contrário aos ensinamentos de Jesus, como pontificou Tolstói, porém o próprio Cristo negou-se a julgar os seus juízes. Portanto, o Direito Penal não é aceito, mas também não é condenado por Jesus. Jesus não julgou os pecadores, nem aqueles que cometem os crimes, nem os que julgam os crimes.

Dessa forma, uma solução como essa extrapola os limites do Direito. Uma *boa vontade* não pode ser imposta pelo Direito. Ou desistimos de tal missão ou

aquele capaz das piores atrocidades. Devemos nos guiar pelo amor infinito de Deus, que põe o sol a brilhar sobre justos e pecadores. Devemos ter a certeza de que pessoas criminalmente condenadas entrarão no reino de Deus antes de muitos superficialmente justos". Cf. *As religiões e o movimento rumo ao perdão: um desafio para o direito penal*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 102.

⁵⁸⁵ Ainda de acordo com Bracco: "Na Bíblia, encontramos a promessa da Nova Jerusalém: novamente a sugestão é a de que a realização final não é puramente individual, mas *coletiva, e talvez a Nova Jerusalém venha a ser, ao devido tempo, todo o planeta cristificado*" (*Ibidem*, p. 419, grifo do autor). O autor conclui que a promessa última das Religiões seria a libertação coletiva de uma humanidade cristificada (*Ibidem*, p. 469). Nesse sentido, concordamos que tal espécie de paraíso na Terra seria função das Religiões. Esse mundo cristificado, porém, nunca poderia ser imposto pelo Direito. Aliás, essa imposição fatalmente acabaria por fugir aos próprios ensinamentos de Jesus, que nada impôs pela força. A única *força* passível de ser utilizada aqui seria a do convencimento pelo diálogo.

sucumbiremos à tentação totalitarista. O Direito Penal, contrário aos ensinamentos de Cristo, enfim, é feito por pecadores, para e contra pecadores.

Temos, então, que conviver com o paradoxo: a existência do Direito Penal é racional e irracional ao mesmo tempo. Deveria ser substituído por algo melhor, porém ninguém⁵⁸⁶ é capaz de apontar com segurança o que seria esse *algo melhor*, de modo que o Direito Penal existe para evitar os possíveis, prováveis e piores males que adviriam da sua inexistência.

Quanto ao funcionamento do Direito Penal, temos que aceitar que um certo grau de irracionalidade é inevitável.

Mas, o que é exatamente um Direito Penal racional?

O oposto do racional é ou deveria ser o irracional. Se uma solução é racional, aquela diametralmente oposta deveria ser irracional. *Entretanto, como vimos, tudo pode ser racional (lembremo-nos das justificativas para a criminalização do aborto e dos clientes da prostituição). E se tudo ou muita coisa pode ser racional, temos, paradoxalmente, a irracionalidade.*

Por que punir, se não punir também é racional? Por que punir dessa forma, se daquela também é racional? Nesse âmbito, insere-se o julgador, que, ao final, poderia decidir qualquer coisa dentre as alternativas *racionais*.⁵⁸⁷ Dizer que o

⁵⁸⁶ As soluções apresentadas por Bracco (promoção do autoconhecimento pelo encontro, diálogo, psicoterapia, pedagogia, meditação e arte) ainda são, a nosso ver, utópicas (*As religiões e o movimento rumo ao perdão: um desafio para o direito penal*, p. 469). Não que não sejam úteis e não possam ser paulatinamente implementadas. Entretanto, ainda somos céticos em relação à sua eficácia, não tanto no que tange a autores de crimes violentos, mas principalmente no que diz respeito a autores de crimes do colarinho branco. Psicoterapia, pedagogia, meditação e arte para alguém que já pode ter tudo isso não nos parece uma opção adequada. Quanto aos demais, fatalmente haveria o risco dessas boas intenções serem substituídas por práticas *selvagens e totalitárias*. O mundo imaginado por Bracco é o melhor possível. Porém, não existem atalhos para o caminho rumo a essa terra. E o caminho é muito, muito longo.

⁵⁸⁷ Quando dizemos que o juiz pode decidir *qualquer coisa*, não nos referimos ao arbítrio ou ao mero apelo à sua consciência, conforme a crítica de Lenio Luiz Streck, “[...] *como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva*.” Cf. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 19, grifo do autor. Contudo, um caso pode ter diversas interpretações possíveis e Streck não defende a proibição de interpretar (*Ibidem*, p. 104). Fato é que a decisão de um caso pode ter diversas soluções possíveis e racionais. Doutrinadores podem criticar decisões judiciais. Outros doutrinadores podem considerá-las corretas. Ainda que todos os doutrinadores atuais critiquem, a decisão judicial pode estar correta, podendo surgir, posteriormente, uma nova doutrina que reconheça isso. Enfim, por mais que se tente objetivar o Direito, tratá-lo como uma Ciência, o Direito nunca escapará dessa disputa, dessa *batalha verbal*. Princípios abertos, normas ambíguas, tudo isso leva a resultados diversos e racionalmente adequados. A própria tese de *derrotabilidade da norma jurídica* – indicando que uma norma pode ser afastada, ainda que preenchidos os requisitos legais, conforme Alexandre Morais da Rosa (Quase novidade, Teoria da Derrotabilidade merece ser melhor conhecida. *Consultor Jurídico*, [S.l.], 22 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-22/diario-classe-novidade-teoria-derrotabilidade-merece-melhor-conhecida>>. Acesso em: 31 out. 2017) – demonstra esse paradoxo racional/irracional

Direito é aquilo que o juiz diz que é, ainda que esse *juiz* seja a última instância, ou seja, a Suprema Corte, constitui a maior prova da irracionalidade de nosso sistema criminal.⁵⁸⁸ Todavia, não se trata de uma irracionalidade oposta à racionalidade: cuida-se de um irracional racional ou de um racional irracional. Enfim, o Direito é aquilo que é dito pelo juiz no caso concreto, e, como visto, conforme o momento, vale dizer, o mesmo juiz pode dizer ora uma coisa e ora outra, tendo em vista que diz de forma fundamentada, racionalmente. Racionalmente desdiz aquilo que foi dito racionalmente no passado, nem sempre tão longínquo.⁵⁸⁹ E mesmo que isso seja objeto de críticas, tais críticas são

de que estamos falando. Claro que isso não significa que inexistem o certo e o errado. Há decisões, bem como doutrinas, flagrantemente equivocadas. Porém, a Ciência do Direito não pertence ao domínio da *exatidão*.

⁵⁸⁸ Nessa linha de raciocínio, Ari Marcelo Solon, comentando sobre Hans Kelsen: “O uso da lógica formal usada como método fundamental da ciência do direito (tendência de Gerber e Laband e primeiro Jhering) de transformar jurisprudência em jurisprudência lógica, somente veio a ser sepultado pelo último Kelsen [...] Não foi difícil para Kelsen superar a lógica da norma como *Sollen*, pois jamais postulou a aplicação de métodos lógico dedutivos na interpretação e aplicação do direito. Já na Teoria Geral das Normas, esta tendência irracionalista, latente desde a primeira fase, aguça-se”. Cf. *Os caminhos da filosofia e da ciência do direito: conexão alemã no devir da justiça*. Curitiba: Prisma, 2015, p. 63-64. A *tendência irracionalista* refere-se à última posição de Kelsen, de norma como ato de vontade. Vejamos: “O advogado A pode exigir que o juiz B deva punir C que, segundo a opinião do advogado, furtou; mas o juiz, que está disposto a punir ladrões, pode recusar a exigência do advogado, porque o *dever-ser* da punição de C vale para o juiz se C, na opinião do juiz, furtou, e o juiz é de opinião que C não furtou. Ele pode decidir: *C não deve ser punido*”. (KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 28). A menção à *opinião* pode se confundir com o mero *arbítrio*. No entanto, pode haver inúmeras interpretações válidas sobre as provas dos autos. E não se diga que essa mera possibilidade deveria levar à absolvição, pois também se pode discordar do que seja *dúvida razoável*. Se alguém acusado de furtar, é pego com os objetos furtados em seu poder, mas diz que estava apenas segurando como forma de prestar um favor para alguém que disse precisar ir ao banheiro (sendo que tal pessoa não é encontrada), entender tal versão como *possível e passível, por conseguinte, de gerar dúvida* não deixa de ser uma interpretação racional. Se, porém, trata-se de uma *dúvida razoável*, é algo que pode depender da interpretação de uma série de circunstâncias do caso concreto. E a interpretação que, ao final, prevalecer, pode ser apenas uma dentre tantas outras.

⁵⁸⁹ Que o diga o nosso próprio Supremo Tribunal Federal, que, em recentes decisões, com pouco intervalo entre as mesmas, tem tomado posições aparentemente opostas. Nossa Corte Suprema, por exemplo, decidiu pelo afastamento do presidente da Câmara de Deputados, dentre outros argumentos, por não poder um réu figurar na linha sucessória da Presidência da República (PLENÁRIO confirma afastamento de Eduardo Cunha do mandato na Câmara. *Notícias STF*, Brasília, 5 maio 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316009>>. Acesso em: 31 out. 2017). Pouco tempo depois, entretanto, o Plenário do Supremo deixou de referendar a liminar do Ministro Marco Aurélio de Mello, que, com base, dentre outros argumentos, na mesma razão, determinara o afastamento do presidente do Senado Federal (RÉUS em ação penal não podem substituir presidente da República, decide Plenário. *Notícias STF*, Brasília, 7 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=331478&caixaBusca=N>>. Acesso em: 31 out. 2017). Parece que algumas circunstâncias fáticas, que não convenceram o Ministro Marco Aurélio de Mello, levaram o Supremo Tribunal Federal a decidir a questão de forma diversa ou, pelo visto, *conforme a singularidade do caso concreto*. Tal decisão, como de hábito, foi objeto de elogios e críticas, algumas delas ácidas ao extremo, como a de Luiz Flávio Gomes, que tachou a data da segunda decisão de “Dia da Vergonha Suprema”. Cf. *O jogo sujo da corrupção*, p. 167.

divididas entre os juristas que defendem a posição anterior e a posterior. Críticas racionais. Enfim, quando tudo pode ser racional, já adentramos o terreno da irracionalidade. E o pior é que o erro na interpretação da norma ou do fato, na condenação ou na absolvição, nunca pode ser descartado. Nessa linha de raciocínio, não é difícil entender porque Tolstói considerou todo julgamento criminal contrário à razão. O questionamento enigmático de Franz Kafka também pode ser lembrado. Como pode um homem ser considerado culpado? Máxime quando nunca pode ser afastado o fantasma do erro judicial? Máxime quando a punição pode ser tão irracional quanto o crime?

Afinal, Tolstói estava certo ou errado ao considerar o Direito Penal contrário à razão?

Entendemos que estava certo e errado ao mesmo tempo. Todas as críticas de Tolstói, especialmente às prisões e às finalidades da pena, são, em nosso entender, válidas. Todavia, tais penas e prisões afiguram-se a solução mais racional possível para se evitar o caos anárquico em que todos podem cometer crimes, ou pior, um Estado desamarrado do Direito Penal, pronto a fazer qualquer coisa para manter a ordem, que, invariavelmente, estará vinculada à manutenção do poder.

Essa conclusão pode parecer inútil. Não é. O primeiro passo para resolver um problema é reconhecê-lo. Operadores do sistema criminal, especialmente juízes, promotores, policiais, e até mesmo advogados, além de professores, não podem ignorar o aspecto em grande parte irracional daquilo que decidem, defendem ou ensinam. E o mero subterfúgio por vezes utilizado de que existem mazelas que podem ser superadas é insuficiente. O paradoxo racional-irracional é eterno, é algo que sempre estará presente.

Nesse sentido, é preciso reconhecer que sempre poderemos estar errados quando vencermos e certos quando perdermos. E vencer ou perder o quê? A *batalha verbal*. Aquela com a qual nos defrontamos na lida diária com o sistema criminal ou mesmo fora dele, quando o analisamos. Aquela que criticamos dizendo que o Direito não pode ser qualquer coisa, mas que, ainda assim, sentimos isso ao verificar tantas possibilidades racionalmente defendidas. E, diante de tais hipóteses, amiúde, o diálogo desaparece, e, em seu lugar, surgem as ofensas, as tentativas de desqualificações do outro, a intolerância e, em

circunstâncias extremas, a violência.⁵⁹⁰ É um cenário desolador e pessimista. Parece que dele só podemos escapar recorrendo a esperanças em determinadas utopias, religiosas ou não. O que fazer, então?⁵⁹¹

⁵⁹⁰ Sem chegar ao grau de violência física, não raras vezes já foram noticiadas agressões verbais entre Ministros do Supremo Tribunal Federal. Confira-se, por exemplo: BARBOSA, Bernardo. Gilmar Mendes e Barroso batem boca e trocam acusações no plenário do STF. *Uol Notícias*, São Paulo, 26 out. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/10/26/gilmar-mendes-e-barroso-batem-boca-e-trocam-acusacoes-no-plenario-do-stf.htm>>. Acesso em: 31 out. 2017. Não fazemos aqui uma crítica específica, pois todos estamos sujeitos a isso. Porém, é impossível deixar de constatar que estamos distantes de uma *Nova Jerusalém*, tal qual a imaginada por Bruno Amabile Bracco.

⁵⁹¹ Nossa pergunta já foi feita por Tolstói, na obra *What to do? Thoughts evoked by the Census of Moscow*. Translation by Isabel F. Hapgood. Transcript of the 1887 edition, by Thomas Y. Crowell & Co., by David Price. New York: [s.n.], [201-]. (kindle edition). Sim, nosso final é brusco, pois não temos resposta para isso. Não por outro motivo, o presente trabalho é tido como um ensaio, sempre em busca de diálogo com quem nos lê. Nossas tentativas de resposta e propostas ficam para o último capítulo da presente obra.

5 EM BUSCA DA MITIGAÇÃO DA IRRACIONALIDADE DO SISTEMA CRIMINAL: A ÚLTIMA RECOMENDAÇÃO DE TOLSTÓI

5.1 O que devemos fazer?

*“All this is very fine, these are sounding phrases; but do you tell us what to do and how to do it?”*⁵⁹²

Escrevendo sobre um censo a ser realizado na cidade de Moscou, Tolstói reconheceu a relevância da Ciência e a utilidade daquele instrumento. Contudo, ele não admitiu que, no caso de verificação de pessoas em situação miserável, estas não fossem imediatamente ajudadas. “Pereça o censo inteiro se nós pudermos alimentar ao menos uma senhora idosa.”⁵⁹³

Parece que o mesmo pode ser aplicado em relação à Ciência do Direito Penal. Verificada uma situação de injustiça, portanto, a Ciência não pode permanecer indiferente.

Por óbvio, a primeira pergunta a ser feita é justamente a seguinte: o que é uma situação de injustiça? Infelizmente, no âmbito do funcionamento irracional do sistema criminal, não temos uma resposta única. Várias respostas podem surgir: inocentes presos, culpados por crimes graves impunes. Como agir em cada caso?

A solução deve ser a da mitigação possível da irracionalidade.

Consideremos, por exemplo, a questão do culpado por crimes graves que permaneça impune. Bem, é claro que, em primeiro lugar, é necessário estabelecer a culpa mediante um devido e efetivo processo legal. Cremos que foi isso que inspirou, por exemplo, os tribunais de Nuremberg e de Tóquio. Rigorosamente, nos estritos termos da lei, não haveria como julgar os criminosos de guerra nazistas pelas atrocidades cometidas.

⁵⁹² TOLSTÓI, Leo, *What to do?*, sem paginação. Tradução nossa: “Tudo isso está muito bem, essas são frases sonoras; mas você nos conta o que fazer e como fazê-lo?”.

⁵⁹³ *Ibidem*, sem paginação, tradução nossa. Texto original, em Inglês: “*Perish the whole census if we may but feed an old woman*”.

O Tribunal de Nuremberg, curiosamente, costuma ser criticado pela ofensa ao princípio da legalidade, todavia, *paradoxalmente*, ninguém se atreve a dizer que os nazistas não cometeram crimes. E os críticos, sobretudo os de hoje, não dizem expressamente qual deveria ter sido a solução. Absolver a todos por ausência de lei? Reconhecer a legitimidade jurídica da lei nazista, ainda que evidentemente imoral? Não julgar, não fazer nada?

Depois de uma guerra, a solução “não fazer nada” parece deveras improvável, especialmente do ponto de vista político. Quanto aos crimes, mais especificamente os *campos de concentração, as câmaras de gás e outras inumanidades*,⁵⁹⁴ deixá-los impunes também seria uma *injustiça*. Só que, do ponto de vista estritamente jurídico, a punição não deixou de representar uma *irracionalidade*. Para Hans Kelsen, Nuremberg não deveria constituir precedente para casos futuros.⁵⁹⁵ Mas Kelsen, de outro lado, também não disse, em momento algum, que não ocorreram *crimes*.⁵⁹⁶ Voltando a Antoine Garapon, seriam *crimes que não se podem punir nem perdoar*.⁵⁹⁷ Por sinal, a ideia inicial dessa impossibilidade concomitante de se punir e de se perdoar surgiu com as reflexões de Hannah Arendt sobre o totalitarismo:

Até agora, a crença totalitária de que tudo é possível parece ter provado apenas que tudo pode ser destruído. Não obstante, em seu afã de provar que tudo é possível, os regimes totalitários descobriram, sem o saber, que existem crimes que os homens não podem punir nem perdoar. Ao tornar-se possível, o impossível passou a ser o mal absoluto, impunível e imperdoável, que já não podia ser compreendido nem explicado pelos motivos malignos do egoísmo, da ganância, da cobiça, do ressentimento, do desejo do poder e da covardia; e que, portanto, a ira não podia vingar, o amor não podia suportar, a amizade não podia perdoar. Do

⁵⁹⁴ Mireille Delmas-Marty fala de um *Direito Penal do Inumano* em oposição ao *Direito Penal do Inimigo*. Vide *Direito penal do inumano*. Tradução de Renata Reverendo Vidal Kawano Nagamine. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 23. Embora as ideias, a princípio, possam soar a mesma coisa, em verdade, o *inumano*, na visão de Delmas-Marty, é o *fato*, e não o *autor do fato*, como ocorre no Direito Penal do Inimigo.

⁵⁹⁵ Will the judgment in the Nuremberg Trial constitute a precedent in International Law?, p. 289.

⁵⁹⁶ Aqui, assiste razão a Raffaele Garofalo: “Creio que o ponto de partida deve ser a noção sociológica do delito. Não nos digam que lhe deram os juristas. Não se trata aqui de uma palavra técnica; mas sim de uma palavra que encerra uma ideia acessível a toda pessoa, conheça ou não conheça as leis”. Cf. *La criminología: estudio sobre el delito y la teoría de la represión*. Traducción de Pedro Dorado Montero. Montevideo; Buenos Aires: B de F Editorial, 2005, p. 4, tradução nossa. Texto original, em Espanhol: “Yo creo que el punto de partida debe ser la noción sociológica del delito. No se nos diga que y ala han dado los juristas. No se trata aquí de una palabra técnica; sino de una palabra que encierra una idea accesible a toda persona, conozca o no conozca las leyes”.

⁵⁹⁷ Cf. *Crimes que não se podem punir nem perdoar*: para uma justiça internacional.

mesmo modo como as vítimas nas fábricas da morte ou nos poços do esquecimento já não são “humanas” aos olhos de seus carrascos, também essa novíssima espécie de criminosos situa-se além dos limites da própria solidariedade do pecado humano.⁵⁹⁸

Alguns poderiam alegar que se deveria dar tempo ao tempo, tendo em vista que, hoje, criminosos nazistas são julgados na Alemanha.⁵⁹⁹ No entanto, seria viável ou *racional* esperar mais de 70 anos para se julgar um fato? Quem se está julgando? O jovem ou o idoso? A própria ideia de imprescritibilidade é irracional, pois não leva em consideração que o autor do fato, passados 50, 60 ou 70 anos, não será mais a mesma pessoa da época do crime. A punição, nesse sentido, além de ser apenas meramente simbólica, pode ter um simbolismo inverso do que o pretendido. Afinal, chamar-se-á a atenção para o fato de que o crime compensou para o acusado, que, apenas no fim da vida, viu-se condenado, e, portanto, expõe-se à sociedade que, com relação a todo o tempo de pena que deveria ter sido cumprido no passado, o culpado não cumpriu nem cumprirá, posto que não viverá para tanto. A justiça criminal, em verdade, ainda que reconhecida a culpa por fatos graves, acabará sendo ridicularizada, desacreditada, ou, pior ainda, poderá ser vista como injusta e desumana. Nessa linha de raciocínio, a ideia de imprescritibilidade, tida por muitos como um avanço (e até uma necessidade),⁶⁰⁰ pode ser seriamente questionada do ponto de vista da racionalidade.⁶⁰¹

⁵⁹⁸ *Origens do totalitarismo*: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. 7. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 510.

⁵⁹⁹ Cf. ALTARES, Guillermo. Criminosos nazistas: a justiça tarda, mas não falha. *El País*, [S.l.], 21 jun. 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/20/opinion/1466445968_256932.html>. Acesso em: 3 nov. 2017. Julgado aos 94 anos de idade, o ex-vigia de Auschwitz se disse envergonhado de ter visto a injustiça e não ter feito nada para impedir. (OLTERMANN, Phillip. Ex-Auschwitz guard talks of shame during Trial over mass killings. *The Guardian*, Berlim, 29 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2016/apr/29/auschwitz-guard-reinhold-hanning-holocaust-trial>>. Acesso em: 3 nov. 2017). Condenado, acabou falecendo aos 95 anos, antes que o seu recurso fosse julgado pela Suprema Corte da Alemanha. (MORRE guarda nazista de Auschwitz condenado à prisão em julgamento em 2016. *Portal G1*, São Paulo, 1º jun. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/morre-guarda-nazista-de-auschwitz-condenado-a-prisao-em-julgamento-em-2016.ghtml>>. Acesso em: 3 nov. 2017). Com a devida vênia, essa condenação de um senhor já idoso, de 94 anos, que certamente já não é mais o vigia de 23 anos de Auschwitz, por tudo que se passou na Alemanha desde então e por tudo que passou na própria vida, é mais irracional do que a punição de Nuremberg feita logo após os fatos.

⁶⁰⁰ Nesse sentido, chegou-se a ajuizar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, no Supremo Tribunal Federal, para a revisão da Lei de Anistia (Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979), com o intuito de permitir a punição de agentes militares. Chama a atenção o fato de a ação ter sido ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, tendo ingressado como *amicus curiae*, dentre outros, a Associação Juizes para a Democracia,

A ideia de imprescritibilidade, no entanto, liga-se a uma espécie de *obrigação de punir*, conceito que interliga, aparentemente, diferentes concepções, como, por exemplo, a proposta de redução da maioria penal e as ações que visam à punição de crimes cometidos na ditadura. Ainda que tais propostas sejam defendidas por segmentos aparentemente opostos, conservadores e progressistas, elas compartilham, mesmo que inconscientemente, algo em comum, isto é, a *sede punitiva*. Até no segundo caso, nota-se mais o pleito da obrigatoriedade de condenar, *para que não se deixem impunes os crimes da ditadura*. Assim, essa obrigatoriedade de condenar tempos depois é a mesma que existiu em Nuremberg e que, segundo alguns, persiste no Tribunal Penal Internacional (TPI).⁶⁰²

Voltando aos tribunais internacionais surgidos após a Segunda Guerra Mundial, constatamos, porém, que mais exatamente em Tóquio, uma voz, dentre os juízes, levantou-se contra a punição. Essa voz foi a do magistrado indiano Radhabinod Pal, que absolveu todos os acusados japoneses dos crimes de agressão. O extenso voto de Pal levou em consideração a história japonesa e

entidade frequentemente crítica do *punitivismo*. Ora, punir, neste caso, contrariando uma lei de mais de 30 anos atrás, não seria um *punitivismo*? Qual seria a função da pena? Preventiva? Qual seria a prevenção cabível, decorridos mais de 30 anos? Se a prevenção fosse realmente necessária, já não teríamos tido outros crimes contra a humanidade em todo esse tempo? Alguns poderiam dizer, ingenuamente, ou numa tentativa de autoilusão, que as torturas hoje cometidas são decorrência da falta de punição dos torturadores do passado. É certamente pueril pensar que um torturador, hoje, só resolve praticar o crime em razão da anistia da Lei nº 6.683/79. Afastada a função preventiva, ter-se-ia somente a função repressiva ou a meramente simbólica. A meramente repressiva costuma ser duramente criticada pelas mesmas entidades que defenderam a revisão da Lei de Anistia. Já o mero simbolismo, como no caso da recente punição do ex-vigia de Auschwitz, pode desacreditar a justiça (ainda mais) ou, pior, levar a críticas no sentido de ser uma justiça desumana (pretendendo encarcerar pessoas já idosas por fatos ocorridos há mais de 30 anos) ou de ser uma justiça *ideológica*, por pretender, agora, somente a punição de um dos lados do conflito (sem se almejar a eventual punição de assassinatos e de outros crimes cometidos por quem se opôs ao regime militar). Conforme colocado pelo então Ministro Eros Grau, Relator da ADPF 153, é necessário lembrar que a anistia foi *bilateral*. O voto do Ministro encontra-se disponível, na íntegra, em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/adpf153.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

⁶⁰¹ Daniel Pastor considera os delitos imprescritíveis juridicamente inconcebíveis num Estado de Direito, criticando a *ideologia de punição infinita* do Estatuto de Roma. Cf. *El poder penal internacional: una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Barcelona: Atelier, 2006, p. 186-187.

⁶⁰² Para Daniel Pastor, o Tribunal Penal Internacional orienta-se, por definição e até pela linguagem beligerante de seu Estatuto, a condenar e, somente eventualmente, absolver. *Ibidem*, p. 135.

também as atitudes dos países ocidentais em relação à Ásia, antes da guerra.⁶⁰³ De acordo com Pal, somente a *guerra perdida* seria um crime internacional.⁶⁰⁴

Em verdade, tal frase de Pal pode ser situada entre o cinismo e o pragmatismo. Se a Alemanha nazista tivesse vencido a guerra, os campos de concentração teriam sido justificados? Ou, para não imaginar o que não ocorreu, fiquemos com a hipótese histórica e perguntemos: os campos de concentração são crimes apenas porque a Alemanha perdeu a guerra? É inegável que a derrota na guerra criou condições para o julgamento dos crimes contra a humanidade cometidos pelos nazistas. Contudo, o tirocínio de Pal deve ser considerado incompleto, bastando, para tanto, lembrar a própria História. Por que não houve um Tribunal de Nuremberg para a Primeira Guerra Mundial? Conforme anota Paul Roland:

As lembranças constrangedoras dos julgamentos de Leipzig depois da Primeira Guerra Mundial ainda eram muito vívidas. Em 1921, os Aliados haviam permitido à Alemanha que processasse seus cidadãos acusados de crimes de guerra, mas, dos novecentos acusados e processados, só dois foram condenados, mas fugiram da prisão domiciliar logo depois. Um dos acusados, o marechal de campo von Hindenburg, mais tarde foi nomeado presidente da República de Weimar. E as indecisões políticas de von Hindenburg possibilitaram a ascensão de Hitler ao poder em 1933.⁶⁰⁵

Um tribunal como o de Nuremberg não ocorreu após a Primeira Guerra. Será que, depois da Segunda Grande Guerra, o Tribunal Internacional foi concebido realmente por conta do insucesso dos julgamentos acima referidos por Roland? Ou será que as atrocidades cometidas na Segunda Guerra foram mais graves do que as da Primeira? Talvez a junção desses e de outros fatores tenha sido determinante. O fato é que não parece que o Tribunal Internacional nasceu

⁶⁰³ KEY, Ushimura. *Beyond the "judgment of civilization": the intellectual legacy of the Japanese war crime trials, 1946-1949*. Translation by Steven J. Ericso. Tokyo: The International House of Japan, 2003, p. 168-169.

⁶⁰⁴ "E se confirma também a amarga máxima de Radhabinod Pal, o juiz hindu do Tribunal de Tóquio, em frequente polêmica com a maioria da Corte: 'Só a guerra perdida é um crime internacional'." (ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores: de Nuremberg a Bagdad*. Traducción de Elena Bossi, revisada por Pablo Eiroa. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 65, tradução nossa). Texto original, em Espanhol: "Y se confirma también la amarga máxima de Radhabinod Pal, el juez hindu del Tribunal de Tokio, en frecuente polémica con la mayoría de la Corte: 'Sólo la guerra perdida es un crime internacional'".

⁶⁰⁵ *Os julgamentos de Nuremberg: os nazistas e seus crimes contra a humanidade*, p. 20.

simplesmente do *imperialismo* ou como consequência natural dos vencedores da guerra. Se assim fosse, em rigor, um tribunal similar já teria nascido por ocasião do fim da Primeira Grande Guerra.

Não podemos, então, mais uma vez, nos livrarmos da sensação de que o *Direito de Nuremberg* nasceu da *singularidade do caso concreto*, padecendo, pois, do mesmo paradoxo que aflige o Direito Penal como um todo: o de ser racional e irracional ao mesmo tempo. Nesse sentido, é natural que alguns se apeguem à racionalidade e outros acentuem a irracionalidade.

O Tribunal de Nuremberg, desse modo, representou a solução jurídica da época e não deixou de ser uma tentativa de mitigação da irracionalidade, a fim de que não restassem impunes, dentre outros, os crimes contra a humanidade cometidos nos campos de concentração nazistas. Inúmeras críticas podem e devem ser feitas. O dissenso do juiz Radhabinod Pal, em Tóquio, foi mais do que bem-vindo. Isso mostra que não havia uma única solução e que não houve um pensamento único à época, assim como não há hoje.

Essa coexistência de opiniões contrárias, racionalmente fundamentadas, a nosso ver, deve levar à mitigação da irracionalidade, o que, em Direito Penal, deve significar a atenuação da punição. Se punir e não punir são alternativas irracionais, a solução deve ser punir menos ou de modo menos seletivo.

Isso, em Nuremberg, significaria, pelo menos, não aplicar as penas de morte, e, para evitar a seletividade, alguns atos dos aliados, a exemplo das bombas atômicas no Japão, também deveriam ser julgados. Porém, o precedente de Nuremberg persiste, não obstante a citada advertência de Kelsen.⁶⁰⁶ Com efeito, hoje, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional estaria melhor, por exemplo, sem a previsão da imprescritibilidade e da prisão perpétua (exemplos de Direito Penal máximo), mas com um alcance verdadeiramente universal, no lugar da atual seletividade. E a seletividade do TPI ganha ares de perversidade, na medida em que a sua jurisdição pode, em tese, alcançar Estados que não sejam Partes,⁶⁰⁷ desde que denunciados pelo Conselho de Segurança.⁶⁰⁸ Contudo, três

⁶⁰⁶ Will the judgment in the Nuremberg Trial constitute a precedent in International Law?, p. 289.

⁶⁰⁷ Consoante esclarece Ania Salinas Cerda, há duas formas de o TPI alcançar situações ocorridas em Estados que não sejam Partes do Estatuto de Roma: “Deve-se levar em conta que, embora seja o Tribunal investido de jurisdição inerente aos Estados Partes, há sempre a necessidade de um mecanismo de provocação, a fim de ativá-la. No caso dos Estados que não são partes no Estatuto, para que ele seja autorizado a intervir será necessária (i) a aceitação de sua jurisdição pelo referido Estado, de acordo com o artigo 12(3), seguida por qualquer um dos

membros permanentes desse Conselho (Estados Unidos, Rússia e China) não ratificaram o Estatuto e, por conseguinte, seus respectivos nacionais não podem ser julgados pelo TPI. Segundo observou Mohamed Madi Djabakate:

É absurdo pedir a esses países (China, Estados Unidos e Rússia), os quais não subscreveram o Estatuto de Roma, para deferir tais situações. Não só, eles são a maioria entre os cinco membros permanentes, basta que um só dentre eles faça um bloqueio para que a situação não seja conduzida. Mesmo que não houvesse dúvida sobre a politização do Conselho de Segurança, a contestação poderia ser mínima se todos os cinco membros permanentes fossem partes do Estatuto de Roma. Eis, portanto, um órgão, o Conselho de Segurança, cujos membros essenciais não são jurisdicionados do TPI, mas que podem alcançar quem quer que seja.⁶⁰⁹

O sistema criminal internacional, portanto, continua padecendo de graves irracionalidades, e até de iniquidades, na medida em que três membros permanentes do Conselho de Segurança têm poderes para encaminhar ao Procurador do TPI situações de Estados que não sejam Partes do Estatuto de Roma, ao mesmo tempo em que tais países (Estados Unidos, Rússia e China) não são Partes, tendo, pois, condições de se imunizar. Enfim, o Tribunal Penal Internacional, nesse diapasão, continua representando uma justiça dos vencedores.

Se pararmos, no entanto, para pensar especificamente no caso brasileiro e na já mencionada diferenciação entre as leis de crimes do colarinho branco (como, por exemplo, crimes licitatórios e contra o mercado de capitais) e as da criminalidade de rua (como no caso de colocar em circulação moeda falsa),

procedimentos provocadores do artigo 13, ou (ii) uma remessa pelo Conselho de Segurança da ONU, nos termos do artigo 13(b)". Cf. Artigos 13 a 16: Ativação da jurisdição. Remessa por Estado Parte. Iniciativa do Procurador. Remessa pelo Conselho de Segurança da ONU. Suspensão da investigação ou do procedimento. In: STEINER, Sylvia Helena; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). *O Tribunal Penal Internacional: comentários ao Estatuto de Roma*. Tradução de Belisa Carvalho Nader. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 285-326, p. 286.

⁶⁰⁸ "Artigo 13 Exercício da Jurisdição - O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o artigo 5º, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se: [...] b) O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes; [...]"

⁶⁰⁹ *Le rôle de la Cour Penale Internationale en Afrique*. Paris: L'Harmattan, 2014, p. 95, tradução nossa. Texto original, em Francês: "Il deviant absurde de demander à des pays (Chine, États-Unis et Russie) qui eux-mêmes ne souscrivent pas au Statut de Rome d'y déférer des situations. [...] Voilà donc un organe, le Conseil de sécurité, dont l'essentiel des membres n'est pas justiciable de la CPI, mais qui peut la saisir contre qui que ce soit".

veremos que o Direito continua padecendo de problemas estruturais. O sistema criminal parece ser feito, *em regra*, para não funcionar em relação à criminalidade dos poderosos e para funcionar em relação aos crimes cometidos pelos menos favorecidos. Se o Brasil, hoje, tem uma das maiores populações carcerárias do mundo, os *hóspedes habituais das prisões* não são os mais ricos empresários nem os membros da classe política envolvidos em escândalos de corrupção e fraudes milionárias.

Tal irracionalidade tem múltiplos fatores, a exemplo das leis mais brandas para a criminalidade do colarinho branco (e, aqui, tem-se a questão da ineficiência do Direito Penal) e o talvez inconsciente descaso para os acusados de crimes de rua não violentos, sem prejuízo de práticas piores ainda, que configurem ilícitos das próprias autoridades do sistema criminal.⁶¹⁰

Eliminar a irracionalidade intrínseca do sistema criminal constitui tarefa pretensiosa, senão impossível. Todavia, ao nos depararmos com problemas pontuais, devemos fazer decididamente alguma coisa, como nos incitou Tolstói. Mitigar as irracionalidades é o que devemos fazer!

5.2 Em busca da racionalidade possível do sistema criminal

Reconhecer a irracionalidade do sistema criminal, em primeiro lugar, não significa dizer que não existem normas jurídicas. Fazemos essa advertência a fim de fugirmos da crítica exagerada de Herbert Hart ao realismo jurídico.⁶¹¹ As

⁶¹⁰ De fato, para além da irracionalidade, digamos, lícita, não se pode olvidar a prática de ilícitos, como, por exemplo, confissões obtidas mediante tortura, resultando em condenações injustas, e outros casos concretos de abuso de autoridade (não estamos obviamente nos referindo a projetos que estabelecem crimes de hermenêutica), bem como absolvições ou libertações injustas, decorrentes da prevaricação ou corrupção de autoridades policiais, ministeriais ou judiciais.

⁶¹¹ “O indivíduo cético a respeito das normas é às vezes um absolutista frustrado: descobriu que as normas não são tudo o que seriam no paraíso de um formalista, ou num mundo onde os homens se assemelhassem a deuses e pudessem prever todas as combinações possíveis de fatos, de modo que a textura aberta não fosse uma característica necessária das normas. A concepção do cético a respeito da existência de uma norma pode ser assim um ideal inatingível; e, ao descobrir que este não é alcançado por aquilo que chamamos de normas, ele expressa sua decepção negando que haja, ou que possa haver, quaisquer normas.” (*O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 180). Reconhecer o paradoxo racional-irracional não significa desistir das normas, não obstante seja possível uma nova atitude em relação a elas, conforme veremos no decorrer do texto.

normas penais existem sim, porém elas podem estar sujeitas a interpretações diversas, bem como podem ser questionadas do ponto de vista de sua legitimidade, tanto racional quanto ética (vide os exemplos dos crimes de aborto e de importação de medicamentos sem registro). Assim, o nosso ceticismo é assemelhado à advertência de Tolstói no sentido de que o Direito Penal seria contrário à razão. Não é que a norma não exista. Ela existe, mas frequentemente pode se interpretada de formas diferentes por uns e por outros. E isso também não significa a aceitação da hipótese aventada por muitos de que os juízes primeiro decidem e depois buscam os argumentos normativos para as suas decisões. É até possível que alguns procedam desse modo, no entanto, trata-se de mais uma simplificação e generalização impossível de ser comprovada. Amiúde, o processo decisório de casos difíceis é precedido do trabalho de interpretação das leis e é justamente esse processo interpretativo que pode ser diferente de acordo com o julgador.

Reconhecer a possibilidade de decisões racionalmente fundamentadas em sentidos opostos ou diversos é o que, particular e paradoxalmente na esfera criminal, mostra a irracionalidade do sistema. Por que punir, se também é racional não punir? Por que punir dessa forma, se também é racional punir de outra forma? Por que punir nesse *quantum*, se também é racional punir com penas maiores ou menores? Por que punir tais crimes com pena mais severa do que esses outros delitos? Enfim, por mais que se busque a racionalidade do sistema criminal, sempre sobrar um resto de insolúvel irracionalidade.

Anteriormente, no capítulo 1, falamos de maneira genérica do que poderia ser considerado racional. Citamos a justiça do caso concreto, a proporcionalidade, a razoabilidade, o bom senso etc. Também mencionamos brevemente a possibilidade do paradoxo aprofundado nessa oportunidade. A verdade é que a racionalidade não escapa desses conceitos valorativos, os quais podem significar uma coisa para certas pessoas e algo completamente diferente para outras. Recordemos, uma vez mais, as problemáticas relativas à criminalização da prostituição e do aborto. O racional, portanto, não escapa do irracional. O sistema criminal, pois, revela-se campo mais do que propício a fim de que o conhecimento técnico-científico seja desafiado pelo prático (não custa lembrar novamente a *singularidade do caso concreto* de Julius Hermann von Kirchmann).

De acordo com Michael Oakeshott, o racionalismo somente admitiria o conhecimento técnico, negando a própria existência de um *conhecimento* prático:

O conhecimento técnico pode ser aprendido através de um livro, de um manual; ele pode ser obtido com um curso à distância. Além disso, sua maior parte pode ser absorvida de cor e aplicada de maneira mecânica: a lógica do silogismo é uma técnica que se enquadra nesses parâmetros. *Grosso modo*, o conhecimento técnico pode ser tanto ensinado quanto aprendido. Por outro lado, o conhecimento prático não pode ser ensinado nem aprendido, apenas comunicado e adquirido. Ele existe única e exclusivamente na prática, sendo possível sua aquisição através do relacionamento com um mestre – e não porque um mestre pode ensiná-lo (de fato ele não pode), mas devido ao motivo de que sua aquisição se dá somente após um contato contínuo com alguém que o pratica constantemente. [...] Bem, da forma como entendo, o racionalismo é a postura que defende que o que chamo de conhecimento prático não é conhecimento de maneira alguma, uma vez que postula que fora do conhecimento técnico não há lugar para nenhum outro conhecimento que se possa chamar de real. O racionalista sustenta que o único elemento envolvido em qualquer atividade humana é o de composição técnica, e que o que denomino conhecimento prático é somente uma forma de esoterismo que poderia ser deixada de lado, salvo pelo fato de seu alto potencial ludibriador. A soberania da razão, para o racionalista, significa a soberania da técnica.⁶¹²

Nessa ordem de ideias, a nossa posição acerca da aplicação da pena abaixo do mínimo legal no caso de importação de medicamentos sem registro seria completamente irracional. De fato, conforme expusemos acima, a decisão em questão nasceu da prática e carece de parâmetros técnicos a fim de que possa ser aplicada em todo e qualquer caso. Esse tipo de racionalismo mencionado por Oakeshott tornaria possível a substituição dos juízes por computadores. Contudo, essa visão estritamente técnica ou *pura* do Direito não corresponde à realidade. Na realidade do Direito, o racional e o irracional convivem na medida em que permitido pela *textura aberta* das normas e conforme a *singular justiça do caso concreto*.

É conveniente observar que, na Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen não negou a existência de outros elementos extrajurídicos, mas apenas isolou o jurídico de todo o resto. Em suas palavras:

⁶¹² Racionalismo na política. In: OAKESHOTT, Michael. *Conservadorismo*. Tradução de André Bezamat. Belo Horizonte: Âyiné, 2016. p. 15-89, p. 35-37, grifo do autor.

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.⁶¹³

Posteriormente, Kelsen abriu o caminho para a irracionalidade, ao definir a norma como um ato de vontade:

Como se efetua, porém, a fixação de norma individual correspondente à norma geral em nosso exemplo da norma individual: “O juiz Körner deve decidir que Maier deve ser posto na cadeia”. Isto pode, mas não tem de acontecer, que o juiz Körner, em reconhecimento da validade da norma jurídica geral dirija a si mesmo o comando: “Tu deves decidir que o ladrão Maier deve ser posto na cadeia”. Mas o juiz Körner pode, por qualquer uma razão, p. ex., porque ele tem por injusta a aplicação da norma geral no caso concreto, não reconhecer sua validade para esse caso e conseqüentemente não fixar a norma individual: “Eu devo decidir que Maier deve ser posto na cadeia”, e assim não tomar esta decisão. Nesta hipótese, é possível que um tribunal superior ordene fixar a norma individual: “Maier deve ser posto na cadeia”. Isto pode, mas não tem de acontecer. A fixação dessa norma individual pressupõe que o tribunal reconheça a validade dessa norma geral para o caso concreto, p. ex., porque também esse tribunal tem por injusta sua aplicação para o caso concreto.⁶¹⁴

Kelsen justamente fala da recusa da validade da norma geral por conta da *injustiça* de sua aplicação no caso concreto. Muito bem observou que o tribunal poderia reformar a sentença de primeira instância para afirmar a validade da norma geral *ou* concordar com a injustiça de sua aplicação *no caso concreto*. Vale notar que essa *injustiça em relação ao caso concreto* do exemplo de Kelsen também é referida na tese de Claus Roxin relativa à abertura do sistema penal à política criminal:

A fraqueza dos sistemas abstratos não está somente em sua posição defensiva contra a política criminal, mas, mais geralmente, no desprezo pelas peculiaridades do caso concreto,

⁶¹³ *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p.

1.
⁶¹⁴ *Teoria geral das normas*, p. 304.

no fato de que, em muitos casos, a segurança jurídica seja salva à custa da justiça.⁶¹⁵

Assim, se retomarmos as ideias preliminares de racionalidade do capítulo 1, da racionalidade como *justiça, proporcionalidade e razoabilidade*, podemos entrar em conflito com uma concepção de racionalidade como *pura técnica*.

A aceitação do paradoxo racional-irracional, nessa toada, traz um certo alívio no sentido de que o Direito não precisa ser necessariamente aplicado quando for notoriamente injusto no caso concreto. Porém, de outro lado, ficamos à mercê do aleatório, do Direito como *batalha verbal*. E o problema reside tanto no âmbito da aplicação do Direito quanto no de sua criação, cabendo lembrar as propostas opostas sobre criminalização e descriminalização parcial de atividades relacionadas à prostituição em nosso país.

Portanto, pensando exclusivamente no âmbito do Direito Penal, e partindo da premissa do paradoxo, o nosso desafio é estabelecer critérios para a racionalidade possível. Para isso, iremos nos valer dos estudos de racionalidade de Manuel Atienza e José Luis Díez Ripollés, analisando as diferenças entre ambos e apresentando nossas críticas e sugestões.

5.2.1 Os níveis de racionalidade, seu critério e a eficiência

A proposta de Manuel Atienza,⁶¹⁶ comumente referida em trabalhos nacionais sobre a racionalidade das leis penais,⁶¹⁷ representa, em rigor, uma contribuição à teoria da legislação *em geral*.

Atienza dividiu a racionalidade em cinco níveis, a saber: (R1) racionalidade linguística; (R2) racionalidade jurídico-formal; (R3) racionalidade pragmática; (R4)

⁶¹⁵ *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 85.

⁶¹⁶ Contribución para una teoría de la legislación. In: CONGRESO DE LA FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE SOCIOLOGÍA DEL ESTADO ESPAÑOL, 3., 1989, San Sebastián. *Anales...* San Sebastián, 1989. p. 385-403. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141770.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

⁶¹⁷ Conferir, por exemplo, os seguintes trabalhos: PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *A fábrica de penas: racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos*. Rio de Janeiro: Revan, 2009; e HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

racionalidade teleológica; e (R5) racionalidade ética. A racionalidade linguística teria como finalidades a clareza e a precisão da lei. A racionalidade jurídico-formal buscaria a sistematicidade e a coerência. A racionalidade pragmática visaria ao cumprimento das normas, isto é, à sua tradução em ações na sociedade. A racionalidade teleológica almejaria o cumprimento de objetivos sociais, como, por exemplo, o aumento da proteção social. E, por fim, a racionalidade ética seria o embasamento da norma em valores como a liberdade, a igualdade e a justiça.

Acerca de tais racionalidades, cumpre analisar a posição de José Luis Díez Ripollés, que as trouxe para o campo penal. De um lado, ele adota os cinco níveis propostos por Atienza, entretanto, basicamente, inverte totalmente a ordem de análise. Ripollés aduz que se deve iniciar com a racionalidade ética, a qual acabaria estabelecendo o âmbito das demais racionalidades.⁶¹⁸

Verificamos assistir razão a Ripollés, sobretudo considerando que a sua tese é direcionada às leis penais, diversamente do caráter geral da teoria de Atienza. Desnecessário dizer que a racionalidade linguística, ou seja, uma norma penal clara e precisa, embora imprescindível, não pode ser o ponto de partida da criação legislativa penal. O ponto de partida reside justamente na escolha do legislador do que deve ser criminalizado, ou seja, deve ser averiguada, preliminarmente, a racionalidade ética.

Porém, o que seria tal racionalidade ética? Como seria aferida?

Atienza, como visto, liga essa racionalidade a valores como liberdade, igualdade e justiça, os quais, por sinal, são tão abstratos que podem abrigar um sem número de situações. Ripollés, por sua vez, aponta que o substrato da racionalidade ética seria o *sistema básico de crenças do conjunto da sociedade*.⁶¹⁹ Depois de conceber um modelo estrutural de racionalidade ética penal baseado em princípios de proteção (lesividade,⁶²⁰ fragmentariedade,⁶²¹ interesse público⁶²² e sua correspondência com a realidade),⁶²³ de

⁶¹⁸ *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 91.

⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 111.

⁶²⁰ A conduta deve ser socialmente danosa, afetando a convivência social externa. *Ibidem*, p. 138.

⁶²¹ Identificadas as condutas socialmente danosas, devem ser punidas aquelas que representem os ataques mais intoleráveis aos pressupostos de convivência social externa. *Ibidem*, p. 140-141.

⁶²² Trata-se do ponto de referência para a análise dos pressupostos de convivência social externa a serem verificados no âmbito da fragmentariedade. *Ibidem*, p. 144.

⁶²³ O interesse público deve ser constatado mediante uma aproximação empírica à realidade, a fim de que seja considerado consistente. *Ibidem*, p. 145.

responsabilidade (segurança jurídica,⁶²⁴ responsabilidade pelo fato,⁶²⁵ imputação objetiva e subjetiva,⁶²⁶ reprovabilidade ou culpabilidade,⁶²⁷ e jurisdição, este último abarcando o monopólio estatal da pena, a imparcialidade do julgador, o contraditório e a atividade probatória empírica)⁶²⁸ e de sanção (humanidade,⁶²⁹ fins⁶³⁰ e proporcionalidade⁶³¹ das penas), Ripollés indaga sobre qual seria o critério legitimador da racionalidade legislativa.⁶³² Para tanto, divide tais critérios entre os ideais e os dos *experts*. Os primeiros seriam apriorísticos, e, conforme aponta Ripollés, outros autores, como Luigi Ferrajoli e Jesús-María Silva Sánchez, os consideram incompatíveis com o sistema de crenças:

[...] para estes autores, esses fundamentos éticos não se identificam com o sistema de crenças compartilhado em uma sociedade, muito pelo contrário, as convicções sociais são necessariamente irracionais, no caso de Silva, ou não têm capacidade para identificar os conteúdos de justiça, no caso de Ferrajoli.⁶³³

Quanto aos critérios dos *experts*, a divisão é entre o científico-tecnocrático (derivado da investigação empírica social feita pelos *experts*),⁶³⁴ o elitista (em que uma determinada comunidade científica seria encarregada de determinar o conteúdo do Direito Penal, impedindo o populismo penal),⁶³⁵ o constitucionalista (em que os bens jurídicos penais deveriam ser extraídos de bens jurídicos

⁶²⁴ O cidadão deve saber com certeza quando e como poderá ser penalmente responsabilizado. Cf. *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*, p. 146.

⁶²⁵ Somente condutas externas e concretas podem ensejar a responsabilidade penal, não sendo possível a punição do pensamento ou do modo de vida. *Ibidem*, p. 147.

⁶²⁶ Resumidamente, deve haver a conexão objetiva e subjetiva do agente com os fatos. *Ibidem*, pp. 149-150.

⁶²⁷ Tal princípio remete ao livre-arbítrio ou, noutras palavras, à arraigada convicção ética de que o indivíduo tem, em condições normais, uma margem razoável de liberdade para decidir como agir ou não agir. Em circunstâncias excepcionais, em que se prove, por exemplo, inexigibilidade de conduta diversa, não seria cabível a punição. *Ibidem*, p. 152-153.

⁶²⁸ Princípios ligados ao devido processo legal. *Ibidem*, p. 154-158.

⁶²⁹ Proibição de penas desumanas, que seriam eticamente inaceitáveis. *Ibidem*, p. 158-159.

⁶³⁰ Os efeitos sociais e pessoais da pena devem ser eticamente aceitáveis, encontrando tal princípio maior desenvolvimento na racionalidade teleológica. *Ibidem*, p. 161.

⁶³¹ A pena deve levar em conta a importância do bem jurídico atingido e a intensidade da responsabilidade do infrator. *Ibidem*, p. 162.

⁶³² *Ibidem*, p. 165.

⁶³³ *Ibidem*, p. 169, tradução nossa. Texto original, em Espanhol: “[...] para estos autores esos fundamentos éticos no se identifican con el sistema de creencias compartido en una sociedad, muy al contrario, las convicciones sociales son necesariamente irracionales, en caso de Silva, o no tienen capacidad para identificar los contenidos de justicia, en el caso de Ferrajoli”.

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 171.

⁶³⁵ *Ibidem*, p. 174-177.

reconhecidos na Constituição) e o democrático (ou das convicções gerais ou da opinião pública, defendido por Ripollés, o qual seria o único aceitável numa sociedade de carácter pluralista). Em suas palavras:

Mas a opinião pública, se pretende ser uma contrapartida aos grupos de interesses conectados ao poder econômico e administrativo, necessita de uma sociedade civil, fundada sobre uma rede de associações espontâneas que, apoiadas nos direitos fundamentais de associação, reunião, liberdade de expressão..., reflitam o pluralismo social. Além disso, necessita de meios de comunicação que se preocupem em atender e reforçar um público esclarecido, independentes dos atores políticos e sociais, e capazes de assumir imparcialmente os objetivos e estímulos do público; certamente essa representação dos meios se distancia muito do que a sociologia nos ensina sobre a determinante influência dos atores políticos no estabelecimento da agenda midiática, porém é igualmente certo que em situações de crise é a opinião pública que, por sua maior proximidade com os âmbitos de interação privados e sua alta sensibilidade, toma a iniciativa.⁶³⁶

Interessante observarmos que, no trecho acima, Ripollés refere-se à opinião pública como um contraponto aos interesses de grupos conectados ao poder econômico e administrativo. Essa sugestão é particularmente relevante no caso brasileiro, em que, como vimos, há normas penais bastante complacentes em relação a crimes econômicos como aqueles licitatórios e contra o mercado de capitais, cometidos, no mais das vezes, por ricos empresários, agentes públicos e autoridades governamentais. É certo que Ripollés reconhece a dificuldade de se captar o efetivo desejo da opinião pública e constata a existência de diversas críticas contra o critério democrático, como as relativas às reações emocionais e irracionais passíveis de atingirem o sentimento da sociedade, a possibilidade de

⁶³⁶ *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*, p. 184, tradução nossa. Texto original, em Espanhol: “*Pero la opinión pública, si quiere ser una contrapartida a los grupos de intereses conectados al poder económico y administrativo, he menester de una sociedad civil, fundada sobre una red de asociaciones espontáneas que, apoyadas en los derechos fundamentales de asociación, reunión, libertad de expresión..., reflejen el pluralismo social. Además, necesita de unos medios de comunicación que se preocupen de atender y reforzar a un público ilustrado, independientes de los actores políticos y sociales, y capaces de asumir imparcialmente los objetivos y estímulos del público; ciertamente, esta representación de los medios dista mucho de lo que la sociología nos enseña sobre la determinante influencia de los actores políticos en el establecimiento de la agenda mediática, pero es igualmente cierto que en situaciones de crisis es la opinión pública la que, por su mayor cercanía a los ámbitos de interacción privados y su alta sensibilidad, toma la iniciativa*”.

um Direito Penal autoritário, e a pergunta feita por alguns sobre o que a maioria tem a ver com a justiça.⁶³⁷

É muito curioso esse questionamento, sendo que a aludida indagação, em verdade, é retórica, dando a entender que a justiça nada teria a ver com o que pensa a maioria. Esse tipo de raciocínio que vê a opinião pública majoritária como automaticamente irracional é corretamente criticado por Ripollés.

Aliás, invertendo a questão, poderíamos legitimamente indagar: por que a justiça seria necessariamente contramajoritária? Devemos tomar como premissa que a opinião da maioria seja sempre autoritária ou irracional? Essa seria, sem dúvida, uma concepção elitista, para não dizer arrogante. Claro que não podemos chegar ao outro extremo e dizer que a opinião pública sempre tem razão. Contudo, para fins da elaboração de leis penais, é preciso aprimorar os meios de captar a vontade da população e verificar a sua adequação às normas constitucionais, e não simplesmente desconsiderá-la.

Nessa ordem de ideias, a indignação da população com relação à impunidade de agentes dos Poderes da República e ao excesso de recursos não pode ser simplesmente reduzida à mera ignorância e barbárie direcionada contra um imaculado Estado Democrático de Direito. Mesmo quando a população se volta contra garantias, é preciso analisar o alcance de tais garantias, se elas são justificadas ou excessivas. Por exemplo, o Brasil deve ser um dos poucos países do mundo, se não o único, que tem quatro instâncias recursais, as quais funcionam especialmente para os réus mais abastados, que têm condições financeiras para contratar hábeis advogados (diferente de réus mais pobres, representados, em locais onde não existe Defensoria, por defensores dativos, os quais, amiúde, têm condicionado o seu direito de recebimento de honorários ao trânsito em julgado, o que desestimula, por óbvio, a interposição de recursos, ainda mais se o dativo encontra-se em necessidades financeiras). Será que a crítica a essas quatro instâncias recursais seria um sinal de autoritarismo ou de ataque ao Estado Democrático de Direito? Entendemos que não, e algumas notícias nos indicam que Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal

⁶³⁷ *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*, p. 195.

Federal, teria mencionado que o sistema seria feito para não funcionar, especialmente em relação aos ricos e aos agentes políticos.⁶³⁸

Claro que devemos repetir a advertência final de José Luis Díez Ripollés, no sentido de que as suas considerações sobre a opinião pública restringem-se à racionalidade *legislativa* e não à racionalidade na *aplicação* das normas penais,⁶³⁹ o que, de fato, seria mais do que temerário render-se o magistrado à opinião da sociedade, quer seja pela condenação, quer seja pela absolvição, porquanto invariavelmente ela não tem nem o conhecimento técnico das leis existentes, nem o conhecimento dos autos do processo, imprescindível para o veredito (ou mesmo para a opinião sobre o veredito) condenatório ou absolutório.⁶⁴⁰

⁶³⁸ BARROSO: “Sistema é feito para não funcionar”. *Monitor Digital*, [S.l.], 17 mar. 2017. Disponível em: <<https://monitordigital.com.br/barroso-sistema-e-feito-para-nao-funcionar>>. Acesso em: 23 nov. 2017. Neste outro *site*, verifica-se um trecho de entrevista televisionada do Ministro, em que ele volta a mencionar que o sistema não funciona para as classes mais abastadas, sugerindo ter sido criado um país de ricos delinquentes: NOTÍCIAS BRASIL TUBE. Sistema de punição no Brasil não funciona para ricos, diz Barroso do STF. *Youtube*, [S.l.], 1º jul. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=B8epHFW0RIY>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

⁶³⁹ *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*, p. 197.

⁶⁴⁰ Para aplicar o Direito Penal, num julgamento criminal, ou para opinar sobre a sentença, necessariamente é preciso conhecer os autos, suas provas e alegações das partes. Não se trata, aqui, de elitismo ou arrogância, pois isso vale para o maior dos leigos na sociedade e vale também para os maiores juristas que não participam do processo, a exemplo de Luigi Ferrajoli. Em artigo escrito para uma revista brasileira a respeito do processo contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, Ferrajoli, que admite não conhecer os autos, “senão sumariamente”, afirma que o processo padece de uma específica “[...] epistemologia inquisitória, baseada na petição de princípio por força da qual a hipótese acusatória a ser provada, que deveria ser a conclusão de uma argumentação indutiva sufragada por provas e não desmentida por contraprovas, forma, ao contrário, a premissa de um procedimento dedutivo que assume como verdadeiras somente as provas que a confirmam e, como falsas, todas aquelas que a contradizem”. Como exemplo, Ferrajoli citou o depoimento do ex-ministro Antonio Palocci, em setembro de 2017, em que, diferentemente de depoimento anterior, no mês de maio (período em que ficou preso preventivamente), teria acusado o ex-presidente. Por outro lado, Ferrajoli sustenta que o depoimento de Emilio Odebrecht, afirmando não ter dado qualquer imóvel ao ex-presidente, foi “totalmente ignorado”. (Existem, no Brasil, garantias do devido processo legal? *Carta Capital*, São Paulo, ano XXIII, n. 979, 16 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/979/existem-no-brasil-garantias-do-devido-processo-legal>>. Acesso em: 27 nov. 2017). Com a devida vênia ao ilustre jurista, são os seus argumentos que configuram petição de princípio. Em primeiro lugar, os dois depoimentos contrários citados, de modo algum, são os únicos elementos probatórios dos autos. Assim, o seu argumento de que um foi acolhido (injustamente) e outro ignorado (injustamente), sem qualquer menção ao contexto probatório, parece partir da premissa, não demonstrada, de que o depoimento utilizado pela acusação seria incorreto, e o utilizado pela defesa, correto. Petição de princípio, portanto. De outro lado, uma vez mais com toda a devida vênia, cumpre fazer uma básica pergunta: a que processo exatamente se refere Ferrajoli? Afinal, no processo até o momento julgado, em que houve a condenação em primeira instância do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, não foi considerado o depoimento do ex-ministro Antonio Palocci, até porque a sentença foi proferida em julho de 2017, em data anterior, pois, ao depoimento do ex-ministro em outro processo ainda não julgado. E, com todo o respeito, Ferrajoli, não obstante todo o seu saber jurídico, não tem o dom da onisciência nem da clarividência, a fim de poder dizer que, na sentença ainda não proferida, o depoimento do ex-ministro foi (ou será) injustamente acolhido, em detrimento do

No entanto, para além do resultado concreto do julgamento, a opinião pública pode preocupar-se legitimamente com a *eficiência* do sistema criminal. E os níveis de racionalidade acima aludidos, conforme José Luís Díez Ripollés, seriam afetados por uma dimensão transversal que os afetaria, cada um deles, dentro de seus limites. Essa dimensão transversal seria a eficiência.⁶⁴¹ Um Direito Penal com encarceramento em massa dos mais pobres e leis penais mais benevolentes para os crimes do colarinho branco não pode ser considerado eficiente. Nem se queira alegar que os crimes dos mais pobres são violentos, razão pela qual mereceriam a prisão. O tráfico de drogas, por exemplo, um dos crimes que mais enseja o encarceramento, não é um crime, por si só, violento. De outro lado, amiúde, o roubo, que se conforma tipicamente com a subtração de coisa alheia móvel com violência *ou grave ameaça*, também é cometido, muitas vezes, de forma não violenta.

Ademais, é razoável afirmar que, nos delitos do colarinho branco, geralmente cometidos no isolamento de gabinetes ou escritórios, é muito mais razoável que se pense na análise do custo-benefício do crime.⁶⁴² Não se pode, é

outro, “totalmente ignorado”. Com isso, não estamos dando uma opinião nem favorável nem contrária ao mérito da sentença proferida contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, e não só porque foge totalmente ao objeto do presente trabalho, ou por uma questão de ética. Não damos uma opinião porque, considerando nossa razoável experiência no exercício da judicatura na 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo, especializada em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e lavagem de valores, manuseando processos extremamente complexos, com centenas de volumes e milhares de documentos, sabemos que é mais do que temerário expressar uma opinião com base em conhecimento *sumário dos autos* de outra vara especializada nos mesmos crimes ou, *pior ainda*, apenas com informações da mídia televisiva ou impressa, *quer favorável, quer desfavorável* ao ex-presidente. Aqui, pedimos licença para relembrar novamente o Sr. Jaggars, advogado de um romance de Charles Dickens, mencionado no segundo capítulo, que critica veementemente o julgamento feito com base em notícia de jornal (*Grandes esperanças*, p. 203). Da mesma forma, não se pode, apenas com base em notícias de jornal, televisão ou Internet, criticar o resultado de uma sentença de mais de 200 páginas, que deve refletir autos (principais e apensos) com milhares de páginas. Dessa forma, a crítica de Ferrajoli parece mais movida por preconceitos ideológicos do que por uma adequada leitura do processo. E essa irracionalidade *ideológica* de considerar aprioristicamente certo ou errado um julgamento, condenatório ou absolutório, a depender da ideologia (ou do partido político) a que pertence o réu, deve ser afastada, tanto pela sua falta de compromisso com a justiça quanto pela sua, talvez até ingênua, imaturidade. A propósito, a íntegra da referida sentença encontra-se disponível em: <<https://abrilveja.files.wordpress.com/2017/07/sentenc3a7a-lula.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

⁶⁴¹ *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*, p. 90.

⁶⁴² Certa vez, tomamos conhecimento de um acusado definitivamente condenado pelo crime de sonegação fiscal de milhões de reais à prestação de serviços à comunidade. No âmbito da execução, teria havido uma “denúncia” de que o apenado não estaria indo pessoalmente à instituição prestar os serviços. Em contato informal com a instituição, teria sido obtida a informação de que o apenado seria um dos “melhores” prestadores de serviço, que teria já pago diversas reformas necessárias àquela instituição social. Embora não tenhamos confirmação efetiva dessa história, podemos tomá-la aqui como hipótese, até mesmo trágica,

claro, descartar que, mesmo em crimes de rua, haja esse tipo de raciocínio, entretanto, conforme lembra Jesús-María Silva Sánchez, é mais fácil a aceitação do “modelo de *homo oeconomicus* para a delinquência econômica”.⁶⁴³ Por outro lado, Alexandre Rocha Almeida de Moraes liga a questão da eficiência à utilização de saberes criminológicos e, especialmente, da jurimetria,⁶⁴⁴ a qual pode, por meio das estatísticas, demonstrar a disparidade atualmente existente entre a criminalidade de rua e a do colarinho branco.

A questão da eficiência, de outra sorte, nos parece especialmente relevante para os conceitos de racionalidade pragmática e racionalidade teleológica. Na visão de Atienza, a racionalidade pragmática importa na tradução das normas em ação.⁶⁴⁵ Traduzindo esse conceito para o campo penal, a racionalidade pragmática visaria justamente à prevenção geral do comportamento típico. É óbvio que, como vimos acima, a lei penal, por si só, não impede, na prática, qualquer delito. Não obstante, poderíamos pensar, como analisamos no caso do aborto, a possibilidade de *cifras negras* de quem decide não praticar o crime só por medo da lei penal. Na verdade, essa pode ser considerada uma questão em aberto, pois não existem estudos claros e específicos a respeito.

De outro prisma, para Díez Ripollés, a racionalidade pragmática está ligada aos objetivos traçados pela racionalidade teleológica. Em seu entendimento, isso implica que a ordem ou a proibição sejam “*suscetíveis de serem cumpridos*”, com o que a norma serviria como “*diretiva de conduta*”.⁶⁴⁶ É por isso que a existência de normas penais de comportamento, punindo, por exemplo, práticas homossexuais, carece de qualquer racionalidade pragmática, tampouco eficiência, porque ninguém poderia deter a própria orientação sexual.⁶⁴⁷

confirmadora da ineficiência de um Direito Penal contra crimes do colarinho branco, inclusive chegando às raias do ridículo: o sonegador de milhões de reais, aproveitando-se e utilizando-se dos lucros criminosos, torna-se o “melhor” prestador de serviços dentre os apenados.

⁶⁴³ *Eficiência e direito penal*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004, p. 17.

⁶⁴⁴ *Direito penal racional: propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 283.

⁶⁴⁵ Contribución para una teoría de la legislación, p. 386.

⁶⁴⁶ *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*, p. 95.

⁶⁴⁷ A não ser que se recorra à pena de castração química. Porém, esse tipo de pena, se realmente eficiente (vale dizer, se efetivamente ocorre a castração química), pecaria pela sua desumanidade, eis que impediria, inclusive, a pessoa de manter relações sexuais lícitas, tornando inócua, ainda, qualquer tentativa de reabilitação ou reintegração à sociedade. Por maior que seja o mal do crime, a resposta do sistema criminal não pode ser uma pena desumana, até porque, em rigor, a possibilidade de erro judiciário nunca pode ser afastada.

Poderíamos dizer o mesmo das propostas que visam à criminalização dos clientes de serviços de prostituição.

Verificamos que tais questões, de eficiência e dos níveis de racionalidade, confirmam a nossa visão do paradoxo racional-irracional do sistema criminal, seja porque uma lei não pode ser totalmente eficiente nem essas racionalidades são passíveis de serem cumpridas à risca, seja porque, conforme reconhece o próprio Atienza, são possíveis os conflitos entre os diferentes níveis de racionalidade. Por exemplo, ele trata a contraposição entre segurança e justiça como a contraposição entre a racionalidade jurídico-formal e a ética.⁶⁴⁸ Enfim, consoante reconheceu Niklas Luhmann, tratando das exigências de racionalidade na produção do Direito, “a racionalidade parece cada vez mais alcançável e inalcançável”.⁶⁴⁹ Em outras palavras, por mais que tentemos alcançar a perfeita *racionalidade* no sistema criminal, é preciso reconhecer que ao menos um pé da *irracionalidade* já estará lá. Devemos, portanto, nos preocupar da racionalidade *possível*.

E agora a questão que se coloca é se o critério democrático de Ripollés é o mais adequado para a racionalidade ética da lei penal. Pensamos que existe uma certa incongruência no critério tal como exposto por Ripollés, de modo que, em seguida, iremos sugerir sua complementação e aperfeiçoamento, mas não sem antes analisarmos uma “última” recomendação de Tolstói.

5.2.2 *A última recomendação de Tolstói e as nossas propostas: instituição dos critérios da dúvida global, da seletividade inversa para os crimes não violentos e da eficiência como corolário da ultima ratio*

As obras de Tolstói certamente ocupam o seu lugar junto aos maiores clássicos da Literatura mundial, bastando, para comprovar isso, que o leitor dirija-se a qualquer livraria para encontrá-las e comprá-las, posto que ainda extremamente atuais. A profundidade psicológica dos personagens de Tolstói é

⁶⁴⁸ Contribución para una teoría de la legislación, 391.

⁶⁴⁹ *Sociologia do direito*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. I, p. 226.

tanta, que se consegue perceber a profunda dúvida e insegurança que cada um de nós sentimos em nosso íntimo. Tolstói, por exemplo, ao descrever a resolução de Nekhliúdob em “Ressurreição”, não deixa de, em momentos exteriores, mostrar os seus vacilos e as suas dúvidas acerca do seu novo projeto de vida. Na prática, Tolstói muito bem sabe que mudar é muito difícil.

Quanto ao aspecto do sistema penitenciário, diferentemente, por exemplo, de “O processo”, de Franz Kafka,⁶⁵⁰ Tolstói, em “Ressurreição”, demonstra ter pesquisado os criminólogos da época, a exemplo de Gabriel Tarde e Raffaele Garofalo,⁶⁵¹ o que dá ainda maior força às suas palavras, mostrando o seu genuíno esforço de tentar entender as prisões. Mesmo assim, a despeito de refutar os pontos de vista contrários ao seu, Nekhliúdob, uma vez ou outra, sofre recaídas e é abalado por incertezas.

Nas suas obras religiosas, Tolstói, da mesma forma, não exige a mudança radical de vida, de uma hora para outra, embora os seus conceitos nos pareçam muito claros, desde o início.⁶⁵² Embora Tolstói afirme ser mais do que simples seguir os ensinamentos de Jesus Cristo, acaba reconhecendo que, na prática, talvez isso não seja tão simples. Porém, não deixa de fazer uma última recomendação, nas páginas finais de sua obra:

Por isso, não podes deixar de refletir sobre sua posição de proprietário, negociante, juiz, rei, presidente, ministro, padre, soldado, que é inerente à opressão, à violência, à mentira, ao homicídio, e não reconhecer sua ilegitimidade. Não digo que, se és proprietário, devas entregar imediatamente tua terra aos pobres; capitalista ou industrial, teu dinheiro aos operários; que,

⁶⁵⁰ Também relevante e imprescindível, contudo, a estrutura de seu romance ganha ares de um verdadeiro pesadelo, sendo, assim, menos realista.

⁶⁵¹ Talvez coincidentemente, após algumas décadas, Antonio Quintano Ripollés ressalta que as obras de Tarde e Garofalo perderam a atualidade, ao contrário das obras de Dostoiévski e Tolstói, que manteriam “a mais absoluta vigência”. Cf. *La criminología en la literatura universal*. Barcelona: Bosch, 1951, p. 28.

⁶⁵² “Então, pode ou não o cristão participar da justiça, seja como juiz, seja como acusador, o que se constitui numa apelação à força? Pode ele ou não, permanecendo cristão, participar da administração, isto é, usar da força contra seus semelhantes? [...] Por ocasião de meu livro, censuraram-me pela interpretação errada de uma ou outra passagem da Bíblia; porque não reconheço a Trindade, a Redenção e a imortalidade da alma, comentaram o meu desvio. Analisaram-me muitos aspectos, mas nada a respeito daquilo que, para todos os cristãos, se constitui na principal, na essencial pergunta de vida: como conciliar a doutrina claramente expressa pelo Senhor e contida no coração de cada um de nós – perdão, humildade, paciência, amor a todos, amigos ou inimigos – com a exigência da guerra e de sua violência contra os nossos compatriotas e contra os estrangeiros?.” (*O Reino de Deus está em vós*, p. 39). Tolstói, a propósito, na mesma obra, cita o catecismo de Adin Ballou, segundo o qual um cristão não poderia ser juiz, eis que participaria da violência governamental. *Ibidem*, p. 22.

soberano, ministro, funcionário, juiz, general, tu devas renunciar de imediato às vantagens de tua posição, e, soldado (em que estão calcadas todas as violências), recusar-te imediatamente a obedecer, não obstante todo o perigo de tua insubordinação. Se o fizeres, será um ato heroico. Mas, pode acontecer – e é o mais provável – que não tenhas a força; tens relações, uma família, subordinados e chefes, estás sob uma influência tão forte que não te podes libertar, mas sempre podes reconhecer a verdade e não mentir. Não afirmarás que permaneces proprietário, fabricante, negociante, artista, escritor, porque isso é útil aos homens, que és governador, procurador, soberano, não porque te agrada, porque estás habituado, mas para o bem público, que continuas a ser soldado, não por receio de uma punição, mas porque consideras o exército necessário à sociedade. Sempre podes não mentir desta forma a ti mesmo e aos outros, aliás não deves, porque o único objetivo de tua vida deve ser o de libertar-te da mentira e de professar a verdade. E bastaria que o fizesses para que a situação mudasse rapidamente, por si mesma. És livre para realizar apenas isto: reconhecer e professar a verdade.⁶⁵³

Tolstói reconhece que provavelmente não tenhamos força para, simplesmente, abandonar nossas funções, porquanto, em última análise, podemos ter até famílias para sustentar. No entanto, ainda que não tenhamos força para fazê-lo de imediato, Tolstói recomenda que nos libertemos da *mentira* e passemos a professar a *verdade*.

Mas, qual mentira? Qual verdade?

Tolstói toca num ponto fulcral, que, amiúde, mexe com as vaidades de juízes e políticos, e, por que não, para ficarmos no sistema criminal, também de promotores e advogados. Ora, soa deveras hipócrita dizer que políticos, juízes, promotores e advogados fazem tudo o que fazem pelo bem público e não por todas as respectivas vantagens e remunerações, além do correspondente prestígio. Em primeiro lugar, qual seria o efetivo *bem público* proporcionado pelo nosso sistema criminal? Tirar “criminosos” (pobres das ruas) e manter os acusados ricos? Qual o bem público proporcionado por esse sistema criminal inevitavelmente falível?

Esse bem público, em realidade, até existe, e não custa lembrar que o *funcionamento regular* do sistema criminal, ainda que passível de erros, nos livra do provável surgimento de um sistema totalitário ainda pior. Falamos em funcionamento regular, porque o *funcionamento ilícito, mediante a prática de*

⁶⁵³ O Reino de Deus está em vós, p. 333-334.

corrupção ou de outras infrações penais, por si só, já configurando crime, nos coloca no pior dos mundos.

Assim, o nosso primeiro ato é evitar a mentira. E, no sistema criminal, evitar a mentira implica analisar o seu lado irracional e nos livrarmos das ilusões das finalidades das penas (na prática, dificilmente alcançáveis) e de outros chavões, como a tão lembrada frase de que as instituições estão funcionando.⁶⁵⁴ Um dos aspectos da inevitável irracionalidade é o de que, justamente, as instituições do sistema criminal nunca funcionarão identicamente para todos.

Sem a mentira, ganha-se, no mínimo, mais humildade em vez de arrogância e pedantismo de alguns operadores do sistema.

E qual a verdade a ser professada? Trata-se de um grande problema, pois a nossa verdade já não é igual à verdade de Tolstói. Com efeito, nesta obra, inauguramos a nossa discordância com Tolstói acerca da questão do livre-arbítrio. Tolstói considerou o livre-arbítrio uma ilusão e, ao final, concluiu pela contrariedade do Direito Penal à razão. De nossa parte, reconhecemos o livre-arbítrio, ainda que limitado, e, ao final, concluimos pelo paradoxo racional-irracional do sistema criminal.

A verdade de Tolstói, por isso, acaba levando à abolição do sistema criminal, enquanto a nossa leva ao reconhecimento do paradoxo e à missão contínua de redução das irracionalidades inerentes ao sistema criminal. E é por isso que, seguindo a recomendação de Tolstói, chegamos a este ponto e daqui prosseguimos com as propostas de maximização da racionalidade, que, em rigor, dizem respeito à política criminal,⁶⁵⁵ tanto com relação a propostas futuras de criminalização ou descriminalização quanto com vistas à interpretação de alguns tipos penais em vigor.

⁶⁵⁴ Frase muito lembrada no contexto externo em que esta obra é escrita, de profunda crise ético-política, com investigações em curso contra diversos membros do Legislativo e do Executivo, além de suspeitas contra membros de tribunais superiores e posições vacilantes do Supremo Tribunal Federal, com decisões contraditórias e possíveis mudanças de entendimento em curto espaço de tempo. Confira-se, por exemplo, SCHREIBER, Mariana. As instituições estão funcionando? 5 momentos em que o equilíbrio entre Poderes deu "tilt". *BBC Brasil*, [S.l.], 3 out. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-41479560>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

⁶⁵⁵ Não pretendemos, aqui, substituir alguns princípios reconhecidos pela Ciência Penal, como os da ofensividade, fragmentariedade, subsidiariedade, proporcionalidade etc. A intenção é a de complementar tais princípios, que, amiúde, podem não conter respostas concretas para determinadas questões, a exemplo do caso do aborto, como veremos adiante.

5.2.2.1 O critério da dúvida global: pela utilização do Direito Penal Comparado

Por que um conceito tão grave quanto o de crime depende das circunstâncias específicas de uma dada sociedade num certo momento histórico? Dirão alguns que isso se deve ao fato de o conceito de crime ser necessariamente relativo. Mas, se tal conceito é necessariamente relativo, dependente da sociedade e da época, por que pugnamos pela punição dos crimes ocorridos nos campos de concentração nazistas, se eles ocorreram sob o respaldo das autoridades nazistas que governavam a Alemanha àquela época? Por que nos causa repulsa, mesmo atualmente, a ideia da criminalização de relações homossexuais, a qual persiste em diversos países? Embora seja frequente a crítica à ideia de universalidade no campo do Direito, muitas vezes o relativismo incomoda, digamos, o nosso *sensu comum*.⁶⁵⁶

É claro, por exemplo, que circunstâncias específicas de cada lugar podem dar razão às diferenças, como, por exemplo, um país totalmente desértico que não criminaliza a pesca predatória. Mas, com a ressalva dessas diferenças, podemos e devemos perguntar: por que determinada conduta é considerada criminosa em nosso país, se não o é em diversos outros países do mundo, mesmo diante das mesmas circunstâncias? Vale dizer, é óbvio que não existem relações homossexuais tão somente nos países que as criminalizam. Elas ocorrem em todo o mundo. Então, por que, em apenas alguns lugares, elas são criminalizadas? O mesmo se diga, exemplificativamente, em relação à questão da criminalização da clientela da prostituição. Por que apenas alguns países criminalizam tal conduta? E a lista ainda contém inúmeros outros casos, como o do próprio aborto.⁶⁵⁷

⁶⁵⁶ O próprio *sensu comum* já foi tido como contrário à *Ciência*, conforme observa Marília Muricy: “Com o advento da modernidade, mais que uma alternância das formas de pensar, traço peculiar das tradicionais relações entre *sensu comum* e filosofia, o que ocorre é a instalação de um novo paradigma de conhecimento cuja ambição epistemológica, alimentada pelas razões político-sociais que o geraram, afirma, expressa ou implicitamente, a ciência *contra* o *sensu comum*, procedendo à desqualificação deste último”. (*Sensu comum e direito*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 6, grifo da autora).

⁶⁵⁷ Lembremos as palavras de Ronald Dworkin, categóricas, no sentido de que países democráticos não criminalizariam o aborto nos três primeiros meses da gestação. Cf. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*, p. 614.

É certo que a criminalização, mesmo nos casos supracitados, sempre pode contar com o apoio de alguns. Unanimidade é um conceito difícil de ser alcançado no âmbito do Direito. Todavia, será que normas penais poderiam ser criadas para a única satisfação de determinados grupos de pressão, como parece ser o caso, por exemplo, da criminalização dos clientes da prostituição e da homofobia?

Uma coisa nos parece mais do que certa: o Direito Penal não pode servir como instrumento de moralização ou educação. Ou seja, não é papel do Direito Penal o convencimento das pessoas.

Assim, se a sociedade está profundamente dividida acerca de um tema, não convém que esse objeto de discussão seja criminalizado. Exatamente neste ponto, consideramos essencial o estudo do Direito Penal Comparado, a fim de analisar como o tema é tratado em outros países. Não se pretende copiar soluções, mas verificar se a criminalização em questão é razoavelmente aceita pela maioria da população. E não falamos mais em níveis locais, mas sim globais. Pensamos dessa maneira porque consideramos que se deve, sim, almejar a um critério universal de crime, que afete bens jurídicos de efetivo interesse da sociedade, e não apenas de determinados grupos de pressão. Nossa ideia, portanto, equivale à construção de um “núcleo duro”⁶⁵⁸ global de crimes, devendo o Direito Penal restringir-se a tais delitos, sendo que os outros ilícitos deveriam ser reservados aos outros ramos do Direito.

Os crimes clássicos certamente persistiriam, como homicídio, lesão corporal, roubo, furto etc. O mesmo se daria em relação aos tipos do Direito Penal Econômico, tais quais a lavagem de valores, as fraudes no sistema financeiro e no mercado de capitais, a sonegação fraudulenta de tributos, a corrupção e outras fraudes na contratação com o Poder Público etc. Evidentemente que, em cada país, as formas desses delitos podem sofrer variações, para a adequação a cada ordenamento.

⁶⁵⁸ Mais ou menos nesse sentido, já se manifestou Miguel Reale Júnior: “Não adoto, todavia, uma posição relativista, pois se não acolho a ideia de um conceito ontológico naturalista de crime, considero, no entanto, que há um processo de revelação de valores no curso da história que se inscrutam na consciência das pessoas de determinada cultura e que vêm a constituir o *núcleo duro* do Direito Penal”. (*Instituições de direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 10, grifo do autor). Divergimos um pouco do pensamento de Reale Júnior, pois cremos que esse *núcleo duro* deve ser buscado globalmente, e não dependendo de certa cultura.

Contudo, de outro lado, algumas práticas hoje tidas como criminosas poderiam ser repensadas. Os casos referidos no capítulo anterior serão analisados adiante.

Para um exame rigoroso desse critério proposto, dever-se-ia buscar analisar, quando possível, países com práticas penais opostas, fazendo-se a comparação entre ambos. Quando profunda a divergência entre os mais diversos países, deveria ser buscada a eventual existência de alguma tendência (por exemplo, se os países caminham para a criminalização ou para a descriminalização, ou se a divergência encontra-se estabilizada).

Nesse diapasão, quando se tenta a criminalização de algo que não é considerado delituoso em qualquer outro país ou em pouquíssimos países, deve-se ter a máxima cautela quanto à conveniência de tal medida. Por exemplo, no tocante à criminalização da violação da prerrogativa dos advogados,⁶⁵⁹ fez-se algum estudo sobre o Direito Penal de outros países? A justificativa de um dos projetos de lei⁶⁶⁰ nada diz acerca da eventual criminalização de prerrogativas de

⁶⁵⁹ O relatório da Comissão de Constituição e Justiça sobre o projeto de criminalização da violação das prerrogativas de advogados pode ser encontrado no *site* do Senado Federal, disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=6011033&disposition=inline>>. Acesso em: 2 dez. 2017. O projeto é ruim, sendo que destacamos a redação do § 3º do art. 43-A: “[...] § 3º. Não constitui crime a decisão judicial que determine a prisão em flagrante ou provisória do advogado, ainda que modificada por instância superior, desde que proferida nos termos da lei”. Bem, a cláusula final, “desde que proferida nos termos da lei”, constitui crime de hermenêutica, ainda que anteriormente tenha sido dito que não haveria crime se a prisão fosse modificada por instância superior. Ora, no âmbito da irracionalidade acima referida, de múltiplas interpretações, é certo que a cláusula “desde que proferida nos termos da lei” renderá discussões intermináveis. No entanto, a redação, ademais, não atende sequer ao nível da racionalidade linguística, eis que o *caput* do dispositivo criminaliza a violação de algumas das prerrogativas previstas no artigo 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Curioso é que, dentre elas, não existe a prerrogativa de não ser preso (daí a irracionalidade até no nível linguístico), mas somente a exigência da “sala de Estado Maior” por ocasião da prisão. A falta de sala de Estado Maior, praticamente inexistente (e, diga-se de passagem, a nosso ver, inconstitucional, eis que visa a um privilégio quase aristocrático), não acarretaria, necessariamente, a transferência para prisão domiciliar, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça: FALTA de sala de Estado Maior não leva automaticamente à prisão domiciliar. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 11 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-11/falta-sala-estado-maior-nao-garante-prisao-domiciliar>>. Acesso em: 2 dez. 2017. Se estivesse em vigor o aludido projeto, todos os magistrados envolvidos em tais decisões, desde o juiz de primeira instância até os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, poderiam estar sendo acusados de crimes de violação de prerrogativas dos advogados, graças à cláusula “desde que proferida nos termos da lei”, que, pelo visto, parte da falsa premissa de que só existe uma interpretação possível dos fatos e da lei. Em suma, trata-se de uma possível criminalização da atividade judicial.

⁶⁶⁰ Disponível: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=585443&disposition=inline>>. Acesso em: 2 dez. 2017. Cumpre notar que a justificativa do projeto original, que previa até a criminalização da violação “culposa” dos “direitos e prerrogativas” (de acordo com a justificativa, mencionar “direitos e prerrogativas” em vez de apenas “prerrogativas” impediria a interpretação restritiva ao tipo penal!), não cita qualquer outro país em que exista criminalização de “violação de prerrogativas de advogados” nem menciona qual é a relevância penal de tal tema, deixando,

advogados em outros países. Considerando que as prerrogativas podem ser objeto de restrição por decisões judiciais, existe o evidente risco de comunicações de possíveis crimes de hermenêutica, que, em sendo devidamente arquivados, podem dar ensejo, por sua vez, a outros possíveis inquéritos (formulados pelos juízes acusados contra os advogados acusadores) por denúncia caluniosa. Enfim, uma criminalização que não encontra respaldo em outros países do mundo, a qual deveria, a princípio, ser resolvida no âmbito do respectivo inquérito ou processo (para isso, não faltam *habeas corpus* e mandados de segurança), pode dar início a uma guerra entre profissionais. Criminalização, portanto, irracional.

A utilização do Direito Penal Comparado auxiliaria na racionalização do Direito Penal como um todo, que deixaria de ser passível de pressões momentâneas de alguns grupos. O critério de dúvida global, a nosso ver, complementa e aprimora o mero critério democrático acima mencionado, sugerido por Ripollés, que, aliás, tem uma certa obscuridade. De fato, o autor espanhol, ao falar do critério democrático, aduz que ele se refere a “*convicções sociais amplamente majoritárias*”.⁶⁶¹ Porém, a democracia não se constitui, a princípio, apenas por convicções amplamente majoritárias, podendo existir na hipótese de uma maioria simples. E, como é cediço, uma maioria simples (51% a 49%) pode esconder uma profunda divisão acerca de determinados assuntos.

O critério da dúvida global, ao ampliar a discussão para o Direito Penal Comparado, analisando posições contrárias de países diversos e verificando qual a solução da maioria, possibilitaria uma *argumentação racional pública*⁶⁶²

inclusive, de fazer qualquer tipo de consideração acerca de como as violações de prerrogativas profissionais são tratadas atualmente e se não estão sendo resolvidas a contento nos próprios processos judiciais (e se não são resolvidas dentro dos processos judiciais, com declaração de nulidades, por exemplo, por que necessitariam ser resolvidas por meio de um processo criminal autônomo).

⁶⁶¹ *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*, p. 93.

⁶⁶² Utilizamos, aqui, a terminologia de Amartya Sen em sua obra acerca do conceito de justiça. Com formação de economista, talvez Sen tenha conseguido enxergar melhor do que os juristas as múltiplas possibilidades de diversas *justiças*, com o que percebeu a necessidade de um debate qualificado, com o efetivo conhecimento de prós e contras, pela população. Em suas palavras: “Quando procuramos determinar como promover a justiça, há uma necessidade fundamental de uma reflexão racional pública, envolvendo argumentos oriundos de diversos quadrantes e perspectivas divergentes. Um compromisso com os argumentos contrários, porém, não significa que devemos ter expectativas de conciliar as razões conflitantes em todos os casos e chegar a posições concordantes em todas as questões. A racionalidade individual de uma pessoa não exige uma resolução completa dos conflitos, que tampouco é condição para uma escolha social razoável, inclusive para uma teoria da justiça baseada na razão”. (*A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das

aprimorada e qualificaria o conceito de *convicções amplamente majoritárias*, que também pode ser decorrente da ocorrência de determinado *crime do dia*.⁶⁶³

A própria visão das posições opostas entre países poderia contribuir para uma melhor visão do que se pretende ser tido como crime. Uma dúvida razoável, aferida pelos diversos tratamentos em outros países, ou mesmo pela aferição de que apenas uma minoria criminaliza determinada conduta, deveria conduzir à solução político-criminal de não criminalização. Essa seria a nossa solução, por exemplo, para a questão do projeto de criminalização do cliente da prostituição. Diante da divisão global no assunto e, inclusive, considerando a polêmica gerada nos países em que a criminalização foi aprovada,⁶⁶⁴ entendemos existir uma dúvida mais do que razoável sobre o tema, devendo, pois, prevalecer a solução da não criminalização. O mesmo se aplicaria tanto à criminalização da homofobia quanto à criminalização das relações homossexuais.⁶⁶⁵

Letras, 2011, p. 427). Transpondo a ideia de Sen para o campo penal, chegamos à conclusão de que não se pode almejar a unanimidade, porém deve-se constatar um consenso mínimo para a criminalização de condutas, em todo o mundo. Sem isso, continuaremos a conviver com alguns relativismos odiosos que permitam a criminalização de simples comportamentos, em flagrante violação de direitos humanos fundamentais.

⁶⁶³ Marta Muñoz de Morales Romero, em análise do modelo americano, propõe para a União Europeia a criação de uma comissão de revisão penal permanente, que deveria se pronunciar antes da votação de uma lei penal, com o que se evitaria a politização e a introdução no ordenamento jurídico penal dos crimes do dia (*crimes du jour*). Cf. Codificación y técnica legislativa en Estados Unidos de América. In: MARTÍN, Adán Nieto; ROMERO, Marta Muñoz de Morales; MUÑOZ, José Becerra (Dir.). *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 201-237, p. 225. Creemos que tal ideia também poderia ser utilizada no Brasil, com uma comissão plural permanente, integrada por membros advindos do Judiciário, do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e da sociedade, escolhidos pelo Parlamento, a fim de se manifestarem sobre a racionalidade de novas leis penais, analisando os diversos níveis e fazendo os estudos de Direito Comparado acima propostos.

⁶⁶⁴ Vide a seguinte notícia: FRANCE PRESSE. Prostitutas fazem ato em Paris contra criminalização da prostituição. *Portal G1*, São Paulo, 28 mar. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/03/prostitutas-fazem-ato-em-paris-contra-criminalizacao-o-da-prostituicao.html>>. Acesso em: 2 dez. 2017. As prostitutas, supostamente beneficiadas pela legislação, foram às ruas protestar contra ela. Na verdade, embora possa ser atacada a efetiva exploração sexual, é certo que existem pessoas que escolheram a profissão e fazem isso porque querem. Atacar os seus clientes, em vez de enfrentar diretamente o problema da exploração, uma forma de escravidão moderna, é uma solução talvez mais fácil e menos custosa, porém prejudica os profissionais do sexo que optaram por essa vida.

⁶⁶⁵ Nesse sentido, Janaina Conceição Paschoal: “Na medida em que Democracias devem respeitar as diferenças, homossexuais não podem ser forçados a deixar de ser homossexuais, ou de praticar atos homossexuais. Jamais se poderia, por exemplo, conviver com sanções à homossexualidade. Por outro lado, justamente pelo fato de Democracias deverem respeitar as diferenças, religiosos não podem ser forçados a aceitar a homossexualidade, ou impedidos, sobretudo por meio do Direito Penal, de professar suas crenças”. Cf. *Direito penal e religião*: as várias interfaces de dois temas que aparentam ser estanques. 2017. Tese (Concurso para Professor Titular de Direito Penal da Universidade de São Paulo) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 148-149. Em nosso texto, consideramos que não se devem criminalizar discursos religiosos que supostamente caracterizem homofobia, como, por exemplo, dizer que a homossexualidade é um pecado. Pode-se até discordar disso,

Uma objeção à nossa proposta poderia ser feita com o argumento de que cada país tem os seus próprios padrões culturais e isso não deveria ser modificado. Quem objetar nesse sentido, por dever de coerência, deve abster-se de eventualmente pleitear a abolição da pena de morte ou da criminalização de relações homossexuais em países que adotem tais normas, eis que, afinal de contas, seriam próprias das normas culturais, às vezes com raízes religiosas, de tais países. Cremos, no entanto, que esse argumento não deve prevalecer, posto que a cultura é um produto do ser humano, e não o contrário.⁶⁶⁶

Isso vale para *delitos culturalmente motivados* quando entram em choque com o *núcleo duro* acima referido, a exemplo da mutilação genital de mulheres,⁶⁶⁷ do assassinato de bebês gêmeos⁶⁶⁸ ou albinos⁶⁶⁹ por algumas tribos indígenas ou aborígenes, e mesmo da eventual omissão de socorro na recusa de transfusão de sangue que salvaria a vida de uma criança filha de testemunhas de Jeová. Enfim, quando a cultura entra em choque com direitos fundamentais como a vida humana e a dignidade sexual, entendemos que ela deve ser modificada, evidentemente não com imposições, mas com um trabalho de conscientização e educação a médio e longo prazo, sem prejuízo de uma política de auxílio a

no entanto não há que se falar em crime de homofobia apenas por tal razão. Afinal, falta um pouco de atenção para o fato de que as Religiões Cristãs, em geral, consideram que todas as pessoas são pecadoras, e não apenas os homossexuais. Assim, considerar algo como pecado do ponto de vista religioso, concorde-se ou discorde-se, não pode ser entendido como ilícito. Todavia, evidentemente, as agressões contra homossexuais devem ser e já são punidas, conforme a legislação existente. Quanto à discriminação, a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, poderia ser atualizada para incluir o preconceito contra a orientação sexual, contudo algumas das condutas ali previstas, abertas demais, como a do artigo 4º (negar ou obstar emprego em empresa privada), devem, no mínimo, ter a sua redação melhorada.

⁶⁶⁶ Concordamos, nesse ponto, com Chimamanda Ngozi Adichie, quando trata da necessidade de se mudar a cultura violadora dos direitos das mulheres: “A cultura não faz as pessoas. As pessoas fazem a cultura. Se uma humanidade inteira de mulheres não faz parte da nossa cultura, então temos que mudar nossa cultura”. (*Sejamos todos feministas*. Tradução de Christina Baum. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 48).

⁶⁶⁷ Algumas consequências deletérias dessa prática podem ser vistas na seguinte reportagem: A DOR de urinar, menstruar e dar à luz após mutilação genital. *BBC Brasil*, [S.l.], 14 maio 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional/2016/05/160426_mutilacao_genital_depoimento_fn>. Acesso em: 2 dez. 2017.

⁶⁶⁸ Há notícias até de que crianças mais velhas, e não apenas recém-nascidos, também sejam assassinadas, como se pode ver em: OLIVEIRA, Ariadna. O infanticídio indígena e o silêncio quebrado. *Impacto Publicações*, [S.l.], 2 mar. 2012. <https://www.revistaimpacto.com.br/o-infanticidio-indigena-e-o-silencio-quebrado/>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

⁶⁶⁹ Em relação aos albinos, especificamente no que se refere às meninas, também há notícias de que algumas que sobreviveram sejam raptadas e estupradas na esperança de que curem doenças como a AIDS. Vide MELLO, Patrícia Campos. Albinos são alvo de mutilações e assassinatos em países africanos. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 13 out. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2013/10/1355974-albinos-sao-alvo-de-mutilacoes-e-assassinatos-em-paises-africanos.shtml>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

eventuais vítimas em curto prazo. Quando o crime tiver sido efetivamente praticado, a cultura, por si só, não pode ser considerada uma justificativa, todavia, no caso concreto, deve-se examinar eventual hipótese de exclusão da culpabilidade.

Enfim, o critério da dúvida global, em nosso entender, deve servir, justamente, para a busca do conteúdo mais universal possível desse *núcleo duro* do Direito Penal que não pode ceder a relativismos. Contudo, a busca de uma maior concordância quanto ao que deve ser considerado crime pode levar a uma diminuição da quantidade de infrações penais. Na verdade, isso seria até benéfico para o sistema criminal de todos os países.

Por fim, ressaltamos que este critério, especificamente, deve ser utilizado para fins da política criminal legislativa, não podendo o juiz descriminalizar leis brasileiras com base no Direito Penal Comparado, eis que isso o tornaria legislador positivo, algo que ele não é. E tal decisão, por sinal, pode ter consequências adversas ou contrárias ao efeito pretendido. Veremos isso abaixo, ao formularmos a nossa proposta sobre a questão do aborto.

5.2.2.2 O critério da seletividade inversa para os crimes não violentos

A reação social atualmente existente, como analisado no último capítulo, é bastante seletiva no que tange ao encarceramento de pessoas responsáveis por determinados tipos de crimes. Enquanto predominam, no cárcere, os condenados por crimes de tráfico de drogas e roubo, exemplos clássicos da criminalidade de rua (*street crimes*), os condenados por crimes do colarinho branco (*white collar crimes*), amiúde, responsáveis por fraudes que superam dezenas, senão centenas, de vezes os lucros ilícitos obtidos pelos primeiros, raramente cumprem penas privativas de liberdade, havendo, no mais das vezes, a substituição por restritivas de direitos.

Também já vimos que isso não é simplesmente uma questão de violência, pois o tráfico, em si, não é delito violento, além do que, muitos dos roubos também são cometidos de forma não violenta.

A seletividade existe e há uma série de fatores para isso, como a desproporcionalidade das penas, mais desfavoráveis aos crimes de rua, o preconceito, ainda que *incógnito* dos juízes, o melhor desempenho dos advogados de poderosos na batalha verbal do julgamento etc.

Quando falamos em seletividade inversa, apesar da nomenclatura provocativa, não pretendemos criar novos preconceitos ou novas categorias de inimigos penais. Porém, como a seletividade afeta especialmente os responsáveis pelos crimes de rua, em geral os mais pobres, pretendemos, com o auxílio do princípio da proporcionalidade, *inverter justamente esse modo de ver e punir o crime*. Em condições análogas, aqui considerado especialmente o ponto comum da ausência de violência, *inverte-se a leitura dos fatos, passando a não importar tanto o lugar (rua ou escritório) da ação criminosa, mas sim o montante do prejuízo por ela causado*.

Assim, a ideia é a de punir mais severamente os crimes com resultados mais graves, quando análoga a condição da ausência de violência (ou seja, não há *crime de sangue*).

Só que isso não significa, necessariamente, impor penas draconianas para os delitos do colarinho branco. Consideramos que algumas penas podem sim ser aumentadas de forma razoável, de modo a ensejar a efetiva pena privativa de liberdade, hoje praticamente inexistente para tais ilícitos,⁶⁷⁰ no entanto, torna-se também necessário distinguir as práticas não violentas da criminalidade de rua, geralmente preconcebida como violenta, e aplicar penas menos rigorosas do que as dos delitos do colarinho branco, que acarretam vultosos prejuízos.

⁶⁷⁰ Em entrevista acerca do tema, tratando superficialmente da Operação Lava-Jato, Graham Brooks disse o seguinte: “O ponto de partida é perguntar a si mesmo: se você pudesse garantir vastas somas de dinheiro para você e para sua família e manter a maioria desses valores e ainda evitar a prisão, você agiria de forma corrupta? Há muitos benefícios para atuar de forma corrupta: o lucro garantido e a impunidade. Antes da Lava-Jato, se pegos, as chances de denúncia eram mínimas. E mesmo em caso de denúncia, poucos eram condenados. E quando condenados, as penas geralmente eram apenas financeiras”. Respondendo, especificamente, sobre a forma de evitar a corrupção, Brooks afirmou: “Eu já fui a muitas conferências, particularmente sobre corrupção e fraude, e a resposta é quase sempre a mesma: aqueles envolvidos só começam a se preocupar com seus crimes quando ameaçados com prisão. Multar as empresas e livrar os indivíduos não é o caminho”. Cf. DANTAS, Dimitrius. “Falta de remorso é o padrão do corrupto”, diz Graham Brooks. *O Globo*, Rio de Janeiro, 26 nov. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/falta-de-remorso-o-padrao-do-corrupto-diz-graham-brooks-22115021>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

A ideia pode parecer simples, porém a solução é complexa, passando por mudanças legislativas e também por uma maior conscientização dos magistrados. Adiante, veremos algumas propostas mais concretas a esse respeito.

Vale ressaltar que este critério também envolve políticas criminais legislativas e pode ser utilizado pelos juízes na dosimetria das penas, atentando para o *quantum* dos prejuízos causados em crimes não violentos de rua e delitos do colarinho branco.

Esta nossa sugestão também pode enfrentar resistência, eis que calcada na *retribuição proporcional ao crime*. Especificamente, e até certo ponto contrariamente à nossa proposta, encontramos o posicionamento de John Braithwaite e Philip Pettit. Falamos “até certo ponto”, pois existem algumas peculiaridades e distinções que iremos abordar agora, além do que, muito embora partamos de premissas diversas, podemos chegar a uma conclusão semelhante à dos autores. Expliquemos.

Quanto às distinções, os autores estão tratando do sistema norte-americano, no qual eles aduzem haver uma quantidade de casos solucionados pelo instituto da *plea bargaining*, que seria mais *endêmico* nos Estados Unidos do que em outros países.⁶⁷¹ Tal constatação é importante por duas razões: 1) nos Estados Unidos, em regra, juízes e promotores (ao menos os chefes) são eleitos, o que faz com que, especialmente para os últimos, seja importante “mostrar serviço”, o que significa, basicamente, obter condenações;⁶⁷² 2) com isso, não existente ali o princípio da obrigatoriedade, os promotores selecionam os casos mais fáceis de se obter a condenação, quando precisam ir a julgamento. Para Braithwaite e Pettit, “as realidades burocráticas da administração da justiça criminal inevitavelmente resultam em pressões sistêmicas rumo a um tratamento leniente dos criminosos sofisticados e um tratamento duro dos não sofisticados”.⁶⁷³ De fato, nesse sistema, os crimes mais sofisticados são mais difíceis de serem comprovados perante o júri, o que, amiúde, faz com que tais delitos acabem impunes.

⁶⁷¹ *Not just deserts: a republican theory of criminal justice*. New York: Oxford University Press, 2002, p. 183.

⁶⁷² Aos olhos do eleitor comum, o promotor que pede a absolvição, no mínimo, teria cometido um desperdício de tempo e de dinheiro público.

⁶⁷³ *Op. cit.*, p. 183, tradução nossa. Texto original, em Inglês: “*The bureaucratic realities of criminal justice administration inevitably result in systemic pressures towards lenient treatment of sophisticated criminals and tough treatment of unsophisticated ones*”.

Esse tipo de dificuldade não enfrentamos aqui, diante do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública (mitigado pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, apenas para as infrações de menor potencial ofensivo, sujeitas à transação penal), bem como pela ausência de preocupação dos membros do Ministério Público em terem que vencer uma causa. Diríamos, ainda, que, para fins de aprimorar a *expertise* na análise de casos complexos, a existência das varas especializadas em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e lavagem de valores gera uma maior racionalidade na persecução penal dos respectivos crimes do colarinho branco.⁶⁷⁴

Voltando ao entendimento de Braithwaite e Pettit, também é importante anotar uma peculiaridade em sua argumentação. Em diversos momentos, os autores parecem estar se referindo, em verdade, à responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Não que, por óbvio, os crimes do colarinho branco restrinjam-se às pessoas jurídicas. Todavia, os autores parecem focar a sua argumentação nas pessoas jurídicas,⁶⁷⁵ cabendo lembrar que, nos Estados Unidos, a responsabilidade das companhias é mais ampla do que a prevista entre nós. Sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas, falaremos brevemente na próxima subseção.

Aqui, uma vez postas as premissas sobre a realidade analisada por Braithwaite e Pettit, considerando, ainda, que eles parecem focar os seus exemplos em sociedades empresárias, vejamos os seus argumentos contrários à retribuição proporcional.

Inicialmente, considerando as “burocráticas realidades do sistema de justiça criminal”, eles formulam o “teorema” de que “onde o merecimento for

⁶⁷⁴ Nas palavras de Fausto Martin de Sanctis: “A especialização representou ganho de qualidade das decisões judiciais diante do necessário aprimoramento e intercâmbio com os diversos órgãos de investigação e maior interação no uso dos mecanismos de controle das atividades financeiras e bancárias. Os crimes de competência desses juízos especializados são usualmente transnacionais e determinam uma maior especialização das autoridades envolvidas”. Cf. Impacto nos cenários político, econômico e social após a atuação das varas federais criminais especializadas em lavagem de dinheiro e crimes financeiros. In: VELOSO, Roberto Carvalho; SILVA, Fernando Quadros da (Org.). *Justiça federal: estudos doutrinários em homenagem aos 45 anos da AJUFE*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 81-100, p. 93. Em nossa breve experiência como juiz de vara especializada, pudemos constatar a necessidade dessa especialização, diante da difícil conciliação do cotidiano de uma vara criminal comum (processos mais simples que vêm em grande quantidade) com a frequente complexidade dos processos do juízo especializado (que vêm em menor quantidade, contudo, em regra, geram uma quantidade muito superior de documentos a serem analisados).

⁶⁷⁵ De fato, os autores citam exemplos relacionados a companhias aéreas, empresas farmacêuticas e mineradoras. Vide *Not just deserts: a republican theory of criminal justice*, p. 193-196.

maior, a punição será mínima”.⁶⁷⁶ Enfim, é a ideia dos autores de que os crimes mais complexos (e difíceis de serem provados) e que causam os maiores danos dificilmente serão *selecionados e efetivamente punidos*. Para além da questão das provas, Braithwaite e Pettit mencionam, ainda, que a punição prejudica uma possível *persuasão* das *empresas* a mudarem suas práticas, chegando a sugerir que as chocantes taxas de fatalidade em minas de carvão se devam a políticas punitivas no setor.⁶⁷⁷ Em suas palavras:

[...] [o] justo merecimento precisa às vezes ser sacrificado para a proteção do público. Agências regulatórias frequentemente resistem à ânsia de processar as partes culpadas quando a cooperação dessas partes é necessária para salvaguardar a saúde pública.⁶⁷⁸

De outro lado, numa espécie de argumentação fatalista, os autores dizem:

O fato difícil da vida é que os infratores do colarinho branco frequentemente têm algumas coisas de real valor para oferecer à comunidade em troca da imunidade legal. É uma triste realidade de poder que não pode desaparecer por um moralista discurso propagandístico sobre justiça. A mais regular ocorrência desse tipo se dá com instituições financeiras merecendo persecução criminal, em que os reguladores estão relutantes em processar por medo de causar uma fuga da instituição, arruinando pequenos investidores que demoram a tirar o seu dinheiro.⁶⁷⁹

Embora tenham procurado desqualificar o discurso sobre a justiça (mais exatamente a retribuição proporcional) como meramente moralista, Braithwaite e Pettit, por sua vez, utilizam uma argumentação baseada numa petição de princípio, vale dizer, numa suposta dura e triste realidade que não pode ser modificada. O argumento, com a devida vênia, parece conformista e incita a

⁶⁷⁶ *Not just deserts: a republican theory of criminal justice*, p. 182, tradução nossa. Texto original, em Inglês: “[...] where desert is greate, punishment will be least”.

⁶⁷⁷ *Ibidem*, p. 192.

⁶⁷⁸ *Ibidem*, p. 193, tradução nossa. Texto original, em Inglês: “Just deserts must at times be sacrificed for protection of the public. Regulatory agencies often resist the urge to prosecute guilty parties when the co-operation of those parties is needed to safeguard the public health”.

⁶⁷⁹ *Ibidem*, p. 194, tradução nossa. Texto original, em Inglês: “The hard fact of life is that white-collar offenders often have some things of real value to offer the community in exchange for legal immunity. It is a sad reality of power that cannot be wished away by pious sloganeering about justice. The most regular occurrence of this sort occurs with financial institutions deserving of criminal prosecution, where regulators are reluctant to prosecute for fear of causing a run on the institution, ruining small investors who are slow to get their money out”.

deixar as coisas como estão. Em verdade, os autores aduzem que seria melhor *persuadir*⁶⁸⁰ as companhias a modificarem as suas práticas ilícitas, porém, considerando que a sua argumentação, em tese, implica a rejeição de qualquer tipo de punição (eis que mesmo a punição das agências reguladoras poderia trazer danos colaterais graves), não existe uma explicação prática convincente de como se daria essa persuasão. Quanto ao argumento consequencialista de que a punição poderia acabar com a instituição financeira responsável, seria de se fazer a seguinte questão: é a punição ou são os ilícitos que causam a eventual quebra? E havendo a certeza de uma não punição (em qualquer âmbito), qual seria o motor persuasivo para se modificarem as práticas ilícitas? Os pequenos investidores, num contexto em que a instituição financeira estaria apta a continuar praticando ilícitos impunemente, têm alguma chance de não serem prejudicados pelo grande capital? Perguntas que não são suficientemente respondidas.

Mas, talvez o principal argumento de Braithwaite e Pettit contra a *retribuição proporcional* seja o de que ela não geraria a igualdade, contudo acabaria causando desigualdade. Para os autores, existiriam dois estados de perfeita igualdade no sistema de justiça criminal: um, em que todos os culpados seriam igualmente punidos, e outro, em que todos os culpados receberiam perdão.⁶⁸¹ Ocorre que viveríamos num mundo em que, com sorte, apenas 10% dos culpados seriam efetivamente punidos, de modo que a melhor forma de estender a igualdade seria ampliar as formas de perdão para esses 10% que são punidos.⁶⁸²

Ademais, os autores consideram “[...] moralmente repugnante aumentar o sofrimento de uma pessoa pela simples razão de estabelecer uma maior igualdade de sofrimento com outros que praticaram ilícitos iguais”.⁶⁸³ E eles argumentam com a seguinte hipótese: se há seis sonegadores fiscais, porém só é preciso punir um para passar a mensagem à sociedade de que aquela forma de inadimplemento é crime, então dever-se-ia selecionar a mais culpável ou grave

⁶⁸⁰ *Not just deserts: a republican theory of criminal justice*, p. 192.

⁶⁸¹ *Ibidem*, p. 197.

⁶⁸² *Ibidem*, p. 197. Considerando que os autores utilizaram o termo “sorte” para referir-se à suposta punição de 10% de todos os culpados, é certo que formularam um raciocínio hipotético, eis que não forneceram dados para a sua estimativa da taxa percentual de punição.

⁶⁸³ *Ibidem*, p. 198, tradução nossa. Texto original, em Inglês: “[...] “[we] [...] find it morally repugnant to increase the suffering of one person for not better reason than to establish a greater equality of suffering with others who have done equal wrongs”.

dos seis para a persecução penal. Segundo eles, isso revelaria a aplicabilidade do *princípio da parcimônia*.⁶⁸⁴

Braithwaite e Pettit ainda dizem que os retributivistas poderiam retorquir que, num mundo ideal, todos deveriam ser punidos, no entanto, ainda que fosse assim, haveria crimes sofisticados não descobertos que não seriam punidos. A punição somente dos criminosos não sofisticados aumentaria a desigualdade entre os criminosos sofisticados e os não sofisticados:

Uma razão para enfatizar a mais ampla categoria de todos os criminosos culpados de determinado tipo é que há razões sistemáticas para que as ofensas perpetradas pelos criminosos mais profissionais e implacáveis tenham menores chances de ir para um tribunal, em primeiro lugar. Punindo os criminosos menos sofisticados igualmente, nós aumentamos a desigualdade entre os infratores não sofisticados e os sofisticados.⁶⁸⁵

Devemos notar que a argumentação dos autores flerta de perto com o abolicionismo. De fato, seria ingênuo pensar que todos os efetivamente culpados de crimes são devidamente punidos, inclusive de forma isonômica e proporcional. Esse é um traço da irracionalidade do sistema criminal que dificilmente será apagado. Sempre haverá culpados que se livram, e uma perfeita isonomia e proporcionalidade deve ser considerada um mito, pois dificilmente em todos os casos semelhantes haverá penas idênticas aplicadas por juízes diferentes.

O argumento dos autores de que, quanto maior o perdão, mais se chega a uma efetiva igualdade com aqueles que não foram punidos, leva à conclusão abolicionista: não se punindo ninguém, haveria igualdade absoluta com os culpados que conseguiram se safar. Mas, se a tese deles não chega a admitir o abolicionismo, pode-se perguntar se ela seria aplicável unicamente aos crimes do colarinho branco ou se também se estenderia, por exemplo, aos crimes de sangue.

Assim, por exemplo, entre seis assassinos, torturadores ou estupradores, não poderia ser punido apenas aquele que mais matou, torturou ou estuprou, para

⁶⁸⁴ *Not just deserts: a republican theory of criminal justice*, p. 198.

⁶⁸⁵ *Ibidem*, p. 199, tradução nossa. Texto original, em Inglês: “One reason for emphasizing the wider category of all guilty criminals of a given type is that there are systematic reasons why the offences perpetrated by more professional and ruthless criminals will be less likely to get to court in the first place. By punishing unsophisticated criminals equally, we increase the inequality between unsophisticated and sophisticated crooks”.

passar a mensagem à sociedade de que aquilo não pode ser feito? Ou será que o *princípio da parcimônia* seria restrito à criminalidade econômico-financeira? Não deveríamos também deixar de punir assassinos, torturadores ou estupradores, tendo em vista que existem infratores mais hábeis que não se deixam identificar pelas autoridades? Por que só os menos hábeis, os que foram pegos, deveriam ser punidos?

Se a argumentação de Braithwaite e Pettit restringe-se ao colarinho branco, temos que ela acabaria por contribuir para o encarceramento em massa dos mais pobres. Entretanto, os autores almejam uma diminuição das punições em geral para a criminalidade de rua e, em menor medida, o aumento da punição de alguns crimes do colarinho branco que, atualmente, estariam virtualmente imunes ao Direito Penal.⁶⁸⁶ Os autores, infelizmente, não esclarecem em que medida deveria haver essa maior punição nem quais exatamente seriam os crimes por ela alcançados.

Apesar de discordarmos em grande parte dos argumentos de Braithwaite e Pettit, verificamos que a sua conclusão não difere muito do critério aqui proposto. Maiores detalhes de como colocar em prática esse critério serão vistos em subseção posterior deste trabalho. Por enquanto, cumpre observar que também almejamos uma significativa diminuição do encarceramento da criminalidade de rua não violenta e uma retribuição mais proporcional para uma criminalidade econômico-financeira que gera danos muito mais graves, até mesmo à sociedade brasileira como um todo.

E, diferentemente dos autores em apreço, não consideramos “moralmente repugnante” dar uma pena maior para um crime do colarinho branco que tenha ensejado um prejuízo de centenas de milhões de reais do que para um furto de algumas centenas de reais ou para um mero repasse de uma cédula falsa que trouxe um lucro ilícito de algumas dezenas de reais. Se fôssemos nos ater a uma análise de *repugnância moral*, consideraríamos muito pior a punição grave para os delitos de rua com prejuízos ínfimos e o tratamento leniente com fraudes milionárias. Sem considerações moralistas, todavia, consideramos que esse é um

⁶⁸⁶ *Not just deserts: a republican theory of criminal justice*, p. 200.

dos traços de irracionalidade de nosso sistema que pode ser, ao menos, reduzido,⁶⁸⁷ como veremos adiante.

5.2.2.3 O critério da eficiência como corolário da *ultima ratio*

Popularmente, quando se fala em eficiência do sistema criminal, frequentemente está se falando sobre celeridade, fim da impunidade e, de modo geral, mais condenações no menor tempo possível. Há também um certo discurso sobre a eficiência que acaba levando à expansão do Direito Penal. É o que ocorre quando se criminaliza o descumprimento de uma norma administrativa, com vistas a reforçar a eficiência e até aprimorar a fiscalização, mediante a utilização dos aparatos policial e judicial, suprindo a escassez de fiscais da Administração Pública. Isso equivale a destinar o sistema criminal a funções meramente utilitaristas, sem a devida atenção a uma racionalidade ética.

No entanto, a eficiência deve ser analisada sob um outro prisma, qual seja o do Direito Penal como *ultima ratio*, vale dizer, a última medida, quando as outras tiverem falhado.

A mera criminalização de infrações administrativas, sem que tenham sido afetados bens jurídicos de relevância penal, corresponde à utilização do Direito Penal como *prima ratio*, o que não pode ser admitido caso se queira um Direito

⁶⁸⁷ Aproximamo-nos, portanto, do pensamento de Andrew von Hirsch, que também discorda expressamente de Braithwaite e Pettit: “A noção puramente instrumental de reprovação de Braithwaite e Pettit – que se reprova apenas para influenciar os outros e somente na medida necessária para alcançar esta influência – socava esta lógica. [...] No castigo, estamos falando de uma resposta estatal, porém a lógica é a mesma. A decisão de censurar uma conduta precisa apoiar-se num juízo de que esta conduta seja repreensível, e o é de acordo com o grau em que está sendo desaprovada. Se A e B cometem um delito que tem o mesmo nível de gravidade, é problemático que A receba maior censura do que B – ainda que isso possa ter mais influência em sua conduta. [...] O castigo, por sua própria lógica, expressa desaprovação e o *quantum* da pena reflete quanta desaprovação se expressa”. Cf. *Censurar y castigar*. Tradução de Elena Larrauri. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 56, tradução nossa. Texto original, em Espanhol: “La noción puramente instrumental de la reprobación de Braithwaite y Pettit – que uno reprueba sólo para influir en los otros y sólo en la medida necesaria para alcanzar esta influencia – socava esta lógica. [...] En el castigo estamos hablando de una respuesta estatal, pero la lógica es la misma. La decisión de emitir censura a una conducta necesita apoyarse en un juicio que diga que esta conducta es repreensible, y lo es de acuerdo con el grado en que está siendo desaprobada. Si A y B cometen un delito que tiene el mismo nivel de gravedad, es problemático que A reciba mayor censura que B – aun cuando ello pudiera tener más influencia en su conducta. [...] El castigo, por su propia lógica, expresa desaprobación y el quantum de la pena refleja cuánta desaprobación se expresa”.

Penal eficiente.⁶⁸⁸ Explicamos: se o sistema criminal tiver que lidar com a criminalização de meras infrações administrativas, sem a ofensa a bens jurídicos penais relevantes, ele certamente ficará sobrecarregado e, por conseguinte, terá menos tempo para lidar com os processos criminais efetivamente relevantes, prejudicando a celeridade dos julgamentos como um todo.

Esse modo de ver a eficiência do Direito Penal guarda, ainda, estreita relação com o processo criminal na seguinte perspectiva: vale a pena utilizar todo o aparato do sistema criminal para a aplicação de sanções que já poderiam incidir administrativamente? Analisemos três exemplos diversos, rapidamente.

Poderíamos, nesse sentido, questionar a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Qual é a sanção penal específica para a pessoa jurídica que já não poderia ser aplicada anteriormente no âmbito de um Direito Administrativo sancionador ou, mesmo, no âmbito de um Direito Civil punitivo?⁶⁸⁹ Embora este não seja o objeto principal de nosso trabalho, a princípio, não constatamos, nos artigos 21 e 22 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998,⁶⁹⁰ quaisquer sanções

⁶⁸⁸ Essa foi a nossa conclusão quando da análise do Processo nº 0002878-31.2013.403.6107, no qual alguns réus estavam sendo acusados do crime de pesca ilegal, sem que nenhum peixe tenha sido pescado. A sentença, da qual não foi interposto recurso, foi pela absolvição sumária. Segue um trecho da fundamentação: “É o tempo de o Judiciário responder à sociedade a questão posta pela doutrina de ser o Direito Penal a *ultima ratio* (isto é, a última medida, a última solução quando tiverem falhado todas as outras) ou *prima ratio* (isto é, a primeira medida, a primeira solução, usada efetivamente antes ou concomitantemente com outras sanções). Com a devida vênua ao Ministério Público Federal, a presente ação penal configura a utilização do Direito Penal como *prima ratio*, ou, noutras palavras, um Direito Penal como reforço e mero complemento do Direito Administrativo. Enfim, trata-se meramente da criminalização de uma infração administrativa. Considerando o Direito Penal como *ultima ratio*, concluo que a ação penal só pode ser recebida e prosseguir quando houver indícios suficientes de efetivo dano ambiental. Não é o que se constata no caso em apreço, em que não foi constatado qualquer peixe efetivamente pescado, conforme se observa, inclusive, do depoimento do policial ambiental perante a autoridade policial [...]. No presente caso, o local e os petrechos seriam proibidos. Ocorre que, sem nenhum efetivo ato de pesca, não houve qualquer ofensa ao bem jurídico em questão. Qual teria sido a ofensa? O fato de colocar o barco na água? Ainda que a intenção fosse a de pescar, deve-se lembrar o velho brocardo no sentido de que *pensiero non paga gabella* ou *cogitationis poena nemo patitur*. Ou, no mais claro Português, não se pode punir a mera intenção!”. A íntegra da sentença encontra-se disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/20170622-pesca>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

⁶⁸⁹ Mencionamos o assunto mui rapidamente porque não é o objeto de nosso trabalho. Ressaltamos que a responsabilidade penal da pessoa jurídica, no Brasil, para crimes ambientais existe desde 1998, com a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Nesses quase 20 anos de vigência da possibilidade de responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas, não encontramos, pelo menos numa análise sumária, quaisquer processos marcantes na jurisprudência, que tenham servido para atestar a efetiva necessidade do Direito Penal, com a aplicação de sanções que nunca poderiam ter sido aplicadas num processo administrativo. Com base nisso, é, no mínimo, duvidosa a necessidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

⁶⁹⁰ “Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são: I - multa; II - restritivas de direitos; III - prestação de serviços à comunidade. Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são: I -

que não pudessem ser objeto de aplicação em processos administrativos ou cíveis. Mesmo a prestação de serviços à comunidade poderia ocorrer no âmbito administrativo, com termos de ajustamento de conduta, por exemplo.⁶⁹¹

Outro exemplo, no âmbito do Direito Penal Econômico, é o da gestão temerária, crime de constitucionalidade muito questionada, por ser aberto demais, e que, em rigor, para evitar a mera criminalização do descumprimento de normas administrativas, demanda uma análise muito complexa e demorada de uma série de normas administrativas gerais e internas do banco, tendo como resultado, geralmente, penas restritivas de direitos ou multas.⁶⁹² Como se trata de um delito cometido sem fraude, e ainda assim extremamente complexo, para além da questão da sua (in)constitucionalidade, parece-nos tratar-se de um tipo penal ineficiente, que gera muito trabalho e demanda muito tempo para um resultado que poderia ser obtido no âmbito do Direito Administrativo ou do Direito Civil.

Como terceiro exemplo, analisemos o tipo penal previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.⁶⁹³ Novamente, deixaremos de lado a

suspensão parcial ou total de atividades; II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações”.

⁶⁹¹ Neste trabalho, não chegamos a uma conclusão definitiva sobre a eficácia da responsabilidade da pessoa jurídica. Num primeiro momento, chegamos ao entendimento de que as sanções penais a ela impostas também poderiam ser aplicadas no âmbito administrativo ou civil. De qualquer forma, exatamente por conta dessa conclusão, não vislumbramos qualquer inconstitucionalidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica, até porque expressamente prevista no texto constitucional (artigo 225, § 3º).

⁶⁹² O crime de gestão temerária encontra-se previsto no parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, cujo *caput* trata da gestão fraudulenta, hipótese mais grave e sobre a qual não pairam dúvidas razoáveis sobre a sua constitucionalidade. Apesar de a gestão temerária ter uma pena relativamente alta (reclusão, de dois a oito anos), considerando-se a ausência de fraude (se houver fraude, caracteriza-se a gestão fraudulenta), dificilmente a dosimetria desse único crime, considerado isoladamente, enseja a pena privativa de liberdade.

⁶⁹³ “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º. Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. § 2º. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. § 3º. As penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. § 4º. Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. § 5º. A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. § 6º. Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o *caput*,

questão da constitucionalidade sobre a criminalização da posse para o consumo próprio de drogas, eis que estamos aqui destacando a questão da eficiência. Será que precisamos realmente de um processo criminal para que o juiz advirta o acusado sobre os efeitos da droga? Afinal, esta é a primeira das penas aplicáveis: advertência sobre os efeitos da droga. Mais: terá o juiz capacidade técnica para advertir sobre os efeitos de diferentes drogas? Terão a maconha, a cocaína, o *crack*, o *ecstasy* etc. exatamente os mesmos efeitos? O juiz fará cursos complementares de Medicina ou Farmacologia para explicar detalhadamente tais efeitos? Ou ele se limitará a uma advertência genérica, em tese, já encontrada em qualquer propaganda sobre os efeitos das drogas? A previsão do § 7º, de que o juiz determinará que o Poder Público coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde para tratamento especializado, é realmente uma pena ou um efeito dela? Ou é algo que poderia ser obtido pelo próprio “infrator” numa ação cível (um exemplo possível do que se convencionou chamar de judicialização da saúde)? Quanto à prestação de serviços à comunidade, uma pena restritiva tradicional, não seria ela contraproducente, ainda que cumprida em programas específicos, pois não afastaria o usuário do tratamento? Enfim, basicamente, precisamos do Direito Penal para dizer ao usuário que as drogas fazem mal à saúde e para tratá-lo? Isso nos parece muito distante de um Direito Penal eficiente. Contudo, voltaremos à questão na próxima subseção, referente às propostas concretas.

Esses três exemplos, a nosso ver, bem ilustram que o princípio da eficiência no Direito Penal deve reforçar e não contrariar o princípio da *ultima ratio*. E isso vale tanto para o âmbito legislativo quanto para o âmbito judicial, em que, como visto, os juízes podem constatar a efetiva existência de lesão ou não a bem jurídico penalmente relevante, podendo rejeitar ações penais com base no princípio da insignificância.

Todos os critérios gerais até aqui expostos complementam e aperfeiçoam a tese dos níveis de racionalidade proposta por Manuel Atienza e desenvolvida no âmbito penal por José Luis Díez Ripollés. Com base em tais critérios, desenvolvemos algumas propostas concretas, expostas a seguir, buscando

nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I - admoestação verbal; II - multa. § 7º. O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.”

corrigir alguns dos exemplos de irracionalidade do sistema criminal verificados no capítulo anterior.

5.2.3 *Algumas propostas concretas*

Talvez o melhor caminho para se alcançar uma maior racionalidade seja uma reforma global do Código Penal. Contudo, tal tarefa, embora pudesse ser a ideal, é inevitavelmente mais demorada e, talvez, até mais passível de erros. De outro lado, a correção ou mitigação pontual de algumas irracionalidades, conquanto não ajeite tudo, pode ser uma alternativa mais apropriada para a resolução de problemas em curto e médio prazo.

O objetivo deste trabalho não é o de apresentar uma reforma total da legislação penal, até porque reconhecemos que o paradoxo racional-irracional do sistema criminal é insuperável por quaisquer mudanças legislativas. No entanto, com base nos níveis de racionalidade propostos por Manuel Atienza e desenvolvidos na seara penal por José Luis Díez Ripollés, além dos critérios político-criminais acima propostos, é possível pensar na mitigação das irracionalidades do sistema criminal. No capítulo 4, selecionamos algumas situações problemáticas, e, pensando nelas, sugerimos as seguintes propostas concretas.

5.2.3.1 Descriminalização parcial do aborto

No quarto capítulo, criticamos uma decisão do Supremo Tribunal Federal, relatada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, acerca do aborto. Na ocasião, mencionamos que nem mesmo o Supremo Tribunal Federal teria autoridade para criar novas normas administrativas, sendo que apontamos a irracionalidade atinente a tal decisão, que parece ter sido proferida de maneira um tanto quanto arbitrária *conforme a singularidade do caso concreto*, ou, mais exatamente, conforme as concepções pessoais dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. O

fato de que alguns afirmam que o Supremo pode dar esse tipo de decisão e outros criticam o excesso de “ativismo judiciário”.

Anteriormente, defendemos que a criminalização do aborto não é inconstitucional, e, a nosso ver, ao tutelar a *vida intrauterina*, ela resiste aos testes dos princípios penais. E, acrescentamos agora, também resiste à análise dos níveis de racionalidade, sem a complementação dos critérios político-criminais retroapontados.

A racionalidade ética reside, a princípio, no conjunto de crenças da sociedade. No âmbito da sociedade brasileira, é grande o número de pessoas que defendem, inclusive, que as mulheres que abortam devem ser presas.⁶⁹⁴ Apesar das falhas inerentes a esse tipo de pesquisa, não é de se duvidar que uma parcela significativa dos brasileiros concorde com a criminalização do aborto.

É claro que nem sempre a opinião da maioria deve prevalecer, eis que devem ser resguardados os direitos fundamentais da minoria. Ocorre que aqui é difícil o reconhecimento de um *direito fundamental ao aborto*, eis que estão em conflito dois valores quase equivalentes, isto é, a liberdade de escolha da mulher e a vida intrauterina.

Quanto às racionalidades teleológica e pragmática, já enfrentamos o argumento de que nenhuma lei é capaz de impedir o crime e lembramos que a pena do aborto, para um crime contra a vida, já é pequena, com a previsão somente de detenção, de um a três anos. Em circunstâncias normais, o artigo 124 do Código Penal (aborto provocado pela própria gestante ou com o seu consentimento) não enseja a efetiva prisão das mulheres. Logo, um dos modos de avaliar a eventual ineficácia dissuasória de tal norma penal é examinar se a situação persiste se ela for aumentada.

Seguramente, de qualquer forma, um tema controvertido como o aborto sempre renderá opiniões de que a sua criminalização ofenderia princípios penais, o que faz parte do paradoxo da existência de argumentos opostos e, mesmo assim, racionais.

⁶⁹⁴ Vide COPLE, Júlia. Para 50% dos brasileiros, mulher que aborta deve ser presa, diz pesquisa. *O Globo*, Rio de Janeiro, 4 dez. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/para-50-dos-brasileiros-mulher-que-aborta-deve-ser-presa-diz-pesquisa-22146558>>. Acesso em: 5 dez. 2017.

A nosso ver, então, a criminalização do aborto não deveria ser, em tese, modificada pelo Judiciário,⁶⁹⁵ sendo que isso pode ensejar até uma crise com o Poder Legislativo, que pode, ao ver a sua competência usurpada pelo Supremo Tribunal Federal, pretender modificar a Constituição para manter ou até recrudescer determinada posição, como parece ter sido justamente o caso.⁶⁹⁶ Em parecer sobre a Proposta de Emenda Constitucional nº 181/2015, o Deputado Federal Relator expressamente manifesta-se no seguinte sentido:

Portanto, vale enfatizar que, no caso do aborto, não pode eventualmente um Ministro – que não foi eleito e, assim, não tem vinculação direta com o titular do poder, qual seja o povo – desconsiderar não apenas o princípio representativo consubstanciado no Congresso Nacional, tal qual prevê o parágrafo único do art. 1º da Constituição (“Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”), como também desconsiderar direta e veementemente a vontade do povo, que, quase à unanimidade, rechaça a prática do aborto, como demonstram as pesquisas feitas sobre o assunto.⁶⁹⁷

⁶⁹⁵ Falamos, aqui, de uma alteração da própria norma, como a da decisão do Ministro Barroso, que, em tese, deixa de reconhecer o crime de aborto antes dos três meses de gestação. Uma conclusão, conforme vimos, extraída principalmente do Direito Comparado, que acaba criando um requisito temporal sem previsão legal. Nada impede, porém, que situações específicas sejam consideradas como não abarcadas pela norma em comento pela falta de reprovabilidade, a exemplo do aborto do anencéfalo. Aqui, não se cria uma nova norma, porém apenas se verifica que não existe bem jurídico a ser tutelado.

⁶⁹⁶ De fato, foi noticiada a imediata reação do Parlamento à referida decisão do Supremo Tribunal Federal, com a criação de comissão na mesma noite do julgamento: ROSSI, Marina. Câmara faz ofensiva para rever decisão histórica do Supremo sobre aborto. *El País*, São Paulo, 2 dez. 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/30/politica/1480517402_133088.html>. Acesso em: 6 dez. 2017. O caso é que, hoje, passados poucos meses da decisão do Supremo, discute-se a aprovação de emenda constitucional para inclusão da proteção da vida desde a concepção: AGÊNCIA CÂMARA NOTÍCIAS. Contra o aborto, deputado propõe assegurar na Constituição direito à vida desde a concepção. *Justificando*, [S.l.], 12 ago. 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/08/12/contra-o-aborto-deputado-propoe-assegurar-na-constituicao-direito-a-vida-desde-a-concepcao/>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

⁶⁹⁷ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1586817&filename=Tramitacao-PRL+1+PEC18115+%3D%3E+PEC+181/2015>. Acesso em: 6 dez. 2017. As pesquisas que o Relator menciona, no sentido de que quase a unanimidade do povo brasileiro rechaça o aborto, não foram devidamente referidas nem especificadas. Pelo projeto, a redação dos artigos 1º e 5º da Constituição passaria a prever, desde a concepção, tanto a dignidade da pessoa humana quanto o direito à vida. Há quem sustente que tais alterações impediriam o aborto em caso de estupro, atualmente admitido. Cremos que tal interpretação é até possível, porém não é a mais correta, porquanto seria desconsiderada, por completo, a dignidade da vítima estuprada. Assim, ainda que essa emenda seja aprovada, entendemos que permaneceria em vigor a permissão para o aborto no caso de estupro. Contudo, não seria mais sustentável a posição do Ministro Luís Roberto Barroso sobre a possibilidade de aborto nos três primeiros meses da gravidez.

Percebe-se, pois, que o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal acerca do aborto levantou grave controvérsia jurídica.

Conforme sustentamos anteriormente, essa decisão não poderia ter sido tomada pelo Judiciário, diante da inexistência de inconstitucionalidade da criminalização do aborto no caso em apreço. Podemos até substancialmente concordar com ela, porém o trajeto para a descriminalização deve se dar por intermédio do Parlamento.

Entra, aqui, pois, o critério da dúvida global acima proposto. Como já antecipamos, verificamos que existe uma controvérsia mundial mais do que considerável acerca do aborto, haja vista que inúmeros países descriminalizaram essa prática. Não deixou de ser um dos critérios utilizados pelo Ministro Luís Roberto Barroso, todavia, conforme colocado, esse é um critério para a política criminal legislativa.

A pesquisa recentemente divulgada no sentido de que metade dos brasileiros seriam favoráveis à prisão das mulheres que abortam nos dá uma certa ideia da profunda divisão e das divergências acerca do tema.

Tamanha divergência, aliada à existência de inúmeros países que não criminalizam o aborto, justificam a descriminalização, ainda que, pelo menos num primeiro momento, parcial. Por isso que sugerimos a descriminalização do aborto nos três primeiros meses de gestação, conforme critério adotado em vários outros países, como foi observado na própria decisão do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, a nossa proposta não seria antidemocrática por desrespeitar a vontade da maioria ou violaria o direito fundamental dos nascituros, sendo, portanto, inconstitucional? Ou, em outras palavras, não haveria um mandado constitucional de criminalização do aborto?

Vamos responder a essas possíveis críticas.

Quanto ao aspecto democrático, pelo nosso critério da dúvida global, entendemos que mesmo a vontade da maioria deveria ser confrontada com a posição predominante no Direito Comparado. Afinal, por que somente em nosso país, ou mesmo em dissonância com a maioria dos países, algo deveria ser considerado crime? Seríamos os únicos a enxergar a *verdade*?

Ademais, cabe esclarecer que o nosso critério não é fundado em *certezas*, porém na *incerteza*, justamente o oposto. Trata-se, pois, de uma fundamentação baseada na *cautela em se criminalizar condutas*. Essa cautela se justifica porque

o Direito Penal já contém as mais graves sanções do ordenamento jurídico. Assim, admitir a criminalização num âmbito de extrema incerteza quanto à punição de determinado *fato*, como o aborto, permite, na prática, a utilização do Direito Penal como instrumento de convencimento, para mudança de concepções.

E a propósito da questão democrática, lembramos as palavras de Aharon Barak, para quem a democracia não é apenas formal, de acordo com o voto majoritário (ainda que por ínfima diferença): “[...] democracia é um delicado equilíbrio entre a regra da maioria e os valores básicos da sociedade, que governam a maioria”.⁶⁹⁸

Pois bem, dentre os valores básicos da sociedade que devem governar a maioria, está, a nosso ver, o do Direito Penal como *ultima ratio*, ou seja, a última medida, necessária para tentar impedir determinada prática. Um cenário de *incerteza* e de *dúvidas* seguramente não nos parece o mais propício para a utilização da mais drástica das sanções.

Quanto ao argumento da violação do direito fundamental dos nascituros, entendemos que essa é a grande controvérsia jurídico-política a ser resolvida. No atual momento,⁶⁹⁹ nossa Constituição estabelece de forma genérica a proteção do direito à vida. Será a vida um valor absoluto? Na verdade, até mesmo a vida não é um valor absoluto, tendo em vista que, em tese, é lícito matar alguém, por exemplo, na situação de legítima defesa. Logo, existem exceções. Também existem inúmeras outras situações mais ou menos controversas, como as de quem teve morte cerebral e respira apenas por aparelhos, estando fadado a passar o resto dos dias, sem consciência, numa cama de hospital, e as de quem, por exemplo, perdeu todos os movimentos do corpo e pede para morrer. Esses casos nos mostram que, ainda que de forma intuitiva, a vida pode ser valorada diferentemente.

Será que a vida de um nascituro pode ou deve ser valorada de forma idêntica à vida de um recém-nascido? Há quem sustente que as situações seriam idênticas, de modo até a admitir um tal *aborto tardio*, na prática, um homicídio ou infanticídio de recém-nascidos. Janaina Conceição Paschoal nos lembra da obra de Peter Singer, conhecido defensor da causa dos direitos dos animais, que, de

⁶⁹⁸ *The judge in a democracy*, p. 25-26, tradução nossa. Texto original, em Inglês: “[...] democracy is a delicate balance between majority rule and society’s basic values, which rule the majority”.

⁶⁹⁹ O que pode mudar, caso aprovada a proposta de emenda constitucional que estabeleça o direito à vida desde a concepção.

outro lado, admitiria o “aborto tardio” de crianças excepcionais, criticando uma ética prática que instrumentaliza e diminui a importância do ser humano.⁷⁰⁰

Entendemos que a vida intrauterina, especialmente até os três meses de gestação, pode ser valorada diferentemente do que a vida de um recém-nascido. Em primeiro lugar, já no último caso, entendemos manifestamente equivocadas considerações de ordem prática que permitam, por exemplo, o homicídio de crianças excepcionais, com síndrome de *Down* ou quaisquer outras doenças ou deficiências que diminuam a sua capacidade de ter uma vida *normal*. Aqui sim entendemos que a vida de um recém-nascido, ainda que com problemas, merece a mesma valoração que a vida de uma criança, jovem, adulto ou idoso. Mas, dirão que o recém-nascido é totalmente dependente dos pais (como o nascituro é dependente da mãe e por isso poderia ser morto). Entretanto, podemos dizer que crianças, jovens, adultos e idosos, por vezes, enfrentam determinadas situações (como as de um acidente grave, por exemplo) em que, ao menos temporariamente, tornam-se completamente dependentes dos outros. Por um acaso, poderiam ser mortos nesses períodos de total dependência de terceiros? É evidente que não.

Será que a situação do nascituro é a mesma? A nosso ver, e o nosso ponto de vista sobre essa questão não é *político*, como o que criticamos no capítulo 4, o problema do nascituro não é de mera *dependência*, mas sim de *formação*, não se tratando de questão *política*, mas sim de uma questão *médico-biológica*. Assim, o direito do nascituro, por sua própria condição, já seria diferente do direito do

⁷⁰⁰ O papel do direito penal na preservação da vida, p. 204. De fato, Peter Singer, comentando casos diversos, desde bebês sem viabilidade a recém-nascidos com síndrome de *Down*, afirma o seguinte: “Bebês humanos não nascem auto-conscientes, ou capazes de compreender que eles existem ao longo do tempo. Eles não são pessoas. Portanto suas vidas pareceriam não ser mais dignas de proteção do que a vida de um feto”. (*Rethinking life and death: the collapse of our traditional ethics*. New York: St. Martin’s Griffin, 1996, p. 210, tradução nossa). Texto original, em Inglês: “*Human babies are not born self-aware, or capable of grasping that they exist over time. They are not persons. Hence their lives would seem to be no more worthy of protection than the life of a fetus*”. Mais adiante, Singer afirma que, em obra anterior, teria sugerido o período de 28 dias após o nascimento, a fim de se aceitar que o recém-nascido tivesse o mesmo direito à vida do que outros, sendo que tal período ainda seria bem anterior ao momento em que o bebê tivesse autoconsciência. No entanto, Singer demonstra incerteza sobre o assunto, ao considerar poderoso o argumento de que o nascimento seria a melhor linha divisória a dar visibilidade ao começo do socialmente reconhecido direito à vida. (*Ibidem*, p. 217). Ainda que Singer tenha se referido a esse período como suficiente para os pais decidirem sobre a vida da criança nos casos em que a vida começa *muito mal*, as diversas menções à síndrome de *Down* conferem um tom, ainda que inconscientemente, de eugenia à sua fundamentação. Mesmo assim, Singer não nos pareceu muito convicto de sua própria sugestão, ao referir-se à força do argumento do nascimento com vida.

recém-nascido. O último já tem o direito de *viver* (à vida), ao passo que o primeiro teria que ter o direito de *nascer* (com vida).

Não vislumbramos, vale repetir, no *atual* cenário constitucional, um direito fundamental de nascer. Dessa forma, consideramos que a nossa proposta de descriminalização do aborto não seria inconstitucional, não havendo, por conseguinte, um mandado de criminalização do aborto.⁷⁰¹

Superadas as objeções constitucionais, fica o problema prático de como convencer congressistas e defensores da proibição a aderirem à descriminalização parcial.

Sugeriríamos a seguinte abordagem: na hipótese de funcionar plenamente o papel preventivo do Direito Penal e determinada gestante levar a cabo a gravidez, pura e unicamente por conta do temor em desobedecer a lei penal, o que ocorreria? A criança nasceria e ficaria aos cuidados da mãe, que somente a teve por medo da lei penal. Como seria a vida dessa criança sob os cuidados da mãe que não a queria? Pode ser que tudo melhor. Ou não.

Não queremos aqui nos utilizar da duvidosa tese de que a autorização do aborto diminuiria a taxa de criminalidade, mas sim chamar a atenção de que as mesmas crianças que nasceram graças à defesa intransigente da proibição do aborto são, amiúde, esquecidas em suas famílias, ambiente no qual ocorrerá a sua principal formação moral e intelectual.

Quanto à ideia de proibir o aborto, porém instituir a adoção do parto anônimo (entrega do recém-nascido à adoção),⁷⁰² duvidamos de sua eficácia. Dificilmente todos os bebês seriam adotados, e aqueles não adotados ver-se-iam obrigados a começar a sua vida numa instituição, longe do afeto humano. Uma política como essa, no Brasil, com um histórico de serviços públicos muito deficientes, infelizmente tenderia a repetir o que parece ter sido a lamentável experiência da Romênia:

⁷⁰¹ Aliás, conforme destaca Janaina Conceição Paschoal: “A busca de um Direito Penal mínimo não pode conviver com uma Constituição que traz, em seu bojo, necessidades automáticas (e não concretas) de criminalização”. (*Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 77).

⁷⁰² Janaina Conceição Paschoal defende a ideia: “Para conciliar o direito das mulheres (de não se tornarem mães) com o direito à vida, deveriam ser identificadas as políticas de educação sexual e também a adoção do parto anônimo, pelo qual a parturiente, sem se identificar, poderia dar o seu bebê à adoção. Seria quase um retorno da roda dos enjeitados. É triste, mas é menos triste que admitir ceifar a vida de um outro ser”. (*O papel do direito penal na preservação da vida*, p. 199).

Após conquistar o poder na Romênia, em meados da década de 1960, o líder comunista Nicolae Ceausescu adotou medidas drásticas para transformar o país e acelerar a transição de uma sociedade agrícola para outra industrial. Visando ao crescimento demográfico, o regime restringiu os métodos anticoncepcionais e a praticado aborto, chegando a taxar casais com mais de 25 anos que permaneciam sem filhos. Milhares de famílias se mudaram dos vilarejos rurais para as cidades a fim de trabalhar nas fábricas estatais. Tais políticas levaram muitos pais a abandonar os filhos recém-nascidos, que acabavam em uma instituição oficial conhecida como leagan – o termo em romeno que designa “berço”. Apenas após a derrubada de Ceausescu, em 1989, o resto do mundo pôde avaliar as terríveis condições em que essas crianças haviam sido criadas. Quando bebês eram largados sozinhos no berço durante horas. Só tinham contato humano durante o dia e nas vezes em que o cuidador – cada qual responsável por 15 a 20 crianças – aparecia para lhes dar comida ou banho. Mesmo depois de 1989, esse sistema demorou a ser remediado. Em 2001, teve início um estudo, abrangendo 136 crianças de seis instituições, para avaliar o impacto dessa negligência no desenvolvimento infantil. Os pesquisadores, liderados pelo psiquiatra Charles Zeanah, da Universidade de Tulane, pelo psicólogo do desenvolvimento e neurocientista Nathan Fox, da Universidade de Maryland, e pelo neurocientista Charles Nelson, da Universidade Harvard, ficaram espantados com os comportamentos aberrantes das crianças. Muitas delas, com menos de 2 anos de idade no início do estudo, não demonstravam o menor apego aos cuidadores. Quando incomodadas, não pediam ajuda. “Em vez disso, exibiam um comportamento quase selvagem que nunca víamos antes – vagando sem objetivo de um lado para o outro, batendo a própria cabeça no chão, rodopiando e se imobilizando no mesmo local”, conta Fox.⁷⁰³

Estamos diante de um dilema moral insolucionável quando tentamos responder o que seria melhor, ou, mais exatamente, menos pior: permitir o aborto ou obrigar uma criança a crescer numa instituição com um inevitável déficit de afeto humano em seu primeiro ano de vida. A nossa proposta, é necessário esclarecer, não visa a solucionar esse dilema moral, mas apenas deixá-lo fora do alcance do sistema criminal. Assim, descriminalizar não significa apoiar ou incentivar o aborto. É possível até mesmo que a descriminalização leve à diminuição do número de abortos,⁷⁰⁴ tendo em vista que as mulheres que tomam essa drástica decisão, amiúde, enfrentam os seus próprios dilemas pessoais (problemas financeiros, a existência de outros filhos, a rejeição do pai da criança

⁷⁰³ BHATTACHARJEE, Yudhijit. Aurora da vida. *National Geographic Brasil*, [S.l.], ano 15, n. 178, p. 26-43, jan. 2015, p. 42.

⁷⁰⁴ É uma hipótese, porém não é uma condição necessária para a defesa de nossa proposta.

etc.), e, com a criminalização, veem-se tolhidas de se aconselhar com familiares, amigos ou profissionais especializados.⁷⁰⁵ A descriminalização, ainda que parcial, nesse primeiro trimestre de gestação, daria mais tempo de reflexão e possibilidade de diálogo, o que pode levar a uma decisão mais refletida em favor do nascimento de seu filho. Em suma, num momento de desespero, a solidão pode não ser a melhor conselheira.

Mas, repetimos que essa diminuição na quantidade de abortos, ainda que ideal para uma revalorização da vida humana em geral, não seria uma condição necessária para a nossa proposta. Contudo, eventualmente com a sua verificação, o tempo de gestação em que permitido o aborto poderia até ser revisto.⁷⁰⁶

Aos que se opõem ao aborto unicamente por questões religiosas, pelo menos em relação aos cristãos, chamaríamos à reflexão sobre a própria contrariedade do Direito Penal aos ensinamentos de Jesus Cristo e lembraríamos, conforme visto no capítulo 3, a posição do Papa Francisco no que diz respeito à possibilidade de se perdoar o aborto, a qualquer tempo.

Enfim, esta é a nossa proposta, com as suas considerações jurídicas e com um esboço de argumentação racional pública para uma tentativa de diálogo com os que se opõem à descriminalização.

5.2.3.2 Descriminalização dos crimes contra o sentimento religioso e algumas mudanças correlatas

Na subseção 4.2.2, focamos a irracionalidade da tutela penal do *sentimento religioso* e da feição moderna do crime de blasfêmia, na tipificação da última conduta prevista no artigo 208 do Código Penal (“vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso”).

⁷⁰⁵ Pode ser difícil encontrar alguém de confiança para obter conselho se deve ou não praticar um delito.

⁷⁰⁶ Afinal, o tempo necessário para a efetiva formação do nascituro e a viabilidade de vida extrauterina é maior do que três meses.

Para uma análise mais ampla da questão, analisemos agora o referido dispositivo como um todo, além de verificar os ilícitos correlatos, contra o respeito aos mortos, que se encontram no mesmo Título V do Código Penal.

Sugerimos a descriminalização dos crimes contra o sentimento religioso, invocando, preliminarmente, os argumentos já aludidos no capítulo anterior. Quanto às figuras típicas de escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa, e de impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso, entendemos que só teriam relevância penal no caso de emprego de violência à pessoa, quando aí já teriam que ser sancionadas pelo crime contra a integridade física (lesões corporais). Valemo-nos, aqui, do nosso critério da eficiência como corolário da *ultima ratio* do Direito Penal.

De fato, no primeiro caso, o do escarnecimento, correríamos novamente de tutelar penalmente a fé de uma pessoa (que, como vimos, só pode ser efetivamente abalada pela falta dela). Na pior das hipóteses, ter-se-ia aqui também um crime contra a honra (que, por sinal, também deveria ser restrito a hipóteses especialmente graves).

De outro lado, quanto ao impedimento ou perturbação de cerimônia religiosa, temos que a própria instituição religiosa poderia, no caso de alguém desrespeitá-la em seus domínios, perturbando ou visando a impedir um culto, utilizar dos meios necessários⁷⁰⁷ para retirar essa pessoa do local (assim como Jesus, conforme a Bíblia, expulsou os vendilhões do Templo).⁷⁰⁸ Assim, nos parece que alguém só conseguiria, de uma forma relevante para o Direito Penal, impedir ou perturbar uma cerimônia religiosa, mediante a utilização de violência contra a pessoa ou mesmo contra o próprio local do culto.⁷⁰⁹

Utilizar-se do Direito Penal porque alguém teria feito, por exemplo, uma algazarra, durante um culto, perturbando-o, representa a adoção do Direito Penal como *prima ratio*.

O mesmo raciocínio, a nosso ver, se aplica ao crime de impedimento ou perturbação de cerimônia funerária (artigo 209). Impedir ou perturbar um enterro ou funeral, sem violência, é uma conduta que fatalmente ensejará uma reação imediata dos presentes, retirando a pessoa do local. Danos exclusivamente

⁷⁰⁷ Não violentos, pois é possível retirar uma pessoa de um local sem agredi-la fisicamente.

⁷⁰⁸ João 2:13-16. Cf. BÍBLIA, p. 1847.

⁷⁰⁹ Desse modo, por exemplo, se o templo for incendiado ou depredado, o infrator deveria responder por crime de incêndio ou dano à propriedade alheia.

morais devem ser reparados na esfera cível (*prima ratio*). Da mesma forma, entendemos que a mesma conclusão se aplica aos crimes dos artigos 210 (violação de sepultura) e 212 (vilipêndio a cadáver), porquanto ensejam danos meramente morais.

Em relação aos delitos desse Título, entendemos que o único que tem relevância penal é o de destruição, subtração ou ocultação de cadáver, eis que pode ser um terrível crime acessório ao de homicídio, podendo, inclusive, gerar dúvidas sobre a morte ou o desaparecimento da pessoa, causando aos familiares uma angústia eterna (o que evidentemente transcende o âmbito de um dano meramente moral).

Assim, ressalvado o crime do artigo 211, sugerimos a descriminalização das demais infrações do Título V do Código Penal, com a reserva de que as condutas violentas já seriam sancionadas por outros tipos penais.

Cumpramos observar que o projeto de reforma do Código Penal extingue tanto os crimes contra o sentimento religioso quanto aqueles contra o respeito aos mortos,⁷¹⁰ sendo que o equívoco, em nosso sentir, está na ausência de uma previsão específica acerca do crime do artigo 211.

5.2.3.3 Fraudes fiscais: correção de interpretação e de rumos

Vimos, anteriormente, na subseção 4.2.3, que o delito de apropriação indébita previdenciária vem padecendo de uma interpretação que não exige, para a configuração do crime, apropriação, prévio desconto nem qualquer tipo de fraude.

Também constatamos que tal entendimento, na prática, significa a criminalização da mera dívida tributária, apesar de isso basicamente ser ignorado ou negado pela doutrina⁷¹¹ e pela jurisprudência.

⁷¹⁰ Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

⁷¹¹ Remetemos o leitor à subseção 4.2.3, quando apontamos a contradição de doutrina que nega a criminalização da dívida no caso do artigo 168-A, em que a conduta seria deixar de recolher contribuição *previamente descontada*, ao passo que, posteriormente, aduz ser desnecessário o prévio desconto para a configuração do crime.

O problema de interpretação do crime do artigo 168-A do Código Penal, a nosso ver, também está inserido no contexto mais amplo, em que o Direito Penal tributário vem sendo tratado como *prima ratio*, na medida em que se tornou meramente um meio coercitivo de pagamento dos tributos, tendo em vista que o adimplemento total da dívida extingue a punibilidade do crime.⁷¹²

Se o simples pagamento, a qualquer tempo,⁷¹³ extingue a punibilidade do crime, isso significa que, na prática, a lei penal não diferencia quem deixou de pagar o tributo por dificuldades financeiras daquele que sonegou fraudulentamente a tributação. Trata-se, portanto, de norma penal irracional, que iguala devedores e infratores.

Nossas propostas para mitigar tais irracionalidades são bastante simples e até óbvias, não obstante necessárias, tendo em vista os rumos da jurisprudência.

Em primeiro lugar, sugerimos a inserção da seguinte norma de caráter geral no Código Penal: *Não será considerado ilícito penal o simples inadimplemento de qualquer dívida, inclusive a fiscal, sem que tenha ocorrido ardil, artifício, desvio ou qualquer tipo de fraude.*

Alguns poderão criticar a obviedade de tal norma. No entanto, quando, em processos penais, verificamos algumas argumentações ministeriais limitando-se a apontar, em uma única frase, que a materialidade delitiva está comprovada pelo lançamento tributário, constatando a existência de condenações em muitos desses casos, com toda a devida vênia, consideramos, no mínimo, útil dizer o óbvio.

Todavia, em se tratando do óbvio, essa norma realmente não é estritamente necessária, bastando que a jurisprudência siga essa diretriz. Com a necessidade de comprovação de algum tipo de fraude ou desvio, competirá à Justiça Criminal analisar apenas os casos mais graves de sonegação, o que vai ao encontro do nosso sugerido critério de eficiência como corolário da *ultima ratio*.

De outro lado, no caso da extinção da punibilidade pelo pagamento, que torna o Direito Penal Tributário meramente coercitivo e não diferencia os devedores dos sonegadores, aí sim se torna necessária a mudança legislativa para estabelecer apenas a redução da pena, de um a dois terços, em caso de

⁷¹² Vide artigo 9º, § 2º, da Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, e artigo 83, § 4º, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com redação dada pela Lei nº 12.382, de 25 de fevereiro de 2011.

⁷¹³ Muito embora o parcelamento tenha que ser formalizado antes do recebimento da denúncia criminal, conforme o artigo 83, § 2º, da Lei nº 9.430/96.

pagamento da dívida tributária até o recebimento da denúncia. Caso alguém deseje alegar que a nossa sugestão seria muito rígida ou draconiana, lembramos que apenas copiamos a solução do arrependimento posterior, previsto no artigo 16 do Código Penal, para os crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa. O tratamento isonômico com a criminalidade de rua (*blue collar crimes*) atende também ao nosso critério de seletividade inversa para os crimes do colarinho branco, observando que estamos *tornando mais rígido o tratamento dado ao pagamento do crédito tributário, porém apenas para assegurar a isonomia com o tratamento que é dado à reparação do dano em delitos de rua cometidos sem violência ou grave ameaça.*

5.2.3.4 Como evitar a criminalização do mero descumprimento de regras administrativas: o caso da pesca e a importância do bem jurídico

Na subseção 4.2.4, fizemos uma inusitada comparação entre o projeto de lei de abuso de autoridade e o crime de pesca. Sobre o projeto, já finalizamos nossas breves considerações naquele tópico.

No tocante ao crime de pesca, pensamos que podemos inseri-lo no contexto mais amplo de *administrativização do Direito Penal*, que implica a criminalização do mero inadimplemento de regras administrativas, o que, novamente, transporta o Direito Penal para o âmbito da *prima ratio*.

Consideramos que, aqui, a solução passa pela análise rigorosa da ofensa ou do *risco* causado ao bem jurídico tutelado pela norma penal em questão. Mesmo quando falamos em *Direito Penal do Risco*, devemos manter o discurso da *ultima ratio*, o que, portanto, significa utilizá-lo tão somente nos casos mais graves, e não em todo e qualquer caso, o que pode ter graves consequências, como se infere do raciocínio de Rafael Diniz Pucci:

Quando se cogita da responsabilização coletiva na “sociedade de risco” há que se ter presente que as características dos conflitos decorrentes deste modelo social fazem com que sejam protagonistas atores não normalmente incriminados pelo aparato penal – os entes coletivos em situação de poder. Por isto, não se pode confundir o que já se chamou de “clamor social” atendido

pelo Estado com o recurso à legislação penal, o que traria solução simbólica e ineficaz, como ocorre com a criminalização da pobreza, via de regra.⁷¹⁴

Analisemos a seguinte ementa de julgado referente à pesca:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. CRIME CONTRA A FAUNA. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DA LEI Nº 9.605/1998. ESTADO DE NECESSIDADE. TESE NÃO COMPROVADA.

1. Mérito recursal circunscrito à alegação de que o réu teria agido amparado pela excludente de antijuridicidade consistente no estado de necessidade. Nesse sentido, afirma a defesa que o apelante, pescador profissional, dependia da pesca “para sanar as necessidades básicas de sua família, tais como alimentação”.

2. É inequívoco que o acusado desatendeu, de maneira livre e consciente, os preceitos do art. 1º da Portaria do IBAMA nº 46, de 17.04.2002, admitindo, inclusive, que já havia sido “autuado cinco vezes por fatos semelhantes”.

3. Não há nos autos qualquer justificativa plausível para a conduta criminosa por ele adotada, pois, na ocasião dos fatos, a pesca, em si, não estava proibida, havendo apenas uma limitação acerca do uso da rede de emalhar. Caberia ao réu, enquanto pescador profissional, desempenhar regularmente suas atividades, mas de maneira alternativa ou, então, com o uso de redes de emalhar com tamanho de malha superior a 180 (cento e oitenta) milímetros.

4. A excludente de ilicitude invocada não restou minimamente comprovada. Ao contrário, as provas produzidas demonstram, seguramente, que naquela ocasião era razoável exigir-se do réu comportamento diverso do adotado (CP, art. 24).

5. Mantida a condenação, nos termos exatos termos da sentença.

6. Apelação improvida.⁷¹⁵

Para maior clareza, destacamos o seguinte trecho da fundamentação do acórdão:

O art. 1º da Portaria do IBAMA nº 46, de 17.04.2002, proibia “no trecho do rio Paraná, compreendido entre o vertedouro da UHE Souza Dias (Jupiá) e a barragem da UHE Engenheiro Sérgio Motta (Porto Primavera), incluindo a área inundada por este reservatório, o uso de rede de emalhar pela pesca profissional, com tamanho de malha inferior a 180 mm (cento e oitenta milímetros).” É inequívoco que o acusado desatendeu, de maneira

⁷¹⁴ Responsabilização penal na sociedade de risco. In: SILVA, Luciano Nascimento Silva (Coord.). *Estudos jurídicos criminais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 199-240, p. 238.

⁷¹⁵ Apelação Criminal nº 0000232-48.2004.4.03.6112/SP. Processo disponível para consulta no site do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

livre e consciente, os preceitos da referida portaria, admitindo, inclusive, que já havia sido “autuado cinco vezes por fatos semelhantes” (fls. 35/36). Além disso, não há nos autos qualquer justificativa plausível para a conduta criminosa por ele adotada, pois, na ocasião dos fatos, a pesca, em si, não estava proibida, havendo apenas uma limitação acerca do uso da rede de emalhar. Caberia ao réu, enquanto pescador profissional, desempenhar regularmente suas atividades, mas de maneira alternativa ou, então, com o uso de redes de emalhar com tamanho de malha superior a 180 (cento e oitenta) milímetros. O apelante, porém, simplesmente, optou por fazer uso de petrecho sabidamente proibido naquele momento. Não há se falar em risco à sua sobrevivência e tampouco de seus familiares, mesmo porque, segundo o próprio acusado, ele era solteiro e não tinha filhos (fls. 143).

Abstraiamos as questões fáticas do referido julgado. Do ponto de vista estritamente jurídico, é certo que o acusado foi condenado por ter pescado com uma rede de emalhar inferior a 180 milímetros, em desatenção à Portaria nº 46, de 17 de abril de 2002, do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA).⁷¹⁶ Não consta na fundamentação do acórdão qual teria sido a ofensa ou, pelo menos, o risco efetivo ao bem jurídico tutelado, qual seja o meio ambiente. Da mesma forma, ao menos no acórdão, não consta qualquer fundamentação relativa a peixes efetivamente pescados e qual teria sido a influência nociva ao meio ambiente da rede de emalhar em tamanho inferior ao da portaria do IBAMA.

Poderíamos considerar que seria presumida a ofensa ao bem jurídico em questão, diante do simples descumprimento da portaria do IBAMA?

A nosso ver, a resposta é negativa, não obstante cremos que é isso o que se subentende da leitura do acórdão em apreço. Se presumirmos a ofensa ao bem jurídico pelo mero descumprimento de portarias, instruções normativas, regulamentos em geral, é mais uma vez inevitável a conclusão de que o Direito Penal está sendo utilizado como *prima ratio*. No caso dos pequenos pescadores que pescam para sobreviver, mesmo quando em descumprimento de normas administrativas, isso equivale a uma verdadeira *criminalização da pobreza*, como acima referido por Pucci.

⁷¹⁶ No site do IBAMA, verificamos que a referida portaria foi revogada. Cf. <<http://www.ibama.gov.br/sophia/>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

E mais: quando o Direito Penal é usado para a punição do mero descumprimento de normas administrativas, que, por sua vez, já deve ser sancionado no âmbito administrativo, cremos que existe uma ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.

Dirão alguns que o *ne bis in idem* não é violado diante da independência das instâncias (penal e administrativa). Porém, não nos olvidamos disso. Contudo, devemos reconhecer que a independência das instâncias só deve existir quando são punidas ofensas diferentes, ainda que oriundas da mesma conduta. Expliquemos.

No caso do petrecho proibido da pesca (utilizemos o exemplo da rede inferior ao tamanho previsto em portaria), haverá independência de instâncias, se comprovado que o descumprimento da regra administrativa gerou efetiva lesão ou risco de lesão ao bem jurídico penalmente protegido, no caso o meio ambiente. Assim, concluindo o raciocínio, a multa administrativa serve para sancionar o descumprimento da portaria, ao passo que o Direito Penal será utilizado para sancionar a lesão ou o risco de lesão ao meio ambiente, oriundo da mesma conduta.

Só que essa lesão ou risco de lesão ao bem jurídico deve ser devidamente comprovado no processo penal. Se, ao contrário, for ignorado ou simplesmente presumido, teremos que o Direito Penal está sendo usado com, exatamente, a mesma finalidade do Direito Administrativo sancionador: punir o descumprimento da regra administrativa. Daí, em nosso entender, inegável a ocorrência de violação ao *ne bis in idem*.

Concluimos, portanto, que, tanto no caso da pesca quanto no de outras normas penais em branco que remetam a regulamentos administrativos, deve ser devidamente demonstrada a ofensa ou o risco de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, a fim de que, mais uma vez, o sistema criminal seja acionado apenas como *ultima ratio*.

5.2.3.5 Corrigindo penas extremamente desproporcionais: proposta para casos como o do artigo 273 do Código Penal

Na subseção 4.2.5, mencionamos uma decisão racionalmente irracional, a que aplica a pena abaixo do mínimo legal, nos casos previstos no artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal. Não obstante tenhamos reconhecido a irracionalidade de tal decisão, que se aplica *conforme a singularidade do presente caso concreto*, defendemos a sua aplicação pelo Poder Judiciário, de forma excepcional. De fato, quando se aplica uma pena mínima de dez anos para quem importa um medicamento apenas não registrado no Brasil, mas regularmente vendido em outro país, tem-se uma pena absolutamente desproporcional, que parece ter decorrido de uma celeuma envolvendo algum *crime du jour* (crime do dia).

Luiz Guilherme Mendes de Paiva nos conta um pouco sobre a origem dessa lei:

Em abril de 1998 uma criança morreu após ter sido tratada com um antibiótico falsificado na cidade do Rio de Janeiro – era o sétimo caso identificado de falsificação de remédios no estado do Rio de Janeiro. Os casos se multiplicaram e, em julho daquele ano, um aposentado mineiro que tomou um medicamento durante cinco meses para se tratar de câncer acabou falecendo, para depois se constatar que o remédio também era falso. Ainda em 1998, o desvio de milhares de placebos de uma multinacional farmacêutica provocou uma inundação de falsos anticoncepcionais no mercado, resultando na gravidez de 189 mulheres. O sentimento de pânico que tomou conta do país não demorou a surtir efeitos na seara legislativa: em 18 de junho foi oferecido o primeiro projeto de lei que propunha o acréscimo do *crime de adulteração e falsificação de remédios e alimentos* no rol dos crimes hediondos [...].⁷¹⁷

Se a lei teve por base casos terríveis de falsificação de remédios, os quais, por óbvio, devem ter sido bastante explorados pela mídia, o fato é que, no resultado final, foi imposta uma pena bastante draconiana, e, pior, com equiparação de condutas não tão graves (como trazer um remédio de outro país, apenas não registrado no Brasil, pelo simples fato de ser mais barato), o que, de

⁷¹⁷ *A fábrica de penas: racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos*, p. 140, grifo do autor.

certa forma, atende também aos interesses das grandes empresas farmacêuticas que atuam no país.⁷¹⁸

Anteriormente, fizemos menção à proposta de criação de uma comissão de revisão penal permanente, sugerida por Marta Muñoz de Morales Romero.⁷¹⁹ Essa seria uma forma de analisar se a aplicação da lei penal se deu conforme pretendido por ocasião de sua elaboração.

Essa comissão, no caso em apreço, verificaria que, especificamente no caso da importação dos remédios sem registro, existe uma profunda divisão da jurisprudência, justamente diante da desproporcionalidade, indicando que houve excesso do legislador. Tal excesso é manifesto, na medida em que juízes aplicam a lei abaixo do mínimo legal, mesmo a pedido dos próprios membros do Ministério Público, sendo que tal modo de proceder configura exceção no ordenamento. Não é, pois, difícil constatar o equívoco legislativo.

Além de sugerir a diminuição da pena no caso da importação de medicamentos sem registro, sugeriríamos, de outro lado, a distinção dessa pena com a de falsificação e adulteração de medicamentos, conduta que se mostra mais grave. Mesmo quem falsifica ou adultera remédio deveria ter a pena mínima reduzida, porquanto haverá condutas gravíssimas (como, por exemplo, a adulteração de remédios para tratamento de câncer, que levem à morte dos pacientes) e outras menos graves (como, por exemplo, a falsificação de um remédio utilizado para doenças menos agressivas). Assim, nem todo caso será tão grave a ponto de ensejar uma pena mínima de dez anos. As penas mínimas, portanto, podem ser diminuídas, ao passo que podem ser criadas causas de aumento específicas para o caso de mortes ou prejuízos à saúde de quem tomou os medicamentos falsificados ou adulterados.

Enquanto a alteração legislativa não vem, é necessário que o Judiciário proceda com cautela em relação ao artigo 273 do Código Penal, diferenciando as condutas efetivamente graves daquelas que, a princípio, nem danos à saúde causam. Mesmo irracional, a aplicação da pena abaixo do mínimo legal *de acordo*

⁷¹⁸ Não afirmamos que tenha sido proposital, porém é certo que uma lei penal absolutamente severa acaba servindo como desestímulo à importação de remédios não registrados a preço menor.

⁷¹⁹ Codificación y técnica legislativa en Estados Unidos de América, p. 225.

*com a singularidade do caso concreto é medida que se impõe a fim de se evitar extremas injustiças.*⁷²⁰

5.2.3.6 Algumas propostas para a redução do encarceramento em massa

Inicialmente, ressaltamos que não pretendemos, aqui, esgotar o assunto, apresentando todas as medidas necessárias para reverter o quadro de superpopulação carcerária no Brasil, mas apenas traçar o esboço de um caminho a ser trilhado para a mitigação da irracionalidade atualmente existente.

No capítulo anterior, ressaltamos a aparente contradição entre a constatação de que o Brasil tem uma das maiores populações carcerárias do mundo e o sentimento disseminado na sociedade de que vivemos no “país da impunidade”. Ressaltamos que isso se deve ao caráter seletivo de nosso Direito Penal, com especial destaque ao tratamento diferenciado para os crimes de rua e os do colarinho branco.

São diversos os fatores que levam a essa discrepância, todavia, nesta subseção, iremos nos deter na questão da legislação e no critério acima sugerido da seletividade inversa. Esclarecemos, uma vez mais, que o nosso objetivo não é o de transformar réus poderosos em inimigos, mas sim o de equilibrar o tratamento dado aos crimes de rua. Um exemplo já foi dado acima, no tocante às fraudes fiscais. Ao mesmo tempo em que se exige a existência de algum meio fraudulento para a caracterização do crime (evitando que meros inadimplentes sejam submetidos ao processo penal), propõe-se que o pagamento do tributo, no caso de fraude, acarrete apenas o mesmo tratamento já conferido a outros delitos cometidos sem violência ou grave ameaça, isto é, o previsto no artigo 16 do

⁷²⁰ O conceito de extrema injustiça para não se aplicar o positivismo já foi discutido, especialmente tomando-se por base o estudo do Direito nazista. Para mais detalhes, conferir a obra de Cynthia Pereira de Araújo: *Nazismo e o conceito de não positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2015. Entendemos que esse conceito de extrema injustiça, por ser vago, está fadado a ser determinado conforme a singularidade do caso concreto, lembrando Julius Hermann von Kirchmann. No próprio exemplo do artigo 273, § 1º-B, inciso I, é certo que existem divergências a respeito, tanto que há julgados que simplesmente aplicam a pena legalmente prevista. Contudo, conforme assevera Cynthia Pereira de Araújo, “[...] inobstante problemática, a concepção não positivista não deve ser abandonada, e sim melhor desenvolvida, de forma a que se projete como uma opção preferível ao Positivismo Jurídico”. *Ibidem*, p. 136.

Código Penal. Em suma, propõe-se esse agravamento das normas já existentes em relação aos crimes fiscais que podem ser enquadrados dentre os do colarinho branco, todavia apenas para assegurar a isonomia com os delitos de rua que tenham características semelhantes (sem violência nem grave ameaça). Esse é nosso paradigma da proposta em relação aos delitos econômico-financeiros.

Em relação aos delitos de rua, de outro lado, cumpre atenuar alguns tipos penais, em especial aqueles que são os maiores responsáveis pelo encarceramento em massa (tráfico de drogas e roubo).

No tocante ao tráfico de drogas, cremos que existe um longo trabalho a ser feito, sendo que nos limitaremos a algumas propostas ainda genéricas, em especial com o intuito de separar e assegurar um tratamento efetivamente mais rigoroso aos grandes traficantes e mais ameno aos pequenos traficantes, dentre os quais se destacam as “mulas”, os “bois de piranha”⁷²¹ etc. Entendemos que algumas condutas podem ser divididas em diversos tipos de tráfico, a fim de se tentar separar, já no âmbito da tipicidade, o grande do pequeno traficante. A técnica de se colocar diversas condutas no mesmo tipo penal e tratar tudo da mesma forma pode até ser mais simples para o legislador, porém acaba por equiparar condutas que não têm o mesmo peso.

Entendemos, preliminarmente, que todo tipo penal referente ao tráfico de drogas deveria pressupor a finalidade comercial.⁷²² A inserção do “ainda que gratuitamente”, no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, pode ser explicada com a clássica conduta do traficante que, primeiro, oferece gratuitamente o produto, para criar o vício no usuário, e depois passar a vender-lhe a droga. Ocorre que, já neste caso, sendo devidamente comprovado, está presente o *intuito* comercial, ainda que, de fato, não tenha havido o efetivo comércio. Trata-se, pois, de

⁷²¹ A figura das “mulas” do tráfico já é suficientemente conhecida, embarcando, dentre outras, pessoas que transportam drogas, às vezes dentro do próprio corpo, em viagens, sendo que algumas delas até podem ser tidas como vítimas, quando, por exemplo, envolvidas em esquema de tráfico de pessoas. Os “bois de piranha” são aqueles denunciados pelos próprios traficantes, a fim de desviar a atenção da polícia de carregamentos maiores.

⁷²² Em documento intitulado “16 medidas contra o encarceramento em massa”, também se sugere, na proposta nº 4, a alteração do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, para a inclusão da finalidade comercial. Vide INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS *et al.* *Caderno de propostas legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa*. Brasília: [s.n.], 2017. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/16MEDIDAS_Caderno.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2017. Não iremos fazer uma análise deste documento, até porque não temos a pretensão de esgotar o assunto nesta subseção, conforme acima mencionado.

conduta (a entrega gratuita a consumo com o intuito de posteriormente tornar a pessoa uma consumidora e cliente de drogas) que pode ser aferida como tráfico.

Desse modo, algumas condutas como as de *importar, preparar e produzir* podem ser erroneamente entendidas como tráfico de drogas, na ausência do elemento subjetivo do tipo consistente na finalidade comercial, quando, em alguns casos, são ações prévias do usuário de drogas. Exemplificativamente, um usuário pode *importar* sementes de maconha⁷²³ a fim de plantá-las (*preparar e produzir*) para consumo próprio. Embora haja uma certa discussão a respeito, a maioria dos julgados tem rejeitado as denúncias oferecidas nesses casos com imputação de tráfico internacional de drogas. Citamos um julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, corretamente, a nosso ver, já exige a configuração do propósito comercial:

PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS POR EQUIPARAÇÃO. SEMENTES DE MACONHA. IMPORTAÇÃO. DENÚNCIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 41 DO CPP.

1. A denúncia imputou ao ora recorrido a conduta de importar sementes de maconha em desacordo com normas legais e regulamentares. Esse é o fato imputado, o qual, se não se amoldasse aos crimes tipificados no inciso I do § 1º do artigo 33 e no inciso I do artigo 40, ambos da Lei n.º 11.343/2006, sem dúvida configuraria o crime de contrabando, previsto no artigo 334 do Código Penal.

2. O artigo 34 da Lei n.º 10.711/2003 proíbe a importação de sementes desprovidas de inscrição no Registro Nacional de Cultivares e, mesmo nas hipóteses em que é permitida, ela pressupõe autorização do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, nos termos do artigo 105 do Decreto n.º 5.153/2004, que regulamentou a mencionada lei.

3. Considerado que a importação se deu em pequena quantidade, ausente o propósito comercial. Logo, não há que se falar em punição dos atos contidos na conduta perpetrada pelo agente, por serem atípicos.

4. Recurso em sentido estrito desprovido.⁷²⁴

⁷²³ Aqui, não entraremos em questões da possível legalização de algumas drogas como a maconha. Entendemos que tal proposta exigiria um estudo específico dos efeitos das diferentes drogas, o que não se encaixa nos objetivos do presente trabalho. O tema, no entanto, pode e deve ser discutido no âmbito de um *debate racional público*.

⁷²⁴ Recurso em Sentido Estrito nº 0012813-62.2016.4.03.6181/SP. Processo disponível para consulta no *site* do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 8 dez. 2017.

Observa-se que a exigência da finalidade comercial já pode ser feita no âmbito do próprio Judiciário, a fim de bem diferenciar o traficante e o usuário de drogas. Lembramos, ainda, que, quanto ao artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, verificamos tratar-se de um tipo ineficiente, pelas sanções aplicadas.

Aqui, mais especificamente, sugerimos a descriminalização da posse de drogas para consumo próprio. Afinal, estamos diante de uma contradição em termos. O tráfico de drogas pode ser considerado um crime de perigo contra a sociedade, ou seja, a vítima é a coletividade. Contudo, a partir do instante em que esse perigo se concretiza, ou seja, quando um membro da sociedade se torna um usuário de drogas, ele também pode incidir no tipo penal do artigo 28. Noutras palavras, quando a potencial vítima se torna um usuário (uma vítima concreta do vício), deixa de ser vítima para se converter em infrator. Alguns dizem que isso ocorre porque o usuário pode influenciar terceiros. A mesma contradição se dá: os terceiros potenciais influenciados, quando efetivamente cedem à influência e se tornam usuários, convertem-se em infratores.

Diante disso, essas duas primeiras sugestões visam não só a separar a figura do traficante e a do consumidor de drogas, como, ainda, consolidar o traficante como infrator e o usuário como vítima, descriminalizando a posse para uso próprio.⁷²⁵

⁷²⁵ Não estamos aqui querendo dizer que todo usuário foi forçado a consumir drogas contra a sua vontade. Estamos apenas assegurando uma postura lógica no tratamento penal do usuário. Se o tráfico de drogas é efetivamente um mal que coloca em risco a sociedade, deveria ser considerado um corolário lógico disso que os efetivos membros da sociedade expostos às drogas também sejam considerados vítimas, ou, pelo menos, não sejam tratados como infratores. Existe, no entanto, uma visão que trata os usuários como meros clientes de um produto, o que visa à descriminalização do próprio tráfico de drogas. A respeito disso, Luís Carlos Valois aduz o seguinte: “E se, na sociedade de valores comerciais, quem manda é sempre o cliente, o soberano absoluto: o cliente tem sempre razão (*the customer is always right*); como culpar o vendedor pela simples satisfação do comprador? O abuso e o excesso fazem parte da possibilidade de qualquer mercadoria. Nesse sentido, toda a vitimização do usuário não faz sentido, é uma vitimização dele para com ele mesmo, e utilizada politicamente para a repressão”. (*O direito penal da guerra às drogas*, p. 607). O problema desse argumento é que ele ignora que o vício nas drogas pode ser considerado uma doença explorada pelos traficantes. A dependência em drogas é reconhecida como doença pela Organização Mundial da Saúde. Caso se insista em que o usuário não é doente, mas sim um cliente, lembramos que tal argumento pode ser utilizado em outros ramos do Direito, como, por exemplo, o Direito Previdenciário, não havendo que se falar em concessão de benefício por incapacidade (aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença), se o usuário de drogas não conseguir mais trabalhar em decorrência de problemas atinentes ao “vício”. Afinal, de acordo com o raciocínio supraexposto, o usuário consome drogas simplesmente porque quer, de modo que basta parar, a fim de voltar ao trabalho. Não existe retórica plausível que diga que a realidade social é uma para o Direito Penal e outra para o Direito Previdenciário. Se o usuário consome drogas porque quer, não existe risco a ser segurado na esfera previdenciária. É por isso que, por um dever de coerência, rejeitamos o argumento de que o usuário dependente de drogas é um mero *cliente*.

Entretanto, ainda é preciso fazer mais e separar os grandes e os pequenos traficantes. Assim, aquele que apenas traz consigo quantidade de droga suficiente para vender num determinado ponto deve ser tratado de forma mais branda do que o grande traficante que determina a importação, a produção, o transporte e/ou a venda de toneladas de drogas. A “mula” que transporta a droga dentro do seu próprio corpo deve ser tratada de forma mais branda do que o traficante que organiza e determina que diversas pessoas transportem drogas como “mulas”.

Sugerimos, portanto, a criação de um tipo específico com penas maiores para as condutas de chefiar ou gerenciar associação criminosa de tráfico de drogas.

De outro lado, pelo menos uma causa de diminuição de pena deveria ser destinada aos pequenos traficantes, assim entendidos aqueles que apenas trazem consigo quantidade de droga suficiente para venda a poucos usuários. A esse respeito, existe o já mencionado conjunto de propostas denominado “16 medidas contra o encarceramento em massa”. Em relação ao tráfico de entorpecentes, é feita a seguinte sugestão de redação para o § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006:

§ 4º. Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas privativas de liberdade serão obrigatoriamente substituídas por restritivas de direitos ou multa quando o agente for primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.⁷²⁶

Contudo, o próprio requisito de “não se dedicar às atividades criminosas” parece ser rigoroso demais, na medida em que os pequenos traficantes que atuam em alguns pontos do tráfico o fazem com certa habitualidade, a qual pode ser razoavelmente comprovada no processo penal. Assim, *a contrario sensu*, por se dedicarem a atividades criminosas, não estariam aptos a ter a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos, o que parece contrariar o espírito da proposta.⁷²⁷ Também o requisito de não integrar organização criminosa é capaz de gerar ambiguidade ou obscuridade. O pequeno traficante,

⁷²⁶ *Caderno de propostas legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa*, p. 15, grifo nosso.

⁷²⁷ É certo que tais propostas contêm a alteração da sistemática, a fim de que as penas substitutivas sejam a regra, porém, mesmo assim, esse requisito parece contradizer o espírito das referidas propostas ou, no mínimo, gerar ambiguidade.

mero “peão” da organização, que atua desarmado vendendo em alguns pontos, repassando o dinheiro para os seus chefes, pode, em tese, ser considerado um integrante menor da organização criminosa.

Sugeriríamos, no lugar de tais requisitos (não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa), a circunstância de estar desarmado, mais eficaz para se apurar a ausência de periculosidade do infrator e a possibilidade de ser a ele concedida a pena substitutiva da prisão.

Por outro lado, também sugerimos um tipo especial, com pena mais branda, para aqueles que transportam a droga dentro de seu próprio corpo, o que é próprio das “mulas”, a fim de se lhes garantir a aplicação de penas substitutivas. Tal se justifica, pois esse método geralmente é reservado para as pessoas que, na prática, são consideradas *descartáveis* pelos chefes do tráfico. Não há sentido que esses *pequenos traficantes* recebam, em tese, o mesmo tratamento penal dado aos grandes traficantes, o que contribui para lotar as prisões com quem, na realidade, menos tem culpa pelo tráfico.

As presentes propostas em relação ao tráfico não impedem outras que possam contribuir para um tratamento diferenciado entre os grandes e os pequenos traficantes. Sabemos que a própria legalização do tráfico é discutida por alguns, no entanto, entendemos que, aqui, não se aplica o critério da dúvida global, já que a maioria dos países criminaliza o tráfico de drogas,⁷²⁸ sendo que algumas legalizações dizem respeito a apenas determinados tipos de drogas, em especial a maconha. Como já referimos, são especificidades que fogem aos objetivos deste trabalho, que traz uma visão geral das irracionalidades do sistema criminal. De qualquer forma, uma política criminal de *guerra às drogas* deve ser abandonada, tendo em vista que um sistema criminal não se compatibiliza com o conceito de guerra, que, reflexamente, acaba demonizando todo e qualquer traficante. De fato, essa *demonização*, de qualquer infrator, deve ser abandonada, e talvez deva também ser levado com consideração o tipo de droga comercializado. Contudo, essa discussão depende de argumentos mais especializados, razão pela qual, neste estudo, contentamo-nos com as propostas

⁷²⁸ A esse respeito, conferir a extensa pesquisa de Luís Carlos Valois, inclusive apontando que diversos países, a despeito de profundas divergências políticas e ideológicas, criminalizam o tráfico de drogas, sendo que alguns chegam a prever a pena de morte, como nos casos de Estados Unidos, Cuba e China. *O direito penal da guerra às drogas*, p. 596-597.

genéricas já apresentadas, que podem ajudar a diminuir o encarceramento de pequenos traficantes.

Passemos ao segundo crime que mais contribui para a lotação de nossas prisões.

Em relação ao roubo, cremos ser necessária uma diferenciação de penas entre os crimes cometidos com violência e aqueles praticados com grave ameaça.

Se lembrarmos de que o infrator é dotado de um livre-arbítrio, obviamente limitado pelas circunstâncias de seu nascimento, ambiente familiar, escolar, social etc., conforme visto no capítulo 2, podemos concluir que ele é capaz de fazer uma escolha suficientemente racional de seus atos. Assim, a análise das chances de sucesso da empreitada criminosa, bem como do risco de ser preso, faz parte, em maior ou menor grau, das elucubrações prévias à ação criminosa. Nessa ordem de ideias, hoje, um assaltante com o mínimo conhecimento do sistema criminal sabe que ele acabará sendo preso e assim permanecerá durante o julgamento, mesmo que ele pratique um roubo sem violência, apenas com grave ameaça, que se configura ainda que ele não esteja armado, porém, por exemplo, faça menção de estar portando arma de fogo. É certo que poderá haver gradação da pena aplicada em caso de condenação, conforme tenha havido violência ou não, mas, para os roubadores presos em flagrante, a sua manutenção no cárcere é mais do que provável. Escrevemos isso num momento em que diversas reportagens apontam o aumento do número de latrocínios no Brasil.⁷²⁹

Aqui, tomando emprestado um raciocínio de John Braithwaite e Philip Pettit, devemos concluir que a diferença entre uma prisão de dois anos e a ausência dela é muito maior do que a de uma pena privativa de dois anos e outra de seis anos.⁷³⁰ Matematicamente falando, seria maior a diferença no segundo caso (quatro anos de prisão) do que no primeiro (dois anos de prisão). No

⁷²⁹ Vide as seguintes notícias: TRUJILLO, Décio. Número de latrocínios cresce 57,8% em sete anos no Brasil. *Portal Agência Brasil*, Brasília, 30 out. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-10/numero-de-latrocinius-cresce-578-em-sete-anos-no-brasil>>. Acesso em: 8 dez. 2017; e CARVALHO, Marco Antônio; MENDES, Carlos. Com sete casos por dia, latrocínios aumentam 58% no país em sete anos. *Estadão*, São Paulo, 30 out. 2017. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,com-sete-casos-por-dia-latrocinius-aumentam-58-no-pais-em-sete-anos,70002065437>>. Acesso em: 8 dez. 2017.

⁷³⁰ *Not just deserts: a republican theory of criminal justice*, p. 198. Cabe esclarecer que o exemplo original dos autores é utilizado para os crimes do colarinho branco, aduzindo ser maior a diferença entre uma prisão de dois meses e o não encarceramento do que entre uma prisão de dois e outra de seis meses. Enfim, tomamos emprestado o raciocínio, eis que mudamos a categoria do crime e o tempo da pena privativa de liberdade.

entanto, qualitativamente, o não encarceramento, por si só, apresenta uma imensa vantagem qualitativa.

De modo a esclarecer a nossa proposta, vejamos de forma combinada a seguinte sugestão feita por Alamiro Velludo Salvador Netto:

Ainda em relação aos crimes patrimoniais, a vedação da substituição em face da reincidência dolosa específica poderia ser compensada por outro critério, motivando um sistema criminal que vislumbre, simultaneamente, reparar o dano e evitar o encarceramento. No atual texto em vigor, a reparação do dano pelo agente não é condição necessária ao cumprimento de penas restritivas de direitos. Em sendo assim, fará jus ao benefício mesmo aquele que não tome qualquer medida no sentido, por exemplo, devolver a *res* produto de sua subtração ou aproveitamento fraudulento. Ao mesmo tempo, o legislador em caso de recidiva impede, salvo exceções, a fixação de novas penas alternativas. Solução que parece ponderada seria a adoção do ressarcimento da vítima, após o oferecimento da denúncia e até a data da condenação, como uma condição para impedir a aplicação, mesmo ao reincidente específico, de penas privativas de liberdade. Conforme explicado a seguir, se se defende que o ressarcimento do dano suportado pelo ofendido possa implicar em extinção da punibilidade caso seja feito até o recebimento da denúncia, não há razões maiores para o encarceramento, nos crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa, se o autor, ao longo do processo criminal, igualmente desfaz o prejuízo patrimonial ocasionado.⁷³¹

O autor, no trecho supratranscrito, faz uma importante constatação acerca da vedação da substituição da pena, em caso de reincidência dolosa específica, atualmente prevista no artigo 44, inciso II, do Código Penal. Como substituição desse requisito, ele sugere a adoção de penas alternativas quando o infrator ressarcir a vítima até a data da condenação. Todavia, a sugestão é restrita aos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, de modo que parece cingida às hipóteses de furto e estelionato, não abarcando o roubo.

Concordamos com a sugestão do autor no sentido de que a reincidência em crime doloso não pode impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Com efeito, se o crime em si não é grave, a privação da liberdade não é recomendável, ainda que se constate a reincidência. É melhor a

⁷³¹ *Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio.* São Paulo: Atlas, 2014, p. 231.

reincidência em crimes não violentos, do que o infrator, aprendendo a violência na prisão, praticar delitos mais graves quando sair de lá.

Aliás, mesmo nos casos de furto, uma vez capturado em flagrante, existe a tendência de que o infrator continue preso, mesmo após a audiência de custódia, dada a *praxis* de se exigir a comprovação de residência e emprego fixo, o que pode repercutir, inclusive, por ocasião da sentença⁷³² (se o réu permaneceu preso ao longo do feito, a tendência é a de permanecer preso no caso de condenação). Pois bem, em sendo preso, por um delito patrimonial do qual resulte, relativamente, pouco prejuízo,⁷³³ além do efeito criminógeno inerente à prisão (aprendizado da violência), é possível que o condenado adquira dívidas com as organizações criminosas formadas dentro dos presídios. Assim, quando liberto, o infrator tem maiores probabilidades de delinquir novamente (probabilidade maior, ao final, decorrente da imposição inicial da prisão, ainda que em caráter provisório, por ausência, por exemplo, de comprovação de *residência ou emprego fixo*).⁷³⁴ Cria-se, portanto, um círculo vicioso.

A nosso ver, esse círculo vicioso deve ser quebrado com a aplicação das penas alternativas, porém ainda consideramos a hipótese de Alamiro Velludo Salvador Netto tímida demais, porquanto inaplicável aos crimes de roubo cometidos mediante grave ameaça.

Grave ameaça, tenhamos em mente, pode significar muitas coisas. Em nossa experiência pessoal,⁷³⁵ verificamos que essa grave ameaça pode ser muito diferente daquela costumeiramente *selecionada pela mídia*.⁷³⁶ Em muitos casos, o

⁷³² Alamiro Velludo Salvador Netto também aborda essa questão: “O furtador, por exemplo, ao apresentar algum tipo de antecedentes criminais, não possuir *emprego fixo*, eis que, dedicado a atividades informais e não documentadas, residente em locais precários, cortiços ou favelas, tenderá a produzir no magistrado algum grau de desconfiança acerca da conveniência da pena substitutiva. O que acaba muitas vezes levando ao cárcere não é sequer a gravidade da infração, mas sim a folha de antecedentes ou a falta de carteira de trabalho com emprego registrado e da correspondência que informe, rigorosamente, o endereço fixo”. Cf. *Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*, p. 230-231, grifo do autor.

⁷³³ Especialmente quando comparado a crimes econômico-financeiros que provocam prejuízos de milhões de reais.

⁷³⁴ É curioso que esses requisitos, amiúde, não são sequer discutidos na hipótese dos crimes do colarinho branco, sabendo-se, de antemão, que o infrator tem casa e emprego fixo, ainda que o crime cometido tenha relação justamente com a atividade profissional. Cuida-se, portanto, de um dos aspectos da seletividade no sistema criminal.

⁷³⁵ Particularmente como juiz federal substituto da 4ª Vara Federal Criminal de São Paulo, com julgamento praticamente semanal de roubos praticados contra os Correios.

⁷³⁶ A mídia das grandes cidades costuma, obviamente, selecionar as piores notícias, aquelas que mais chocam o público. Isso porque, dificilmente, renderá muita audiência a seleção de casos em que o infrator limitou-se a fazer menção de estar armado e roubou a vítima, sem causar-lhe

roubador limita-se a falar algo como “perdeu”, aconselhando a vítima a não reagir, aduzindo que assim nada ocorrerá com ela, fazendo menção de estar armado. Curioso que, em muitos desses casos, mesmo sendo preso em flagrante logo após o crime, não é encontrada a arma, sendo possível, afinal, que o infrator não estivesse armado, em verdade.⁷³⁷

Entendemos, portanto, que, na hipótese da ausência de *violência*, a pena deve ser diferenciada em relação ao roubo. Desse modo, pode-se manter a redação do tipo com a subtração de coisa alheia móvel mediante violência ou grave ameaça, porém sugerimos a adoção de duas penas diferentes: uma, maior, para a hipótese de violência, e outra, menor, para a hipótese de grave ameaça. A pena, no caso de grave ameaça, deve ser maior do que a do furto, mas deve ser reduzida de modo a ensejar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Defendemos, também, que os prognósticos de aplicação de pena que permita a substituição em caso de eventual condenação sejam obrigatoriamente utilizados para se impedir a prisão preventiva (eis que uma

grandes prejuízos. Contudo, a maioria dos casos são esses de pouca gravidade, que acabam gerando as mesmas consequências dos roubos de maior gravidade, tendo em vista que, em tese, a pena aplicável é a mesma.

⁷³⁷ Aqui, estamos apenas rememorando alguns casos de nossa experiência profissional na magistratura federal. Por sinal, não estamos fazendo autoelogio, mas sim autocrítica, tendo em vista que, mesmo nesses casos, considerados menos graves, invariavelmente mantivemos a prisão pelo risco de reiteração criminosa, ainda que, ao final, tenhamos sempre aplicado o regime de cumprimento de pena condizente com a pena aplicada (em regra, o semiaberto). Nossa percepção sobre esses delitos começou a modificar-se a partir do momento em que nos removemos para a vara especializada em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e lavagem de valores, em que tomamos contato com alguns casos que, a despeito da ausência de violência e grave ameaça, geraram prejuízos imensamente superiores aos casos de roubo com simples menção de estar armado (sem localização posterior da arma). Por vezes, diante da gravidade muito maior, aplicamos também penas superiores às que aplicamos aos casos menos graves de roubo. Todavia, como não ocorrera, naqueles crimes econômico-financeiros, prisão em flagrante, nem, em regra, pedido de prisão preventiva pelo Ministério Público, os condenados podiam recorrer em liberdade e percorrer nessa condição, graças a seus competentes e hábeis advogados, todas as demais instâncias recursais (Tribunal Regional Federal, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal). Em relação às críticas à decisão do Supremo Tribunal Federal de se determinar a prisão a partir da segunda instância, olvida-se frequentemente de se afirmar que tal decisão afeta especialmente os infratores do colarinho branco, já que muitos dos infratores de crimes de rua (pequenos traficantes e roubadores), amiúde, permanecem presos desde o dia do flagrante, antes mesmo do julgamento em primeira instância. Ainda acerca do roubo, Sérgio Salomão Shecaira comenta: “O caso do roubo é paradigmático, pois, embora uma pena de cinco a oito anos possa ser cumprida em regime semiaberto desde o início, muitos Desembargadores do Tribunal de Justiça paulista condenam a penas inferiores a oito anos, porém, no regime inicial fechado. Muitas vezes o fundamento é apenas a apreensão social que esse delito causa!”. Cf. O avesso do avesso do avesso (Sampa, Caetano Veloso). In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de (Coord.). *Direito penal na pós-modernidade: escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 453-465, p. 458.

medida cautelar não pode ser mais grave do que a própria sanção definitiva a ser eventualmente aplicada).

No tocante à questão da reincidência e maus antecedentes, sugerimos, ainda, que somente seja aplicável aos crimes dolosos praticados mediante violência, afastando-se tal estigma sobre a *grave ameaça* (cuja gravidade, por sinal, pode ter diferentes gradações).

É verdade que, não raro, existem situações em que, conquanto não haja violência, a grave ameaça é tão séria a ponto de aterrorizar a vítima. Entendemos que, nessas hipóteses, bem como quando houver a utilização *comprovada*⁷³⁸ de arma de fogo, deverá incidir causa de aumento que reduza a possibilidade da aplicação de pena substitutiva.⁷³⁹

Num contexto em que o não emprego de violência ou de uma *gravíssima* ameaça resulte em chances reais de não haver a prisão, é possível, e é este o nosso intuito, que a escolha racional dos infratores redunde na diminuição dos crimes violentos e, por conseguinte, na redução do encarceramento no Brasil. É uma aposta que deve ser devidamente monitorada, motivo pelo qual propomos, ainda, que os efeitos dessa possível novel legislação, tanto em relação à taxa de criminalidade quanto à taxa de encarceramento, bem como a averiguação de eventual diminuição dos delitos violentos, sejam acompanhados pela já sugerida comissão de revisão penal permanente, podendo ser efetuados ajustes caso os objetivos não tenham sido alcançados.⁷⁴⁰

Essas são as nossas principais propostas quanto aos *crimes de rua*.

De outro lado, quanto aos delitos do colarinho branco, lembramos o nosso critério de *seletividade inversa*, assim entendido não como uma forma de se criar *inimigos penais*, mas sim como uma maneira de aprimorar o equilíbrio do sistema criminal, que sempre pendeu mais severamente para a criminalidade de rua.

⁷³⁸ Entendemos que a comprovação deve ser feita por prova pericial, comprovando a aptidão da arma a realizar disparos. A mera prova testemunhal não pode ser considerada suficiente, eis que o infrator pode ter utilizado meios para simular o porte de arma de fogo.

⁷³⁹ A restrição se justifica nesses casos de ameaças mais sérias, eis que a vítima pode sofrer graves danos psicológicos.

⁷⁴⁰ A nosso ver, essa comissão é importante, de um modo geral, para que as leis penais não sejam esquecidas e o resultado alcançado mostre-se muito distante daquele pretendido inicialmente. Sugerimos o caráter plural dessa comissão, a ser preenchido, de forma fixa, por membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil, de faculdades de Direito, e também por representantes da sociedade escolhidos pelo Parlamento. Dentre os indicados das carreiras jurídicas, deve-se privilegiar a efetiva experiência no sistema criminal, a fim de que a comissão realmente cumpra as suas funções.

Devem ser propostas não penas draconianas (como as do artigo 273 do Código Penal, cujo mínimo legal já é de dez anos de reclusão), mas sim que possibilitem a efetiva privação de liberdade ao menos nos casos em que as práticas ilícitas resultarem em prejuízos vultosos, de milhões de reais, podendo ser utilizado, como critério de dosimetria da pena, o tamanho da *magnitude da lesão*, atualmente previsto como hipótese de prisão preventiva no artigo 30 da Lei nº 7.492/86.⁷⁴¹ Por sinal, a fim de assegurar a isonomia com os crimes de rua, entendemos que a excepcional⁷⁴² magnitude de lesão nos crimes patrimoniais comuns também pode ensejar a pena privativa de liberdade.

Nos casos de danos vultosos, existe o argumento de que se deve privilegiar a recuperação ou reparação do dano, e não a privação da liberdade. Contudo, existe uma certa ingenuidade nessa solução. Como todos já devem ter ouvido alguma vez na vida, “dinheiro chama dinheiro”. Não se trata de mero adágio popular. O desvio de milhões de reais pode ensejar, via mecanismos ilícitos, como operações de dólar-cabo, a colocação desse dinheiro em bancos e investimentos no exterior. Quanto mais dinheiro, maiores os rendimentos. Esse dinheiro também pode ser submetido a sucessivas operações de lavagem de valores, para não ser localizado. E o próprio infrator, quando condenado, pode devolver o dinheiro fraudado, sendo que, no entanto, poderá usufruir dos rendimentos auferidos devido ao tempo em que ficou com o dinheiro ilícito. É a análise econômica do custo-benefício do crime. O infrator pode devolver todo o dinheiro desviado e, ainda assim, ter lucrado com isso.

Nessa ordem de ideias, entendemos que a pena privativa de liberdade é a mais adequada para os delitos econômico-financeiros que gerem prejuízos

⁷⁴¹ Embora possa ser difícil de ser determinada a magnitude da lesão, uma rápida vista nos noticiários diários permite vislumbrar diversos delitos de corrupção, fraudes licitatórias, financeiras etc. que resultam em danos de milhões de reais. É certo que, no âmbito do processo penal, a materialidade delitiva desses prejuízos precisa ser devidamente comprovada pela acusação, porém, quando devidamente comprovada, a pena deve ser *proporcional ao prejuízo comprovado*.

⁷⁴² A grande maioria dos crimes patrimoniais comuns enseja prejuízos relativamente pequenos, entretanto, também não podemos descartar a hipótese de prejuízos vultosos, como ocorreu, por exemplo, no caso do furto qualificado contra o Banco Central, em que subtraídos mais de 160 milhões de reais, conforme a seguinte notícia: MADEIRO, Carlos. Após 10 anos, assalto ao BC do CE tem 26 esperando julgamento e 2 foragidos. *Uol Notícias*, Maceió, 5 ago. 2015. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/08/05/apos-10-anos-assalto-ao-bc-do-ce-tem-26-esperando-julgamento-e-2-foragidos.htm>>. Acesso em: 9 dez. 2017.

efetivamente vultosos, lembrando que isso nada mais faz do que estabelecer um critério isonômico com aqueles já aplicados à criminalidade de rua.⁷⁴³

Estas, portanto, são as nossas propostas, as quais não têm o condão de esgotar o assunto, mas representam o esboço de um caminho a ser trilhado, permitindo o início de um diálogo ou debate racional público. A despeito disso, não conseguiremos resolver nem ninguém conseguirá extinguir, por completo, a irracionalidade do sistema criminal. O paradoxo persistirá. Em razão disso, para finalizarmos, voltamos a Tolstói.

5.3 A título de epílogo: ler Tolstói nos faz melhores juristas?

*“E justamente então Ivan Ilitch caiu no fundo, viu a luz e percebeu que a sua vida não fora o que devia ser, mas que ainda era possível corrigi-lo”.*⁷⁴⁴

Tomamos emprestada a indagação feita neste derradeiro tópico de um artigo escrito por Josep-E. Baños e Elena Guardiola, ambos pesquisadores e docentes da área da Medicina, que perguntaram se ler Tolstói os faria melhores médicos.⁷⁴⁵ Os autores, no caso, fizeram uma reflexão sobre a elogiada obra de Tolstói que trata da *morte* de Ivan Ilitch. Apesar de escrita em outro século e numa cultura diversa, havendo, inclusive, grande diferença em relação ao idioma, que utiliza outro alfabeto, a história de Tolstói, até hoje, é tida como um relato contemporâneo sobre as dores e angústias de um paciente com uma doença terminal e sua relação com a própria família, os médicos e demais.

Talvez tenha sido por acaso, talvez não, porém é digno de nota observar que Tolstói retratou Ivan Ilitch como um juiz. Baños e Guardiola, a propósito, indagam se Tolstói, para escrever essa novela,⁷⁴⁶ teria se inspirado na história

⁷⁴³ Nossa proposta, como vimos, asseguraria a isonomia entre os crimes de rua e os do colarinho branco, tendo em vista que crimes do colarinho azul em que constatada a magnitude da lesão também ensejariam a pena privativa de liberdade.

⁷⁴⁴ *A morte de Ivan Ilitch*. Tradução de Boris Schnaidermann. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2014, p. 75.

⁷⁴⁵ ¿Leer a Tolstói nos hace mejores médicos? Reflexiones en torno a «La muerte de Iván Ilich». *Revista de Medicina y Cine*, Salamanca, v. 12, n. 3, p. 170-176, 2016. Disponível em: <http://revistas.usal.es/index.php/medicina_y_cine/article/view/15066>. Acesso em: 10 dez. 2017.

⁷⁴⁶ Em posfácio da obra que traduziu, explica Boris Schnaiderman: “Da novela não há uma definição universalmente aceita, que a diferencie do conto, por um lado, e do romance, por

real de um magistrado russo que morrera de câncer abdominal em 1881, ou se na morte de um cientista, chamado Ivan Ilitch Mechnikof.⁷⁴⁷ De qualquer forma, interessante a observação feita pelos autores de que uma *segunda leitura ou uma primeira mais perspicaz*⁷⁴⁸ indicaria que o livro trata, na verdade, da *vida* de Ivan Ilitch. E nos interessa aqui anotar que a vida do juiz Ilitch se basearia em uma série de mentiras. Mentiras que, por sinal, podem fazer parte da vida dos juristas.

Nesse sentido, podemos fazer interligação com a última recomendação de Tolstói, de que devemos professar a verdade e, ainda, não devemos mentir para nós mesmos.⁷⁴⁹ A principal mentira que o jurista deve evitar, a si próprio, é a de que é possível eliminar a irracionalidade do sistema criminal. Como se, por exemplo, tivesse algum significado a discussão interminável sobre as funções da pena, sem a efetiva mudança do sistema penitenciário e do atual caráter seletivo do sistema criminal. Adianta discutir se a função da pena é retributiva, preventiva, ou eclética, se o cárcere continua em condições deploráveis e se o sistema criminal continua lamentavelmente seletivo para os crimes de rua? Se passar uma cédula falsa de dez reais para obter um ganho ilícito de oito reais de troco continua sendo uma infração apenada com três a doze anos de reclusão, e a fraude milionária de uma licitação prossegue sendo uma infração apenada com dois a quatro anos de detenção?⁷⁵⁰ É mentira falar em eliminação da

outro. Mas talvez se possa afirmar que entre o conto e a novela a diferença é sobretudo quantitativa, enquanto entre esta e o romance é principalmente estrutural. Há na novela uma unidade substancial, a convergência da atenção sobre uma sequência de eventos, a predominância de um problema central, ao passo que o romance se caracteriza por uma multiplicidade de planos, uma mistura de elementos heterogêneos, uma dispersão do interesse". Cf. *A morte de Ivan Ilitch*, p. 87.

⁷⁴⁷ ¿Leer a Tolstói nos hace mejores médicos? Reflexiones en torno a «La muerte de Iván Ilich», p. 171.

⁷⁴⁸ *Ibidem*, p. 171, tradução nossa. Texto original, em Espanhol: "Sin embargo, una segunda lectura (o una primera más perspicaz) nos puede llevar a aceptar la teoría de Nabokov y Xklovski: no es la historia de su muerte sino de su vida; la muerte es entonces una parte de la misma y sólo un elemento final (y corto) del relato".

⁷⁴⁹ *O Reino de Deus está em vós*, p. 334.

⁷⁵⁰ A propósito, pedimos licença, ainda, para fazer uma rápida proposta em relação a esse caso. Que tal inverter as penas? Alguns criticam nosso posicionamento sobre moeda falsa, dizendo que a falsificação de moeda em larga escala é um crime grave que pode afetar a economia de um país. Estamos de acordo. Por isso, uma vez mais sugerimos a distinção das penas. Fabricar a moeda falsa, em larga escala, é efetivamente uma infração grave. Agora, passar uma cédula falsa de cinquenta reais, para obter um lucro ilícito de pouco mais de quarenta reais não é tão grave assim. Assim, sugeriríamos a distinção das penas relativas às condutas de fabricar a moeda falsa e de repassá-la em pequena quantidade adiante. Uma pena mais moderada para quem repassa notas falsas ajudaria a diferenciar e tornar mais justa a punição dos grandes falsários, que são raramente presos, dos pequenos infratores que dão modestos golpes com algumas cédulas falsas. De outro lado, a jurisprudência pode rever o seu entendimento de que o princípio da insignificância é absolutamente inaplicável em relação ao delito de moeda falsa, por

irracionalidade, sabendo-se que as decisões do Judiciário inevitavelmente serão distintas e desproporcionais, a depender dos juízes e tribunais envolvidos e da *singularidade do caso concreto*? Um mesmo juiz criminal, se tiver uma longa carreira, também inevitavelmente agirá de forma desproporcional, seja porque não conseguirá antecipar todos os seus futuros casos (de modo a estabelecer uma pena absolutamente proporcional em relação ao processo atual que está julgando), seja porque não se conseguirá lembrar de todas as penas passadas anteriormente aplicadas por ele. Evidentemente que isso não libera os juízes de procurarem manter a devida coerência nos processos em que estiverem atuando num determinado período de sua vida, o que, infelizmente, não é seguido por todos e, às vezes, nem mesmo por nossa Corte Suprema.⁷⁵¹

Irracionalidade, porém, sempre haverá, apesar de que consideramos a *existência* do Direito Penal racional. Eis o paradoxo do qual podemos tentar, contudo não conseguiremos nos livrar.

Se, para os médicos, “A morte de Ivan Ilitch” parece ser uma obra, no mínimo, proveitosa sob diversos aspectos, como o da relação médico-paciente e para a compreensão da angústia física e moral dos pacientes terminais (sendo que, para o jurista, além do aspecto que ainda trataremos adiante, reflexões sobre a vida do *juiz* Ivan Ilitch também despertam interesse), na seara jurídica, temos como essencial àqueles que pensam e trabalham com a justiça criminal a leitura de “Ressurreição”, de Tolstói.

O personagem principal desse romance, Nekhlíúdv, torna-se um crítico ferrenho da justiça criminal, estudando criminólogos da época, tentando achar algum sentido no sistema penitenciário, até chegar a um ferrenho debate com o

conta do bem jurídico protegido (circulação da moeda nacional). Parece que esse bem nem sequer é arranhado em alguns pequenos golpes com notas falsas. Já a fraude às licitações poderia ter uma pena maior, sendo razoável, porém, manter uma pena mínima que possibilitasse as penas alternativas, em caso de fraudes em licitações mais modestas.

⁷⁵¹ Exemplo disso é o fato de que o Supremo Tribunal Federal prepara-se para julgar novamente a constitucionalidade ou não da Lei de Anistia, diante da mudança de seus membros. Acerca disso, a lúcida crítica de Janaina Conceição Paschoal: “Com todo respeito, não é porque assumiu um Procurador da República com visão diferente da até então vigente e, a toda evidência, foram empossados Ministros com concepção diversa da que prevalecia à época do julgamento da ADPF 153/DF, que assunto já julgado será revisitado. Afinal, não existe no Brasil a garantia da coisa julgada? A pretensão de reabrir essa discussão faz parecer que todo o julgamento acima resumido fora uma grande brincadeira, fora um mero exercício de retórica. Justiça justa é também aquela que decide definitivamente”. (Verdadeiras Repúblicas não convivem com dois pesos e duas medidas. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 219-236, p. 232).

seu cunhado, Ignáti Nikíforovitch, membro de um tribunal russo. No trecho do diálogo que transcrevemos a seguir, encontra-se toda a justiça e a potencial injustiça de Nekhliúdob, que também sucumbe ao paradoxo do racional-irracional:

Ignáti Nikíforovitch, homem habituado a não ser interrompido quando falava, não deu ouvidos a Nekhliúdob e, com isso irritando-o em especial, continuou a falar ao mesmo tempo que ele.

- Não posso concordar também com a ideia de que o tribunal tem a finalidade de manter o estado de coisas vigente. O tribunal persegue o seu objetivo: ou a reabilitação...

- Bela reabilitação, a das prisões – cortou Nekhliúdob.

- ... ou a eliminação – prosseguiu Ignáti Nikíforovitch obstinadamente – dos depravados e das pessoas animais que ameaçam a existência da sociedade.

- Aí é que está o problema, pois não faz nem uma coisa nem outra. A sociedade não tem meios de fazer isso.

- Como assim? Não entendo – exclamou Ignáti Nikíforovitch, sorrindo forçado.

- Quero dizer que punições propriamente sensatas só existem duas, as que se empregavam na antiguidade: o castigo corporal e a pena de morte, mas que, em consequência do abrandamento dos costumes, estão ambas cada vez mais caindo em desuso – disse Nekhliúdob.

- Ouvir isso do senhor é uma novidade e uma surpresa.

- Sim, é razoável causar dor a uma pessoa para que, mais adiante ela não faça aquilo por que lhe causaram dor, e é plenamente razoável cortar a cabeça de um membro nocivo e perigoso para a sociedade. Ambos os castigos têm um sentido razoável. Mas que sentido faz uma pessoa, já pervertida pela ociosidade e por maus exemplos, trancafiada numa prisão, em condições de ociosidade compulsória e garantida, em companhia das pessoas ainda mais degeneradas? Ou transportá-las para longe, não se sabe por que motivo, às custas do Estado, e cada uma dessas pessoas custa mais de quinhentos rublos, desde a província de Tula até a de Irkutsk, ou de Kursk até...

- Mas, mesmo assim, as pessoas temem essas viagens às custas do Estado, e se não houvesse essas viagens e as prisões, não estaríamos aqui sentados, eu e o senhor, como estamos agora.

- As prisões não podem nos fornecer segurança porque essas pessoas não ficam lá eternamente e são soltas. Ao contrário, nessas instituições conduzem tais pessoas ao grau mais alto do vício e da depravação, ou seja, aumentam o perigo.

- O senhor quer dizer que o sistema penitenciário deve ser aperfeiçoado.

- É impossível aperfeiçoá-lo. Prisões aperfeiçoadas custariam mais caro do que aquilo que se despence com a educação do povo e representaria mais um fardo para esse mesmo povo.

- Mas os defeitos do sistema penitenciário não invalidam em nada a própria justiça – prosseguiu sua fala Ignáti Nikíforovitch, de novo sem dar ouvidos ao cunhado,

- É impossível corrigir esses defeitos – disse Nekhliúdob, elevando a voz.

- Mas e então? É preciso matar? Ou, como sugeriu certo homem de Estado, furar os olhos? – retrucou Ignáti Nikíforovitch, sorrindo com ar vitorioso.

- Sim, seria cruel, mas coerente. O que se faz agora também é cruel e não só é incoerente, como também é estúpido a tal ponto que é impossível entender como pessoas mentalmente sadias podem tomar parte de um processo tão absurdo e cruel como é a justiça criminal.

- Pois eu tomo parte disso – falou Ignáti Nikíforovitch, empalidecendo.

- Isso é da conta do senhor. Mas eu não entendo.

- Acho que o senhor não entende muita coisa – disse Ignáti Nikíforovitch com voz trêmula.

- Vi no tribunal como o promotor adjunto empenhou-se com todas as suas forças para incriminar um pobre rapaz, que em qualquer pessoa não degenerada só podia despertar compaixão; sei como um outro promotor interrogou um sectário e transformou a leitura do Evangelho num ato sujeito à legislação criminal; e toda a atividade dos tribunais consiste apenas em tais ações absurdas e cruéis.

- Eu não seria um funcionário se pensasse assim – disse Ignáti Nikíforovitch e levantou-se.

Nekhliúdob percebeu um brilho diferente sob os óculos do cunhado. “Será que são lágrimas?”, pensou Nekhliúdob. E de fato eram lágrimas de ofensa. Ignáti Nikíforovitch, aproximando-se da janela, pegou um lenço, pigarreou, começou a esfregar os óculos e, após retirá-los, esfregou também os olhos. De volta para o sofá, Ignáti Nikíforovitch pôs-se a fumar um charuto e não falou mais nada. Nekhliúdob sentiu-se triste e envergonhado por ter magoado a tal ponto seu cunhado, ainda mais porque ia partir no dia seguinte e não o veria de novo. Num estado de confusão, ele se despediu e foi para casa.

“É muito possível que seja verdade o que eu disse, pelo menos ele nada me refutou. Mas não era preciso falar assim. Mudei bem pouco, se posso ser impelido desse modo por um sentimento ruim a ofender meu cunhado e magoar a pobre Natacha”, pensou.⁷⁵²

Pedimos escusas pela longa citação, porém a consideramos necessária por diversos aspectos. Em primeiro lugar, temos que Nekhliúdob tem razão na sua percepção de que Ignáti Nikíforovitch não foi capaz de refutar os seus argumentos acerca da irracionalidade da prisão. A impossibilidade da reabilitação, juntando-se pessoas no ócio com outras ainda mais *depravadas*, parece realmente um argumento imbatível. Fôssemos nós a confrontar Nekhliúdob, em

⁷⁵² *Ressurreição*, p. 312-314.

relação ao sistema penitenciário brasileiro, e haveríamos de ceder à sua tese acerca da irracionalidade de tudo isso.

Contudo, Tolstói, com a sua incomparável descrição de personalidades e de seus pensamentos, faz com que Nekhliúdob, em rigor, admita, nesse debate, as penas de morte e as de castigos físicos, que, pelo menos, seriam “mais coerentes”. E, aqui, o personagem de Tolstói sucumbe ao paradoxo que mencionamos neste trabalho e reforça a nossa conclusão: não abandonamos o Direito Penal, porque, por mais que seja criticável e por melhores que sejam as intenções em aboli-lo, algo muito pior pode ocupar o seu lugar. As boas intenções de Nekhliúdob poderiam pavimentar um caminho nada agradável para os direitos fundamentais. O que faltou a Nekhliúdob, mais do que perceber a não refutação de seus argumentos, foi a percepção da *surpresa* de seu cunhado ao ouvi-lo defender a pena de morte e os castigos físicos.

Consideramos que, nesse diálogo, Tolstói, ainda que suas convicções fossem outras, descreveu perfeitamente o paradoxo racional-irracional do sistema criminal.

Devemos lembrar que Tolstói, inspirado *principalmente* na sua leitura dos Evangelhos e dos ensinamentos de Jesus Cristo, era decididamente um pacifista, que, a propósito, chegou até mesmo a inspirar e aconselhar Mahatma Ghandi.⁷⁵³

A leitura de Tolstói, especialmente de suas obras religiosas em que rejeita a violência, especialmente a institucional e a do romance “Ressurreição”,

⁷⁵³ Ambos trocaram correspondências, as quais foram interrompidas pelo falecimento de Tolstói. Ficou famosa a “Carta a um hindu”, enviada por Tolstói a Gandhi, que, por sua vez, pediu autorização ao primeiro para traduzi-la e publicá-la na Índia. Em trabalho sobre Tolstói, Belkiss Rabello, comentando a relação do russo com Gandhi, afirma: “Na década de 1900, enquanto os ingleses interessavam-se mais pelo indiscutivelmente brilhante Dostoiévski e menos por Tolstói, cuja filosofia passara a ser considerada ‘anti-intelectual’, um indiano magricela, que, algum tempo depois, andaria envolto apenas em um lençol branco, correspondia-se com Tolstói, pedindo-lhe conselhos para salvar da miséria, da fome e da humilhação milhões de indianos. Tolstói foi um sábio que, com persistência, esforço próprio, dedicação e seriedade, concluiu, em idade já um tanto avançada, um conjunto precioso de ideias filosóficas, construindo-o peça por peça, tal qual um quebra-cabeça, lentamente, durante o período de quase toda a totalidade de sua vida. Gandhi, ao contrário, teve a sorte de ler o que Tolstói já escrevera e, principalmente, a sorte de ser por ele aconselhado. [...] É graças a Tolstói que Gandhi separa-se um tanto da grandiosidade da mitologia hindu – de entidades intocáveis, distantes do homem –, abraça o tema cristão de que o homem é feito à imagem de Deus e, à sua vida, acrescenta a figura de Jesus, por exemplo, cujo voto de pobreza tão bem combina com seus ideais espirituais e humanos. Não teria sido o comportamento de Cristo, quando de sua crucificação, um exemplo de não-violência?” Cf. *As cartilhas e os livros de leitura de Lev N. Tolstói*. 2009. Dissertação (Mestrado em Literatura e Cultura Russas) – Departamento de Letras Orientais, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 243-244.

constituem uma crítica, ainda hoje, atualíssima e, cremos, aplicável à quase totalidade dos sistemas criminais, sendo muito adequada ao caso brasileiro.

Gustav Radbruch, ao sustentar que “o direito penal perdeu sua consciência tranquila”, já recomendava:

Para ter sempre presente a consciência da dubiedade do direito penal, ao lado da consciência de sua necessidade – pois as duas coisas são necessárias para o bom juiz penal –, que o jovem jurista leia Tolstói, Dostoiévski, Anatole France [...].⁷⁵⁴

Interessante apontar que, para Radbruch, “[...] a meta do desenvolvimento jurídico-penal permanece sendo a via única, permanece sendo o código penal sem penas; não é a melhoria do direito penal, mas a substituição do direito penal por algo melhor”.⁷⁵⁵ Todavia, nem Radbruch nem Tolstói conseguiram, em suas vidas, apontar o caminho para se encontrar o que seria aquele *algo melhor* do que o Direito Penal.

No trecho supratranscrito, o que Radbruch chamou de *dubiedade*, chamamos, neste trabalho, de *paradoxo*. E a sua recomendação da leitura de Tolstói, Dostoiévski e Anatole France também, ainda hoje, nos parece mais do que adequada.⁷⁵⁶

A leitura de Tolstói, como toda boa literatura, nos faz perceber aquilo que geralmente não se diz,⁷⁵⁷ por isso se mostra imprescindível não só para o juiz penal, conforme acima referido por Radbruch, como para todo jurista, aqui

⁷⁵⁴ *Introdução à ciência do direito*. Tradução de Vera Barkow. Revisão técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 107.

⁷⁵⁵ *Ibidem*, p. 119.

⁷⁵⁶ Quanto a Anatole France, ainda não citado neste trabalho, curial transcrever o seguinte trecho, citado por Radbruch e por muitos outros: “[...] Que maior motivo de orgulho, que ser cidadão! Para os pobres isso consiste em apoiar e conservar os ricos no seu poder e na sua ociosidade. Devem trabalhar perante a majestosa igualdade da lei, que proíbe ao rico como ao pobre pernoitar debaixo das pontes, mendigar nas ruas e roubar pão”. (*O lírio vermelho*. Tradução revista por Marques Rebelo. Rio de Janeiro: Pongetti, 1964, p. 68). A ironia mui citada de Anatole France nos remete ao que procuramos demonstrar neste trabalho, acerca da irracionalidade do tratamento seletivo e desigual do atual Direito Penal brasileiro. Se, como disse France, a lei proíbe igualmente o rico e o pobre de mendigar ou roubar pão, quem será que, na prática, se vê na situação de ter que roubar pão? Transportando para o exemplo que demos no capítulo passado, se a lei proíbe com idêntico rigor o fato de passar moeda falsa (para o pobre e para o rico), rigor maior do que para a fraude de uma licitação milionária (que tem também a mesma pena para o pobre e para o rico), quem será que mais se vê na situação de passar uma moeda falsa e de fraudar uma licitação? A resposta nos parece óbvia, razão pela qual, aqui, defendemos um critério de seletividade inversa, com o intuito de equilibrar o sistema criminal.

⁷⁵⁷ Conforme assinala José Alexandre Ricciardi Sbizzera: “A função primordial da literatura, se é que possui alguma, é dizer o que não se diz [...]”. Cf. *Arte e direito: o lugar da literatura na formação do jurista crítico-sensível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 148.

entendido como todo aquele que deseja pensar melhor sobre o Direito, procurando aprimorá-lo, torná-lo mais justo ou, de forma mais modesta, menos injusto.

Não se diga que o reconhecimento de uma inevitável dose de irracionalidade do sistema criminal leva ao conformismo, sendo, pois, prejudicial. Para refutarmos esse argumento, lembremo-nos de Guerássim, o servo de Ivan Ilitch, aquele que sabe do estado moribundo do juiz e, mesmo assim, conforta-o, demonstrando toda a sua compaixão por ele: “– Todos nós vamos morrer. Por que então não me esforçar um pouco”.⁷⁵⁸ Tolstói nos conta que a persistente *mentira* envenenou os últimos dias de Ivan Ilitch:

[...] Queria ser acarinhado, beijado, que chorassem sobre ele, como se costuma acarinhar e consolar crianças. Ele sabia que era um juiz importante, que em parte já tinha uma barba grisalha, e que por isto seria impossível; mas, assim mesmo, queria. E nas suas relações com Guerássim havia algo próximo a isto, e por essa razão, as relações com Guerássim confortavam-no. Ivan Ilitch quer chorar, deseja ser acariciado e que alguém chore por ele, e eis que chega o seu colega, o juiz Chebek, e, em lugar de chorar e animar-se, Ivan Ilitch compõe um rosto sério, severo, profundo, e, por inércia, diz a sua opinião sobre o significado de um acórdão da corte de apelação, e insiste nela obstinado. Esta mentira ao seu redor e nele mesmo envenenou mais que tudo os últimos dias da vida de Ivan Ilitch.⁷⁵⁹

Fazendo um paralelo entre a doença de Ivan Ilitch e a irracionalidade do sistema criminal, concluímos que a mentira que os juristas contam entre si, numa ciência que parece ignorar as inúmeras irracionalidades contidas nas leis e decisões judiciais penais, serve somente para envenenar esse mesmo sistema.

Reconhecer o mal e falar sobre ele, como fazem, por exemplo, alguns setores da Criminologia, é o primeiro passo a ser dado. Propor algumas soluções para tentar mitigar o problema é outro. No presente trabalho, evitamos quaisquer soluções utópicas ou messiânicas. É bem provável que a solução de Tolstói esteja correta. Se todos agíssemos como Jesus Cristo, nossos problemas estariam acabados. Contudo, *essa solução, esse algo melhor em substituição ao Direito Penal, conforme acreditamos, não pode advir de uma imposição legal,*

⁷⁵⁸ TOLSTÓI, Lev, *A morte de Ivan Ilitch*, p. 56.

⁷⁵⁹ *Ibidem*, p. 57.

como na hipótese da mera abolição legal do direito penal. O que viria depois disso?

Em suma, na presente obra, não concordamos com todas as ideias de Tolstói. Não obstante, respondendo à pergunta desta derradeira subseção, ler Tolstói, sim, nos faz melhores juristas, tendo em vista que ele desvenda nossos olhos para a *mentira* e nos aconselha a rejeitá-la. Devemos, portanto, seguir a sua recomendação e olhar o sistema criminal, para além das teorias, trazendo à tona todas as suas iniquidades. Devemos começar dizendo aquilo que nunca ou raramente é dito. Esse é o início de nosso diálogo e o término deste ensaio.

CONCLUSÃO

Vivemos numa era em que o diálogo se torna cada vez mais difícil, pois estamos todos absortos em nossas telas de computador, que, hoje, cabem nas palmas de nossas mãos. Além disso, no mundo virtual dessas telas, discordar do outro parece ter virado motivo de ódio e justificativa para ofensas. O debate de ideias torna-se cada vez mais raso e superficial.

Foi nesse contexto que, em 2011, um lance do acaso ou do destino nos levou até a obra “Minha religião”, de Lev Nikoláievitch Tolstói. Num texto sobre o Cristianismo, Tolstói, para a nossa surpresa, repudiou veementemente o Direito Penal, por meio de, basicamente, três premissas: a ilusão do livre-arbítrio, a contrariedade do Direito Penal aos ensinamentos de Jesus Cristo e a sua contrariedade à razão.

Claro que, a princípio, nossa primeira impressão, até como juiz de causas criminais e cristão, foi a de total discordância com Tolstói. Porém, sua leitura nos intrigou profundamente, e, anos mais tarde, neste doutoramento, optamos por resgatar a análise da obra de Tolstói e a forte impressão que ela nos deixou.

No decorrer deste projeto, lemos outras obras de Tolstói, incluindo os clássicos “Guerra e paz” e “Anna Karenina”, além do essencial “Ressurreição”, este último, acreditamos, imprescindível para todo estudante e profissional do Direito.

A análise do acerto ou desacerto das considerações de Tolstói nos levou a empreender um verdadeiro julgamento do Direito Penal e do próprio sistema de justiça criminal do qual ainda fazemos parte (como o cunhado de Nekhlíúdob, em “Ressurreição”).

O exaustivo estudo do livre-arbítrio, questão aparentemente interminável nos meios filosóficos, serviu de ponto de partida e base de todo o nosso trabalho. Se correta a afirmação de Tolstói, e de muitos outros, como visto, de que o livre-arbítrio seria uma mera ilusão e de que todos os nossos atos seriam predeterminados, sem que pudéssemos fazer nada diferente, teríamos que concordar que o Direito Penal seria completamente contrário à razão. Só que, mesmo assim, nada poderíamos fazer, porque, nós julgadores, também agiríamos

de forma predeterminada, o que nos levaria a um beco sem saída. Reconhecemos, porém, na dúvida, na indecisão e na hesitação, a existência do livre-arbítrio, ainda que profundamente relacionado ao meio em que nascemos e às mais diversas circunstâncias de nossas vidas.

Discordamos, pois, de Tolstói, nesse primeiro aspecto. Todavia, não fomos capazes de vislumbrar qualquer erro na sua tese de que o Direito Penal seria totalmente contrário aos ensinamentos de Jesus Cristo. Mesmo nesta nossa era pós-moderna e tecnológica, as Religiões ainda influenciam muito a vida da sociedade e, por conseguinte, trazem reflexos para o Direito. Ainda hoje, vemos igrejas e pessoas religiosas, muitas delas cristãs, insistindo na criminalização de algumas condutas, como no caso do maior exemplo da atualidade, o aborto. Isso, mesmo diante do perdão recomendado pela maior autoridade católica, o Papa Francisco. Tolstói, se vivo hoje, correria o risco de ser novamente excomungado por algumas igrejas cristãs. Contudo, justamente nesse cenário, convém reavivar a sua poderosa mensagem para lembrar o que parece óbvio: que os ensinamentos de Jesus Cristo devem ser seguidos pela fé, e não pelo reforço do Direito Penal, o que, aliás, vem ao encontro do Estado laico.

Por fim, quanto ao último desafio que nos foi imposto por Tolstói, concordamos parcialmente com ele. O sistema criminal, como qualquer outro julgamento, está e sempre estará indelevelmente vinculado a algum grau de irracionalidade. Mesmo assim, a sua existência não se mostra contrária à razão, pois não temos ideia do que ocorreria sem ele: caos, guerra de todos contra todos, um Estado totalitário e selvagem? Estamos, portanto, diante de um paradoxo, que não pode ser ignorado pelos penalistas, cujo trabalho deve ser o de mitigar as irracionalidades do sistema criminal. É o que nos é possível fazer.

Importante, ainda, concluir que, ao considerarmos racional a existência do Direito Penal, não consideramos irracional o ensinamento de Jesus Cristo de que não devemos julgar. Sim, existe aqui uma contradição lógica no âmbito formal, porém, no âmbito da complexa vida humana em sociedade, temos apenas um paradoxo com o qual temos que lidar diariamente. Recordemos que as palavras finais de Jesus foram de perdão para os seus juízes e executores...

A princípio, não parece haver nada mais ilógico do que o perdão. Se alguém causa um mal grave a outrem, é natural que pensemos que a vítima deseja a punição do ofensor. Quando a vítima decide perdoar o ofensor, isso

contraria as nossas expectativas racionais. Como alguém pode perdoar o que nos parece imperdoável? Nesse sentido, a lição de Jesus Cristo, defendida por Tolstói, contraria a nossa razão. Começamos, portanto, a adentrar o movediço terreno do irracional. Porém, esse campo possui as mais diversas nuances, que aparecem conforme a *singularidade do caso concreto*. Isso acontece porque o julgamento criminal não constitui apenas e simplesmente uma operação lógico-dedutiva. O julgamento criminal analisa as *vidas* de pessoas, ofensores e vítimas, conforme a própria *vida* do julgador, que também se baseia nas argumentações de promotores e defensores, as quais, da mesma forma, são frutos de suas respectivas *vidas*. O que era para ser previsível ou *racional* por vezes se torna imprevisível ou *irracional*. E o pior é que tal irracionalidade pode levar a injustiças, não obstante nem sempre esse seja o resultado. As injustiças ocorrerão mais frequentemente quando os julgadores não se importarem com quem estão julgando, com a *vida* de quem está em suas mãos. Daí a necessidade de sempre julgar procurando verdadeiramente colocar-se no lugar do outro.

Assim, para o juiz, promotor, advogado ou delegado, que se entende cristão, recomendável se faz abandonar qualquer eventual vaidade messiânica, pensando que está contribuindo para a salvação da sociedade ao condenar pessoas. Não está, muito embora se deva reconhecer que possa estar realizando o tal *mal necessário*. Com isso, a última recomendação de Tolstói atenua a conclusão radical que se poderia extrair da análise superficial de suas considerações. Não precisamos abandonar tudo, mas devemos evitar a mentira e a ilusão, hoje em dia muito difundidas nas *teorias sobre as funções ideais das penas*, as quais, em rigor, não refletem a situação real do cárcere. A Literatura pode nos ajudar a ver isso, como exemplifica, dentre tantos outros, o romance “Ressurreição”, de Tolstói.

Daí, de todas essas considerações e também de nossa experiência profissional e acadêmica, surgiram as propostas veiculadas no presente trabalho. Contudo, um projeto de lei não é tarefa para um só. As propostas descritas nesta tese não foram concebidas para serem aplicadas sem discussão. É preciso submetê-las ao debate racional público, ao saudável diálogo. Por isso, esta tese não tem vocação para o monólogo, mas sim para o diálogo com todos os leitores. Além de inevitáveis, são, em verdade, imprescindíveis as opiniões, as críticas, as sugestões, a concordância e a discordância. Sem que a discordância implique

ódio ou menosprezo. Discordamos em parte de Tolstói e, no entanto, sua obra só nos causa admiração.

Nekhliúdob, personagem criada por Tolstói em “Ressurreição”, que, em diversos momentos parece ser o alter ego do autor, discordou em quase tudo de seu cunhado, Ignáti Nikíforovitch, funcionário do sistema criminal russo, e discutiu veementemente com ele. Todavia, chegando ao ponto de ofender o seu cunhado, viu as suas lágrimas e comoveu-se com elas. Nekhliúdob percebeu, nesse momento, que talvez não fosse tão bom quanto pensava. Fica essa como a última lição de Tolstói a ser seguida.

REFERÊNCIAS

A DOR de urinar, menstruar e dar à luz após mutilação genital. **BBC Brasil**, [S.l.], 14 maio 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional/2016/05/160426_mutilacao_genital_depoimento_fn>. Acesso em: 2 dez. 2017.

ABEL, Oliver. Justiça e mal. In: GARAPON, Antoine; SALAS, Denis. **A justiça e o mal**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

ABELARDO, Pedro. **Ética, ou conhece-te a ti mesmo**: scito te ipsum. Tradução de Tiago Tondinelli. Campinas: Ecclesiae, 2016.

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Sejamos todos feministas**. Tradução de Christina Baum. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Pilatos e Jesus**. Tradução de Silvana de Gaspari e Patricia Peterle. São Paulo: Boitempo; Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014.

AGÊNCIA BRASIL. PMs são condenados a 624 anos de prisão por 52 mortes no Massacre do Carandiru. **Carta Capital**, São Paulo, 3 ago. 2013. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/pms-sao-condenados-a-624-anos-de-prisao-por-52-mortes-no-massacre-do-carandiru-2938.html>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

AGÊNCIA CÂMARA NOTÍCIAS. Contra o aborto, deputado propõe assegurar na Constituição direito à vida desde a concepção. **Justificando**, [S.l.], 12 ago. 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/08/12/contra-o-aborto-deputado-propoe-assegurar-na-constituicao-direito-a-vida-desde-a-concepcao/>>. Acesso em: 6 dez. 2017

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais. **Portal do CNJ**, Brasília, 23 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 23 out. 2017.

ALBRECHT, Hans-Jörg. Crime risk assessment, legislation, and the prevention of serious crime. In: ALBRECHT, Hans-Jörg; KILCHLING, Michael; BRAUN, Elisabeth (Ed.). **Criminal preventive risk**. Freiburg: Max-Planck, 2002.

ALLARD, Pierre; NORTHEY, Wayne. Christianity: the rediscovery of restorative justice. In: HADLEY, Michel L. (Ed.). **The spiritual roots of restorative justice**. New York: State University of New York Press, 2001. p. 119-141.

ALTARES, Guillermo. Criminosos nazistas: a justiça tarda, mas não falha. **El País**, [S.l.], 21 jun. 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/20/opinion/1466445968_256932.html>. Acesso em: 3 nov. 2017.

AMBOS, Kai. Os terroristas também têm direitos: Bin Laden não devia ter sido executado – nem mesmo em um conflito armado. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, ano 19, n. 223, jun. 2011.

AQUINO, Santo Tomás de. **Da justiça**. Tradução de Tiago Tondinelli. Campinas: Vide Editorial, 2012.

AQUINO, Santo Tomás de. **O livre-arbítrio**: questiones disputatae de veritate: questão 24. Tradução, edição e notas de Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. São Paulo: Edipro, 2015.

ARAÚJO, Cynthia Pereira de. **Nazismo e o conceito de não positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2015.

ARAUJO Y GÓMEZ, Fernando. El tolstoísmo y el anarquismo. In: GONZÁLEZ, José Calvo (Org.). **El alma y la ley**: Tolstói entre juristas. España (1890-1928). Sevilla: Comunicación Social, 2010.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. 11. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. 7. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

ARISTÓTELES. **Sobre a alma**. Tradução de Ana Maria Lóio. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

ASLANOV, Cyril. **A tradução como manipulação**. São Paulo: Perspectiva, 2015.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Derecho penal soviético**. Buenos Aires: TEA, 1947.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Losada, 1950. t. II.

ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación. In: CONGRESO DE LA FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE SOCIOLOGÍA DEL ESTADO ESPAÑOL, 3., 1989, San Sebastián. **Anales...** San Sebastián, 1989. p. 385-403. Disponível em: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/14177_0.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BAÑOS, Josep-E.; GUARDIOLA, Elena. ¿Leer a Tolstói nos hace mejores médicos? Reflexiones en torno a «La muerte de Iván Ilich». **Revista de Medicina y Cine**, Salamanca, v. 12, n. 3, p. 170-176, 2016. Disponível em: <http://revistas.usal.es/index.php/medicina_y_cine/article/view/15066>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

BARBOSA, Bernardo. Gilmar Mendes e Barroso batem boca e trocam acusações no plenário do STF. **Uol Notícias**, São Paulo, 26 out. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/10/26/gilmar-mendes-e-barroso-batem-boca-e-trocam-acusacoes-no-plenario-do-stf.htm>>. Acesso em: 31 out. 2017.

BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos. A justiça “deste mundo”, o “justo” transcendente e a justiça de transição. In: FENSTERSEIFER, Daniel Pulcherio (Coord.). **Estudos em ciências criminais**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 42-58.

BAREL, Yves. **Le paradoxe et le système**: essai sur le fantastique social. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 1979.

BARROSO diz que os interessados em barrar Lava-Jato são muitos. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, 1º set. 2017. Disponível: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/09/01/barroso-diz-os-interessados-em-barrar-lava-jato-sao-muitos/>>. Acesso em: 26 out. 2017.

BARROSO: “Sistema é feito para não funcionar”. **Monitor Digital**, [S.l.], 17 mar. 2017. Disponível em: <<https://monitordigital.com.br/barroso-sistema-e-feito-para-nao-funcionar>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

BASSIOUNI, M. Cherif. **The Shari’a and Islamic criminal justice in time of war and peace**. New York: Cambridge University Press, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1995.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Traducción de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.

BERNABUCCI, Cláudio. De Karl Marx a papa Francisco. **Carta Capital**, São Paulo, 1º jun. 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/902/de-karl-marx-a-papa-francisco>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

BHATTACHARJEE, Yudhijit. Aurora da vida. **National Geographic Brasil**, [S.l.], ano 15, n. 178, p. 26-43, jan. 2015.

BIANCHERI, Boris. **Conciliar o mundo**. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BÍBLIA. Português. **Bíblia de Jerusalém**. 7. reimp. Nova ed. rev. e ampl. Tradução de Euclides Martins Balancin *et al.* Coordenação de Gilberto da Silva Gorgulho, Ivo Storniolo e Ana Flora Anderson. São Paulo: Paulus, 2011.

BITTENCOURT, Renato Nunes. As influências de Tolstói e de Dostoiévski na análise nietzschiana sobre a gênese da experiência crística. **Ítaca**, [S.l.], n. 15, p. 110-145, out. 2010. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/Itaca/article/view/277/259>>. Acesso em: 5 maio 2016.

BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do cristianismo**. Tradução de Neuza Capelo. São Paulo: Fundamento, 2012.

BOTELHO, José Francisco. Em que momento o feto vira ser humano? **Super Interessante**, [S.l.], 1º dez. 2016. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/em-que-momento-o-feto-vira-ser-humano/>>. Acesso em: 6 out. 2017.

BRACCO, Bruno Amabile. **As religiões e o movimento rumo ao perdão**: um desafio para o direito penal. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

BRACCO, Bruno Amabile. **Carl Jung e o direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration**. 16. ed. New York: Cambridge University Press, 2006.

BRAITHWAITE, John. Restorative justice for banks through negative licensing. **The British Journal of Criminology**, v. 49, p. 439-450, 2009.

BRAITHWAITE, John. Setting standards for restorative justice. **The British Journal of Criminology**, v. 42, p. 563-577, 2002.

BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip Pettit. **Not just deserts**: a republican theory of criminal justice. New York: Oxford University Press, 2002.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-dependencia-web.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CANTUÁRIA, Anselmo de. **Por que Deus se fez homem?** Tradução de Daniel Costa. São Paulo: Novo Século, 2003.

CAPUCHINHO, Cristiane. Especialistas veem exagero em diagnósticos do TDAH e criticam medicação excessiva. **Uol Notícias**, São Paulo, 11 dez. 2012. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2012/12/11/especialistas-veem-exagero-em-diagnosticos-do-tdah-e-reclamam-de-medicacao-excessiva-em-criancas.htm>>. Acesso em: 31 jun. 2016.

CARNEIRO, Pedro Erik. **Teoria e tradição da guerra justa**: do Império Romano ao Estado Islâmico. Campinas: Vide Editorial, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Pillares, 2006.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal a marteladas (algo sobre Nietzsche e o direito)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CARVALHO, Marco Antônio; MENDES, Carlos. Com sete casos por dia, latrocínios aumentam 58% no país em sete anos. **Estadão**, São Paulo, 30 out. 2017. Disponível em: <<http://brasil.estado.com.br/noticias/geral,com-sete-casos-por-dia-latrocinius-aumentam-58-no-pais-em-sete-anos,70002065437>>. Acesso em: 8 dez. 2017.

CARVALHO, Tadeu Fernandes de; D'OTTAVIANO, Itala M. Loffredo. Sobre Leibniz, Newton e infinitésimos: das origens do cálculo infinitesimal aos fundamentos do cálculo diferencial paraconsistente. **Educação Matemática Pesquisa**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 13-43, 2006.

CERDA, Ania Salinas. Artigos 13 a 16: Ativação da jurisdição. Remessa por Estado Parte. Iniciativa do Procurador. Remessa pelo Conselho de Segurança da ONU. Suspensão da investigação ou do procedimento. In: STEINER, Sylvia Helena; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). **O Tribunal Penal Internacional: comentários ao Estatuto de Roma**. Tradução de Belisa Carvalho Nader. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 285-326.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. Tradução de Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangeli e Maria Alice Andrade Leonardi. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHADE, Jamil. ONU denuncia Brasil por não punir policiais que matam. **Estadão**, São Paulo, 3 mar. 2016. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,onu-denuncia-impunidade-em-crimes-cometidos-pela-policia,10000019846>>. Acesso em: 31 out. 2017.

CHRISTIE, Nils. Conflict as property. **The British Journal of Criminology**, v. 17, 1977.

CHRISTIE, Nils. **Limites à dor: o papel da punição na política criminal**. Tradução de Gustavo Noronha de Avila, Bruno Silveira Rigon e Isabela Alves. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução, apresentação e notas de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

CLARAVAL, São Bernardo de. **Opúsculo sobre o livre-arbítrio**. Tradução de Tiago Tondinelli. Campinas: Ecclesiae, 2013.

CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. Tradução de Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. 9. ed. rev. e ampl. com a legislação complementar da CNBB. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

COHN, Haim. **O julgamento de Jesus, o Nazareno**. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Imago, 1990.

COMBLIN, José. Cristianismo e direito. In: SOARES, Afonso Maria Ligorio; PASSOS, João Décio (Coord.). **Teologia e direito**: o mandamento do amor e a meta da justiça. São Paulo: Paulinas, 2010. p. 165-174.

CONCHE, Marcel. **O fundamento da moral**. Tradução de Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CONDENADO recebe perdão de família de vítima e se salva da forca no Irã. **Portal G1**, São Paulo, 17 abr. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/04/sequencia-de-fotos-mostra-execucao-de-homem-em-praca-publica-no-ira.html>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

CONDESCENDÊNCIA. In: MINIDICIONÁRIO Houaiss da Língua Portuguesa. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 185.

CONSELHO NACIONAL DE IGREJAS CRISTÃS DO BRASIL. **Carta de Saudação e Apoio à Agenda Nacional pelo Desencarceramento**. Brasília: CONIC, 2016. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2016/10/SAUDACAO-E-APOIO-DESENCARCERAMENTO.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

COPLE, Júlia. Para 50% dos brasileiros, mulher que aborta deve ser presa, diz pesquisa. **O Globo**, Rio de Janeiro, 4 dez. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/para-50-dos-brasileiros-mulher-que-aborta-deve-ser-presa-diz-pesquisa-22146558>>. Acesso em: 5 dez. 2017.

COSTA, Ana Maria. Por que legalizar o aborto? **Carta Capital**, São Paulo, 28 set. 2013. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/saude/por-que-legalizar-o-aborto-4482.html>>. Acesso em: 6 out. 2017.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Criminalização do aborto e dignidade penal: uma abordagem à luz do critério de adequação dos fins. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaina Conceição (Coord.). **Mulher e direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 217-227.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Dignidade humana: breves reflexões. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Livro homenagem a Miguel Reale Júnior**. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 202-218.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Dignidade humana**: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Do “direito penal liberal” ao “direito penal do inimigo”. **Ciências Penais**, [S.l.], v. 1, jul. 2004. Disponível em: <<http://professorluizregisprado.com/Artigos/Eduardo%20Demetrio/Eduardo%20Demetrio%20Crespo-Do%20Direito%20Penal%20Liberal%20ao%20Direito%20Penal%20do%20Inimigo.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2017.

CRIMINALIZAÇÃO do aborto é incompatível com o Estado laico. **Opinião & Crítica**, [S.l.], 11 abr. 2012. Disponível em: <<http://opinioenoticia.com.br/opinio/criminalizacao-do-aborto-e-incompativel-com-estado-laico/>>. Acesso em: 6 out. 2017.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Pena de morte: o erro anunciado. **Revista JurisFIB**, Bauru, ano VII, v. VII, dez. 2016. Disponível em: <<http://www.revistajurisfib.com.br/ver-artigo.php?id=51>>. Acesso em: 20 set. 2017.

DALLAGNOL, Delton. Brasil é o paraíso da impunidade para os réus do colarinho branco. **Uol Notícias**, [S.l.], 1º out. 2015. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2015/10/01/brasil-e-o-paraiso-da-impunidade-para-reus-do-colarinho-branco.htm>>. Acesso em: 23 out. 2017.

DALRYMPLE, Theodore. **A vida na sarjeta**: o círculo vicioso da miséria moral. Tradução de Márcia Xavier de Brito. São Paulo: É Realizações, 2014.

DANTAS, Dimitrius. “Falta de remorso é o padrão do corrupto”, diz Graham Brooks. **O Globo**, Rio de Janeiro, 26 nov. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/falta-de-remorso-o-padrao-do-corrupto-diz-graham-brooks-22115021>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

DEBUYST, Christian. Les paradigmes du droit penal et les criminologies cliniques. **Criminologie**, v. 25, n. 2, p. 49-72, 1992. Disponível em: <<http://www.erudit.org/revue/crimino/1992/v25/n2/017322ar.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Direito penal do inumano**. Tradução de Renata Reverendo Vidal Kawano Nagamine. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: tomo I. 1 ed. brasileira e 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade Culpa Direito Penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

DIAS, Pedro Sales. Homens têm de assumir filhos contra a sua vontade, decide Constitucional. **Público**, [S.l.], 20 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.pUBLICO.pt/2015/07/20/sociedade/noticia/homens-tem-de-assumir-a-paternidade-de-filhos-nascidos-contra-a-sua-vontade-decide-constitucional-1702527>>. Acesso em: 7 out. 2017.

DICKENS, Charles. **Grandes esperanças**. Tradução de Paulo Henriques Britto. São Paulo: Penguin Classics; Companhia das Letras, 2012.

DIETER, Mauricio Stegeman. **Política criminal atuarial**: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DJABAKATE, Mohamed Madi. **Le role da la Cour Penale Internationale en Afrique**. Paris: L'Harmattan, 2014.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Crime e castigo**. 6. ed. Tradução, prefácio e notas de Paulo Bezerra. São Paulo: Ed. 34, 2009.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. O meio. In: DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Diário de um escritor (1873)**: meia carta de um sujeito. Tradução de Moissei e Daniela Mountian. São Paulo: Hedra, 2016.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Os irmãos Karamázov**. Tradução, posfácio e notas de Paulo Bezerra. 3. ed. São Paulo: Ed. 34, 2013.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Recordações da casa dos mortos**. Tradução de Nicolau S. Peticov. 2. ed. São Paulo: Nova Alexandria, 2010.

DOTTI, René Ariel. O projeto Sarney de código penal. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 61, n. 434, dez. 2013.

DREHER, Martin N. Introdução ao “Da vontade cativa”. In: LUTERO, Martinho. **Obras selecionadas**: debates e controvérsias – II. Tradução de Luís H. Dreher,

Ilson Kayser, Luís M. Sander e Helberto Michel. São Leopoldo: Sinodal; Porto Alegre: Concórdia, 1993.

DUARTE, Joana. Criminalização do aborto é incompatível com Estado laico. **Opinião & Notícia**, Rio de Janeiro, 11 abr. 2012. Disponível em: <<http://opiniaoenoticia.com.br/opiniao/criminalizacao-do-aborto-e-incompativel-com-estado-laico/>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

DUARTE, José Henrique. **Todo o homem é maior que o seu erro**: a mediação restaurativa no direito prisional português. Coimbra: Edição do autor, 2012.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EAGLEMAN, David. **Incógnito**: as vidas secretas do cérebro. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 14. ed. São Paulo: Perspectiva, 1996.

ECO, Umberto. O lobo e o cordeiro. Retórica da prevaricação. In: ECO, Umberto. **A passo de caranguejo**: guerras quentes e populismo mediático. Tradução de Ana Eduarda Santos. Lisboa: Gradiva, 2012.

ECO, Umberto. **O nome da rosa**. Tradução de Aurora Fornoni Bernardini e Homero Freitas de Andrade. Rio de Janeiro: Record, 2009.

ÉSQUILO. **Oresteia III**: Eumênides. Estudo e tradução de Jaa Torrano. São Paulo: Iluminuras, 2013.

FALTA de sala de Estado Maior não leva automaticamente à prisão domiciliar. **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.], 11 abr. 2017. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2017-abr-11/falta-sala-estado-maior-nao-garante-prisao-domiciliar>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

FEBVRE, Lucien. **Martinho Lutero, um destino**. Tradução de Dorothée de Bruchard. São Paulo: Três Estrelas, 2012.

FELMAN, Shoshana. **O inconsciente jurídico**: julgamentos e traumas no século XX. Tradução de Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014.

FERNANDES, Marcella. Femicídio não é prioridade do Estado, denuncia promotora. **Revista Exame**, São Paulo, 4 jan. 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/femicidio-nao-e-prioridade-do-estado-denuncia-promotora/>>. Acesso em: 22 out. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Existem, no Brasil, garantias do devido processo legal? **Carta Capital**, São Paulo, ano XXIII, n. 979, 16 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/979/existem-no-brasil-garantias-do-devido-processo-legal>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Razones jurídicas del pacifismo**. Traducción de Gerardo Pisarello. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**. São Paulo: EDUSP; Revista dos Tribunais, 1976.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Tradução de Leandro Cordioli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

FLETCHER, George P. **The grammar of criminal law**: American, comparative and international. New York: Oxford University Press, 2007.

FRANÇA aprova punição a clientes de prostitutas. **Portal G1**, [S.l.], 6 abr. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/04/franca-aprova-punicao-clientes-de-prostitutas.html>>. Acesso em: 13 set. 2017

FRANCE PRESSE. Prostitutas fazem ato em Paris contra criminalização da prostituição. **Portal G1**, São Paulo, 28 mar. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/03/prostitutas-fazem-ato-em-paris-contra-criminalizacao-da-prostituicao.html>>. Acesso em: 2 dez. 2017

FRANCE, Anatole. **O lírio vermelho**. Tradução revista por Marques Rebelo. Rio de Janeiro: Pongetti, 1964.

FRANCISCO I, Papa. **Carta Apostólica Misericordia et misera**. Vaticano, 2016. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/francesco/pt/apost_letters/documents/papafrancesco-lettera-ap_20161120_misericordia-et-misera.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2017

FRANCISCO I, Papa. **O nome de Deus é misericórdia**. Tradução de Catarina Mourão. São Paulo: Planeta, 2016.

FRANCISCO I, Papa. **Quem sou eu para julgar?** Reunido e editado por Anna Maria Foli. Tradução de Clara A. Colotto. Rio de Janeiro: LeYa, 2017.

FRANCO, Affonso Arinos de Mello. **Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas**. Rio de Janeiro: Gráfica Ypiranga, 1930.

FRIESS, Steve. After apologies, Simpson is sentenced to at least 9 years for armed robbery. **New York Times**, New York, 5 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2008/12/06/us/06simpson.html>>. Acesso em: 27 fev. 2016.

GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**: para uma justiça internacional. Tradução de Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2004

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. t. 1.

GARCIA, Lenise. O ministro da saúde e os números do aborto. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 24 maio 2016. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/o-ministro-da-saude-e-os-numeros-do-aborto-e84gej15kc312sso6059o9>>. Acesso em: 9 out. 2017.

GAROFALO, Raffaele. **La criminología**: estudio sobre el delito y la teoría de la represión. Traducción de Pedro Dorado Montero. Montevideo; Buenos Aires: B de F Editorial, 2005.

GEMMETTE, Elizabeth Villiers. **Law in literature**: legal themes in short stories. New York: Praeger, 1992.

GIRARD, René. **O sacrifício**. Tradução de Margarita Maria Garcia Lamelo. São Paulo: É Realizações, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Aborto anencefálico: direito não é religião. **Migalhas**, [S.l.], 29 set. 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI69737,91041-Aborto+Anencefalico+direito+nao++religiao>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **O jogo sujo da corrupção**. Bauru: Astral Cultural, 2017.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O aborto sob a ótica do princípio da proporcionalidade no direito penal. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge;

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães (Org.). **Estudos em homenagem a Ivete Senise Ferreira**. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 345-356.

GONZÁLEZ, José Calvo. Tolstói e o direito: sobre a educação jurídica. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Os modelos de juiz**: ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015. p. 45-74.

GONZÁLEZ, José Calvo. Tolstói y la cultura literaria del Derecho en España (1890-1928). In: GONZÁLEZ, José Calvo (Coord.). **El alma y la ley**: Tolstói entre

juristas: España (1890-1928). Sevilla; Zamora: Comunicación Social Ediciones y Publicaciones, 2010.

GORRINGE, Timothy. **God's just vengeance**: crime, violence and the rhetoric of salvation. New York: Cambridge University Press, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GREENE, Joshua; COHEN, Jonathan. For the law, neuroscience changes nothing and everything. In: TONRY, Michael (Ed.). **Why punish? How much?**: a reader on punishment. New York: Oxford University Press, 2011.

HARDING, Ashley *et al.* Killer collapses sobbing in court as mother describes slain daughter. **News4JAX**, [S.l.], 2 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.news4jax.com/news/local/jacksonville/james-rhodes-pleading-guilty-to-murder-of-shelby-farah>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

HARRIS, Sam. **A morte da fé**: religião, terror e o futuro da razão. Tradução de Isa Mara Lando e Claudio Carina. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

HARRIS, Sam. **Free will**. New York: Free Press, 2012.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Tradução de Adriana Beckman Meirelles, Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, Felipe Rhenius Nitzke, Mariana Ribeiro de Souza e Odim Brandão Ferreira. Porto Alegre: SAFE, 2008.

HASSEMER, Winfried. Neurociências e culpabilidade em direito penal. Tradução de Paulo César Busato. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Neurociência e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

HERVADA, Javier. **O que é o direito?** A moderna resposta do realismo jurídico. Tradução de Sandra Martha Dolinsky. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HIRSCH, Andrew von. **Censurar y castigar**. Tradução de Elena Larrauri. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D'Angina. Consultoria jurídica de Thélío de Magalhães. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2000.

HOFFMAN, Morris B. **The punisher's brain: the evolution of judge and jury**. New York: Cambridge University Press, 2014.

HOMEM é linchado após assaltar ônibus em Castelo Branco. **Correio 24 Horas**, Salvador, 27 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/homem-e-linchado-apos-assaltar-onibus-em-castelo-branco/>>. Acesso em: 26 out. 2017.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica**. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

HUFF, Darrel. **Como mentir com estatística**. Tradução de Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.

HUIZINGA, Johan. **Homo ludens**. Tradução de João Paulo Monteiro. São Paulo: Perspectiva, 2012.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS *et al.* **Caderno de propostas legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa**. Brasília: [s.n.], 2017. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/16MEDIDAS_Caderno.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2010: número de católicos cai e aumenta o de evangélicos, espíritas e sem religião**. Rio de Janeiro, 29 jun. 2012. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?view=noticia&id=3&idnoticia=2170&busca=1&t=censo-2010-numero-catolicos-cai-aumenta-evangelicos-espíritas-sem-religiao>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

I THINK it's time we broke for lunch... **Economist**, [S.l.], 14 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/18557594>>. Acesso em: 26 out. 2017.

JAKOBS, Günther. Indivíduo e pessoa: imputação jurídico-penal e os resultados da moderna neurociência. Tradução de Eduardo Saad-Diniz. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012.

JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JUNG, Carl Gustav. **Psicologia e religião**. Tradução de Pe. Dom Mateus Ramalho Rocha. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução e posfácio de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (Coord.). **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2009.

KELSEN, Hans. **A paz pelo direito**. Tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. Will the judgment in the Nuremberg Trial constitute a precedent in International Law? In: METTRAUX, Guénaël (Ed.). **Perspectives on the Nuremberg Trial**. New York: Oxford Press, 2008.

KEY, Ushimura. **Beyond the “judgment of civilization”**: the intellectual legacy of the Japanese war crime trials, 1946-1949. Translation by Steven J. Ericso. Tokyo: The International House of Japan, 2003.

KIRCHMANN, Julius Hermann von. **La jurisprudencia no es ciencia**. Traducción y escrito preliminar de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Colección Civitas, 1949.

KORITANSKY, Peter Karl. **Thomas Aquinas and the philosophy of punishment**. Washington: The Catholic University of America Press, 2012.

LAZZARINI, Sergio. **Capitalismo de laços**: os donos do Brasil e suas conexões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LE MONDE diz que o Brasil é o “reino da impunidade”. **Pragmatismo Político**, [S.l.], 6 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.pragmatismopolitico.com.br/2017/03/le-monde-brasil-reino-impunidade.html>>. Acesso em: 23 out. 2017.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Ensaio de teodiceia**: sobre a bondade de Deus, a liberdade do homem e a origem do mal. Tradução de William de Siqueira Piauí e Juliana Cecci Silva. São Paulo: Estação Liberdade, 2013.

LESSA, Pedro. **O determinismo psíquico e a imputabilidade e responsabilidade criminaes**. São Paulo: Typographia Duprat & Comp., 1905.

LEWIS, Clive Staples. **Cristianismo puro e simples**. Tradução de Álvaro Opperman e Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

LIBET, Benjamim. Do we have free will? **Journal of Consciousness Studies**, v. 6, n. 8-9, p. 47-57, 1999. Disponível em: <<http://pacherie.free.fr/COURS/MSC/Libet-JCS1999.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2016.

LISZT, Franz von. **A ideia do fim no direito penal**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. I.

LUTERO, Martinho. Da vontade cativa. In: LUTERO, Martinho. **Obras selecionadas**: debates e controvérsias – II. Tradução de Luís H. Dreher, Ilson Kayser, Luís M. Sander e Helberto Michel. São Leopoldo: Sinodal; Porto Alegre: Concórdia, 1993.

LYNCH, Mona; OMORI, Marisa. Law on the books and law in action don't always align. **Life of the Law**, [S.l.], 19 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.lifeofthelaw.org/2014/06/law-on-the-books-and-law-in-action-dont-always-align/>>. Acesso em: 21 out. 2017.

MACKIE, John. Evil and omnipotence. **Mind**, New Series, v. 64, n. 254, p. 200-212, abr. 1955. Disponível em: <<http://www.ditext.com/mackie/evil.html>>. Acesso em: 3 maio 2016.

MADEIRO, Carlos. Após 10 anos, assalto ao BC do CE tem 26 esperando julgamento e 2 foragidos. **Uol Notícias**, Maceió, 5 ago. 2015. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/08/05/apos-10-anos-assalto-ao-bc-do-ce-tem-26-esperando-julgamento-e-2-foragidos.htm>>. Acesso em: 9 dez. 2017.

MAGLIE, Cristina de. **Los delitos culturalmente motivados**: ideologias y modelos penales. Traducción de Víctor Manuel Macías Caro. Madrid: Marcial Pons, 2012.

MARIANO, Fábio. Fundamentos axiológicos do direito: a relação constitutiva entre direito e valor. In: SOARES, Afonso Maria Ligorio; PASSOS, João Décio (Coord.). **Teologia e direito**: o mandamento do amor e a meta da justiça. São Paulo: Paulinas, 2010.

MARÍAS, Julián. **A perspectiva cristã**. Tradução de Diva Ribeiro de Toledo Piza. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARQUES, Oswaldo H. Duek. **Fundamentos da pena**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARSHALL, Christopher D. **Beyond retribution: a New Testament vision for justice, crime and punishment.** Cambridge: Lime Grove House Publishing, 2001.

MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo.** Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTÍN, Luis Gracia. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência.** Tradução de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

MASCARO, Alysso Leandro. **Utopia e direito: Ernst Bloch e a ontologia jurídica da utopia.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MATA, Federico Bueno de. Fidel Castro: ¿De héroe revolucionario al banquillo de los acusados? In: VADELL, Lorenzo M. Bujosa; SÁNCHEZ, María del Carmen Calvo. **Hacia un verdadero espacio judicial europeo.** Granada: Comares, 2008.

MATHIESEN, Thomas. **Juicio a la prisión.** Traducción de Mario Coriolano y Amanda Zamuner. Buenos Aires: Ediar, 2003.

MCGRATH, Alister E. **Teologia sistemática, histórica e filosófica: uma introdução à teologia cristã.** Tradução de Marisa K. A. de Siqueira Lopes. São Paulo: Shedd Publicações, 2013.

MELLO, Patrícia Campos. Albinos são alvo de mutilações e assassinatos em países africanos. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 13 out. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2013/10/1355974-albinos-sao-alvo-de-mutilacoes-e-assassinatos-em-paises-africanos.shtml>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE. Jurisprudência internacional. **Informativo CEAf**, Natal, n. 3, set. 2003. Disponível em: <http://www.mprn.mp.br/controle/file/2013/INFORMATIVOCEAF/Informativo%20CEAF_%20n3_020913.pdf>. Acesso em: 14 set. 2017.

MINISTRA Cármen Lúcia envia denúncia contra Michel Temer à Câmara. **Notícias STF**, Brasília, 21 set. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=356422>>. Acesso em: 27 set. 2017.

MONTENEGRO, Manuel. CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira. **Agência CNJ**, Brasília, 5 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileir>>. Acesso em: 23 out. 2017.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal racional**: propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva. Curitiba: Juruá, 2016.

MORRE guarda nazista de Auschwitz condenado à prisão em julgamento em 2016. **Portal G1**, São Paulo, 1º jun. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/morre-guarda-nazista-de-auschwitz-condenado-a-prisao-em-julgamento-em-2016.ghtml>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

MURICY, Marília. **Senso comum e direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal**: prelúdio a uma filosofia do futuro. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich. **Escritos sobre direito**. Tradução, apresentação e notas de Noéli Correia de Melo Sobrinho. Rio de Janeiro: PUC-RIO; São Paulo: Edições Loyola, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. **O anticristo**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2009.

NOTÍCIAS BRASIL TUBE. Sistema de punição no Brasil não funciona para ricos, diz Barroso do STF. **Youtube**, [S.l.], 1º jul. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=B8epHFW0RIY>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

O. J. SIMPSON é condenado a 15 anos de prisão em Las Vegas. **Folha Online**, São Paulo, 5 dez. 2008. Disponível em: <<http://m.folha.uol.com.br/mundo/2008/12/475779-oj-simpson-e-condenado-a-15-anos-de-prisao-em-las-vegas.shtml>>. Acesso em: 27 fev. 2016.

OAKESHOTT, Michael. Racionalismo na política. In: OAKESHOTT, Michael. **Conservadorismo**. Tradução de André Bezamat. Belo Horizonte: Âyiné, 2016. p. 15-89.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré *et al.* **Direito penal brasileiro**: parte geral: princípios fundamentais e sistema. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Alessandra; FERNANDEZ, Sophie Perez. O porteiro e a lei. **Julgar**, Coimbra, n. 14, maio/ago. 2011.

OLIVEIRA, Ariadna. O infanticídio indígena e o silêncio quebrado. **Impacto Publicações**, [S.l.], 2 mar. 2012. <https://www.revistaimpacto.com.br/o-infanticidio-indigena-e-o-silencio-quebrado/>. Acesso em: 2 dez. 2017.

OLTERMANN, Phillip. Ex-Auschwitz guard talks of shame during Trial over mass killings. **The Guardian**, Berlim, 29 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2016/apr/29/auschwitz-guard-reinhold-hanning-holocaust-trial>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Conceito e método da ciência do direito penal**. Tradução de José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **O futuro do direito penal**: (tem futuro a dogmática jurídico-penal?). Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

ORÍGENES. **Tratado sobre os princípios**. Tradução de João Eduardo Pinto Basto Lupi. São Paulo: Paulus, 2012.

OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso?** Método APAC. 4. ed. São Paulo: Paulinas, 2014.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução de Paula Vaz de Almeida. Revisão técnica de Alysson Leandro Mascaro e Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2017.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **A fábrica de penas**: racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. A política legislativa e a racionalidade das leis penais no Brasil. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Livro homenagem a Miguel Reale Júnior**. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 361-374.

PALMA, Rodrigo Freitas. **O julgamento de Jesus Cristo**: aspectos histórico-jurídicos. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2009.

PAPA autoriza que padres deem perdão em caso de aborto. **Veja.com**, [S.l.], 21 nov. 2016. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/mundo/papa-autoriza-que-padres-deem-perdao-em-casos-de-aborto/>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito penal e religião**: as várias interfaces de dois temas que aparentam ser estanques. 2017. Tese (Concurso para Professor Titular de Direito Penal da Universidade de São Paulo) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Barueri: Manole, 2015.

PASCHOAL, Janaina Conceição. O papel do direito penal na preservação da vida. In: SANCHES, Mário Antônio *et al.* (Org.). **O evangelho da vida**: diálogo entre teologia e bioética. Curitiba: CRV, 2016. p. 189-211.

PASCHOAL, Janaina Conceição. Verdadeiras Repúblicas não convivem com dois pesos e duas medidas. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Livro homenagem a Miguel Reale Júnior**. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 219-236.

PASSAGEIROS de ônibus reagem a assalto e lincham assaltante em Goiânia. **O Popular**, Palmas, 31 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.opopular.com.br/editorias/cidade/passageiros-de-%C3%B4nibus-reagem-a-roubo-e-lincham-assaltante-em-goi%C3%A2nia-1.1203207>>. Acesso em: 26 out. 2017.

PASSOS, João Décio. Relações entre teologia e direito: a justiça como fonte e meta comum. In: SOARES, Afonso Maria Ligorio; PASSOS, João Décio (Coord.). **Teologia e direito**: o mandamento do amor e a meta da justiça. São Paulo: Paulinas, 2010. p. 85-99.

PASTOR, Daniel R. **El poder penal internacional**: una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma. Barcelona: Atelier, 2006.

PASTOR, Daniel R. La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo. In: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón; CRESPO, Eduardo Demetrio (Dir.). **Terrorismo y Estado de Derecho**. Madrid: Iustel, 2010.

PASTORAL CARCERÁRIA. **Agenda Nacional pelo Desencarceramento**. São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/agenda-nacional-pelo-desencarceramento>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

PENSADOR.COM. **Biografia de Rui Barbosa**. [S.l.], 2017. Disponível em: <https://www.pensador.com/autor/rui_barbosa/biografia>. Acesso em: 28 ago. 2017.

PIAÚÍ, William de Siqueira; SILVA, Juliana Cecci. Teologia natural leibniziana versus newtoniana. In: LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Ensaio de teodiceia**: sobre a bondade de Deus, a liberdade do homem e a origem do mal. Tradução de William de Siqueira Piauí e Juliana Cecci Silva. São Paulo: Estação Liberdade, 2013.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PINTO, Andrea. As primeiras palavras de O. J. Simpson após a sua libertação. **Mundo ao Minuto**, [S.l.], 2 out. 2017. Disponível em: <<https://www.noticiasao minuto.com/mundo/874865/as-primeiras-palavras-de-oj-simpson-apos-a-sua-libertacao>>. Acesso em: 28 out. 2017.

PLANTINGA, Alvin. **Deus, a liberdade e o mal**. Tradução de Desidério Murcho. São Paulo: Vida Nova, 2012.

PLENÁRIO confirma afastamento de Eduardo Cunha do mandato na Câmara. **Notícias STF**, Brasília, 5 maio 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316009>>. Acesso em: 31 out. 2017.

PONDÉ, Luiz Felipe. Coração da teologia semita é relação entre mal, perdão e misericórdia. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 jun. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/luizfelipeponde/2017/06/1893806-coracao>>.

da-teologia-semita-e-relacao-entre-mal-perdao-e-misericordia.shtml>. Acesso em: 22 jun. 2017.

PONDÉ, Luiz Felipe. **Crítica e profecia**: a filosofia da religião em Dostoiévski. São Paulo: Leya, 2013.

PONDÉ, Luiz Felipe. Metamorfoses. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 9 fev. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq0902200918.htm>>. Acesso em: 9 maio 2016.

PONDÉ, Luiz Felipe. **O homem insuficiente**: comentários de antropologia pascaliana. São Paulo: Edusp, 2014.

PONDÉ, Luiz Felipe. **Os dez mandamentos (+ um)**: aforismos teológicos de um homem sem fé. São Paulo: Três Estrelas, 2015.

POSNER, Richard A. **Law and literature**. 3. ed. Massachusetts: Harvard University Press, 2009.

PUCCI, Rafael Diniz. Responsabilização penal na sociedade de risco. In: SILVA, Luciano Nascimento Silva (Coord.). **Estudos jurídicos criminais**. Curitiba: Juruá, 2008.

RABELLO, Belkiss. **As cartilhas e os livros de leitura de Lev N. Tolstói**. 2009. Dissertação (Mestrado em Literatura e Cultura Russas) – Departamento de Letras Orientais, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Tradução de Vera Barkow. Revisão técnica de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RÁDIO VATICANO. Papa explica como receber indulgência. **Canção Nova**, Cachoeira Paulista, 1º set. 2015. Disponível em: <<http://noticias.cancaonova.com/mundo/papa-explica-como-receber-indulgencia>>. Acesso em: 7 jun. 2017.

RAMALHO, Renan. STF marca para 4 de outubro análise sobre autorizar candidatos sem partido político. **Portal G1**, Brasília, 25 set. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/stf-marca-para-4-de-outubro-analise-sobre-autorizar-candidatos-sem-filiacao-partidaria.ghtml>>. Acesso em: 27 set. 2017.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel. Um centro filosófico do sistema pena. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 22, n. 262, set. 2014.

REGULAMENTAÇÃO da prostituição confronta prostitutas e feministas radicais. **El País**, Rio de Janeiro, 1º ago. 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/28/politica/1469735633_689399.html>. Acesso em: 13 set. 2017.

REIS, Érika Figueiredo. **Justiça e espírito de vingança**: o que se quer quando se pede por justiça e o ressentimento do homem atual. Curitiba: Juruá, 2015.

RÉUS em ação penal não podem substituir presidente da República, decide Plenário. **Notícias STF**, Brasília, 7 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=331478&caixaBusca=N>>. Acesso em: 31 out. 2017.

REZENDE, Francisco de Paula Ferreira de. **O julgamento de Pilatos ou Jesus Cristo perante a razão e os Evangelhos**. Rio de Janeiro: Empresa A Noite, 1944.

RIBEIRO, Jorge Martins. **O direito do homem a rejeitar a paternidade de filho nascido contra a sua vontade**: a igualdade na decisão de procriar. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. **O julgamento de Jesus Cristo sob a luz do direito**. São Paulo: Pillares, 2010.

RICOEUR, Paul. **Amor e justiça**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RIPOLLÉS, Antonio Quintano. **La criminología en la literatura universal**. Barcelona: Bosch, 1951.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A política criminal na encruzilhada**. Tradução de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre arbítrio e direito penal: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática**. 2014. Tese (Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

ROLAND, Paul. **Os julgamentos de Nuremberg: os nazistas e seus crimes contra a humanidade**. Tradução de Marisa Rocha Motta. São Paulo: M. Brooks do Brasil, 2013.

ROMERO, Marta Muñoz de Morales. Codificación y técnica legislativa en Estados Unidos de América. In: MARTÍN, Adán Nieto; ROMERO, Marta Muñoz de Morales; MUÑOZ, José Becerra (Dir.). **Hacia una evaluación racional de las leyes penales**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 201-237

ROSA, Alexandre Morais da. Quase novidade, Teoria da Derrotabilidade merece ser melhor conhecida. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 22 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-22/diario-classe-novidade-teoria-derrotabilidade-merece-melhor-conhecida>>. Acesso em: 31 out. 2017.

ROSA, Fábio Bittencourt da. **Legitimação do ato de criminalizar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ROSSI, Marina. Câmara faz ofensiva para rever decisão histórica do Supremo sobre aborto. **El País**, São Paulo, 2 dez. 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/30/politica/1480517402_133088.html>. Acesso em: 6 dez. 2017.

ROTerdã, Erasmo de. **Livre-arbítrio e salvação**. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Reflexão, 2014.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção do sistema jurídico-penal. Tradução de Alexis Couto de Brito. In: OLIVÉ, Juan Carlos Ferré *et al.* **Direito penal brasileiro**: parte geral: princípios fundamentais e sistema. Apresentação e prólogo de Claus Roxin. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 45-68.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e execução penal**: proposta de um modelo de terceira geração. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAFATLE, Vladimir. Claramente a favor do aborto. **Carta Capital**, São Paulo, 19 mar. 2012. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/claramente-a-favor-do-aborto>>. Acesso em: 6 out. 2017.

SAHUQUILLO, María R. É proibido pagar por sexo na Suécia, França e outros seis países. **El País**, Madrid, 21 abr. 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/07/internacional/1460050306_463588.html>. Acesso em: 13 set. 2017.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena**: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Revisão de William Terra de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Eficiência e direito penal**. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. **Indret**: Revista para el Análisis del

Derecho, Barcelona, n. 2, 2007. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2285650>>. Acesso em: 21 out. 2017.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, n. 9, p. 83-102, 2002. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2216986>>. Acesso em: 18 set. 2017.

SANCTIS, Fausto Martin de. Impacto nos cenários político, econômico e social após a atuação das varas federais criminais especializadas em lavagem de dinheiro e crimes financeiros. In: VELOSO, Roberto Carvalho; SILVA, Fernando Quadros da (Org.). **Justiça federal: estudos doutrinários em homenagem aos 45 anos da AJUFE**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 81-100.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Responsabilidade penal das corporações e criminalidade moderna**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTO AGOSTINHO. **O livre-arbítrio**. Tradução de Nair de Assis Oliveira. 7. reimp. São Paulo: Paulus, 2013.

SANTO AGOSTINHO. **Sobre o sermão do Senhor na montanha, incluído o Pai Nosso**. Tradução de Carlos Nougué. São Paulo: Filocalia, 2016.

SBIZERA, José Alexandre Ricciardi. **Arte e direito: o lugar da literatura na formação do jurista crítico-sensível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SCHEERER, Sebastian. A punição deve existir! Deve existir o direito penal? Tradução de Raphael Boldt. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 23, v. 117, p. 363-372, nov./dez. 2015.

SCHLOSSER, Markus. The neuroscientific study of free will: a diagnosis of the controversy. **Synthese**, v. 191, n. 2, p. 245-262, jan. 2014. Disponível em: <<http://philpapers.org/archive/SCHTNS.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2016.

SCHNAIDERMAN, Boris. **Leão Tolstói: antiarte e rebeldia**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

SCHNAIDERMAN, Boris. **Tradução, ato desmedido**. São Paulo: Perspectiva, 2011.

SCHREIBER, Mariana. As instituições estão funcionando? 5 momentos em que o equilíbrio entre Poderes deu “tilt”. **BBC Brasil**, [S.l.], 3 out. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-41479560>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

“SE XINGAR minha mãe, espere um soco”, diz papa sobre ataque à Charlie Hebdo. **BBC Brasil**, [S.l.], 16 jan. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/videos_e_fotos/2015/01/150113_papa_reage_hb>. Acesso em: 10 out. 2017.

SEARLE, John R. **Liberdade e neurobiologia**: reflexões sobre o livre-arbítrio, a linguagem e o poder político. Tradução de Constancia Maria Egrejas Morel. São Paulo: Ed. da UNESP, 2007.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. O avesso do avesso do avesso (Sampa, Caetano Veloso). In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de (Coord.). **Direito penal na pós-modernidade**: escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 453-465.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SINGER, Peter. **Rethinking life and death**: the collapse of our traditional ethics. New York: St. Martin's Griffin, 1996.

SISTEMA. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**. 6. ed. rev. atual. Curitiba: Positivo, 2004. p. 742.

SOARES, Afonso Maria Ligorio. A problemática do bem e do mal: antes e para além do direito. In: SOARES, Afonso Maria Ligorio; PASSOS, João Décio (Coord.). **Teologia e direito**: o mandamento do amor e a meta da justiça. São Paulo: Paulinas, 2010.

SOLON, Ari Marcelo. **Os caminhos da filosofia e da ciência do direito**: conexão alemã no devir da justiça. Curitiba: Prisma, 2015

SORVEDOURO. In: GRANDE Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. São Paulo: Instituto Antônio Houaiss; UOL, 2016. Disponível em: <<http://qwww.houaiss.uol.com.br/busca>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

SOUZA, André de. Barroso: “Operação abafa” contra corrupção é ostensiva. **O Globo**, Rio de Janeiro, 3 ago. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/barroso-operacao-abafa-contra-corrupcao-ostensiva-21667339>>. Acesso em: 26 out. 2017.

STEINER, Rudolf. **A filosofia da liberdade**: fundamentos para uma filosofia moderna. Tradução de Marcelo da Veiga. 3. ed. São Paulo: Antroposófica, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017

SUSPEITO é espancado após tentar invadir e assaltar ônibus em Santos. **Portal G1**, Santos, 16 set. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/assaltante-e-linchado-por-motorista-e-passageiros-de-onibus-em-santos.ghtml>>. Acesso em: 26 out. 2017.

SUTHERLAND, Edwin. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Tradução, apresentação e notas de Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

SZAFIR, Alexandra Lebelson. **Descasos 2**: uma advogada às voltas com o direito dos excluídos. São Paulo: Saraiva, 2014.

TARDÁGUILA, Cristina. #LupaAqui: ‘A reincidência atinge mais de 70% dos presos no Brasil’? **Folha Uol**, Teresina, 12 jul. 2016. Disponível em: <<http://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2016/07/12/lupaaqui-a-reincidencia-atinge-mais-de-70-dos-presos-no-brasil/>>. Acesso em: 30 set. 2017.

TCHÉKHOV. **A ilha de Sacalina**: notas de viagem. Tradução de Júlia Ferreira e José Cláudio. Lisboa: Relógio D’Água, 2011.

TEIXEIRA, João de Fernandes. **Como ler a filosofia da mente**. São Paulo: Paulus, 2012.

TEIXEIRA, João de Fernandes. **Filosofia do cérebro**. São Paulo: Paulus, 2012.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **A criação do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

THE OBSERVER. A terra treme no Vaticano. **Carta Capital**, São Paulo, 19 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/943/a-terra-treme-no-vaticano>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

THOMAS, Gordon. **O julgamento de Jesus**: um relato jornalístico sobre a vida e a inevitável crucificação de Jesus Cristo. Tradução de Miguel Herrera. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2007.

TOLSTÓI, L. **As palavras de Jesus**. Tradução de Paulo Silveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1984.

TOLSTÓI, Leo. **What to do?** Thoughts evoked by the Census of Moscow. Translation by Isabel F. Hapgood. Transcript of the 1887 edition, by Thomas Y. Crowell & Co., by David Price. New York: [s.n.], [201-]. (kindle edition).

TOLSTÓI, Leon. **Anna Karênina**. Tradução de Sérgio Lozar. Belo Horizonte: Itatiaia, 2007.

TOLSTÓI, Leon. **Calendário da sabedoria**. Tradução de Barbara Heliodora. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2012.

TOLSTÓI, Leon. **Guerra e paz**. Tradução, introdução e notas de Oscar Mendes. Belo Horizonte: Itatiaia, 2008.

TOLSTÓI, Leon. **O que é arte?** Tradução de Bete Torii. São Paulo: Ediouro, 2002.

TOLSTÓI, Lev. **A morte de Ivan Ilitch**. Tradução de Boris Schnaidermann. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2014.

TOLSTÓI, Lev. **A sonata a Kreutzer**. Tradução de Boris Schnaidermann. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2013.

TOLSTÓI, Lev. **Felicidade conjugal**. Tradução de Boris Schnaidermann. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2010.

TOLSTÓI, Liev. Dos diários de Tolstói [1900-10]. In: TOLSTÓI, Liev. **Os últimos dias**. Tradução de Anastassia Bytsenko, Belkiss J. Rabello, Denise Regina de Sales, Graziela Schneider e Natalia Quintero. São Paulo: Penguin Classics; Companhia das Letras, 2011.

TOLSTÓI, Liev. **Minha religião**. Organização e tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Girafa, 2011.

TOLSTÓI, Liev. **O Reino de Deus está em vós**. 2. ed. Tradução de Celina Portocarrero. São Paulo: BestBolso, 2014.

TOLSTÓI, Liev. **Padre Sérgio**. Tradução de Beatriz Morabito. São Paulo: Cosac Naify, 2010.

TOLSTÓI, Liev. **Ressurreição**. Tradução e apresentação de Rubens Figueiredo. São Paulo: Cosac Naify, 2013.

TOLSTÓI, Liev. **Uma confissão**. Tradução e apresentação de Rubens Figueiredo. São Paulo: Mundo Cristão, 2017.

TRIBUNA DO ADVOGADO. Consciência de estado laico é defendida em seminário sobre aborto. **OABRJ Digital**, Rio de Janeiro, 26 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.oabRJ.org.br/noticia/90314-consciencia-de-estado-laico-e-defendida-em-seminario-sobre-aborto>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

TRUJILLO, Décio. Número de latrocínios cresce 57,8% em sete anos no Brasil. **Agência Brasil**, Brasília, 30 out. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-10/numero-de-latrocinius-cresce-578-em-sete-anos-no-brasil>>. Acesso em: 8 dez. 2017.

TRUMP diz que protestos contra a sua vitória são incitados pela mídia. **Portal G1**, São Paulo, 11 nov. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/eleicoes-nos-eua/2016/noticia/2016/11/trump-diz-que-protestos-contra-sua-vitoria-sao-incitados-pela-midia.html>>. Acesso em: 27 set. 2017.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. Escrito preliminar. In: KIRCHMANN, Julius Hermann von. **La jurisprudencia no es ciencia**. Traducción y escrito preliminar de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Colección Civitas, 1949.

UNESCO. **Educação e transdisciplinaridade**. Paris: UNESCO, 2000. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001275/1275111por.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2016.

USARSKI, Frank. Religião como sistema normativo. In: SOARES, Afonso Maria Ligorio; PASSOS, João Décio (Coord.). **Teologia e direito: o mandamento do amor e a meta da justiça**. São Paulo: Paulinas, 2010.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo: o “progresso ao retrocesso”**. Coimbra: Almedina, 2010.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

VAROUFAKIS, Yanis. **Conversando sobre economia com a minha filha**. Tradução de Maria Andréa e Paulo Ramos. São Paulo: Planeta, 2015.

VASCONCELLOS, Pedro Lima. Lei, ética e instituições: testemunhos de Jesus e Paulo. In: SOARES, Afonso Maria Ligorio; PASSOS, João Décio (Coord.). **Teologia e direito: o mandamento do amor e a meta da justiça**. São Paulo: Paulinas, 2010.

VILHENA, Maria Ângela. O patrocínio divino: ensaio sobre normas e leis. In: SOARES, Afonso Maria Ligorio; PASSOS, João Décio (Coord.). **Teologia e direito: o mandamento do amor e a meta da justiça**. São Paulo: Paulinas, 2010.

VOLTAIRE. **Cândido ou o otimismo**. Porto Alegre: L&PM, 2007.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução, apresentação e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WELZEL, Hans. Reflexiones sobre el “libre alvedrio”. Traducción de José Cerezo Mir. In: ESPANHA. Ministerio da Justicia; Consejo Superior de Investigaciones Científicas. **Anuario de derecho penal y ciências penales**. Madrid: Ministério da Justicia, 1969. n. I.

WOLFGANG, Marvin E.; SELLIN, Thorsten; FIGLIO, Robert. Delinquency in a birth cohort. In: JACOBY, Josephy E. (Ed.). **Classics of criminology**. 2. ed. Illinois: Waveland Press, 1994.

WOLTERSTORFF, Nicholas. The contours of justice: an ancient call for shalom. In: LAMPMAN, Lisa Barnes (Ed.). **God and the victim**: theological reflections on evil, victimization, justice and forgiveness. Grand Rapids: William B. Eerdmans Publishing Company, 1999. p. 107-130.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. Coordenação e revisão da tradução de Sérgio Lamarão. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Notas sobre lo penal y lo religioso. In: BATISTA, Nilo; KOSOVSKI, Ester (Org.). **Tributo a Louk Hulsman**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ZDRAVOMÍSLOV, B. V. *et al.* **Derecho penal soviético**: parte general. Traducción de Nina de la Mora y Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis, 1970.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa. Tradução de Tonia Van Acker. 2. ed. São Paulo: Palas Athena, 2014.

ZOLO, Danilo. **La justicia de los vencedores**: de Nuremberg a Bagdad. Traducción de Elena Bossi, revisada por Pablo Eiroa. Madrid: Editorial Trotta, 2007.