

ROSANA CARRIJO BARROSO

**LIBERDADE DE AUTODETERMINAÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E
DEMOCRACIA: POR UMA REORIENTAÇÃO DO CONCEITO DE
CULPABILIDADE**

**Dissertação apresentada ao
Programa de Pós-Graduação, como
requisito parcial para a obtenção do
grau de Mestre em Direito,
Faculdades Integradas do Brasil -
UniBrasil.**

**Orientador: Professor Dr. Eliezer
Gomes da Silva**

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

ROSANA CARRIJO BARROSO

LIBERDADE DE AUTODETERMINAÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E
DEMOCRACIA: POR UMA REORIENTAÇÃO DO CONCEITO DE
CULPABILIDADE

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Eliezer Gomes da Silva
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Membros: Prof. Dr. Gilberto Giacoia
Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP

Prof. Dr. Fábio André Guaragni
Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA

Curitiba, 2 de setembro de 2009.

À minha família, na pessoa de meu marido Renato e de meus filhos Renatinho e Ana Paula, fonte inesgotável de energia, meu especial agradecimento por compreender todo o desprendimento e abnegação que o Mestrado exigiu, dando-me suporte para seguir adiante e vencer mais esta etapa de minha vida, dividindo com eles, meu êxito neste especial momento.

AGRADECIMENTOS

A decisão de cursar um Mestrado exige de cada um dos alunos uma série de reflexões, ante as dificuldades que passam a surgir. A abnegação e o desprendimento, especialmente da família e dos amigos, impondo a nós, alunos, a opção de estudar e buscar o melhor caminho para a dissertação final, no curso dos 30 meses regulares é, sobretudo, agente de transformação em nossas vidas.

Dia e noite consultando livros, obtendo opiniões, informações, enfrentando divergências e o debate salutar pelo tema escolhido, num cotidiano acelerado pelo tempo, que passa rápido, e está a todo o momento a nos julgar.

As constantes reflexões e o inevitável cansaço neste trajeto nos moldam da condição de aprendizes, ao esforço de superar limites, tornando-nos maduros e mais compreensivos sobre os marcantes eventos de nossa sociedade.

Em todo esse percurso, longo e árduo, mas vigoroso, vemo-nos obrigados a elencar prioridades e traçar nosso caminho. Envolver-se plenamente na pesquisa e no núcleo do tema desenvolvido de forma plena, sabedores que somos agentes de transformação, notadamente ao identificarmos os problemas vivenciados pelo mundo jurídico atual.

É hora de contemplar o resultado. De agradecer a cada um daqueles que, de uma forma ou de outra, participaram dessa singular jornada, sem a qual não teríamos chegado ao fim desta etapa acadêmica.

A cada professor, colega, advogado, bibliotecários, amigos em geral, todos, com a antecipada escusa pela omissão dos justos nomes, meu muito obrigado por partilhar de tão importante fase de minha vida onde pude, de forma modesta, mas muito corajosa, enfrentar o debate em torno de um tema que merece, ao menos, a atenção para novos embates no futuro.

Que Deus retribua a todos o apoio que recebi. Desde já, anuncio meus esforços a todos aqueles que, como eu, optem por igual tema ou outro enfoque que traga o melhor destino para aperfeiçoar e aprimorar o Direito: nosso objetivo comum.

“(...) Desejo ainda que você seja tolerante. Não com os que erram pouco, porque isso é fácil, mas com os que erram muito e irremediavelmente. E que fazendo bom uso dessa tolerância, você sirva de exemplo aos outros.” Victor Hugo

SUMÁRIO

RESUMO	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUÇÃO	1
1 CONCEITO DE CULPABILIDADE: EVOLUÇÃO, CONTEÚDO E FUNÇÃO	3
1.1 CULPABILIDADE NA TEORIA DO CRIME.....	3
1.1.1 Teoria Psicológica da Culpabilidade.....	7
1.1.2 Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade.....	13
1.1.3 Teoria Normativa Pura da Culpabilidade.....	15
1.2 CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO.....	20
1.3 CULPABILIDADE COMO LIMITE DA PENA.....	24
1.4 ENFOQUE CONTEMPORÂNEO.....	27
1.4.1 Perspectiva de Claus Roxin.....	27
1.4.2 Teoria da Coculpabilidade.....	31
1.4.3 Teoria da Vulnerabilidade.....	35
2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE LIBERDADE	52
2.1 A LIBERDADE E A FORMAÇÃO DO ESTADO.....	54
2.2 A LIBERDADE E O ESTADO DE DIREITO.....	60
2.2.1 Direitos Fundamentais e Democracia.....	65
2.2.2 Novo Constitucionalismo.....	72
2.3 DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE DE AMARTYA SEN.....	78
2.3.1 Liberdades Políticas.....	84
2.3.2 Facilidades Econômicas.....	90
2.3.3 Oportunidades Sociais.....	92
2.3.4 Garantias de Transparência.....	95
2.3.5 Segurança Protetora.....	97
3 LIBERDADE DE AUTODETERMINAÇÃO E JUÍZO DE REPROVAÇÃO PENAL: APLICANDO A TEORIA DE AMARTYA SEN NA REORIENTAÇÃO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE	100
3.1 BASE INFORMACIONAL MAIS AMPLA.....	102
3.1.1 Princípio da Individualização da Pena.....	105

3.1.2 O Dever de Motivar.....	110
3.1.3 A Motivação como Discurso Jurídico.....	114
3.1.4 O Interrogatório do Acusado.....	117
3.2 A CULPABILIDADE AJUSTADA À CAPACIDADE INDIVIDUAL.....	121
3.2.1 Circunstância Judicial do Crime.....	124
3.2.2 Atenuante Genérica.....	128
3.2.3 Inexigibilidade de Conduta Diversa.....	133
3.2.4 A Ilegitimidade da Reincidência.....	134
CONCLUSÃO.....	144
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	146

RESUMO

A presente dissertação propõe um conceito material de culpabilidade, sem desprezar a evolução do conceito formal de culpabilidade, notadamente, delimitador do poder punitivo estatal. Concentra seus estudos na liberdade de escolha do agente como variável indispensável na difícil equação da culpabilidade. E esta liberdade é analisada em conjunto com o Estado e suas diversas formas delineadas ao longo da história. O grau de culpabilidade do autor depende diretamente de sua autodeterminação, num binômio liberdade/necessidade, em que quanto menores forem suas necessidades – de toda ordem – será sua maior liberdade de agir conforme a norma. Com base na teoria de desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen, é sugerido um conjunto de capacidades exigíveis a um indivíduo para que este possa ser considerado um agente livre e assim responsabilizado por seus atos. Estas capacidades, ou melhor, liberdades, são direitos fundamentais inerentes a todos os cidadãos que vivem sob um Estado Democrático de Direito. Vinculado a esse propósito legitimador, é coerente supor que a culpabilidade, materialmente conceituada, passa por uma base informacional ampla e abrangente que traz aos autos processuais a real situação de capacidade de atuação do agente no momento da conduta delituosa. Para tanto, não são necessárias alterações legislativas, mas a releitura de todo Direito Penal e Processual Penal à luz dos princípios constitucionais. Inexoravelmente, é preciso ainda que haja uma mudança na postura de todos os envolvidos no processo e julgamento criminal, a exigir maior comprometimento com a promoção dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Culpabilidade; liberdade; democracia; direitos fundamentais; desenvolvimento humano.

ABSTRACT

This dissertation proposes a material concept of guilt, without despising the evolution of its formal concept, especially, as liner of the state punitive power. The study is concentrated in the freedom of the agent's choice as indispensable variable in the difficult equation of the guilt. And this freedom is analyzed with the State and its several forms that were delineated along the history. The author's degree of guilt depends directly on his self-determination, in a freedom/necessity binomial, in that as minor go their needs - of every order - it will be largest his freedom of acting according to the norm. With base in the theory of development as freedom of Amartya Sen, it is suggested a group of demandable capacities to an individual so that he can be considered a free agent and made responsible by his actions. These capacities, or better, freedoms, are fundamental rights inherent in all citizens that live under a Democratic State of Right. Linked that legitimitator purpose, it is coherent to suppose that the guilt, materially considered, goes by a wide and including data base that brings to the procedural solemnities the real situation of capacity of the agent's performance in the moment of the criminal conduct. For so much, legislative alterations are not necessary, but a new reading of every Penal and Penal Procedural Right to the light of the constitutional principles. Inexorably, it is necessary although that a change happens in the posture of all involved in the process and criminal judgement, to demand larger compromising with the promotion of the fundamental rights.

Keywords: Guilt; freedom; democracy; fundamental rights; human development.

INTRODUÇÃO

A presente dissertação propõe estudar um dos temas mais tormentosos da dogmática penal, a culpabilidade, termo que pode assumir diversos significados e formas de aplicação jurídica. No primeiro capítulo, serão tratados os mais pertinentes: um relacionado à teoria do delito; um ao princípio informador do Direito Penal; e outro à teoria da pena.

Na apreciação da teoria do delito, o conceito de culpabilidade, junto com outros importantes atributos analíticos, como a conduta, a tipicidade e a antijuridicidade, tem evoluído consideravelmente em direção à maior segurança de sua determinação. Nesse sentido serão apresentadas as teorias psicológica, psicológica-normativa e normativa pura.

Na teoria da pena, a culpabilidade assume a função limitadora da pena, impondo ao magistrado uma análise axiológica ainda mais atenta às singularidades do acusado para decidir sobre a quantidade e qualidade de pena a ser imposta ao condenado. É que o princípio da culpabilidade decorre do Estado Democrático de Direito e tem por escopo proteger o indivíduo contra o poder punitivo arbitrário e intervencionista do Estado, impondo pressupostos obrigatórios à reprovabilidade da conduta.

Outras teorias mais recentes, como a da coculpabilidade e da vulnerabilidade, revisitadas na sequência, buscam auxiliar no exame da culpabilidade quanto à provável existência de fatores externos ao autor que poderiam tê-lo influenciado de alguma maneira em seu agir. São os primeiros esforços para a superação da aparente impossibilidade de abstrair do conceito de culpabilidade indemonstráveis conotações metafísicas.

O segundo capítulo trará a evolução do conceito de liberdade, variável indispensável na equação da real culpabilidade do agente. Sua vinculação imediata ao Estado, antes mesmo de sua formação, transformando a liberdade natural em liberdade civil. A limitação do poder estatal sob o manto do Estado de Direito, no qual o espaço destinado à liberdade individual é determinado por lei, numa tensão/atração entre direitos fundamentais e democracia. Sob a luz do novo constitucionalismo, a liberdade assume um caráter mais pragmático, exigindo de toda sociedade organizada maior comprometimento com a sua efetivação.

Com essa nova perspectiva de concretização de direitos, será apresentada a teoria do *desenvolvimento como liberdade*, de Amartya SEN, baseada na utilização de um conjunto de disponibilidades, enumeradas pelo autor, a fim de acentuar a autodeterminação do indivíduo de conduzir a sua vida. A teorização de SEN, conjugada com as contribuições de Barbara HUDSON e Phillip PETTIT, ampliam sobremaneira a base informacional necessária à delimitação de um conceito material de culpabilidade.

No terceiro e último capítulo serão reestudados alguns instrumentos legais ou mandamentos constitucionais que, corretamente utilizados, podem fazer a diferença no juízo de culpabilidade. Não se tratam, em verdade, de novos mecanismos, mas apenas em desuso pelos operadores de Direito, não obstante a importância que assumem no processo penal: os princípios constitucionais da individualização da pena e do dever de motivação das decisões judiciais, bem como as diretrizes infraconstitucionais em tema de circunstâncias judiciais e legais do crime, atenuantes e exculpantes.

A partir das referidas considerações teóricas em torno do juízo de culpabilidade, será questionada, por derradeiro, a legitimidade da agravante de aplicação obrigatória da reincidência, atualmente objeto de uma ação de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

1 CONCEITO DE CULPABILIDADE: EVOLUÇÃO, CONTEÚDO E FUNÇÃO

Existem no Direito Penal pelo menos três conceitos distintos do vocábulo “culpabilidade”. O primeiro como elemento constitutivo do crime, o segundo como princípio norteador do poder punitivo do Estado e o terceiro como limite da carga sancionatória imposta ao condenado em resposta à desobediência legal. Todos são igualmente importantes e carregam particularidades que merecem especial tratamento nesta dissertação.

1.1 CULPABILIDADE NA TEORIA DO CRIME

Por uma questão didática e coincidente com a dogmática e a práxis penal, será inicialmente apresentado o conceito de culpabilidade dentro da teoria do delito¹, etapa em que se confirma a análise do crime, pela presença dos elementos que o constituem – decisão sobre a punibilidade –, para posteriormente ser aplicada a pena – decisão sobre a determinação da pena. Embora representem conteúdos e fundamentos distintos, eles não se excluem; Ao contrário, são complementares, valorados pelo mesmo juiz (com exceção dos crimes de competência do tribunal do júri²), suportados por fatos comprovados e publicados no mesmo processo.

A evolução dogmática da teoria do delito tem dirimido inúmeras dúvidas quanto aos elementos analíticos indispensáveis para a concretização de um crime³: tipicidade (associada ao estudo da conduta), antijuridicidade e

¹ “Delito é o fato ao qual a ordem jurídica associa a pena como legítima consequência”. (LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Traducida de la 20.^a edición alemana por Luis Jimenes de Asua y adicionado com el derecho penal español por Quintiliano Saldaña. 4. ed. Madrid: Réus S.A., 1999, p. 262.)

² O procedimento do Tribunal do Júri desenvolve-se em duas fases distintas, uma destinada à formação da culpa, e outra ao juízo de mérito, chegando na condenação ou absolvição do réu em plenário. A primeira etapa, denominada *judicium accusationis*, é de responsabilidade do juiz togado, mediante decisão de pronúncia, em que analisará simplesmente se o crime ajusta-se à competência do júri popular, inexistindo nenhuma das chamadas causas excludentes da ilicitude do fato ou da culpabilidade do autor, e a segunda – o juízo de punibilidade – pelo conselho de sentença. No entanto, concluído o julgamento pela condenação do réu, caberá, novamente, ao juiz togado a determinação da pena.

³ “Si examinamos más de cerca el contenido de este hecho (delito), encontramos los siguientes caracteres esenciales: a) El delito es siempre un acto humano; por tanto, actuación (*Verhalten*) voluntaria transcendente al mundo exterior; es decir, la causa o no impedimento de un cambio en el mundo exterior. Nunca llegarán a constituir un delito los acontecimientos fortuitos, independientes de la voluntad humana; b) El delito es, además, un acto contrario al derecho; es decir, un acto que, contraviniendo, formalmente, a un mandato o prohibición del orden jurídico, implica, materialmente, la lesión o peligro de un bien jurídico; c) El delito es, por

culpabilidade. No entanto, é unânime entre os doutrinadores o imenso esforço em conceituar satisfatoriamente a culpabilidade.

O injusto⁴ (conduta típica e ilícita) revela a repulsa que o Direito faz recair sobre a conduta em si, enquanto a culpabilidade é uma característica que a conduta adquire por uma especial atribuição valorativa (reprovabilidade) do injusto em relação a seu agente. Comumente é confundida com a intenção do agente, verificada na tipicidade, especificamente no tipo subjetivo, sob a modalidade dolosa (vontade e consciência) ou culposa (“inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, objetivamente previsível”)⁵. Embora, a terminologia utilizada (“tipo subjetivo”) cause a impressão de referir-se ao sujeito do delito, a perspectiva é outra, voltada à conduta, objetivamente analisada.

No campo da antijuridicidade é promulgado o “juízo sobre o ato”⁶, oportunidade em que todas as inquirições são voltadas à satisfação do Direito Penal material. Qualquer investigação sobre o autor nesta fase é apenas circunstancial, a fim de precisar a delituosidade do fato, como ocorre em alguns tipos penais que, além do dolo, dependem de mais alguma característica subjetiva para sua configuração, o denominado elemento subjetivo especial do tipo⁷.

último, un acto culpable; es decir, un acto doloso o culposo de un individuo responsable. Delito es el acto culpable contrario al derecho.” “Se examinamos mais de perto o conteúdo deste fato (delito), encontramos os seguintes caracteres essenciais: a) O delito é sempre um ato humano; portanto, atuação (*Verhalten*) voluntária transcendente ao mundo exterior, ou seja, a causa ou não impedimento de uma mudança no mundo exterior. Nunca chegaram a constituir um delito os acontecimentos fortuitos, independentes da vontade humana; b) O delito é, ademais, um ato contrário ao direito; ou seja, um ato que, transgredindo, formalmente, um mandado ou proibição da ordem jurídica, implica, materialmente, a lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico; c) O delito é, por último, um ato culpável, ou seja, um ato doloso ou culposo de um indivíduo responsável. Delito é o ato culpável contrário ao direito.” (LISZT, Franz von. **Tratado...**, p. 262.)

⁴ Convém, desde logo, diferenciar os conceitos de ilicitude e de injusto; a ilicitude diz respeito a uma relação de oposição da conduta do autor com a norma jurídica. Trata-se de um predicado, de uma qualidade de determinado comportamento. O injusto refere-se à própria ação ou omissão típica valorada como antijurídica. É específico e mensurável, em qualidade e quantidade. (PRADO, Luiz Regis. O injusto penal e a culpabilidade como magnitudes graduáveis. [Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 128-142, jul./set. 1999, p. 128.](#))

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 224.

⁶ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 286.

⁷ “A ausência desses elementos subjetivos especiais descaracteriza o tipo subjetivo, independentemente da presença do dolo. Enquanto o dolo deve materializar-se no fato típico, os elementos subjetivos especiais do tipo especificam o dolo, sem necessidade de se

BITENCOURT⁸ destaca, nessa categoria, os delitos de intenção – que “requerem um agir com ânimo, finalidade ou intenção adicional de obter um resultado ulterior ou uma ulterior atividade, distintos da realização do tipo penal”⁹, os delitos de tendência – nos quais “não é a vontade do autor que determina o caráter lesivo do acontecer externo, mas outros extratos específicos, inclusive inconscientes”¹⁰, especiais motivos de agir (motivo torpe, motivo fútil, relevante valor moral ou social) e momentos especiais de ânimo¹¹.

São casos que reclamam, inegavelmente, uma série de questionamentos que envolvem a figura do agente, mas de maneira indireta, como fonte de outros elementos afetos exclusivamente ao ato,¹² para definir com exatidão a tipicidade.

Percorridas as etapas antecedentes da averiguação, registra-se que a prática de uma conduta humana típica, sem justa causa, correspondente a um injusto penal. Todavia, até aqui é impossível ter certeza se tal conduta deve ser imputada ao agente ou não; se este pode ser considerado “responsável” por esta conduta. Até este momento da estrutura do delito, questiona-se e firma-se tão-somente a “imputação objetiva” do injusto ao agente.¹³ Agora, no plano da

concretizarem, sendo suficiente que existam no psiquismo do autor.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 218.)

⁸ Id.

⁹ “Esta espécie de elemento subjetivo do tipo dá lugar, segundo o caso, aos atos chamados de **delitos de resultado cortado** e **delitos mutilados de dois atos**. Aqueles consistem na realização de um ato visando a produção de um resultado, que fica fora do tipo e sem a intervenção do autor, como acontece na extorsão mediante sequestro, por exemplo. E estes consumam-se quando o autor realiza o primeiro ato com o objetivo de levar a termo o segundo - ex. moeda falsa.” (grifos do autor) (Ibid., p. 219.)

¹⁰ Exemplos: “o propósito de ofender” dos crimes contra a honra. (Id.)

¹¹ “A excessiva utilização pelo legislador de categorias subjetivadoras da descrição típica, além do dolo propriamente, é uma forma disfarçada de ultrapassar, com roupagem de legitimidade, os limites taxativos do **princípio da reserva legal**. (...) Além de inadequada, é extremamente perigosa, pois esses **estados anímicos**, como ser **egoísta**, **cruel** ou **malvado**, entre outros, podem existir independentemente da relevância de lesão objetiva de bens jurídicos tutelados. E, nessas circunstâncias, quando a conduta é penalmente irrelevante, a tipificação desses estados anímicos pode conduzir à punição do ânimo, que é inadmissível no Direito Penal da Culpabilidade.” (grifos do autor) (Ibid., 221.)

¹² De acordo com Winfried HASSEMER, “Estas certamente são informações sobre o sujeito atuante. Porém, não foram colhidas com interesse no autor, mas com interesse no ato e por isso também, sob o ponto de vista da pessoa atuante, elas são fragmentárias, são “elementos subjetivos do injusto”, que só qualificam o ato (no entanto, para isso precisam informar-se junto ao autor).” (HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 287.)

¹³ Ibid., p. 287-288.

culpabilidade são reunidas todas as informações pertinentes ao autor, abrindo a possibilidade para a “imputação subjetiva”¹⁴.

“Si la antijuridicidade es el ámbito de los hechos que el Derecho puede desear prevenir, la culpabilidad es la esfera en que se comprueba si el hecho injusto cometido puede atribuirse a su autor en condiciones psíquicas de motivabilidad normal.”¹⁵ Este raciocínio proposto por MIR PUIG remete a assertivas relevantes, quais sejam a) a antijuridicidade delimita o âmbito do proibido – as condutas que o Direito Penal pretende evitar sob a ameaça de uma sanção; b) a pena só se justifica com a realização de um injusto, um fato não desejado, proibido, antijurídico; c) a culpabilidade é somente uma condição de atribuição do injusto ao seu autor; d) não é possível, segundo o autor, a culpabilidade agravar a pena, ao contrário, dependendo das individualidades do autor, pode atenuá-la e até excluí-la. Ou seja, a culpabilidade atestada serve exclusivamente para configurar o delito, sua medição só poderá ser para baixo, pois seu limite máximo é a sua existência.¹⁶

A categoria da *culpabilidad*e jurídico-penal adiciona um novo elemento (uma nova qualificação) à ação ilícita-típica, sem o qual *nunca* poderá falar-se de fato punível. Este não se esgota na aludida desconformidade com o ordenamento jurídico-penal, necessário se tornando sempre que a conduta seja culposa, isto é, que *o fato possa ser pessoalmente censurado ao agente, por aquele se revelar expressão de uma atitude interna pessoal juridicamente desaprovada e pela qual ele tem por isso de responder perante as exigências do dever-ser sócio-comunitário.*¹⁷ (grifos do autor)

¹⁴ “O dolo e a culpa são os dois elementos de uma conduta humana, dos quais resulta positivamente a possibilidade de imputação subjetiva. Eles expressam que aquele que age objetivamente e causa um resultado (ou insucesso) objetivo deve ter participado também internamente nesta sua conduta, quando então a conduta lhe deve ser imputada subjetivamente: que ele sabia e também queria o que fazia, ou que, se não queria e não previa os resultados causados por ele, pelo menos podia tê-los previsto e evitado (culpa).” (Ibid., p. 288-289.)

¹⁵ “Se a antijuridicidade é o âmbito dos direitos que o Direito pode desear prevenir, a culpabilidade é a esfera em que comprova, se o fato injusto cometido pode ser atribuído ao seu autor em condições psíquicas motivacionais normais.” (MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982, p. 102-103.)

¹⁶ A motivabilidade, a capacidade para raciocinar frente às exigências normativas é, segundo Francisco Muñoz CONDE, a faculdade humana fundamental que, unida a outras (inteligência, afetividade, etc.), possibilita a atribuição de uma ação a um indivíduo e, em consequência, a exigência de responsabilidade pela ação por ele impetrada. Qualquer deficiência relevante dessa faculdade – independentemente da sua origem – deverá repercutir na exclusão ou, se não tão importante, na atenuação da culpabilidade. (CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 130-131).

¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 227-228.

Um conceito formal de culpabilidade pode ser abstraído do raciocínio dogmático, independentemente de sua vinculação à teoria psicológica ou normativa que serão tratadas adiante. Isso se dá porque ambas são qualificadas pelo juízo de culpabilidade, tal como indicado por Joe Tennyson VELO: “A culpabilidade é o conjunto de elementos psíquicos, anímicos e sociais expressados em um ato ilícito, compreendidos por um sistema penal, e que caracterizam o senso de reprovação que a sociedade exprime em relação ao autor da ação proibida”¹⁸.

Tal conclusão demandou muito debate e estudo por parte dos doutrinadores penais em conceituar a culpabilidade de forma mais condizente possível com a função limitadora do intervencionismo estatal, visando defender a pessoa do agente de excessos almejados pelo poder do Estado¹⁹. Com esse intuito, foram surgindo sucessivamente teorias sobre o tema, merecendo maior destaque as teorias psicológica, psicológico-normativa e normativa.

1.1.1 Teoria Psicológica da Culpabilidade

A teoria psicológica da culpabilidade surgiu do descrédito da ideia de vontade livre preconizada pelo Direito Natural e abriu caminho para o desenvolvimento do conceito de culpabilidade sob outras perspectivas, seguindo a tendência do positivismo naturalista²⁰ que dominava o pensamento científico do final do século XIX.

Registra, desde logo, a primeira mostra de total aversão à responsabilidade objetiva ou o *versari in re illicita*²¹, eliminando-a do sistema penal ao arrogar subjetividade à reprovação. Para seus defensores, não bastava ser evidenciado um nexos causal entre a conduta e o resultado, mas a demonstração do nexos psíquico era imprescindível.

¹⁸ VELO. Joe Tennyson. **O juízo de censura penal** (o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 23.

¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 228.

²⁰ “Pela perspectiva do positivismo naturalista, o *status* científico de qualquer ramo do conhecimento humano dependia da possibilidade de uma demonstração da veracidade de seus conceitos orientada pelos critérios das ciências exatas e naturais”. (GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 63.)

²¹ Aforismo indicativo de que a responsabilidade penal prescinde do elemento subjetivo, bastando a simples produção do resultado típico. (HORCAICO, Ivan. **Dicionário jurídico referenciado**. São Paulo: Primeira Impressão, 2006, p. 1078.)

A princípio – início do século XX –, com von LISZT, a estrutura do delito era bipartida, composta de antijuridicidade e culpabilidade, uma parte objetiva-externa e outra subjetiva-interna²². O crime era entendido como uma conduta antijurídica culpável e punível – a conduta restringia-se ao movimento corporal voluntário dirigido simplesmente à mudança do mundo exterior (naturalismo-causalista)²³, um resultado.

A “voluntariedade” – vontade livre para agir, proposta por von LISZT²⁴, significava simplesmente a “ausência de violência física ou psicológica”; e a manifestação desta vontade consistia na ação ou omissão voluntária de um movimento corporal – a causa do efeito – dano. Não existia conduta, por conseguinte, nos casos de epilepsia, estado de inconsciência ou força irresistível. A vontade exigida aqui não guardava nenhuma relação com livre-arbítrio. A ação de matar alguém a tiros, por exemplo, limitava-se ao impulso de mover um dedo, bem como a de quebrar uma vidraça a pedradas, a de arremessar uma pedra.

A antijuridicidade era a contradição entre a causação do resultado e o Direito, enquanto a culpabilidade o liame psicológico entre a conduta e o resultado, desvendado por intermédio do dolo e seus elementos cognitivo e volitivo ou pela culpa²⁵ (*stricto sensu*), com apenas elemento intelectual. Restava à punibilidade a determinação de uma pena ajustáveis aos referidos elementos analíticos.

Foi com BELING²⁶, em 1906, que o conceito de tipo penal foi tratado na teoria do crime como um elemento objetivo, referindo-se exclusivamente à

²² A relação do resultado com a manifestação da vontade se dava: 1. Objetivamente, quando o resultado era causado ou não impedido por uma manifestação de vontade; é dizer, quando entre esta e aquela existia uma conexão causal ou uma relação analógica; 2. E, subjetivamente, quando o agente no momento da manifestação da vontade, teria previsto, ou podido prever, o resultado; é dizer, quando culpavelmente causou ou não impediu o resultado. Aqui se enlaçam os conceitos de dolo e culpa. (LISZT, Franz von. **Tratado...**, p. 302.)

²³ Segundo a teoria causalista a conduta humana é tomada como elemento objetivo fora da vontade e sem elemento subjetivo.

²⁴ LISZT, Franz von. **Tratado...**, p. 297.

²⁵ “O elemento culpa, em nosso Direito Penal, decide sempre sobre os limites da punibilidade e da impunidade: um resultado que não é causado pelo menos culposamente é caso fortuito; por caso fortuito ninguém é responsabilizado em um Direito Penal da culpabilidade.” (HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 289).

²⁶ “Com a publicação de *Die Lehre vom Verbrechen*, Ernest BELING revisa profundamente o conceito de *Tatbestand*, dando-lhe um novo sentido, já que o concebe não mais como composto da totalidade dos elementos do delito, mas tão-somente como um dos elementos constitutivos do crime. Com Ernst BELING, poder-se-á afirmar, o *Tatbestand* deixa de ser o delito para ser, apenas, um dos aspectos do mesmo. Uma parte em relação ao todo.”

exterioridade da conduta. Até então, “o tipo é compreendido em sentido amplo, como o próprio delito e não particularmente, como seu elemento fundamentador”²⁷ e com isso “a prática jurídico-penal comum havia estendido de tal modo o poder judicial, que o juiz podia punir toda ilicitude culpável. Toda ação antijurídica e culpável era por si só uma ação punível”²⁸. “O tipo, para BELING, se configura como constituído dos elementos objetivos contidos da enunciação normativa do delito, caracterizando-se por nele não estarem incluídos quaisquer elementos que tenham implicações axiológicas, ou que configurem estados anímicos ou situações subjetivas de qualquer ordem.”²⁹

Os tipos penais são estabelecidos na medida do peso que detenham temporalmente os interesses juridicamente protegidos, isto é, os bens jurídicos, por meio de imperativos genéricos (“não matarás”, “não roubarás” etc), normativamente catalogados como comportamentos atentatórios a certos bens jurídicos. Trata-se da primeira autolimitação da *potestate* punitiva do Estado, um primeiro fruto do Direito e do costume.³⁰

O tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem legalmente proibidas). Por consequência, típica é toda conduta que apresenta a característica específica de tipicidade (atípica, a que não apresenta), ou seja, denomina-se tipicidade legal a exata adequação da ação realizada pelo agente à formulação legal do tipo. É a individualização que a lei faz da conduta, mediante o conjunto dos elementos descritivos e valorativos (normativos), de que se vale o tipo legal³¹. “A proteção jurídica do indivíduo foi, pois, reforçada,

(LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987, p. 15.)

²⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 134.

²⁸ “Contra isso o liberalismo nascente do século XVIII dirigiu seus ataques, afirmando a insegurança jurídica que tal sistema implicava: na falta de uma firme delimitação das ações que pudessem ser consideradas puníveis, o juiz podia submeter à pena toda ação que lhe desagradasse, reputando-a antijurídica, e podia impor arbitrariamente uma pena grave ou leve para toda ação considerada punível.” (BELING, Ernst von. **A ação punível e a pena**. Trad. Maria Carbajal. São Paulo: Rideel, 2007, p. 27).

²⁹ LUIZI, Luiz. Op. Cit., p. 15.

³⁰ LISZT, Franz von. **A ideia do fim no direito penal**. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel, 2005, p. 34-35.

³¹ Para ZAFFARONI o tipo-garantia é a expressão do princípio da legalidade que tem como fundamento a necessidade de limitar a violência seletiva do poder penal. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5.

assumindo o próprio legislador o monopólio da faculdade de construir os tipos e de impor-lhes a pena.”³²

Não se confunde com antijuridicidade. Esta surge da antinormatividade (tipicidade penal) somada à falta de adequação a um tipo permissivo, ou seja, da circunstância de que a conduta antinormativa não está amparada por uma causa de justificação. A tipicidade penal implica a contrariedade com a ordem normativa, mas não implica a antijuridicidade (a contrariedade com a ordem jurídica), porque pode haver um preceito permissivo que abone a conduta. A tipicidade atua como um indício da antijuridicidade, como um desvalor provisório, que deve ser configurado ou descartado mediante a comprovação das causas de justificação.

Baseado na mesma estrutura bipartida objetiva/subjetiva, mas agora contando com o conceito de tipicidade, o delito passou a ser entendido como conduta típica, antijurídica e culpável, corrigindo a impropriedade do projeto de von LISZT que primeiro constatava ser a conduta antijurídica e culpável, para posteriormente perceber que a lei não a sancionava.

Dois elementos são essenciais para a teoria psicológica: a imputabilidade do agente (capacidade de compreensão do fato e de se ajustar conforme tal compreensão), afastada ou reduzida em casos de imaturidade ou doença mental, e a relação anímica entre autor e resultado, configurado mediante o dolo ou a imprudência.

A análise do crime passou a observar a conduta como vontade exteriorizada, de maneira a pôr em marcha a causalidade, a tipicidade como proibição da causação de um resultado, a antijuridicidade como contradição entre a causação do resultado e a ordem jurídica e a culpabilidade como nexos psíquico entre a conduta e o resultado, manifestado nas modalidades de dolo ou culpa. O vínculo psicológico não se concretizaria na presença de “erro”, que eliminaria o elemento intelectual, ou a “coação”, que suprimiria o elemento volitivo do dolo, excluindo a culpabilidade³³.

Embora a teoria psicológica tenha significado um avanço considerável na estruturação da culpabilidade, seja por reacender a polêmica acerca do

ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa & Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 250.)

³² BELING, Ernst von. Op. cit., p. 23.

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 288.

tema ou por vedar a responsabilização da pessoa jurídica, bem como de afastar da jurisdição penal os eventos derivados de fato fortuito ou obra do acaso, mostrou-se insuficiente para atender a todos os casos a ela apresentados pela crítica, como por exemplo:

1º) Admitindo, conforme propõem seus idealizadores, que o dolo é uma das formas de imputabilidade, esta seria um pressuposto do dolo, afirmação que excluiria a possibilidade de um inimputável agir com dolo. Um silogismo que não se sustentava, pois os inimputáveis podem agir com dolo, conhecer o que fazem, ter representação da realidade (elemento cognitivo) e querer (elemento volitivo) o que fazem, configurando o dolo. Entretanto, podem não ter capacidade de compreender que sua conduta é proibida. Segundo Claus ROXIN, “os inimputáveis são absolvidos não por seu ânimo leal ao Direito, mas pela falta de idoneidade para serem destinatários de normas.”³⁴ Ou, conforme MIR PUIG, “el inculpable es en realidad un sujeto no motivable mediante norma.”³⁵

2º) Esta teoria é incompatível com o crime decorrente da conduta culposa inconsciente (sem representação da realidade) porque a culpa inconsciente³⁶ não tem elemento intelectual, portanto prescinde de nexos psíquico. Sob esta lógica, os crimes inconscientes não existiriam o que é uma falácia. O equívoco consiste em tratar a culpa (*stricto sensu*) como elemento psicológico quando é normativo. “Não há algo psicológico na culpa, mas algo normativo: a infração do dever objetivo de cuidado”³⁷.

3º) Na hipótese em que o autor do injusto age amparado por uma causa de exclusão da culpabilidade, como ocorre, por exemplo, no caso

³⁴ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no Direito Penal. Tradução de Luís Greco. In: ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 141.

³⁵ “o inculpável (inimputável) é na realidade um sujeito que não pode ser motivado mediante a norma.” (MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 96.)

³⁶ Distinta da culpa consciente ou culpa com representação em que se exige do autor da conduta um conhecimento atual e efetivo do perigo (ou previsibilidade objetiva) que impõe ao bem jurídico, na culpa inconsciente, também chamada de culpa sem representação, o conhecimento cobrado do autor, é meramente potencial, ou melhor, aquele em que o agente poderia e deveria representar-se e não o fez. Enquanto naquela o autor sabe o que pode acontecer ao bem jurídico, mas acredita, com convicção, que evitar o resultado lhe é possível, nesta, ele nem se dá conta da possibilidade da ocorrência do resultado. Em síntese, o elemento cognitivo é o traço distintivo entre a culpa consciente e a culpa inconsciente, e o elemento volitivo, entre a culpa consciente e o dolo eventual.

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 289.

clássico da tábua de salvação³⁸ (estado de necessidade exculpante), a análise do delito firma-se-ia exclusivamente na pressuposição de imputabilidade (o agente é maior e são) e dos elementos cognitivo e volitivo do dolo. Isso levaria o agente a ser condenado por homicídio doloso, o que é inaceitável, pois o Direito não pode exigir dos indivíduos atos de heroísmo, e sim comportamentos compatíveis com a esperada conduta do chamado “homem médio”³⁹. Em uma situação de risco é inócuo dirigir ao agente qualquer comando normativo, visto que não poderá acatá-lo, ainda que queira.

Enrique BACIGALUPO, no mesmo sentido, atesta que:

por un lado se verifica que hay una relación causal entre voluntad y hecho cuando el autor ha querido su realización pero ha obrado amparado por una causa de inculpabilidad (por ejemplo, estado de necesidad disculpante); aquí faltará la culpabilidad y se dará, sin embargo, la relación que la teoría psicológica estima que la fundamenta.⁴⁰

4º) Do mesmo modo, um dos pilares da teoria psicológica, o nexo psíquico entre o autor e o fato, como pressuposto da culpabilidade, se mostra insuficiente nos casos exculpantes de coação moral irresistível e obediência à ordem de superior hierárquico, não manifestamente ilegal, em que embora haja o elo psicológico agente/fato, a conduta não é punível⁴¹.

5º) Nivaldo BRUNONI⁴² atesta definitivamente que a teoria psicológica inviabiliza graduar a culpabilidade, pois se esgota na singela constatação do

³⁸ Há dois naufragos para apenas uma tábua de salvação, obrigando que um deles, no afã de salvar a própria vida, deixe o outro a deriva, causando-lhe a morte.

³⁹ “Homem médio”, termo introduzido por FREUDENTHAL e prontamente adotado pela maioria da doutrina, como critério de aferimento da culpabilidade. Refere-se à “pessoa mediana” ou “homem normal” capaz de compreender a norma (adulto e são) e motivar-se segundo seus ditames.

⁴⁰ “por um lado verifica-se que há uma relação causal entre a vontade e o fato, quando o autor tenha querido sua realização mas tenha obrado amparado por uma causa de inculpabilidade (por exemplo, estado de necessidade exculpante); aqui faltará a culpabilidade e dar-se-á, no entanto, a relação que a teoria psicológica estima que a fundamenta.” (BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. totalmente renovada y ampliada. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 421.)

⁴¹ Na teoria psicológica, havia um movimento corpóreo voluntário, então conduta humana, como causa da modificação no mundo exterior. O objeto da voluntariedade não era o resultado naturalístico, mas o movimento em si. Na relação causal, a causa deveria ser livre, não o efeito, motivo pelo qual a coação moral irresistível negava a liberdade e, de quebra, a própria conduta humana. Atualmente o Código Penal brasileiro prescreve que a ausência de vontade livre exclui a culpabilidade, o que era impensável para LISZT. O entendimento da culpabilidade como reprovação, calcado na exigibilidade de conduta conforme o direito seria desenvolvido somente em 1907, por FRANK. (GUARAGNI, Fábio André. Op. cit., p. 71.)

⁴² BRUNONI, Nivaldo. **Princípio da culpabilidade: considerações**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 141.

nexo psicológico. Havendo nexo psíquico entre autor e o resultado danoso, há culpa. Não havendo, não há.

Arrematam ZAFFARONI, ALAGIA e SLOKAR que “la pretendida culpabilidad psicológica no era tal, sino una teoría de la imputación subjetiva que presumía de su carácter puramente descriptivo”⁴³.

O método empírico de observar e descrever, próprio das ciências naturais (do *ser*), empregado pela teoria psicológica mostrou-se inadequado ao Direito Penal, arraigado a convenções jurídicas, sociais e culturais afetas às ciências do *dever-ser* (ideais). Quando, certifica GUARAGNI, o Código Penal prescreve comportamentos a serem observados por todos, sob a ameaça de uma pena, esta prescrição reside no mundo das ideias, construída (portanto, artificialmente) a partir do consenso majoritário dos cidadãos e não de algum fenômeno físico-natural⁴⁴.

1.1.2 Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade

A teoria psicológica-normativa da culpabilidade, ou simplesmente teoria normativa da culpabilidade, deixa de ser exclusivamente influenciada pelo conceito causal, ao expurgar do Direito Penal a noção de delito como fenômeno explicado pelas ciências do *ser*⁴⁵.

Reinhard FRANK, em 1907, retomando o exemplo da tábua de salvação, em que o sujeito sobrevivente é condenado por homicídio doloso pela teoria psicológica da culpabilidade, percebeu a necessidade de avaliar, no momento da ação, a possibilidade do autor agir de modo diverso. Em muitos casos, circunstâncias alheias à vontade do autor alteram o curso normal das ações, forçando um atuar avesso às suas próprias convicções. FRANK⁴⁶, sensível a estas imprevisões, agrega um dado novo, de caráter normativo, a perquirir se o autor merece a censura ou não por sua conduta, chamado de reprovabilidade (juízo de reprovação).

⁴³ “a pretendida culpabilidade psicológica não era tal, se não uma teoria da imputação subjetiva que presumia seu caráter puramente descriptivo.” (ZAFFARONI, Eugenio, Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Edotar, 2002, p. 630.)

⁴⁴ GUARAGNI, Fábio André. Op. cit., p. 65.

⁴⁵ Ibid., p. 93.

⁴⁶ Apud ZAFFARONI, Eugenio, Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit., p. 630.

La construcción elaborada por FRANK se caracterizaba por considerar que imputabilidad, dolo, culpa y circunstancias concomitantes eram elementos y no especies o formas de la culpabilidad, pudiendo haber dolo sin culpabilidad, cuya esencia es la reprochabilidad.⁴⁷

Não basta, a partir da teoria psicológica-normativa, o vínculo físico e psíquico entre o agente e o resultado produzido, mas sim a reprovação pela exigibilidade da conduta conforme o Direito. Desse modo, a culpabilidade passa a ter elementos tanto psicológicos como normativos, dando o nome à teoria de FRANK.

Outra valiosa contribuição foi de GOLDSCHMIDT⁴⁸ ao encerrar o conceito normativo da culpabilidade condicionando a reprovabilidade a um comportamento íntimo oposto a uma norma de dever, distinto da antijuridicidade tomada com base na norma jurídica, como obrigatoriedade geral de um comportamento exterior⁴⁹. Ao dolo, inexoravelmente, foi adicionado um novo componente, o conhecimento (atual⁵⁰ ou potencial⁵¹) da ilicitude.

Portanto, como sintetiza Cristiano RODRIGUES⁵²:

A culpabilidade, a partir da teoria psicológico-normativa, passou a reunir os elementos imputabilidade, dolo (conhecimento + vontade + potencial

⁴⁷ A construção elaborada por FRANK caracterizava-se por considerar que a imputabilidade, dolo, culpa e circunstâncias concomitantes eram elementos e não espécies ou formas da culpabilidade, podendo haver dolo sem culpa, sendo a essência desta a, reprovabilidade. (Id.)

⁴⁸ Apud Ibid., p. 631.

⁴⁹ "(...) a distinção entre uma norma de carácter obrigatório e imperativo (ou norma de ação), sendo a violação o injusto, e uma norma hipotética (ou norma de dever ou de motivação), onde a infração configurava a culpabilidade que, deste modo, concluiria na imputação do injusto a uma motivação reprovável." (Id.)

⁵⁰ A teoria extremada do dolo, a mais antiga, situa o dolo na culpabilidade e a consciência da ilicitude dever ser *atual* (*dolus malus* dos romanos). Para esta teoria, o erro jurídico-penal – erro de tipo ou erro de proibição –, exclui o dolo, quando inevitável, pela inexistência ou do elemento normativo (consciência da ilicitude) ou do elemento intelectual (previsão) do dolo. (grifos do autor) (BITENCOURT, Cezar Roberto. Evolução e revisão de alguns conceitos da culpabilidade. In [Livro Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"](#) / coord. por [Luis Alberto Arroyo Zapatero](#), [Ignacio Berdugo Gómez de la Torre](#). Espanha: [Universidad de Salamanca](#) : [Universidad de Castilla-La Mancha](#), [Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha](#), v. 1, 2001, pags. 809-822. p. 817.)

⁵¹ A teoria limitada do dolo, apresentada por MEZGER, aprimora a teoria extremada do dolo, que facilita sobremaneira a impunidade do agente pela necessidade de prova quanto à *atualidade* da consciência da ilicitude. De acordo com o novo projeto, basta o conhecimento *presumido* da ilicitude para ser configurado o dolo (hipótese de dolo eventual). Contudo, a proposta do autor, de presumir-se o dolo em virtude da ignorância da ilicitude derivada da denominada por ele, *cegueira jurídica*, foi desprezada com veemência frente à incerteza jurídica que tais concepções provocariam. (grifos do autor) (Ibid., p. 818.)

⁵² RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

consciência de ilicitude) e culpa como fatores psicológico-normativos que unem o agente ao fato, e a exigibilidade de conduta de acordo com o Direito, como elemento normativo que limita e fundamenta a culpabilidade, concretamente.

Tal estrutura, entretanto, não foi muito bem aceita por sua elevada complexidade, mas antes suplantada pela teoria normativa pura e, sucessivamente, pela contemporânea teoria finalista da ação.

1.1.3 Teoria Normativa Pura da Culpabilidade

Em 1936, Alexander Craff Zu DOHNA⁵³ (autor neokantiano alemão), numa operação demasiadamente simples, distinguiu o objeto da valoração da valoração do objeto. Por exemplo, na oração “uma cadeira confortável”: o objeto “cadeira” vem antes da valoração do objeto, “confortável”. Transportando essa ideia para o Direito Penal: o que o sujeito ativo conhece e quer é o objeto (dolo), que é proibido (valoração do dolo). O dolo – objeto de valoração – deve vir antes, na tipicidade. Enquanto a valoração do objeto – reprovabilidade – depois, na culpabilidade.

Concomitantemente e sem qualquer ligação acadêmica com DOHNA (nem mesmo citaram um ao outro em suas obras), Hans WELZEL⁵⁴, introduziu o conceito finalista de ação. Para este autor, a conduta humana é um fazer final, ou seja, o homem é o único ser vivo hábil para reger e dirigir os processos causais consoante seus desígnios, porque detém conhecimento prévio ou experiência para tanto. Se os tipos descrevem condutas humanas, descrevem fazeres finais e sendo o dolo a vontade de realizar os fazeres finais, encontra-se na tipicidade, não na culpabilidade.

O tipo, na ótica da teoria finalista, comporta o tipo objetivo e o tipo subjetivo. O primeiro se expressa no verbo extraído do tipo legal (matar, subtrair, ameaçar, etc) – a manifestação da vontade – e, o segundo, o conhecimento e vontade do agente em praticar a ação (o aspecto interno – o

⁵³ “Mantinha a divisão tripartida do delito, mas acreditava que a antijuridicidade recaía sobre o aspecto objetivo do tipo e a culpabilidade sobre o subjetivo”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 452.)

⁵⁴ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

dolo), ou o não conhecimento e nem vontade, mas a possibilidade de prever e evitar o resultado (culpa). O dolo é apenas a vontade de realizar o fim – puramente psicológico (dolo natural), independentemente da consciência da ilicitude do ato que passa a ser investigada na culpabilidade. Mentalmente o sujeito visualiza o fim desejado, os meios a serem empregados e, finalmente, exterioriza, pondo em marcha a ação. Sob essa nova perspectiva, o dolo e a culpa migram da culpabilidade para a tipicidade.

No entanto, enfatiza BITENCOURT⁵⁵, não se trata de mera alteração da localização dos elementos dentro da estrutura da teoria do delito, mas uma nova leitura desses elementos. O dolo e a consciência da ilicitude assumem, para a teoria do crime, conceitos completamente diversos e com diferentes atribuições dogmáticas daquelas verificadas anteriormente.

Para que seja configurado o dolo – agora investigado na tipicidade, não basta que o conhecimento dos elementos essenciais normativos e descritivos do tipo penal seja meramente “potencial”, sob pena de extinguir a linha divisória entre o dolo e a culpa. O agente não pode prescindir da consciência absolutamente “atual” de todas as circunstâncias objetivas do tipo penal para dar início ao agir, o que não se confunde com a cognição acerca da ilicitude, que é averiguada posteriormente na culpabilidade, atestando conforme a “atualidade” ou “potencialidade”, o maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta.

BITENCOURT insiste na importância destas concepções, que à primeira vista parecem evidentes, mas que na prática passam ao largo da mente do legislador brasileiro que ao definir condutas típicas⁵⁶ “continua

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Evolução...**, p. 819.

⁵⁶ Art. 130 - Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que *sabe* ou *deve saber* que está contaminado:

Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que *sabe* ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

§ 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que *deve saber* ser produto de crime: Art. 316 ...

§ 1º - Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que *sabe* ou *deveria saber* indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza:

Art. 334 ...

c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de

utilizando as mesmas técnicas que eram adotadas na primeira metade deste século, ignorando a extraordinária evolução da Teoria Geral do Delito.”⁵⁷ Persiste, segundo o autor, no emprego de expressões inapropriadas, como, “sabe” ou “deve saber”, que, antigamente, eram aproveitadas para identificar a natureza ou espécie de dolo⁵⁸.

Complementa o doutrinador,

A utilização dessa técnica superada constitui uma demonstração evidente do desconhecimento do atual estágio da evolução do dolo e da culpabilidade. Ignora nosso legislador que a consciência da ilicitude não é mais elemento do dolo, mas da culpabilidade e que tal consciência, por construção dogmática, não precisa mais ser atual, bastando que seja potencial, independentemente de determinação legal. A atualidade ou simples possibilidade de consciência da ilicitude servirá apenas para definir o grau de censura, a ser analisado na dosagem da pena, sem qualquer influência na configuração da infração penal.⁵⁹

A estrutura do delito, com a colaboração de tão marcantes autores, passou por uma importante transformação, constituindo um verdadeiro conjunto de barreiras escalonadas e postas a favor da liberdade individual contra o exercício superdimensionado do poder punitivo do sistema penal.

A conduta humana assume a conotação de uma ação ou omissão voluntária dirigida a um fim específico (um indivíduo age imbuído de uma finalidade); a tipicidade constitui a proibição desta conduta, praticada na forma dolosa ou culposa; a antijuridicidade, a contradição da conduta proibida com a ordem jurídica; e a culpabilidade, “a reprovabilidade da resolução de vontade”⁶⁰.

procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que *sabe* ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que *sabe* serem falsos.

Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o *sabe* inocente:

Art. 340 - Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que *sabe* não se ter verificado: (grifos do autor) (Código Penal Brasileiro).

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Algumas controvérsias da culpabilidade na atualidade. Disponível em: <<http://www.ceccrim.hpg.ig.com.br/Artigos3.htm>> Acesso em 06 mar.2009.

⁵⁸ Id.

⁵⁹ Id.

⁶⁰ WELZEL, Hans. **O novo sistema...**, p. 88.

BITENCOURT certifica que o finalismo concebeu um verdadeiro “divisor de águas na evolução da teoria do delito”⁶¹, sintetizando a culpabilidade como “o juízo de reprovação pessoal levantado contra o autor pela realização de um fato contrário ao Direito, embora houvesse podido atuar de modo diferente de como o fez.”⁶² Contudo, adverte WELZEL, tudo aquilo que o homem simplesmente é – suas qualidades e aptidões – podem ser valiosas ou não (valoradas ou não), mas somente o que tenha feito delas ou como as tenha aplicado, em comparação com o que tivesse podido e devido fazer delas ou como as tivesse podido e devido aplicar, pode ser-lhe reprovado como culpabilidade.⁶³

Há que se ter em conta a extrema relevância da variável liberdade, nessa equação, na qual nenhum evento futuro pode ser excluído. Afinal, a liberdade é o outro lado da indeterminação, da imprevisibilidade e, por que não admitir, da incerteza. Portanto, em questões humanas, onde estão presentes liberdade, ação e criatividade, não há certeza.⁶⁴

Ciente dessa problemática, BELING já, em 1930, recomendava que para reprovar um homem por seus feitos e submetê-lo, por conta destes, a um castigo, é imprescindível que estes reflitam a sua espontaneidade, pela qual responde como senhor de seu agir; que a conduta praticada expresse sua autodeterminação, segundo a qual ele pode conduzir-se a favor ou contra a ação. Se um sujeito, em seu agir, se determina além de seu caráter, por motivos concorrentes, com uma necessidade tal, que a ação se perfaz por si mesma e de modo para ele imperiosa, não se justifica imputar-lhe reprovação por causa de seu agir⁶⁵.

“Um ato é um compromisso entre liberdade e necessidade”⁶⁶. As necessidades podem ser fruto de uma imensa gama de limitações reais, palpáveis, previsíveis e facilmente detectáveis com alguma atenção e individualidade. Todavia, as ações não decorrem exclusivamente das

⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Evolução...**, p. 811.

⁶² Id.

⁶³ WELZEL, Hans. **O novo sistema...**, p. 88.

⁶⁴ ATHAYDE, Celso; MV Bill; SOARES, Luiz Fernando. **Cabeça de Porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 116.

⁶⁵ BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**. Tradução Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002. p. 64.

⁶⁶ ATHAYDE, Celso; MV Bill; SOARES, Luiz Fernando. Op. cit., p. 116.

determinações naturais, psicológicas e sociais, recorrente sempre na dificuldade em exorcizar a imagem metafísica da liberdade⁶⁷.

Para o jurista BELING, e com razão na opinião do sociólogo Luiz Fernando SOARES, a dogmática penal deve fincar seus alicerces no autodeterminismo (reduzível ao indeterminismo condicionado ou relativo), isto é,

la doctrina según la cual el hombre es libre en el sentido de que (cuando no concurren excepciones) en él, o obrar no se explica plenamente por el carácter y los motivos, sino que, además, junto a éstos, interviene un tercer término consistente en el poder de resistencia existente en el hombre, que lo capacita para paralizar los motivos de impulsión con contramotivos, ello es, a elegir y decidirse.⁶⁸

O outro lado da liberdade é o mistério, é a indeterminação da subjetividade e a contingência do futuro, sua radical imprevisibilidade. O que não nega todo o imenso território das determinações e o extraordinário alcance da probabilidade e da predição científica. Mistério e conhecimento coabitam; incerteza e previsibilidade convivem; impotência e controle dividem a cena de nossa travessia pela história dos seres e das coisas.⁶⁹

A culpabilidade é cobrada daquele que pode agir conforme o Direito e não o faz. O ser humano deve ter o poder de escolha – o livre-arbítrio⁷⁰. Todavia, não há como definir no caso concreto o grau de escolha do indivíduo. Todo o assento da culpabilidade estaria, em princípio, sobre uma base que não se mede.

Os elementos da culpabilidade – a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade da conduta conforme o Direito –, de acordo com a estrutura da teoria normativa pura, são de difícil aferição empírica, principalmente a última, que traduz maior subjetividade. Contudo, paulatinamente, a doutrina tem progredido neste sentido ao apresentar alternativas mais seguras e condizentes ao Estado Democrático de Direito a fim de captar com maior precisão possível o grau de autodeterminação do agente no momento do delito e proporcionalmente sua real culpabilidade.

⁶⁷ Id.

⁶⁸ a doutrina segundo a qual o homem é livre no sentido de que (quando não ocorram exceções) nele, o fazer não se explica plenamente pelo caráter e os motivos, senão, além do mais, junto a isto, envolve-se um terceiro termo consistente no poder de resistência existente no homem, que o capacita para paralisar os motivos de impulsão com contramotivos, isto é, escolher e se decidir. (BELING, Ernst von. **Esquema...**, p. 64-65.)

⁶⁹ ATHAYDE, Celso; MV Bill; SOARES, Luiz Fernando. Op. cit., p. 118.

⁷⁰ Todas as tradições que valorizam o livre-arbítrio reconhecem o papel da incerteza, na história, e sua contrapartida: o potencial de mudança. (Ibid., p. 116.)

O Direito Penal, ao progredir na contenção do poder punitivo indiscriminado, no qual o Estado de Direito é sobrepujado pelo Estado de Polícia, tem procurado moldar a teoria do delito de forma a funcionar como um conjunto de filtros, requisitos elementares que autorizam ou não a continuidade do processo de criminalização secundária, embora a culpabilidade ainda cause angústia naqueles que desconfiam da real liberdade de ação dos agentes em conduzir suas vidas e responder por elas.

1.2 CULPABILIDADE COMO PRINCÍPIO

O conceito de culpabilidade – e isso é importante - decorre do Estado Democrático de Direito e funciona como escudo protetor do indivíduo contra o poder estatal exageradamente intervencionista e punitivo. Assume o papel de princípio fundamental, embora não expressamente previsto⁷¹ como tal na Constituição Federal, mas extraído do art. 1º, III, que estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa e do Estado Democrático de Direito⁷², além de constituir a ideia central da qual derivam os princípios da responsabilidade subjetiva, da personalidade e da individualização da pena⁷³.

Institui condicionantes obrigatórias no juízo de reprovação do autor: a) a vinculação direta entre sua conduta e o resultado danoso (não há crime sem culpa), e b) que este tenha podido conhecer a proibição e adequar-se conforme o Direito (não há pena sem exigibilidade).

O princípio da culpabilidade encerra a ligação entre a conduta humana como um dos elementos constitutivos do delito (não há crime sem conduta) e o resultado. O reconhecimento da conduta humana como primeiro requisito para ser configurado o crime (seguida posteriormente pela tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) afasta desde logo do poder punitivo estatal os fenômenos

⁷¹ Art. 5º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.)

⁷² Art. 1º, *caput*, CR/88.

⁷³ SOUZA, Paulo S. Xavier de. **Individualização da pena**: no estado democrático de direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006, p. 115.

naturais propriamente ditos ou tomados como forças externas propulsoras de atitudes incontrolláveis. Repercute ainda na definição dos crimes, estabelecida exclusivamente com a descrição das condutas proibidas.

Sublinha GUARAGNI⁷⁴ algumas vantagens oriundas da concepção de conduta humana em Direito Penal e seu implemento como primeiro estrato analítico no conceito escalonado de crime, como: facilitar e simplificar o exame do caso penal, uniformizar o tratamento da conduta, permitindo distinguir os delitos comissivos dos omissivos e orientar a criação e interpretação de novas normas (incriminadoras ou não).

Destas exigências, algumas consequências são patentes. A primeira representa a opção pátria pelo Direito Penal da Culpabilidade e o concludente repúdio à responsabilidade objetiva⁷⁵ ou à imputação de um castigo ao autor pela mera causação de um resultado danoso, desprovida de sua intenção ou vontade. A segunda, como enfatiza o professor Juarez Cirino dos SANTOS, marca inegável relação de dependência entre o princípio da culpabilidade e o princípio da legalidade, garantindo aos destinatários da norma total conhecimento do injusto, a partir da definição escrita, prévia, estrita e certa das condutas proibidas e respectivas cargas sancionatórias como pressuposto do juízo de reprovação⁷⁶. Um indivíduo somente pode ser repreendido pelo Estado por um comportamento ativo ou omissivo, se este era, no tempo de sua prática, definido por meio de uma lei⁷⁷, como crime.

⁷⁴ GUARAGNI, Fábio André. Op. cit., p. 38.

⁷⁵ “Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível se não houver obrado, pelo menos, com dolo ou culpa. *Nullum crimen, nulla poena sine culpa.*” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 4.)

⁷⁶ “A relação entre o princípio da legalidade e o princípio da culpabilidade pode ser assim definida: por um lado, se pena pressupõe culpabilidade, e culpabilidade se fundamenta no conhecimento (real ou possível) do tipo do injusto, então o princípio da culpabilidade pressupõe ou contém o princípio da legalidade, como definição escrita, prévia, estrita e certa de crimes e de penas; por outro lado, existe uma relação de dependência do princípio da culpabilidade em face do princípio da legalidade, porque a culpabilidade pressupõe tipo de injusto (princípio da legalidade), mas o tipo de injusto não pressupõe culpabilidade: o juízo de reprovação, que exprime o princípio da culpabilidade, não existe sem o tipo de injusto, definido pelo princípio da legalidade, mas o tipo de injusto, como objeto do juízo de reprovação, pode existir sem o juízo de culpabilidade.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 24.)

⁷⁷ Obedecendo a um processo legislativo (conjunto de ações realizadas pelos órgãos do poder legislativo com o objetivo de proceder à elaboração das leis sejam elas constitucionais, complementares e ordinárias bem como as resoluções e decretos legislativos).

A ser posta a conduta humana como ponto de partida na análise sistemática do crime, aliada ao princípio da culpabilidade como enlace ao resultado danoso, firmou-se um esboço garantista de imensa relevância, retirando imediatamente do âmbito de atuação do Direito Penal, os fatos alheios à vontade de uma pessoa física (então, ato). Além disso, impede a responsabilização dos inimputáveis pela incapacidade de saber o que fazem e dos imputáveis que, por erro, desconhecem o que fazem ou que cometem uma conduta típica (prevista em lei) e ilícita (contrária ao Direito) com plena ciência da proibição de seu ato, entretanto sem o poder agir de outro modo, pela presença incontestável de situações excepcionais que reduzem ou até excluem a exigibilidade de conduta de acordo com o ordenamento jurídico⁷⁸.

Para Claus ROXIN, o princípio da culpabilidade é indispensável para o Direito Penal. Atua tanto no plano do injusto ao excluir “objetivamente” a imputação quando o resultado é proveniente do acaso⁷⁹, quanto no exame da categoria culpabilidade propriamente dita, imputando “subjetivamente” culpa ao autor causador do delito que atende aos pressupostos que lhe são conexos (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme o Direito). “O princípio da culpabilidade é, portanto, a espinha dorsal tanto da imputação objetiva como subjetiva.”⁸⁰

Ressalta ZAFFARONI que “somente o princípio da culpabilidade estabelece a fronteira máxima da reação punitiva e a exclui quando não alcança a mínima”⁸¹. A exclusão da imputação por resultado fortuito ou accidental, desprovido de qualquer vínculo subjetivo, representa uma das mais valiosas conquistas da justiça penal constitucional, pois reconhece definitivamente a necessidade da pessoa como ser que age com consciência e vontade dirigida a um fim (na modalidade dolosa) ou ao menos com imprudência (quando viola um dever de cuidado) para existir o delito. Desta

⁷⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:...**, p. 25.

⁷⁹ ROXIN adverte que a teoria da imputação objetiva não se esgota em sua função como aspecto externo do princípio da culpabilidade. Ela engloba, numa estruturação sistemática, outros princípios de imputação objetiva, entre os quais, o princípio da culpabilidade, os princípios da autonomia da vítima e da atribuição a um âmbito de responsabilidade de terceiros. (ROXIN, Claus. **A culpabilidade...**, p. 135.)

⁸⁰ Ibid., p. 135.

⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 611.

forma, abandona a ideia de autor como “coisa causante”⁸², um objeto anímico, isento de vontade.

Não obstante esta concepção ter vigorado em muitas épocas autoritárias, ainda poder ser encontrada nos crimes qualificados pelo resultado (ou *preterdolosos* – quando o resultado produzido é mais grave do que o desejado pelo autor), como por exemplo, o delito de lesão corporal, tipificado no Código Penal: “Art. 129, §3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo”.

O próprio texto legal evidencia de plano a ausência da vontade (o agente não quis o resultado e nem assumiu o risco de produzi-lo), elemento constitutivo do dolo e, portanto, maculada a identificação da conduta com delito. Para Cirino dos SANTOS⁸³, assim como para Nivaldo BRUNONI⁸⁴ e Cezar Roberto BITENCOURT⁸⁵, trata-se de exemplar violação do princípio da responsabilidade penal subjetiva, manifestado pelo *versari in re illicita* herdado do Direito canônico e inconciliável com o Estado Democrático de Direito.

A pena agravada em razão de um resultado mais grave só pode prosperar quando decorrente ao menos de culpa do agente, jamais admitida em virtude do mero acaso ou infortúnio. É o que versa o artigo 19 do Código Penal – “Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”, em total consonância com o princípio da culpabilidade⁸⁶. Foi a forma encontrada pelo legislador da parte geral do código penal⁸⁷ de adequar a parte especial mais antiga do

⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA Nilo; ALAGIA Alejandro; SLOKAR Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 245.

⁸³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:....**, p. 25.

⁸⁴ BRUNONI, Nivaldo. Op. cit., p. 86-87.

⁸⁵ Se o resultado morte for imprevisível ou decorrente de fato fortuito, o sujeito responderá somente pelas lesões corporais. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código...**, p. 455.

⁸⁶ “Cumpre observar que a antiga parte geral do Código Penal não disciplinava a matéria, o que fez com que a doutrina se dividisse a respeito: uma corrente só admitia a agravação do resultado a título de culpa; outra admitia que o resultado fosse imputado por responsabilidade objetiva. Hoje, porém, tanto a doutrina como a jurisprudência negam de forma peremptória a possibilidade de previsão em nossa legislação penal de delito qualificado pelo resultado, seja pelo disposto no art. 19 do Código Penal, seja por infringir o princípio constitucional de culpabilidade.” (BRUNONI, Nivaldo. **Princípio...**, p. 87).

⁸⁷ “16. Retoma o Projeto, no art. 19, o princípio da culpabilidade, nos denominados crimes qualificados pelo resultado, que o Código vigente submeteu a injustificada responsabilidade objetiva. A regra se estende a todas as causas de aumento situadas no desdobramento causal da ação.” (Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei Nº 7.209, de 11.1.1984.)

mesmo diploma legal, impregnada pelo ranço da arbitrariedade que ainda estampa alguns tipos penais.

ZAFFARONI traz em sua obra⁸⁸ a expressão completa: *versanti in re illicita etiam casus imputatur*, “quem quis a causa, quis o efeito”, em que, na verdade, o agente não quis o efeito, mas culposamente, por violação ao dever de cuidado, o causou.

O princípio da culpabilidade confere ainda aos cidadãos a garantia constitucional processual-penal de impedir a responsabilidade criminal antecipada, lhes resguardando a condição de inocência ou de não-culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença condenatória, que deve ser pautada pelo devido processo penal e suportada por provas contundentes.⁸⁹

Com efeito, assevera Figueiredo DIAS que,

A culpabilidade não é a *única* forma pensável de defesa daquela dignidade (como logo o revela a legitimidade de aplicação de reações criminais – das medidas de segurança – que não supõe a culpabilidade); mas é em todo caso a *mais perfeita* e a *mais forte* que o pensamento jurídico-penal até hoje descobriu e o penhor mais seguro de que as exigências da prevenção geral de integração e da prevenção especial de socialização se legitimem perante o agente imputável. Por isso deve se ver no princípio da culpabilidade uma autêntica máxima de civilização e de humanidade; e por isso, já o disse, não se descortina ainda hoje para ele alternativa válida.⁹⁰ (grifos do autor)

1.3 CULPABILIDADE COMO LIMITE DA PENA

O segundo significado de culpabilidade opera como fator de mensuração e limite da pena, substituindo as antigas expressões “intensidade do dolo” e “graus de culpa” anteriores à reforma penal de 1984. Tem por escopo evitar que a penalidade imposta seja além ou aquém da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios.

A culpabilidade, dentro da teoria da pena, é prevista como circunstância judicial do crime⁹¹ e, juntamente com as outras circunstâncias,

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA Nilo; ALAGIA Alejandro; SLOKAR Alejandro. Op. cit., p. 245.

⁸⁹ SOUZA, Paulo S. Xavier de. Op. cit., p. 116.

⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 231.

⁹¹ Art. 59 O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

forma um arcabouço basilar que permite ao julgador individualizar a pena de acordo com as qualidades do condenado e as peculiaridades do crime. Auxilia, ainda, na escolha do regime inicial de cumprimento da sanção (fechado, semi-aberto ou aberto), na determinação da substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie ou na suspensão condicional da pena, sempre com o propósito de dar um fim à pena.

Na prática forense é muito comum encontrar o emprego inapropriado dos conceitos de culpabilidade, como elemento constitutivo do crime e como medida da pena. São colocações completamente distintas e singularmente fundamentadas. Winfried HASSEMER, com peculiar clareza, apontou algumas especificidades da culpabilidade investigadas na teoria do delito, sob o manto do juízo de punibilidade, e na teoria da pena, como critério de determinação da pena. Enquanto naquela preponderam atributos de precisão (quanto aos elementos descritivos do tipo penal), concisão (sem espaço para discricionariedade) e artificialidade (dogmática jurídica)⁹², nesta prioriza-se a necessidade de plenitude e maior proximidade à vida do autor.

Cezar Roberto BITENCOURT traz alguns exemplos⁹³ de fundamentações equivocadas, nos moldes da advertência de HASSEMER, que lançam mão de fatores característicos do delito, já evidenciados na tipicidade, na antijuridicidade, ou na culpabilidade, concluindo pela existência do crime, agora novamente tomados como medida da pena: “o agente agiu com culpabilidade, pois tinha consciência da ilicitude do que fazia”. Ora, o fato do agente ter agido com consciência da ilicitude serviu, junto com a imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa, para configurar a culpabilidade e, por derradeiro, o delito. Não é correto enquadrá-lo também no cálculo da pena, por meio da culpabilidade como circunstância judicial do crime. O mesmo se dá em outro exemplo: “o autor agiu de forma livre e consciente”. Se assim não agisse,

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

⁹² “Quanto mais a linguagem da lei se converte em uma linguagem técnica (*kunstsprache*), que favoreça a vinculação e o controle do juiz e o desenvolvimento do Direito judicial e da dogmática jurídica, mais ela se afasta da linguagem daqueles para quem ela é desenvolvida e para quem ela é pronunciada, para aqueles que a lei também vale: os não-juristas” (HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 139-140.)

⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 553.

inexistiria o dolo e, por conseguinte, inexistiria a tipicidade e o crime. Errado, portanto, aumentar o grau de culpabilidade, na dosimetria da pena, por esse mesmo motivo.

Igualmente inadequadas são as motivações sentenciais em que se atribuem à culpabilidade fatores que constituem ou qualifiquem o crime, ou que correspondam à agravante⁹⁴ ou causa especial de aumento, afrontando o princípio da dupla valoração (*bis in idem*). Como pode acontecer, por exemplo, no crime de peculato⁹⁵, ao se aquilatar a culpabilidade em grau máximo por se tratar de funcionário público e deste se esperar conduta diversa. O fato de o agente ser funcionário público constitui uma elementar⁹⁶ do tipo, sendo vedado ao magistrado reportar-se novamente a ele como circunstância judicial.

Juliana de Andrade COLLE adianta que a apreciação da culpabilidade na dosimetria da pena não é tarefa fácil para o julgador, pois diferente do puro exame feito na perpetração do crime, trata-se de um criterioso exame valorativo. Cabe ao juiz, nessa ocasião, calcado em dados abstraídos dos autos, dimensionar a culpabilidade respectivamente ao grau de intensidade de reprovação penal⁹⁷.

Alguns autores⁹⁸ preferem o juízo de culpabilidade como resultado da avaliação das demais circunstâncias judiciais e não um critério isolado de reprovação, ou melhor, conforme vão sendo desfavoráveis os antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias do crime, e comportamento da vítima, maior será a culpabilidade do autor, sem, contudo, dissociar a intensidade do dolo ou grau de culpa (*strictu sensu*) ao universo do próprio agente. Tal metodologia carrega o risco de deixar de fora da análise da culpabilidade fatores relevantes do agente, não coincidentes às circunstâncias enumeradas no dispositivo legal. Afinal, a culpabilidade, como circunstância própria e totalmente dissociada de parâmetros ou variáveis pré-determinadas,

⁹⁴ Uma qualidade da conduta, prevista pelo legislador, que denota por si só maior reprovabilidade.

⁹⁵ Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.” (Código Penal Brasileiro.)

⁹⁶ Fator que integrado a um tipo legal básico ou autônomo, o distingue dos outros, particularizando ainda mais a conduta.

⁹⁷ COLLE, Juliana de Andrade. Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) na Dosimetria da pena (II). **O Estado do Paraná**, Curitiba, 31 jul.2003. p. 11.

⁹⁸ Gilberto FERREIRA e Guilherme de Souza NUCCI.

revela-se uma ferramenta de grande valia a serviço do juiz, na apreciação subjetiva do acusado.

Com efeito, Paulo de SOUZA lembra que

a culpabilidade comporta um conceito dogmático (*estrito*) e outro político-criminal (*lato*), este mais adequado quando referente aos limites do *ius puniendi*, como um conjunto de pressupostos necessários para responsabilizar alguém pelo evento motivador da imposição da pena e, num sentido estrito, condiciona a possibilidade de atribuir um fato antijurídico a seu autor, acepção que rege a teoria jurídica do delito.⁹⁹

A teoria do delito, como proposta atualmente, não aceita meio termo quanto à culpabilidade. Sendo o sujeito imputável, com potencial conhecimento da ilicitude e passível de exigibilidade de conduta conforme o Direito, conclui-se pela reprovabilidade da realização da conduta típica. Não há qualquer espaço para ponderações axiológicas ou antropológicas. Apenas na dosimetria da pena, como forma de circunstância judicial, poderão ser suscitadas as eventuais deficiências de desenvolvimento que interferiram na autodeterminação do delinquente e em seu agir.

Jorge Figueiredo DIAS frisa que “a verdadeira função da culpabilidade no sistema punitivo reside efetivamente numa incondicional proibição de excesso; a culpabilidade não é fundamento da pena, mas constitui o seu limite inultrapassável.”¹⁰⁰

Trata-se de uma oportunidade única do magistrado realizar um exame ético-normativo do caso, muito mais complexo e acurado, no qual poderá demonstrar conhecimento jurídico, comprometimento com a política criminal, atualidade com os problemas sociais, capacidade de compreensão e diligência com a pessoa do réu. Qualidades prescindíveis na decisão de punibilidade, tomada ao abrigo da teoria do delito. Não é por outra razão, que nos crimes contra a vida, esta decisão (culpado ou inocente) pôde ser delegada, no Brasil, a sete pessoas comuns (jurados), sem qualquer conhecimento técnico-jurídico. O que não acontece com o cálculo da pena, que impõe a autoridade do juiz.

Considerar particularidades do condenado na medida da pena não significa incentivar a impunidade ou o abolicionismo penal, mas tão-somente reconhecer, em quantidades relativamente pequenas da carga sancionatória,

⁹⁹ SOUZA, Paulo S. Xavier de. Op. cit., p. 116.

¹⁰⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 134.

déficits de autonomia pessoal, que não o isentam, absolutamente, de culpa, mas lhe cobra uma culpabilidade na devida e justa proporção da sua real responsabilidade pelo injusto penal perpetrado.

1.4 ENFOQUE CONTEMPORÂNEO

1.4.1 A Perspectiva de Claus Roxin

Um dos autores mais apreensivos com a questão da culpa é, indubitavelmente, o renomado penalista alemão Claus ROXIN. Para ele a teoria normativa de culpabilidade é limitada. Ela se restringe em afirmar que uma conduta culpável deve ser reprovável; entretanto, omite sua natureza estritamente formal e não sinaliza sobre quais pressupostos materiais dependem a reprovabilidade¹⁰¹. O sentimento de incerteza e subjetividade permanece.

Foram revistas pelo jurista concepções alternativas, defendidas dentro do conceito normativo da culpabilidade: a culpabilidade como “poder atuar de outro modo”, a culpabilidade como “atitude interna juridicamente desaprovada”, a culpabilidade como “dever responder pelo caráter próprio”, a culpabilidade como “atribuição segundo as necessidades preventivas e gerais” e a culpabilidade como “atuação injusta em que pese a dirigibilidade normativa” (o homem é dotado do poder de dirigir suas condutas por força da norma, isto é, a norma que define a conduta e não o homem, nega o livre-arbítrio). Todas esbarram na necessidade de pretensa impossibilidade de comprovação empírica do livre-arbítrio, seja por intermédio do próprio sujeito ou na figura fictícia do “homem médio”, ambas, de acordo com o autor, fadadas ao fracasso.

Segundo ROXIN, a responsabilidade de um indivíduo por seu ato depende de dois fatores: da sua própria culpabilidade e da necessidade

¹⁰¹ “O conceito normativo de culpabilidade só afirma que uma conduta culpável há de ser ‘reprovável’. Mas o mesmo é de natureza completamente formal e não responde à questão relativa de que pressupostos materiais depende a reprovabilidade.” (ROXIN, Claus. **A culpabilidade...**, p. 154.)

preventiva de sanção penal¹⁰². Enquanto aquela exige detalhada investigação, sempre observando uma sequência de teias garantidoras da arbitrariedade estatal, esta dispensa qualquer tipo de comprovação, já que decorre naturalmente da vontade legislativa.

Ele entende que nas causas de isenção de pena, previstas no Código Penal alemão, como estado de necessidade exculpante, excesso de legítima defesa por medo ou susto, e menoridade, a não culpabilidade provém da desnecessidade de prevenção geral ou especial e não propriamente da culpabilidade. Ou seja, há culpabilidade (um dos fatores da responsabilidade), mas não necessidade preventiva de pena (outro fator da responsabilidade), excluindo a responsabilidade do autor da conduta. Refletem situações que a repetição da conduta ilícita seria exceção à regra de comportamento do próprio agente, até então condizente à ordem jurídica, desaconselhando a culpabilidade pela insígnia da prevenção especial, bem como servir de exemplo a condutas semelhantes, desautorizando a culpabilidade pela prevenção geral.

Eliezer Gomes da SILVA¹⁰³ discorda da proposta de ROXIN de vincular o conceito de culpabilidade à questão (política) da necessidade preventiva da pena, sob o risco de a teoria do crime (no momento em que deveria primordialmente centrar-se na análise humanística da reprovabilidade da conduta – *locus* privilegiado da culpabilidade) passar a incorporar “razões de Estado”. Exatamente por isso, coloca em discussão, em seu artigo, a oportunidade de ser questionada a “idoneidade para ser destinatário das normas” (imputabilidade) quando da análise da própria conduta típica e não somente na culpabilidade, quer como “imputabilidade”, quer como “capacidade de conhecimento do injusto”. Com essa proposta metodológica¹⁰⁴ – acredita o

¹⁰² ROXIN, Claus. **Derecho penal:** parte general – Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 792.

¹⁰³ SILVA, Eliezer Gomes da. **Direitos fundamentais, liberdade e democracia:** aplicando a teoria de Amartya SEN na redefinição do conceito de culpabilidade, à luz das exigências do estado democrático de Direito. Belo Horizonte: CONPEDI, 2007.

¹⁰⁴ “A proposta metodológica, certamente, pouparia algumas etapas da análise do delito que seriam dispensáveis. Expedientes dessa natureza ocorrem quando as infrações são cometidas por menores: indaga-se a existência da conduta (exclusão das possibilidades de inconsciência, involuntariedade e força física irresistível), tipicidade (identificação do tipo penal infringido – tipo objetivo e verificação do dolo ou culpa – tipo subjetivo) e antijuridicidade (desprezo das ações justificadas pela legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do Direito). Depois de percorrido todo esse

autor – centrar-se-ia o exame da culpabilidade em sua essência mais importante, do ponto de vista do Estado Democrático de Direito, como juízo puramente normativo de reprovabilidade, tomando-se como premissas (já da análise do tipo de injusto) a “capacidade” penal do autor, em seu sentido amplo (imputabilidade e consciência da ilicitude) e não como elementos da culpabilidade propriamente dita.

Afinal, o juízo de culpabilidade, se bem entendido como juízo de reprovação penal, há de pressupor um agente minimamente capaz de ser responsabilizado ou censurado por seus atos, o que exclui, evidentemente os que, por falhas ou defeitos de ordem cognitiva ou psíquica – por doença mental, imaturidade (real ou legalmente presumida) ou por genuíno equívoco – não possuem ou perderam sua capacidade de autodeterminação, sua capacidade de ser agentes, sujeitos da conduta criminosa que lhes é imputada.¹⁰⁵

O Direito Penal fundamentado na culpabilidade, ainda que suscetível a imperfeições, adequadamente trabalhado representa uma poderosa arma a favor dos direitos dos cidadãos e contra o poder intervencionista exacerbado do Estado de Direito. Nas palavras do autor alemão:

Resulta más realista y también socialmente más constructivo trabajar en el concepto mismo de culpabilidad y darle una configuración que lo libere de elementos irracionales y lo convierta en un baluarte empíricamente verificable de la limitación a la intervención propia del Estado de Derecho¹⁰⁶.

Entretanto, a proposta de ROXIN realmente não parece exatamente adequada, por dois problemas:

Primeiro, diz respeito à concentração do juízo de culpabilidade não mais acerca do nível de liberdade de escolha do sujeito ao agir, entendida pelo jurista como de difícil comprovação, mas como consequência de uma conduta praticada por um “idôneo” destinatário da norma¹⁰⁷, ou seja, gozando de “imputabilidade” e “consciência do injusto”. Desse modo, o aspecto subjetivo – próprio da culpabilidade, se restringe à constatação da “capacidade penal” do

caminho, constata-se que o agente é inimputável e, portanto irresponsável por seu ato”. (Ibid., p. 3.)

¹⁰⁵ Id.

¹⁰⁶ Resulta mais realista e também socialmente mais construtivo trabalhar no conceito mesmo de culpabilidade e lhe dar uma configuração que o libere de elementos irracionais e o converta num baluarte empiricamente verificável da limitação à intervenção própria do Estado do Direito. (ROXIN, Claus. **Derecho penal:...**, p. 813.)

¹⁰⁷ SILVA, Eliezer Gomes da. Op. cit., p. 5.

agente¹⁰⁸, esvaziando o conceito ético-normativo de culpabilidade, sob a justificativa do intrincado exame empírico do poder-agir-de-outro-modo. Esta aparente complexidade tem motivado orientações doutrinárias¹⁰⁹, como esta, que substituem a análise da exigibilidade de conduta diversa, por critérios puramente instrumentais, procedimentalistas, como garantidores do indivíduo frente ao poder punitivo estatal.¹¹⁰

Segundo, cria uma perigosa mudança de perspectiva avaliatória, ao misturar na seara inicialmente complementar da imputação subjetiva, elementos de prevenção geral ou de necessidade da pena, que em nada correspondem ou acrescentam à individualidade do autor do delito. Além disso, o novo conceito de ROXIN, sob o nome de “responsabilidade”, abre um espaço enorme à disposição dos excessos legislativos, sob fundamentos puramente políticos, as “razões de Estado”, a que se refere Eliezer SILVA¹¹¹.

O erro básico nesta teoria, segundo Figueiredo DIAS, é o não reconhecimento

do fundamento da culpabilidade no “axioma antropológico” da eminente dignidade da pessoa, que nada tem a ver com a qualidade e a quantidade de eventuais exigências preventivas. Colocando aquela grandeza absoluta na dependência de exigências de prevenção, necessariamente relativas, está *volente nolente*, a furtar-se à culpabilidade a sua capacidade limitadora de eventuais arbitrariedades estatais; e, com isto, é a precípua função da culpabilidade no sistema que se põe definitivamente em questão.¹¹²

Partindo da assertiva, de ROXIN, esta sim irrepreensível, quanto à imprescindibilidade do conceito de culpabilidade, é mister destacar duas teorias que, permanecendo adeptas à manutenção da análise da culpa, canalizaram seus esforços em outra direção. Estas preferiram aperfeiçoar a base informativa quanto ao autor da conduta delitiva, aferindo, deste modo, o nível

¹⁰⁸ Já demonstrada por Eliezer da SILVA, ser melhor situada na apreciação da conduta. (Ibid., p. 3.)

¹⁰⁹ Aqueles que, renunciando à culpabilidade como elemento autônomo do conceito de fato punível, pretendem por outra via manter no essencial as suas consequências em matéria de limitação de responsabilidade. Para o que bastaria, segundo GIMBERNAT, um correto entendimento das exigências de prevenção; ou, segundo, ELLSCHEID e HASSEMER, a invocação do princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade; ou no máximo, segundo JAKOBS, a manutenção da culpabilidade tão-só como puro “derivado da prevenção”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 230.)

¹¹⁰ SILVA, Eliezer Gomes da. Op. cit., p. 7.

¹¹¹ Ibid., p. 5.

¹¹² DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 230-231.

de autodeterminação do sujeito no momento de agir e assim determinar de modo empiricamente verificável o seu grau de culpa. Tratam-se das teorias da coculpabilidade e da vulnerabilidade.

Na verdade, não há novidade manifesta nestas tentativas. Todavia, já que o maior problema da culpabilidade é sua abstração, nada melhor do que cercá-la, tanto quanto o possível, de dados que facilitem sua constatação e posterior medição, sem com isso abdicar de alguma garantia concreta (e não apenas procedimentalista), exigida pelo Estado Democrático de Direito¹¹³.

1.4.2 Teoria da Coculpabilidade

No início deste ensaio foi asseverado que o vocábulo “culpabilidade” pode servir tanto como elemento do crime quanto como medida da pena, significados com pressupostos distintos e inconfundíveis. No entanto, não são incomunicáveis. Quando são avaliados os elementos fundamentadores da culpabilidade – imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme o Direito –, já se está antecipando uma graduação da culpa, a repercutir na medição da pena. Conforme são graduáveis os níveis de imputabilidade, por exemplo, nos casos de embriaguez, a pena pode ser reduzida e até isenta, ou nos tipos penais derivados, nos quais as qualificadoras já têm o intento de sinalizar maior ou menor perversidade do seu agente. Fica claro que cada caso revela singularidades que devem ser consideradas, tornando o autor do delito único e relacionado a um grau de culpabilidade ímpar, minuciosamente calculado e, por que não, minimizado ou maximizado diante das circunstâncias que o envolvem.

ZAFFARONI, ALAGIA e SLOKAR¹¹⁴, inquietos com a insistência dos ordenamentos penais em reprovar “igualmente” indivíduos completamente diferentes, oriundos dos mais distintos ambientes socioeconômicos, resgataram no início dos anos 80, a teoria da coculpabilidade. Preconizavam os autores que a avaliação da culpa de um infrator do ordenamento jurídico deveria corresponder à carência de opções ou projetos que propiciassem sua

¹¹³ SILVA, Eliezer Gomes da. Op. cit., p. 7.

¹¹⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit., p. 8-12.

vida longe da marginalidade – aqui no sentido de à margem das necessidades básicas de um ser humano, como direitos de liberdade e direitos sociais, econômicos e culturais, a serem providos a todos os cidadãos.

A ideia de coculpabilidade não é inédita e remonta o Direito Penal socialista defendido pelo médico francês Jean Paul MARAT¹¹⁵, fiel ao contratualismo. Lembra MARAT¹¹⁶ da promessa do Contrato Social, pacto a partir do qual os homens se reuniram em sociedade, atendendo a uma ordem jurídica única, garantiriam seus direitos e a igualdade social seria promovida. Com o passar do tempo, o compromisso foi esquecido, a primitiva igualdade social foi substituída pela violência exercida uns sobre os outros, submetendo uns aos outros, despojando-os da parte que lhes correspondia. Através de gerações, a falta de qualquer freio à ambição, fez com que uns enriquecessem à custa dos demais, e que um pequeno número de privilegiados acumulasse a riqueza, enquanto crescia vertiginosamente o exército de indigentes, vivendo em terras alheias e sem acesso a um quinhão. Tempos em que sobrepujaram valores como *status* social, discriminação, preconceito, segregação e escravidão ou qualquer outro motivo que justificasse um tratamento diferenciado. Os preteridos começaram a se perguntar se não obtendo da sociedade mais do que desvantagens, estariam obrigados a respeitar as leis, e responderam categoricamente que não. Se a sociedade lhes dá as costas, lhes nega as promessas compactuadas, só lhes resta retornar ao estado de natureza em que prevalece o uso da força como forma de conquistar o tão sonhado lugar ao sol. Afinal, como abrir mão de parte da liberdade em troca de uma segurança que não é destinada aos seus, mas aos outros, e de uma igualdade que é meramente formal?

Um contrato deve impor deveres na exata medida em que direitos são oferecidos. É uma via de mão dupla. Sem direitos, os deveres se tornam abusivos e as leis, insultos. “[...] toda autoridade que se lhes oponha será

¹¹⁵ Jean Paul MARAT (1743-1793), além de médico, foi também jornalista, político e ativista no período da Revolução Francesa, se destacando na divulgação dos ideais revolucionários, principalmente por meio do jornal que editava *O Amigo do Povo*. Elaborou o Plano de legislação criminal em 1779, editado dez anos mais tarde, no auge da Revolução. Seus escritos foram importantes para construção do Código Penal francês de 1791.

¹¹⁶ MARAT, Jean Paul. **Princípios de legislação criminal**. Tradução de Carmensita Ibaixe e João Ibaixe Jr., [S.l.]: Quartier Latin, [1779?].

tirânica e o juiz que os condene à morte não será mais que um simples assassino”.¹¹⁷

O pensamento de MARAT não poderia ser tão atual quando já percebeu no século XVIII o engodo que representou o contratualismo¹¹⁸, relegado à proteção de pequenos grupos afortunados em detrimento de uma massa flagelada e contida pela mão de ferro do mesmo Estado que a marginalizava.

Mais uma vez é crível realçar que tanto MARAT - e mais recentemente ZAFFARONI - sustentam bandeiras aparentemente óbvias, mas que demonstram o lado mais obscuro da crescente criminalidade, persistentemente não enfrentado pelos juristas. Os Estados não cumprem seus programas de governo, negligenciam seus criadores, subvertem suas instituições e eliminam seus desafetos.

No Brasil a Constituição da República, carta magna do Estado, traz em seu preâmbulo que os “representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna...”¹¹⁹. Portanto, compromete-se de modo incontestado com os cidadãos brasileiros, indistintamente e indiscriminadamente, a assistir-lhes em suas necessidades. Necessidades¹²⁰ estas que são detalhadamente expostas no texto constitucional e que devem ser cumpridas rigorosamente por todos. Não são benesses, mas deveres do Estado. Nesse sentido, o objetivo maior da teoria da coculpabilidade, é o de admitir a fragilidade do Estado social como provedor/omisso do bem estar de seus cidadãos e propor o débito de sua ineficiência em prol dos mais atingidos.

¹¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 268-269.

¹¹⁸ “Trata-se de um verdadeiro escambo: liberdade x utilidade comum. O homem poderia optar por continuar em sua situação inicial, ou seja, em seu estado de natureza, ou, então, por meio de uma convenção, fundar uma associação tendente à realização de seu estado social. Em poucas palavras, a partir da união de muitos em torno de um objetivo comum, o que há é a formação de um corpo maior e diverso dos corpos individuais dos membros que o compõem.” (BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 118.)

¹¹⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹²⁰ Que podem ser chamadas por direitos fundamentais – pelos juristas, legisladores e operadores do Direito; ou por liberdades – como prefere o economista Amartya SEN.

Trata-se de conjugar ideologias antigas e aparentemente inconciliáveis do determinismo e do livre-arbítrio. Um indivíduo pode ser influenciado pelo meio em que vive, pois seu intelecto é formado pelas experiências que vivenciou, pelos ensinamentos recebidos e oportunidades aproveitadas. Seus motivos e contramotivos aflorados no momento da infração penal certamente perpassam por aspectos internos e externos. Desses fatores, é impossível saber quais decorrem de desvios de caráter ou das sequelas resultantes de um desenvolvimento não estimulado.

Comunga desta corrente Amilton Bueno de CARVALHO, inclusive aplicando em suas decisões a teoria da coculpabilidade, porque realmente acredita que “ao lado do homem culpado por seu fato, existe uma coculpabilidade da sociedade, ou seja, há uma parte de culpabilidade – da reprovação pelo fato – com a qual a sociedade deve arcar em razão das possibilidades sonegadas [...]”¹²¹

Guilherme de Souza NUCCI, discorda do jurista argentino por temer existirem muitos coculpáveis na rota do criminoso e se todos respondessem por suas faltas para com o apenado, a aplicação da teoria seria vulgarizada. Ele prefere considerá-la somente na presença de causas determinantes e específicas do agente¹²². E, tendo NUCCI vasta experiência como julgador e ser um estudioso incansável do tema, sua observação não pode ser descartada, mas permanece o terrível e inafastável óbice à justiça penal de exigir do miserável aquilo que (nem que queira) em verdade não pode oferecer.

Todas as teorias da culpabilidade giram em torno do mesmo ponto, a maior proximidade possível das circunstâncias do delito, desde as fáticas – reconstrução mais fidedigna da verdade real – até o íntimo mais profundo e inatingível do agente – a motivação, a intenção, a finalidade que o moveu e o impulsionou a agir. É uma profissão de fé a função do julgador de abstrair tantos elementos obscuros que surgem do cometimento de um crime. Os inúmeros “porquês” da quebra da normalidade social, visto que um ato criminoso é, de fato, o desvio do curso natural de uma relação de convivência, que não ocorreu à toa. Deve haver uma causa, um motivo ou uma deficiência

¹²¹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 74.

¹²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 283.

que precisa ser investigada, revelada, cobrada, responsabilizada e principalmente evitada de repetição, seja pelo mesmo autor ou pelos demais.

1.4.3 Teoria da Vulnerabilidade

A teoria da vulnerabilidade¹²³ põe em dúvida uma questão aparentemente muito simples e inegável, a de que a teoria do delito é um conjunto de filtros em busca da desmedida ingerência estatal, mas que não funciona de modo automático. Fica sempre a impressão de que sendo uma conduta posta como proibida e assim tipificada por meio de um tipo penal, sejam seus agentes automaticamente identificados dentro da sociedade e sancionados – o que rigorosamente não acontece. Acontece antes, a punição de apenas alguns delinquentes, aqueles selecionados pelo sistema penal. Selecionados, quer dizer, escolhidos dentro de um universo muito maior, como que por amostragem – os “candidatos à criminalização”¹²⁴.

Embora ZAFFARONI, em seu livro *O inimigo no direito penal* denuncie a permissividade da doutrina atual em relação à seletividade, a técnica não é nova e remonta a doutrina pré-moderna, encabeçada por Jean BODIN¹²⁵ e Thomas HOBBS¹²⁶, que “não só admitiu a seletividade do poder punitivo como tratou de legitimá-la, aceitando implicitamente *que para os amigos rege a impunidade e para os inimigos o castigo.*”¹²⁷ (grifos do autor) Advogavam os fundadores do conceito de soberania que, para manter o Estado, a República e a própria vida dos magistrados contra a fúria do povo, era preciso que em cada dez criminosos um fosse condenado, como preservação do poder.¹²⁸

Na verdade, o controle social formal exercido pelo poder punitivo estatal se inicia anteriormente à persecução penal, a partir da seleção, por intervenção da lei penal, de algumas condutas conflituosas ou socialmente negativas, que, recebem a qualificação de crimes¹²⁹. Logo, crime é um conceito

¹²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca...**, p. 245.

¹²⁴ Id.

¹²⁵ Em sua obra *Os seis livros da República*, publicada em 1576.

¹²⁶ Em seu livro *O Leviatã*, publicado em 1651.

¹²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 88.

¹²⁸ Ibid., p. 90.

¹²⁹ KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (org). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 72.

arquitetado, um predicado adicionado à conduta artificialmente, não natural e momentâneo, que visa proteger um bem jurídico ou interesse socialmente relevante. Corresponde a um contexto histórico e cultural, que, na maioria das vezes, desaparece sem com ele levar a construção humana que o ensejou.

O que hoje é entendido como crime no Brasil, pode perfeitamente não sê-lo amanhã, como talvez não o fosse até pouco tempo atrás e não o seja em outras partes do mundo. São facilmente encontrados exemplos na legislação nacional desta dinâmica punitiva: as condutas de adultério, sedução e rapto de mulher honesta mediante fraude deixaram de ser qualificadas como delitos com a edição da Lei 11.106/2005, assim como tantas outras passaram a integrar o rol das ilicitudes. O fato de o adultério deixar de ser crime não significa que não existam mais adúlteros, mas tão somente que estes não interessam mais ao poder público, foram relegados à esfera privada dos envolvidos ou substituídos por outros inimigos virtuais¹³⁰.

Uma das mais recentes condutas proibidas no ordenamento jurídico pátrio é a de dirigir após a ingestão de bebidas alcoólicas¹³¹. Medida considerada austera demais para os padrões europeus e norte-americanos¹³², é semelhante às adotadas pelos países árabes¹³³, e completamente contraditória à nova postura russa, que em julho de 2008 abandonou a política de “tolerância zero” e aumentou o limite permitido de álcool no sangue para dirigir, mesmo com um dos piores índices de segurança no trânsito do mundo¹³⁴. Esta diversidade legislativa confirma a tese de que em Direito Penal, os crimes e muitos dos conceitos norteadores do controle social são impostos

¹³⁰ Como já o foram as bruxas, os hereges, os dissidentes, os comunistas, os negros, os anarquistas, os biologicamente inferiores – os perigosos, os traficantes, os terroristas...

¹³¹ No Brasil, pela lei 11.705 de 19 de junho de 2008, quem for pego dirigindo com qualquer concentração de álcool será submetido a multa de R\$ 955 e a suspensão do direito de dirigir por um ano, além de incorrer em infração gravíssima, com sete pontos em carteira. Antes, era permitida a ingestão de até 6 decigramas de álcool por litro de sangue (o equivalente a dois copos de cerveja). (Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/.html>> Acesso em: 07 abr. 2009.)

¹³² A legislação dos Estados Unidos, bem como a Inglaterra admite o consumo de até oito decigramas de álcool por litro de sangue, embora sejam distintas as sanções aplicadas aos infratores. (Id.)

¹³³ Jordânia, Qatar e Emirados Árabes Unidos não permitem nenhuma concentração de álcool no sangue dos motoristas, com punições que vão de multas à prisão. E em algumas nações islâmicas, como Arábia Saudita e Irã, proibem até mesmo a venda de bebidas alcoólicas. (Id.)

¹³⁴ Aproximadamente 33 mil pessoas são vítimas fatais em acidentes nas ruas do país e em quase metade desse número a embriaguez do motorista foi a causa, segundo dados do governo. (Id.)

ao sabor do vento, casuisticamente construídos por uma decisão política revestida do poder do Estado e legitimada pela maioria votante.

Pois bem, com a vigência da norma, as batidas policiais se intensificaram e muitos motoristas foram flagrados dirigindo alcoolizados, dando uma falsa sensação de segurança e de que jamais existiriam bêbados ao volante. Falsa porque a maior repressão se deu graças à fiscalização mais enérgica e constante e não à rigidez legal. Passado um ano da novidade legislativa¹³⁵, mais uma vez a lei tem como destinatários um reduzido contingente, apreendidos numa operação policial esporádica ou após causar um acidente (o Direito Penal chegando atrasado como de costume¹³⁶).

As pessoas escolhidas pelo processo seletivo ocupam na sociedade uma posição de vulnerabilidade em relação às demais, no entendimento de ZAFFARONI. Não só pelo aspecto econômico e cultural atendido pela teoria da coculpabilidade, mas por toda e qualquer razão que as coloque em posição de inferioridade. Trata-se de mais uma tentativa de equilibrar a relação cidadão-Estado-sociedade. Assim como em outros ramos do Direito, a igualdade formal preconizada pelo Estado Liberal já não atende a contento aos anseios garantistas, principalmente quando a liberdade individual está ameaçada.

Distintamente da maioria dos indivíduos, alguns despertam mais atenção, seja por apresentar algumas características específicas repudiadas pelos padrões instituídos ou por fazer parte de uma classe, grupo ou agremiação menos convencional. Independentemente do motivo, se colocam em estado de vulnerabilidade. São estereotipados, previamente rotulados como suspeitos.

Os estereótipos são elementos simbólicos, facilmente manipuláveis nas sociedades complexas. O estereótipo do delinquente pode ser de alguém pertencente às classes subalternas, de condições afetivas e familiares

¹³⁵ Segundo a ABETRAN – Associação Brasileira de Educação de Trânsito, a lei seca que completou um ano no dia 20 de junho já não reduz mortes no trânsito.

¹³⁶ “Exame de sangue feito pelo Instituto Médico Legal (IML) do Paraná indicou que o deputado estadual Fernando Ribas Carli Filho estava embriagado no acidente que resultou em dois jovens mortos no dia 7 de maio em Curitiba. Segundo o IML, o deputado tinha 7,8 decigramas de álcool por litro de sangue, enquanto que, pelo Código de Trânsito, a quantidade de 6 decigramas por litro já é considerada infração. As informações são da **Agência Estadual de Notícias**, do governo do Estado. (Disponível em: <<http://politicaetica.com/category/ribas-carli-filho/>> Acesso em: 27 mai.2009).

precárias, agressivo, incapaz de incorporar-se com sucesso ao aparato produtivo¹³⁷, ou qualquer inimigo em potencial.

O estigma dissolve a identidade do outro e a substitui pelo retrato estereotipado e a classificação que lhe impomos. Quem está ali na esquina não é o Pedro, o Roberto ou a Maria, com suas respectivas idades e histórias de vida, seus defeitos e qualidades, suas emoções e medos, suas ambições e desejos. Quem está ali é o “moleque perigoso” ou a “guria perdida”, cujo comportamento passa a ser previsível.¹³⁸

Com a mesma presteza com que as agências de comunicação têm o poder de criar um herói, um líder, um presidente ou até uma guerra (ver o filme *O quarto poder*, de 1997),¹³⁹ um criminoso também pode ser inventado. Basta incutir nas cabeças pouco contestadoras do público alvejado, doses homeopáticas de mensagens diretas ou subliminares através da mídia, que, em pouco tempo, a mentira se torna a mais absoluta verdade.

Um exemplo bem atual dessa prática subreptícia e implacável é a campanha a favor da alteração da menoridade penal de 18 para 16 anos. Alimentada por uma visão míope de política criminal e acatada por algum legislador sedento por um projeto de impacto. Sem qualquer base ou estudo sobre o tema, seus articuladores lançam mão do crescimento da criminalidade pelos jovens e a falsa benevolência do Estatuto da Criança e do Adolescente com esses pequenos marginais.

Imediatamente a imprensa escrita e falada compra a ideia e numa operação de guerra, bombardeia notícias diárias envolvendo adolescentes. A

¹³⁷ CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005, p. 215.

¹³⁸ ATHAYDE, Celso; MV Bill; SOARES, Luiz Fernando. Op. cit., p. 175.

¹³⁹ Sinopse: Em Madeline, Califórnia, um repórter de televisão (Dustin Hoffman) que está em baixa, mas já foi um profissional respeitado de uma grande rede, está fazendo uma cobertura sem importância em um museu de história natural quando testemunha um segurança demitido (John Travolta) pedir seu emprego de volta e, não sendo atendido, ameaçar a diretora da instituição com uma espingarda. Ele nada faz com ela, mas dispara acidentalmente ferindo um antigo colega de trabalho. O repórter, de dentro do museu, consegue se comunicar com uma estagiária que está em uma caminhonete nas proximidades, antes de ser descoberto pelo ex-segurança, que agora fez vários reféns, inclusive um grupo de crianças que visitavam o museu. Em pouco tempo um pedido de emprego e um tiro acidental se propagam de forma geométrica, atraindo a atenção de todo o país. O repórter convence ao segurança que este lhe dê uma matéria exclusiva e promete em troca comover a opinião pública com a triste história do guarda desempregado. É a sua chance de se projetar e voltar para Nova York, mas nem tudo acontece como o planejado. Os fatos são manipulados pela imprensa e tudo sai do controle, pois apenas altos salários e índices de audiência contam e a verdade não é tão importante assim. (Disponível em: <[http://www.interfilmes.com/filmeO.Quarto.Poder-\(Mad.City\).html](http://www.interfilmes.com/filmeO.Quarto.Poder-(Mad.City).html)> Acesso em: 03 mar.2009.)

esmagadora sociedade, aterrorizada, subscreve o recrudescimento penal contra meninos e meninas que deveriam ter especial atenção e proteção, conforme a Constituição Federal de 1988, no art. 227, que vale a pena ser lembrado,

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A individualização do criminoso em classificações genéricas e de fácil identificação é muito reconfortante para os “cidadãos-padrão”, porque o criminoso é sempre o outro, sem rosto, sem história de vida, invisíveis a nossa consciência. Quem escapa a um processo ou condenação saboreia a sensação confortável de inocência¹⁴⁰. “A imposição de uma pena a um apontado responsável pela prática de um crime funciona como a absolvição de todos os não preferidos pelo sistema penal, que, assim, podem comodamente se autointitular “cidadãos de bem”, diferentes e contrapostos ao criminoso, ao delinquente.”¹⁴¹

Estigmatizar uma pessoa é acusá-la, exclusivamente, por sua existência. Antever seus passos (supostamente ameaçadores) é autorizar uma abordagem defensiva e hostil, que certamente provocará uma reação proporcional ou a fuga. Para SOARES, “o preconceito arma o medo que dispara a violência, preventivamente”¹⁴², num exercício profético que se autocumprir, não por ser verdadeiro, mas por produzir o resultado temido.

Do confronto entre pessoas comuns e aquelas dessemelhantes, seja pela cor da pele, do *status* social ou da aparência menos convencional, eclode um desconforto entre os protagonistas. Ao primeiro, causa pavor a agressão iminente, refletido pelo tremor nas pernas e mãos, suor na testa e, em condições extremas, pela ação contrária precipitando o pior. Do outro lado, acende um sentimento de rejeição aos teimosamente inocentes, ou embrutecem ainda mais os já desgastados pelo repúdio habitual e “desgraçados” por Deus, dando-lhes a oportunidade única, mesmo que fugaz,

¹⁴⁰ KARAM, Maria Lúcia. Op. cit., p. 89.

¹⁴¹ Id.

¹⁴² ATHAYDE, Celso; MV Bill; SOARES, Luiz Fernando. Op. cit., p. 175.

de impor as regras da “bandagem”, da dominação pelo temor (Ah! Agora você me vê.).

Independentemente do desfecho haverá inevitavelmente um trauma, devido a concretização do crime fortalecendo os sistemas repulsivos contra certos “elementos”¹⁴³ e reafirmando o estereótipo. Ou a mera fantasia, que do mesmo modo, deflagrou efeitos fisiológicos de terror com idêntica magnitude às reais e reproduziu o preconceito, realimentando a indústria do estigma.

Em algumas cidades brasileiras, foi implantado um sistema de pontos atribuídos na carteira de motorista daqueles que são flagrados (por intermédio do uso de câmaras instaladas nas principais vias urbanas) cometendo alguma infração de trânsito. O sistema é automatizado e não requer qualquer intervenção humana na sua operação, que autoriza a suspensão, via DETRAN, da CNH (Carteira Nacional de Habilitação) de forma direta¹⁴⁴ ou quando atingido 20 pontos em infrações¹⁴⁵.

Trata-se de uma maneira de fiscalização que impossibilita apadrinhamentos, concessões, privilégios ou vistas grossas aos infratores, a não ser na efetiva suspensão da carteira de habilitação que demanda, quando não entregue voluntariamente por seus titulares após notificação, uma batida policial.

Deste modo, muitos homens¹⁴⁶, até então, de conduta ilibada, se viram em um cadastro desabonador e na situação altamente incômoda de justificar o injustificável. O exemplo é muito interessante porque coloca na lista negra de suspeitos de crime, de forma absolutamente inédita, indistinta e igual, todos os indivíduos, bastando que sejam maiores e detenham uma licença para dirigir um veículo automotor.

¹⁴³ Gíria empregada no meio policial para tratar os suspeitos apreendidos nas batidas policiais evidenciando o tratamento discriminatório e degradante, que retira, desde logo, qualquer alusão à cidadania, às garantias e direitos constitucionais.

¹⁴⁴ As infrações que levam à suspensão direta são manobra perigosa, transitar em velocidade superior à máxima em mais de 20% em rodovias, conduzir moto sem capacete, transitar em velocidade superior à máxima em mais de 50% em vias municipais, conduzir motocicleta transportando passageiro sem capacete e dirigir embriagado.

¹⁴⁵ As principais infrações que somadas geram suspensão por 20 pontos são transitar em velocidade superior à máxima em até 50% em vias municipais, estacionar em desacordo com a sinalização e avançar sinal vermelho.

¹⁴⁶ Somente nos primeiros quatro meses deste ano, 284.480 condutores foram notificados pelo Departamento de Trânsito do Paraná (Detran-PR) por terem a CNH suspensa. Desses, 32.692 entraram com recurso. Outros 139.580 entregaram a carteira e estão em processo de regularização. No Paraná, 3.919.504 pessoas possuem carteiras de habilitação. (Disponível em: <<http://www.fetropar.org.br/site/index>> Acesso em: 27 mai.2009.)

Como não poderia deixar de ser, tal medida tem causado indignação daqueles que se sentiram atingidos, num salutar exercício de colocar-se, pela primeira vez, na condição de réu. Consideram as sanções muito severas, questionam a existência de uma indústria de multas, sugerem trocar a punição por campanhas educativas, enfim, questões até então não experimentadas porque os destinatários eram os outros, pertencentes a um universo distante, que sequer os contaminava.

Mas, o problema da vulnerabilidade que se ambiciona combater com esta teoria não alcança os maus motoristas esclarecidos, citados unicamente para demonstrar o quanto é desagradável sentir-se ameaçado por uma pena. Abarca sim aquele freguês contumaz, exposto a um sistema subterrâneo de policiais corruptos e truculentos que trabalham em desacordo a qualquer formulação teórica de Estado de Direito. Para Cristina Buarque de HOLLANDA,

A reabilitação do arbítrio individual (utilizo o termo reabilitação como recurso retórico para contrastar com a ideia de que tais arbítrios teriam sido deslegitimados no momento de criação do Estado) dando-se em paralelo à vigência do direito positivo indica uma superposição de estruturas que denota a coexistência de duas construções ideais: a do Estado de natureza hobbesiano, por um lado, e a do Estado moderno de direito, por outro. A eficácia ora de um, ora de outro, compõe uma estrutura amálgama que abriga a angústia das ações imprevisíveis.¹⁴⁷

Segundo o mestre portenho, idealizador da teoria da vulnerabilidade, “uma pessoa se coloca em situação de vulnerabilidade quando o sistema penal a seleciona e a utiliza como instrumento para justificar seu próprio exercício de poder”¹⁴⁸. Os eleitos à categoria de criminalizados não o são porque cometeram um injusto penal, pois tantos outros o fazem e continuam livres, mas por sua posição de vulnerabilidade às corporações policiais, subjugadas a um papel menor dentro da estrutura hierarquizada do sistema penal. Submetem seus escolhidos às decisões arbitrárias sobre instauração ou não de inquéritos, às prisões cautelares indefinidas de caráter eminentemente de

¹⁴⁷ HOLLANDA, Cristina Buarque de. **Polícia e direitos humanos**: política de segurança pública no primeiro governo Brizola [Rio de Janeiro: 1983-1986]. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 39-40.

¹⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca...**, p. 268.

contenção¹⁴⁹, às práticas de tortura para extração de confissão e demais procedimentos ilegais¹⁵⁰.

ZAFFARONI atenta para outro risco da seletividade além do estado de vulnerabilidade já salientado – o esforço pessoal para a vulnerabilidade que “é predominantemente individual, consistindo no grau de perigo ou risco que a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular.”¹⁵¹ A própria prática autônoma do injusto resulta em parte do esforço para a vulnerabilidade.

A tese de ZAFFARONI funciona como uma pontuação às avessas: quanto mais contato a pessoa mantiver com o sistema penal, maior será o exercício de poder que a seleciona, como menor será seu esforço para a vulnerabilidade e menor será a resposta criminalizante por parte da agência judicial. Não olvidando, é claro que o poder de resistência à obediência ao Direito Penal é inversamente proporcional à vulnerabilidade do agente, como se paulatinamente portas fossem se fechando e a criminalidade restando como único caminho a percorrer.

Em síntese, o estado ou posição de maior vulnerabilidade ensejará a um menor grau de culpabilidade pela vulnerabilidade, devido ao menor esforço pessoal para a vulnerabilidade. É dizer que um indivíduo pode, independentemente de qualquer esforço, estar em posição de vulnerabilidade desde seu nascimento, em decorrência de dificuldades familiares, físicas ou intelectuais crônicas ou preexistentes. Contudo, também é possível que esse mesmo indivíduo, a princípio não vulnerável, empreenda um grande esforço, e assumo esse estado. Como por exemplo, a prática reiterada de condutas desabonadoras, envolvimento em escândalos, entrega ao vício, enfim atitudes que, repetidas, vão cada vez mais maculando a sua própria imagem.

Os casos¹⁵² das prisões cinematográficas do banqueiro Daniel Dantas, do ex-prefeito de São Paulo Celso Pitta e do investidor Najj Nahas podem ser

¹⁴⁹ “É configurado um sistema penal cautelar diferente do sistema penal de condenação, no qual operam como pautas a seriedade da suspeita de cometimento de um delito (o direito penal entra apenas como critério para a qualificação cautelar) e considerações de periculosidade e dano, provenientes do positivismo do século XIX, ou seja, da individualização ôntica do *inimigo*.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo...**, p. 110.)

¹⁵⁰ HOLLANDA, Cristina Buarque de. Op. cit., p. 40.

¹⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca...**, p. 270.

¹⁵² “A Polícia Federal de São Paulo realiza, nesta terça-feira, a Operação Satiagraha para cumprir 24 mandados de prisão e 56 ordens de busca e apreensão. Entre os presos estão Daniel Dantas, dono do grupo Opportunity, o investidor Najj Nahas e o ex-prefeito

interpretados como um enorme esforço para atingir a situação de vulnerabilidade. Sendo seus protagonistas pessoas de grande prestígio e procedentes de classes de grande influência no mundo empresarial e político, partiram do nível mais baixo de vulnerabilidade, ao mesmo tempo em que serviram para revigorar sobremaneira o falso discurso de igualdade perante a lei e a indispensabilidade do sistema penal.

A culpabilidade pela vulnerabilidade desses senhores será baixa ou até nula, podendo aconselhar um agravamento da pena, já que, ao contrário dos candidatos habituais da seletividade penal, dispõem de plena capacidade a dirigi-los em conformidade com o ordenamento vigente. O raciocínio permanece o mesmo: quanto maior o esforço para atingir um estado de vulnerabilidade maior será a culpabilidade pela vulnerabilidade.

É preciso que se tenha em mente que “quanto maior for o esforço, e a consequente contribuição para o fortalecimento do sistema, que a pessoa faz para colocar-se em situação de vulnerabilidade ao seu poder, menor será o espaço de que dispõe a agência judicial para obstaculizar uma resposta criminalizante ou para diminuir a intensidade da resposta.”¹⁵³

Outro fenômeno pode ser observado com o exemplo apresentado. Na medida em que grupos de pessoas ou minorias vão sendo selecionados, mais e mais vão sendo fortalecidos os estereótipos e mais providenciais são as ações violentas do sistema penal. Os três envolvidos nesta ocorrência já não provocam tanta perplexidade, como outrora, quando aparecem algemados, ou seus escritórios/casas são invadidos abruptamente, pela frequência que vêm sendo citados nos noticiários policiais.

A cada nova acusação, a posição de vulnerabilidade vai se intensificando em direta correlação com o estigma de delinquente, potencializado pela mídia e legitimado pela sociedade que clama por uma reação repressora ainda mais contundente. Refletida na ânsia de punição, muitas vezes não confessadas, que os “cidadãos de bem” nutrem em relação aos presidiários. Como um efeito anestésico à impunidade crescente não solucionada pelo Estado (nos moldes pré-modernos), se conformam com as

de São Paulo Celso Pitta.” (Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil>> Acesso em: 08 jul. 2008.)

¹⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca...**, p. 269.

condições desumanas do cárcere e comungam com a visão de que a carceragem é o mecanismo punitivo ideal para quitação dos débitos criados por essas pessoas quando em liberdade¹⁵⁴.

A reincidência (tratada posteriormente) é outra prova clara do aumento do nível de culpabilidade pela vulnerabilidade na exata medida da diminuição da autonomia pessoal.

A lógica que impera quanto à reincidência é a da profecia que se autocumpre. Afinal, tratar-se-á de acusação convertida em condenação, com as implicações conhecidas. Nesse caso, a conspiração pela reincidência mobilizará empregadores potenciais, familiares, vizinhos, amigos, instituições e antigos parceiros. E tudo assumirá contornos mais dramáticos com as consequências práticas da marginalização, como o desemprego e a severa restrição das alternativas para vida e a autoconstrução subjetiva.¹⁵⁵

A agravante da reincidência serve apenas como reafirmação do processo de seletividade do Direito Penal vigente, definido por Cirino dos SANTOS:

Como um sistema dinâmico desigual em todos os níveis de suas funções: a) ao nível da definição de crimes constitui proteção seletiva de bens jurídicos representativos das necessidades e interesses das classes hegemônicas nas relações de produção/circulação econômica e de poder político das sociedades capitalistas; b) ao nível da aplicação de penas constitui estigmatização seletiva de indivíduos excluídos das relações de produção e de poder político da formação social; c) ao nível da execução penal constitui repressão seletiva de marginalizados sociais do mercado de trabalho e, portanto, de sujeitos sem utilidade real nas relações de produção/distribuição material – embora com utilidade simbólica no processo de reprodução das condições sociais desiguais e opressivas do capitalismo¹⁵⁶.

Submetido ao processo seletivo de “triagem prévia dos casos”¹⁵⁷, é chegado o momento da primeira decisão da agência judicial: prosseguimento ou suspensão da ação. Não é admissível aqui a metodologia do estereótipo, cabendo um juízo senão totalmente imparcial, comprometido com a dogmática penal, basicamente na teoria do delito. Não obstante, a pena ser ilegítima por não resolver o conflito resultante da lesividade da ação criminosa, do lado da vítima, e nem aprimorar a capacidade de resistência ao delito (autonomia) do

¹⁵⁴ HOLLANDA, Cristina Buarque de. Op. cit., p. 39-42.

¹⁵⁵ ATHAYDE, Celso; MV Bill; SOARES, Luiz Fernando. Op. cit., p. 102.

¹⁵⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:....**, p. 485.

¹⁵⁷ Atividade extraoficial realizada pela polícia que se revela um complemento ao sistema judiciário, que não poderia suportar o volume de processos criminais que lhe seriam encaminhados caso ela não a efetuasse. (HOLLANDA, Cristina Buarque de. Op. cit., p. 41.)

lado do autor, a fim de evitar a reincidência, deve ser, o quanto possível, justificada pelo limitado poder da agência judicial.

Esta é vinculada a requisitos e pressupostos mais claros que auxiliam na constatação da existência ou não do delito¹⁵⁸, mas que tratam de uma gama insignificante de ocorrências. Como alertado anteriormente, o grande volume de crimes que acontecem diariamente fica esquecido pelo caminho tortuoso entre a fiscalização inexistente, os privilégios e as prevaricações de um sistema penal perverso.

Seria atraente imaginar um mundo em que todas as atitudes ilícitas, por menores que fossem e de quem fossem, pudessem ser imediatamente verificadas e atribuídas aos seus autores uma respectiva pena, como ocorreu recentemente com a mecânica dos pontos na carteira de motorista descrita anteriormente. Seguramente não existiriam tantas leis e ainda sim as remanescentes, certamente seriam mais brandas porque abarcariam todos, e não poucos infelizes.

Ademais, quem são os virtuosos que podem esbravejar que nunca cometeram um pequeno ilícito, seja fotocopiar um livro, comprar um filme pirata, passar no sinal vermelho ou subornar um guarda de trânsito? E com uma agravante, fazer tudo isso sem necessidade alguma, por puro capricho ou desatenção, gozando de perfeita saúde mental e física, morando bem, empregado ou estudando e com uma família fantástica.

Ao contrário, não pode ser legítimo exigir de indivíduos (não promovidos à condição de cidadãos) comportamentos dignos, quando desconhecem o verdadeiro “sentimento” (não significado) de dignidade, de pertencimento¹⁵⁹ à comunidade em que vivem. Bem como não deve ser difícil

¹⁵⁸ “Conceito jurídico de delito nada mais é que a síntese dos requisitos que devem estar presentes em qualquer ação conflituosa de um autor selecionado pelo poder do sistema penal, para que a agência judicial responda afirmativamente quanto ao prosseguimento do processo de criminalização já em curso.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca...**, p. 247.)

¹⁵⁹ O sentimento de não pertencer, de estar fora, costuma ser doloroso. Há duas maneiras de experimentar esse sentimento: a mais óbvia, imediata e superficial, e a mais profunda e perturbadora. A primeira é simples: ser estrangeiro. Quem nunca se sentiu estrangeiro? O modo mais rápido e drástico de descrever a situação do estrangeiro é esta: ele não sabe falar a língua nativa; ele não consegue comunicar-se com as outras pessoas; ele e ela não entendem o que os outros dizem. A vida coletiva se embaralha numa babel de sons indecifráveis e uma parte das engrenagens que nos fazem funcionar entra em colapso. A segunda é mais complicada: descobrir o lado estrangeiro de si mesmo, na relação com os mais próximos e consigo mesmo. Descobrir-se exilado no seu próprio país, na sua própria casa.

ceder ao mundo sedutor das drogas quando não há outro meio de subsistência.¹⁶⁰

Ver o invisível é urgente. “Invisibilidade que é sinônimo de rebaixamento da autoestima. Quando socialmente invisível, a maior fome do ser humano é a fome de acolhimento, afeto e reconhecimento.”¹⁶¹ É preciso voltar os olhos ao sofrimento subjetivo.¹⁶² Transportá-lo para dentro do processo, informando, admitindo, atestando as dívidas da sociedade, das instituições, dos governos para com o acusado. Na maioria das vezes, o réu não pede clemência por seus erros, mas suplica por atenção, por uma pena justa, um tratamento digno e perspectivas de mudança. Ele quer ser visto, contar sua história, mostrar onde mora, expor suas dificuldades e suas reivindicações.

A teoria da vulnerabilidade, de certa forma amplia a área de responsabilização almejada pela teoria da coculpabilidade, desmistificando a correlação perfeita entre o crime e pobreza, embora inegavelmente esta seja a principal razão refletida nas demais carências humanas¹⁶³ (sugerindo um retorno perigoso ao determinismo clínico-lombrosiano ou sociológico-ferriano,

Saber-se condenado a não se entender, inteiramente – e, portanto, a não exercer sobre si pleno controle. (ATHAYDE, Celso; MV Bill; SOARES, Luiz Fernando. Op. cit., p. 167.)

¹⁶⁰ “Se nosso propósito é reduzir a capacidade de recrutamento do tráfico, melhor e mais realista do que tentar destruí-lo é dispor-se a competir com ele. O tráfico é um pólo de atração, é uma fonte de energia gravitacional que atrai crianças e adolescentes, todos os dias, com impressionante facilidade. Se o tráfico recruta, seduz, atrai, é porque oferece benefícios. Quais? Os benefícios são as evidentes vantagens materiais, como dinheiro e acesso ao consumo, e são também os bens simbólicos e afetivos, como a sensação de importância e poder, o *status*, o sentimento de pertencimento a um grupo dotado de identidade – tudo isso significa valorização pessoal, reforço da autoestima.” (Ibid., p. 285.)

¹⁶¹ Id.

¹⁶² Ibid., p. 284.

¹⁶³ Menor escolaridade; menor acesso a oportunidades de trabalho; maior chance de sofrer desemprego e o desamparo econômico e social; angústia e insegurança; depressão da autoestima; alcoolismo; violência doméstica; geração de ambiente propício ao absenteísmo, à desatenção e à rejeição dos filhos; vivência da rejeição na infância, o que fragiliza o desenvolvimento psicológico, emocional e cognitivo, rebaixa a autoestima, estilhaça as imagens familiares que serviriam de referência positiva na construção da identidade e na absorção de valores positivos da sociedade; crianças e adolescentes com esse histórico tendem a apresentar maior propensão a experimentar deficiências de aprendizado (tanto por motivos psicológicos quanto pelo fato de que as limitações econômicas dos pais impedem a oferta de acesso a escolas mais qualificadas, inclusive para lidar com estas deficiências e para estimular os alunos, valorizando-os; dificuldades na família, na escola, e pressão para o ingresso precoce no mercado de trabalho (mesmo que seja por uma participação intermitente e informal) tendem a precipitar o abandono da escola, sobretudo no contexto de desconforto e inadaptação, e de falta de motivação; a saída da escola reduz as chances de acesso a empregos e amplia a probabilidade de que o círculo da pobreza se reproduza por mais uma geração; configurando-se a degradação da autoestima, especialmente se considerarmos o contexto social e cultural em que prosperam os preconceitos. (Ibid., p. 209.)

agora pelo viés econômico e não mais segundo características físicas ou sociais). Prefere considerar todo tipo de deficiência ou estado de vulnerabilidade do autor que tenha contribuído na execução do crime, consciente da impotência da agência judicial frente ao poder seletivo e impetuoso do sistema penal.

ZAFFARONI admite que a teoria da coculpabilidade, antes defendida por ele e agora revista, se fundamenta em pressupostos falsos. O primeiro deles é focar tão-somente na variável econômica (assim como a pobreza não pode ser reduzida ao fator renda, para o economista Amartya SEN, cujas considerações serão analisadas no próximo capítulo) a causa instigadora da delinquência, fartamente desmentida pelos diversos tipos de crimes que diariamente são registrados nas delegacias e que revelam autores com alto poder aquisitivo. São, ao contrário, apreendidas motivações de toda ordem, envolvendo circunstâncias alheias à autonomia dos sujeitos dos delitos ou, como denomina o autor, suas vulnerabilidades.

O segundo e mais importante argumento antagônico à teoria socialista é a negação da seletividade criminalizante, partindo da crença de que o sistema penal possa trabalhar de modo igualitário, reprimindo a todos indistintamente e com mesma intensidade.

É cediço, no entanto, que no mundo clandestino das agências penais “todos são iguais, porém alguns são mais iguais que os outros”¹⁶⁴ e as discriminações e privilégios fixam a regra. A teoria da vulnerabilidade, atenta a essa realidade¹⁶⁵, procura debitar/creditar do cômputo do grau de culpabilidade, a carga imposta aos selecionados nesse processo criminalizante

¹⁶⁴ Célebre frase inspirada na sátira do autor ao stalinismo, e apesar de ter sido lançada em 17 de agosto de 1945, “Todos os animais são iguais, mas alguns animais são mais iguais que os outros”, permanece tão atual. (ORWELL, George. **A revolução dos bichos**. Tradução Heitor Aquino Ferreira. 2. ed. São Paulo: Globo, 2003, p. 112).

¹⁶⁵ Resumida por ZAFFARONI em quatro pontos cruciais: 1) a legalidade não proporciona legitimidade, por ficar pendente de um vazio que só a ficção pode preencher; 2) o principal e mais importante exercício de poder do sistema penal se realiza dentro de um modelo de arbitrariedade concedida pela própria lei; 3) o exercício de poder menos importante do sistema penal serve de pretexto para o exercício de poder principal, não respeitando também, e nem podendo respeitar, a legalidade; 4) além de o exercício de poder do sistema penal não respeitar, nem poder respeitar a legalidade, na operacionalidade social de nossos sistemas penais, a legalidade é violada de forma aberta e extrema, pelo altíssimo número de fatos violentos e de corrupção praticados pelos próprios órgãos do sistema penal. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca...**, p. 29).

prévio e, por muitas vezes, abusivos, e contaminados, por resquícios inquisitórios. Conclui ZAFFARONI que,

El derecho penal reductor, al incorporar a su discurso el innegable dato de la selectividad del poder punitivo-y, por ende, superar el etiologismo simplista del positivismo criminológico-provoca la disolución del concepto de co-culpabilidad. Por un lado, dentro del mismo presupuesto ético-formal de la culpabilidad jurídico-penal normativa, em los casos que corresponda, las carencias socialmente condicionadas disminuirán el reproche, del mismo modo que cualquier otra carencia que limite la autodeterminación. Por otro lado, la consideración del estado de vulnerabilidad como punto de partida para la medición del esfuerzo reprochable es un concepto mucho más preciso y realista que el de co-culpabilidad: simplemente, se basa en que el derecho penal no puede tolerar que el mismo poder que, por acción u omisión, ubica a una persona em una situación concreta de vulnerabilidad, se ejerza luego represivamente sobre ella en razón de la situación en que previamente la ubicó. Em lugar de apelar a un reparto de reproches, es mucho más claro y realista admitir que si el poder punitivo se reparte conforme a la vulnerabilidad y no es posible concularlo, el derecho penal debe administrar su propio y limitado contrapoder de contención repartiéndolo según el grado de esfuerzo personal de cada seleccionado realizado para colocarse em la situación concreta de vulnerabilidad frente al riesgo del poder punitivo.¹⁶⁶

Enquanto as agências do sistema penal criminalizam condutas (e pessoas) com base em estereótipos, a agência judicial deve responder a requisitos mínimos que autorizem o avanço do processo criminal arbitrariamente iniciado, e não podendo evitá-lo, “necessitará de uma pauta que lhe permita determinar a quantidade de violência irracional que a pessoa deverá receber a título de pena.”¹⁶⁷

Como já mencionado nesta dissertação, a teoria do delito sugere um conceito analítico de crime, em que se verificam sucessivamente certos pressupostos. É mister, primeiramente, que tenha havido uma conduta humana e voluntária, excluindo de pronto a força física irresistível, a involuntariedade e

¹⁶⁶ O direito penal mínimo, ao incorporar ao seu discurso o inegável dado da seletividade do poder punitivo - e, por consequência, superar o etiologismo simplista do positivismo criminológico - provoca a dissolução do conceito de coculpabilidade. Por um lado, dentro do mesmo pressuposto ético-formal da culpabilidade jurídico-penal normativa, nos casos em que corresponda, as crenças socialmente condicionadas reduziram a reprovação, do mesmo modo que qualquer outra crença que limite a autodeterminação. Por outro lado, a consideração do estado de vulnerabilidade como ponto de partida para mensurar o esforço reprovável, é um conceito muito mais preciso e realista que o de coculpabilidade: simplesmente, baseia-se na ideia de que o direito penal não pode tolerar que o mesmo poder que, por ação ou omissão, coloca uma pessoa em uma situação concreta de vulnerabilidade, exerça repressivamente sobre ela em razão da situação em que previamente foi colocada. Em lugar de apelar a uma distribuição de reprovações, é muito mais claro e realista admitir que se o poder punitivo é repartido conforme a vulnerabilidade e não é possível anulá-lo, o direito penal deve administrar seu próprio e limitado contrapoder de contenção, repartindo este na situação concreta de vulnerabilidade frente ao risco do poder punitivo. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal:...**, p. 627.)

¹⁶⁷ Ibid., p. 275.

o estado de inconsciência. Há uma conjugação obrigatória entre o desvalor do ato e o desvalor do resultado. Baseado no conceito finalista, conduta é uma vontade dirigida a um fazer final, portanto, “não há exteriorização de uma vontade que não implique uma transformação do mundo”¹⁶⁸, um resultado.

Em seguida, o injusto (tipicidade e antijuridicidade) é colocado à prova, a partir da existência prévia, escrita, clara e certa de um tipo legal, criado por iniciativa dos representantes da vontade popular que configura o princípio da legalidade com o intuito maior de reprimir a violência seletiva do sistema penal. A conduta praticada se encaixa perfeitamente àquela proibida pelo tipo legal e não pode ser justificada pelo manto do estado de necessidade, da legítima defesa, do estrito cumprimento do dever legal ou do exercício regular do Direito. Constatando-se a existência do injusto. Basta saber se pode ser reprovado.

A reprovação é condicionada ainda à culpabilidade do agente, compreendida em três fatores imperiosos: a imputabilidade – capacidade geral ou abstrata de compreender o valor do fato e de querer, conforme a compreensão do valor do fato, excluída ou reduzida em situações de imperfeição (imaturidade ou de defecção) doença mental do aparelho psíquico¹⁶⁹, potencial consciência da ilicitude – conhecimento concreto do valor que permite ao autor imputável saber, realmente, o que fez, excluída ou reduzida em casos de erro de proibição¹⁷⁰; exigibilidade de conduta diversa – expressão de normalidade das circunstâncias do fato e indicação de que o autor tinha o poder de não fazer o que fez¹⁷¹.

Neste ponto, o juiz deve mensurar o nível de autodeterminação do autor quando praticou o delito, atento a todas as variáveis aptas a comprometer o poder de resistência de um comportamento de acordo com o apelo normativo. Ernest von BELING, muito cedo já lecionava que “se o poder de resistência é precisamente o fator que condiciona em geral o conceito de

¹⁶⁸ Ibid., p. 253.

¹⁶⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 202.

¹⁷⁰ Ibid, p. 199.

¹⁷¹ Id.

culpabilidade, é evidente que aqueles homens que carecem de poder de resistência estão isentos de culpa em seu agir, e não podem ser punidos.”¹⁷²

Isto significa que qualquer fator absolutamente prejudicial à liberdade de atuar do sujeito dentro da normalidade, impulsionando um ato em desacordo com a lei, pode não só representar uma atenuação na culpa nas situações das concausas¹⁷³, como isentá-la completamente quando provado ser a causa preponderante do evento danoso. Como também pode não representar nenhum ganho expressivo no cálculo da pena, mas certamente, renderá frutos preciosos tanto para o próprio sentenciado, revigorando sua autoestima, devido ao tratamento personalizado recebido; como para a sociedade, por conhecer a aflição alheia, solidarizar-se e aprender com ela, numa corrente de ascensão dos espíritos.

No entender de Barbara HUDSON, “réus de grupos desfavorecidos serão julgados de acordo com a gama de escolhas que tenham para obter renda, abrigo, alimentação, segurança e *status*, escolhas que são legalmente disponíveis para os grupos dominantes que fazem as leis.”¹⁷⁴

Joe Tennyson VELO lembra que o “poder-agir-de-outra-maneira equivale à capacidade da pessoa, sempre presente em situações de imputabilidade”¹⁷⁵, diferente do “juízo de culpa, iluminado pelo princípio da inexigibilidade de conduta diversa, perquire a personalidade e seus contornos existenciais.”¹⁷⁶ Prossegue o autor: “o juízo de culpabilidade valora o acolhimento dos motivos que proporcionaram a ação ilícita; quais os valores relevados para que aqueles considerados valiosos para o ordenamento jurídico fossem menosprezados”¹⁷⁷.

O grande desafio está em humanizar o sujeito que comete o crime, sem subtrair-lhe a responsabilidade; responsabilizar o “sistema”, sem eximi-lo da responsabilidade de distribuir responsabilidades e aplicar penas, segundo as leis, humanizando-as;

¹⁷² BELING, Ernst von. Op. cit., p. 23.

¹⁷³ “Causa que, juntamente com outra, concorre para a configuração de um crime; causa concorrente.” (DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. 4v, p. 720)

¹⁷⁴ HUDSON, Barbara. Direitos humanos e “novo constitucionalismo: princípios de justiça para sociedades divididas. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 11-28, p. 26.

¹⁷⁵ VELO, Joe Tennyson. Op. cit., p. 65.

¹⁷⁶ Id.

¹⁷⁷ Id.

humanizar o “sistema”, transformando-o, criando condições para que prosperem a solidariedade e a verdadeira Justiça. Como fazê-lo? Mesmo sendo difícil encontrar a saída, o método está escolhido: a esperança.¹⁷⁸

A teoria da vulnerabilidade sinaliza novos caminhos, como vem ocorrendo também com a teoria da coculpabilidade, de aplicabilidade das causas atenuantes e/ou exculpantes, no sentido de municiar a jurisprudência (o Direito vivo e dinâmico) de fartos e robustos argumentos para a produção de decisões mais legítimas e condizentes com a prestação social ofertada pelo Estado.

Um exemplo desta nova concepção de justiça criminal vem da Suprema Corte do Canadá quando reconheceu a discriminação individual para acatar a tese de desvantagem sistemática¹⁷⁹ no caso de um jovem afro-canadense, condenado por um grande número de crimes graves, que teve a sua sanção reduzida pelo Tribunal de Apelação de Ontário, com a alegação de que: “Há fatores históricos e sistêmicos enfrentados por afro-canadenses e tais fatores devem ser levados em consideração na imposição da pena.”¹⁸⁰

Apesar de todo estudo e discussão sobre a culpabilidade, é curial afirmar que o Direito Penal é o produto, ainda inacabado, de conceitos, pactos, institutos, princípios e vínculos políticos (não apenas técnico-jurídicos) muito mais caros e maiores que o fundamenta e justifica. Alguns deles serão enfrentados no próximo capítulo, tais como contratualismo, Estado de Direito, democracia, constitucionalismo, direitos fundamentais, liberdade e igualdade, numa insistente tentativa de promover um elo, ainda muito incipiente, entre a dogmática penal e a realidade.

¹⁷⁸ (ATHAYDE, Celso; MV Bill; SOARES, Luiz Fernando. Op. cit., p. 125.)

¹⁷⁹ “Este é um conceito relacional porque se dirige para relacionamentos entre grupos sociais, indagando se o grupo ao qual o réu pertence é aquele que sofre desvantagem sistemática, quando comparado a outros grupos sociais.” (HUDSON, Barbara. Op. cit., p. 24.)

¹⁸⁰ Ibid., p. 25.

2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE LIBERDADE

Assim como o termo “culpabilidade” tem sofrido contínua evolução e ensejado preciosas teorias, algumas apresentadas no capítulo anterior, a palavra “liberdade” não foge à regra, a demandar discussões acirradas entre os doutrinadores a respeito do mais apropriado significado.

“A liberdade é o verdadeiro campo de pesquisa para a identificação e gradualidade da culpa penal. Não no sentido de ser ou não constatada a liberdade, mas sim, com pensamento eminentemente crítico, o trabalho é analisar a situação desta liberdade, seu exercício”¹⁸¹.

É mister apoderar-se do ideal de liberdade, concebido não exclusivamente como característica do atuar na esfera política, mas como autodeterminação do indivíduo na sociedade, assumindo o controle autônomo sobre seus atos, para avançar, ainda mais, em direção à garantia e à função limitadora da culpabilidade, inerentes ao apelo da dignidade humana,¹⁸². Ademais, completa Figueiredo DIAS, “é na liberdade que se centra o peso tradicional da controvérsia em torno da culpabilidade, e é através dela que mais claramente se exprime a sua ligação ao ideário “liberal” e ao seu efeito limitador da responsabilidade; como é através dela que a culpabilidade se torna em censura ético-pessoal.”¹⁸³

Num emaranhado de dúvidas, uma coisa é certa, as primeiras noções de liberdade foram introduzidas historicamente com o surgimento do Estado, e suas diversas formulações. E a partir de então, o conceito de liberdade tem evoluído entre períodos de conquistas e outros de retrocesso, repercutindo sensivelmente na culpabilidade.

¹⁸¹ VELO, Joe Tennyson. Op. cit., p. 94.

¹⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 231-232.

¹⁸³ Ibid., p. 232.

BITENCOURT, quando trata da pena, aponta imediatamente a necessidade de se conhecer o modelo sócio-econômico e a forma de Estado em que se insere e a correspondente culpabilidade.¹⁸⁴ Segundo o autor, “é evidente a relação entre uma teoria determinada de Estado com uma teoria da pena, e entre a função e finalidade desta com o conceito dogmático de culpabilidade adotado”.¹⁸⁵

O Direito Penal, instrumentalizado pela pena, revela como o Estado coordena as relações sociais entre os homens, podendo desde logo, mostrar-se autoritário ou garantista, liberal ou republicano. E, de outro lado, como o Estado promove/restringe a liberdade de seus cidadãos. É inegável a interdependência entre tão importantes fatores (Estado, Direito, poder, liberdade, culpabilidade, pena...) cada qual influenciando sobremaneira no melhor jeito de harmonizar a convivência em sociedade na proporção de menor sacrifício individual.

A relação “Estado-cidadão” é, desde sempre, de poder. Poder estatal de induzir os governados a agirem de modo que, em caso contrário, não agiriam¹⁸⁶. Um poder assim definido, entre dois pólos antagônicos, põe necessariamente em discussão a liberdade. O conceito de um é a negação do outro, como ensina BOBBIO: “o poder do Estado implica a não-liberdade do Cidadão” e “a liberdade do Cidadão implica o não-poder do Estado”.¹⁸⁷

¹⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Algumas controvérsias da culpabilidade na atualidade; Evolução e revisão de alguns conceitos da culpabilidade; Teoria geral do delito**, p. 301; **Tribunal penal internacional: pena de prisão perpétua**.

¹⁸⁵ Id.

¹⁸⁶ A mais sintética das definições relacionais de poder foi prestada por Robert DAHL e reproduzida por BOBBIO. (BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001, p. 78.)

¹⁸⁷ Id.

2.1 A LIBERDADE E A FORMAÇÃO DO ESTADO

É prudente relembrar, antes mesmo do tema maior “Estado”¹⁸⁸, o nascimento da concepção moderna de soberania, tributada a Jean BODIN, imbuído do desígnio de concentrar a titularidade de todo sistema social e político a uma autoridade pública única. Sem dúvida, uma proposta inusitada frente à ordem instituída até então, resultante da constituição mista medieval, edificada sobre uma ampla e complexa gama de convênios e acordos propensa a desordem e razão de muitas das guerras civis do século XVII¹⁸⁹.

BODIN reservou qualidades ao poder soberano (entregue ao rei), com a intenção de imprimir superioridade em relação aos demais poderes exercidos pelo império francês da época. O poder soberano deveria ser, de acordo com seu pensamento, perpétuo, isto é, um poder não derivado de outro poder (originário), não revogável e que conseguisse obter obediência a seus comandos graças ao uso da força¹⁹⁰; e absoluto, o que não se confundia com poder ilimitado¹⁹¹, mas alheio, por sua natureza, à dimensão constitucional de

¹⁸⁸ “ (...), não pode deixar de pôr-se o problema sem saber se o Estado sempre existiu ou se é um fenômeno histórico que aparece num certo momento da evolução da humanidade. (...) O Estado, entendido como ordenamento político de uma comunidade, nasce da dissolução da comunidade primitiva fundada sobre os laços de parentesco e da formação de comunidades mais amplas derivadas da união de vários grupos familiares por razões de sobrevivência interna (o sustento) e externas (a defesa). Enquanto que para alguns historiadores contemporâneos, (...) o nascimento do Estado assinala o início da era moderna, (...) representa o ponto de passagem da idade primitiva, gradativamente diferenciada em selvagem e bárbara, à idade civil, onde “civil” está ao mesmo tempo para “cidadão” e “civilizado”. ” (Ibid., p. 73.)

¹⁸⁹ FIORAVANTI, Maurizio. **La constitución de los modernos**. Tradución de Manuel Martinez Neira. Trotta, 2001, p. 72

¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado...**, p. 81.

¹⁹¹ Inclusive faz questão de apontar pelo menos dois limites fundamentais: O primeiro vem unido à distinção entre rei e Coroa, com a proibição de mudar as leis que regulam a sucessão do trono e de alienar os bens de propriedade pública. E o segundo, a existência de um direito civil para cuidar dos bens e propriedades dos particulares que não está subordinado ao poder soberano e nem pode ser por sua discricionariedade alterado. (FIORAVANTI, Maurizio. Op. cit., p. 74.)

controle e contrapeso por parte dos outros poderes¹⁹², além da sujeição às leis divinas e naturais.

Eram, para BODIN (e igualmente para HOBBS), prerrogativas exclusivas do poder soberano, então chamado de núcleo duro da soberania: o poder de editar e anular leis; o poder de declarar guerra e de firmar a paz; o poder de decidir em última instância sobre as controvérsias existentes entre os súditos, o poder de nomear magistrados e, finalmente, o poder de impor tributos¹⁹³.

É dele também, a distinção entre regime político e governo. Enquanto no primeiro é definido o titular dos poderes soberanos, conforme uma das três possibilidades: a monarquia quando os poderes soberanos são de titularidade do rei¹⁹⁴; a aristocracia quando esses mesmos poderes são de titularidade de um grupo reduzido e qualificado reunido em assembleia, e a democracia quando tal assembleia tende a expressar a vontade da maioria dos cidadãos. No segundo é determinada a função, junto ao soberano, de todos aqueles que estão dotados de poderes com relevância pública¹⁹⁵.

Desta forma, restou à constituição mista medieval o papel reduzido de organização do governo, sendo suplantada definitivamente, graças à contribuição de HOBBS¹⁹⁶ por uma lei única, fundamental, cuja tarefa era a de preservar a integridade dos poderes soberanos, e que tal integridade, e somente ela, seria primordial para a conservação da ordem política, e por ela fundamental, no sentido de inerente ao fundamento primeiro da convivência civil e política.¹⁹⁷

De posse dos conceitos de soberania e lei fundamental¹⁹⁸, HOBBS identificou o estado de natureza, no qual a liberdade individual era ilimitada, mas geradora de um estado de insegurança, na medida em que os demais também usufruíam da mesma liberdade. Um estado tal que submetia as

¹⁹² Ibid., p. 73-74.

¹⁹³ Ibid., p. 75.

¹⁹⁴ De preferência de BODIN.

¹⁹⁵ FIORAVANTI, Maurizio. Op. cit., p. 76.

¹⁹⁶ Em concreto com seu *O Leviatã*.

¹⁹⁷ FIORAVANTI, Maurizio. Op. cit., p. 79.

¹⁹⁸ Enquanto para BODIN, sem soberania não existe nenhuma esperança de uma ordem política, para HOBBS nenhuma constituição é possível sem soberania. (Id.)

pessoas ao risco constante de ter seus bens à mercê da apreensão violenta de seus pares¹⁹⁹.

Para LISZT, é instintivo que onde haja vida exista uma força que almeje expressar-se livremente, a desenvolver-se e realizar-se sem barreiras.²⁰⁰ E onde haja homens, haja em idêntica medida, desejos, paixões, atitudes, costumes ou estilos, que se entrelaçam em vários pontos, fomentando, inexoravelmente, a desconfiança, a competição e a glória²⁰¹, num permanente estado de guerra. São as relações conflituosas do cotidiano, nas quais a ação de um impõe a omissão do outro.²⁰²

Sob os dispositivos da autorização²⁰³ e da representação, HOBBS inaugurou o poder soberano – Estado, formado artificialmente pela vontade de indivíduos iguais entre si e em estado de natureza, a ceder parte de sua liberdade natural em prol de maior segurança para sua vida e para suas propriedades. Mais que isso, encerrou um período no qual cada um empregava indiscriminadamente a própria força contra todos os demais, dando início a uma nova era, na qual o direito de dispor da coação física caberia, exclusiva e legitimamente, ao soberano.²⁰⁴

Tomando por empréstimo as palavras do autor:

Quando se faz um pacto em que ninguém cumpre imediatamente sua parte, e uns confiam nos outros, na condição de simples natureza, a menor suspeita razoável torna nulo esse pacto. Mas se houver um poder comum situado acima dos contratantes, com direito e força suficiente para impor seu cumprimento, ele não é nulo. Pois aquele que cumpre primeiro não tem nenhuma garantia de que o outro também cumprirá depois, porque os vínculos das palavras são demasiado fracos

¹⁹⁹ Desta guerra de todos os homens contra todos os homens (...) nada pode ser injusto. Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há injustiça. (...) não há propriedade, nem domínio, nem distinção entre o meu e o teu, só pertence a cada homem aquilo que ele é capaz de conservá-lo. (MALMESBURY, Thomas Hobbes. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. [S.l.]: Nova Cultural, [1998?], p. 110.)

²⁰⁰ LISZT, Franz von. **A ideia...**, p. 5-8.

²⁰¹ São segundo HOBBS, as três causas principais da discórdia: a competição, a desconfiança e a glória. A primeira faz os homens atacarem os outros pelo lucro, a segunda, pela segurança, e a terceira, a reputação. (MALMESBURY, Thomas Hobbes. Op. cit., p. 108-109.)

²⁰² LISZT, Franz von. **A ideia...**, p. 5-8.

²⁰³ “Autorizo y concedo el derecho a gobernarme a mi mismo, dando esa autoridad a este hombre o a esta asamblea de hombres, com la condición de que tu también le concedas tu propio derecho de igual manera, y les des esa autoridad en todas sus acciones.” Autorizo y concedo o direito de governar a mim mesmo, dando autoridade a este homem ou a esta assembleia de homens, com a condição de que tu também concedas teu próprio direito de igual maneira, e lhes de essa autoridade em todas as suas ações. (FIORAVANTI, Maurizio. Op. cit., p. 80.)

²⁰⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado...**, p. 81.

para refrear a ambição, a avareza, a cólera e outras paixões dos homens, se não houver o medo de algum poder coercitivo.²⁰⁵

A liberdade civil dos moldes hobbesianos, longe de garantir direitos²⁰⁶, permitia tão-somente a participação do súdito na formação do Estado, concedendo o poder político ao soberano, ao qual devia total obediência e resignação aos limites estabelecidos por uma lei (em sentido próprio, é a palavra daquele que tem direito de mando sobre outros)²⁰⁷ que se impunha sob pena de submissão à contenção forçada.

A liberdade, usualmente chamada de “liberdade negativa”, de fazer (ou não fazer) tudo o que a lei permite ou não proíbe, teria logo a ressalva de HOBBS que a *libertas* consiste no *silentium legis*, ou seja,

(...) como os movimentos e ações dos cidadãos nunca são em sua totalidade regulados por lei, e nem podem ser por causa de sua variedade, por isso há necessariamente uma quase infinidade de atos que não são comandados nem proibidos, e que cada qual pode fazer, livremente. É neles que cada qual goza de liberdade, e é nesse sentido que aqui se toma a liberdade, a saber, como a parte de direito natural que é concebida e deixada aos cidadãos pelas leis civis.²⁰⁸

Com o mecanismo da autorização os indivíduos anteriormente isolados numa multidão sem voz, unem-se por meio da representação, que os promovem à unidade política povo ou sociedade civil em oposição à anterior situação de multidão.

Una multitud de hombres deviene una persona cuando estos hombres son representados por un hombre ou una persona; esto puede hacerse con el consenso de todos y cada uno de los miembros de la multitud en cuestión. Pues es la unidad del representante, y no la unidad de los representados, lo que hace a la persona una; y es el representante quien sustenta a la persona, solo a una persona. Hablando de una multitud, la unidad no puede ser entendida de outra manera.²⁰⁹

²⁰⁵ MALMESBURY, Thomas Hobbes. Op. cit., p. 117-118.

²⁰⁶ “O súdito não pode conservar um direito, porque perante a soberania não há direitos”. (HOBBS, Thomas apud ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo...**, p. 125.)

²⁰⁷ MALMESBURY, Thomas Hobbes. Op. cit., p. 133.

²⁰⁸ HOBBS, Thomas apud BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 50.

²⁰⁹ Uma multidão de homens transforma-se numa pessoa quando estes homens são representados num homem ou pessoa; isto pode fazer-se com o consenso de todos e cada um dos membros da multidão em questão. Pois é a unidade do representante, e não a unidade dos representados, o que faz à pessoa uma; e é o representante quem sustenta à pessoa, só a uma pessoa. Falando de uma multidão, a unidade não pode ser entendida de outra maneira. (FIORAVANTI, Maurizio. Op.cit., p. 81.)

Opor-se ao soberano denotava, na concepção hobbesiana, romper com o contrato, depreciar a representatividade civil e política – que junto com os demais indivíduos fazia parte –, autocondenar-se a condição de multidão e propiciar o retorno ao estado de guerra. Com sua inadmissibilidade ao direito de resistência²¹⁰ ao poder supremo, HOBBS criou o primeiro grande “inimigo” do Estado, que como todos os outros que o sucederam ao longo da história, surgiram e foram legitimados pela emergência ou ameaça à sobrevivência da sociedade organizada.²¹¹

Jonh LOCKE²¹², diversamente de HOBBS, via no direito de resistência à opressão uma manifestação de repúdio ao soberano que não tivesse governado em conformidade às leis naturais²¹³, que para o autor, eram anteriores ao próprio contrato estatal. Ademais, defendia que os indivíduos não poderiam ter cedido, nesta convenção, todos os direitos, mas apenas o necessário para a conservação e o aperfeiçoamento desses direitos.²¹⁴

Mais tarde, Jean-Jacques ROUSSEAU²¹⁵ despertou grande receio em face do poder soberano, que expressamente em sua obra filosófica, foi confiado diretamente ao povo. O projeto rousseuniano fixava assembleias periódicas com o povo soberano, durante as quais o governo poderia ser destituído e a constituição inteira revogada, sendo poupada unicamente a forma de governo recebida.²¹⁶

ROUSSEAU aceitava como único pacto admissível aquele entre os indivíduos, que graças a ele dava vida a um corpo político, ao mesmo povo.

²¹⁰ “Ao problema de legitimidade está estritamente ligado o problema da obrigação política, à base do princípio de que a obediência é devida apenas ao comando do poder legítimo. Onde acaba a obrigação de obedecer às leis (a obediência pode ser ativa ou passiva) começa o direito de resistência (que pode ser, por sua vez, apenas passiva ou também ativa). (...) contra um governo despótico, contra uma potência colonial ou imperialista, contra um sistema econômico ou político considerado injusto e opressivo, o direito de resistência ou de revolução é justificado ora através da referência à vontade popular vilipendiada, e portanto à necessidade de um novo contrato social, ora ao direito natural à autodeterminação que vale não apenas para os indivíduos mas também para os povos, ora à necessidade de abater aquilo que está condenado pela História e de se introduzir no sulco do devenir histórico, que procede inexoravelmente em direção a novas e mais justas formas de sociedade.” (BOBBIO, Norberto. **Estado...**, p. 81.)

²¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo...**, p. 83-125.

²¹² LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²¹³ BOBBIO, Norberto. **Estado...**, p. 90.

²¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo...**, p. 127.

²¹⁵ Cujas obras *O Contrato Social*, foi publicada em 1762.

²¹⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Op.cit.*, p. 82.

Com esse pacto, esses indivíduos trocavam, voluntariamente, a sua liberdade natural, pela liberdade civil, que consistia na garantia de ser governado por uma lei geral, produto da totalidade do corpo soberano, por ele mesmo, livre de qualquer influência ou interesse de caráter pessoal.²¹⁷ A vontade geral, entendida como o consenso da maioria, sobrepujava a vontade individual.

Por isso, o governo que por índole empregava seus esforços contra a soberania e que continuamente estava exposto ao risco de identificar-se com essa vontade particular em constante oposição à vontade geral deveria ser restringido ao máximo. Para tanto, o povo soberano deteria a faculdade de avocar, a qualquer tempo, o que havia delegado parcial e temporariamente aos governantes quando estes se desvirtuassem dos fins recomendados, sem subordinação a leis fundamentais de qualquer espécie ou contratos que de qualquer forma limitassem sua originária e absoluta autoridade.

Fica patente o salto de qualidade que a liberdade civil alcança com LOCKE e ROUSSEAU, em tempos de lutas por direitos que culminaram na Revolução Francesa, permitindo a participação efetiva do povo da edição de leis, seja de forma direta em comunidades menores, ou via Parlamento em comunidades maiores, com o propósito de realização do interesse comum de seus pactuantes (baseado na concretização dos direitos naturais).

É da doutrina de ROUSSEAU que se pode retirar a definição clássica de “liberdade positiva”,

a liberdade no estado civil consiste no fato do homem, enquanto parte do todo social, como membro de *eu comum*, não obedecer a outros e sim a si mesmo, ou ser autônomo no sentido preciso da palavra, no sentido de que dá leis a si mesmo e obedece apenas às leis que ele mesmo se deu: *A obediência às leis que prescrevemos para nós é a liberdade.*²¹⁸ (grifos do autor)

Todavia, como se tratava de um pacto sinalagmático (em que as partes contratantes têm obrigações recíprocas) uma ofensa dirigida ao corpo social ou parte dele, autorizava uma pronta reação. Deste modo, a pena que o corpo político, atacado por um ato ilícito, designaria ao ofensor seria de

²¹⁷ Ibid., p. 83.

²¹⁸ BOBBIO, Norberto. **Igualdade...**, p. 51-52.

competência sempre do todo (corpo político). “O *direito de punir* encontra aí sua justificação e fundamento.”²¹⁹ (grifos do autor)

Assim como HOBBS, ROUSSEAU não conseguiu delimitar o poder soberano, nem mesmo diante de uma constituição, que para ele estaria intrínseca à soberania. Para ROUSSEAU permanece verdadeira a afirmação de HOBBS: que a única lei fundamental é a que obriga a preservação da integridade do poder soberano, que agora, no limiar da Revolução, de maneira, todavia mais clara e transparente, se manifesta na forma de lei geral e abstrata, em si produtora de igualdade.

É fato que o conceito de constituição ocupa um espaço bem reduzido em sua obra. Atenta apenas ao conjunto de instituições governamentais que auxiliariam o soberano na tarefa de executar a lei.²²⁰

2.2 A LIBERDADE E O ESTADO DE DIREITO

É precisamente com o intento de demarcar a extensão do poder soberano, estando este nas mãos de um príncipe, de uma assembleia ou do povo, que são editadas as legislações, numa crença que privilegia a suposta frieza de um governo de leis às paixões de um governo de homens. Afinal, “O Direito é a ordenação da sociedade organizada em Estado, que se manifesta em um sistema de normas coercitivas que unem os particulares em uma comunidade e que garantem a consecução de fins comuns.”²²¹

Estava posto o dilema: seria crível pensar que leis estabelecidas com total exclusividade pelo poder soberano teriam o condão de conter o próprio poder criador? Não, certamente não. E o próprio idealizador da soberania, BODIN, já havia previsto a submissão do poder soberano, não às leis positivas, por ele mesmo elaboradas, mas por uma lei maior, proveniente de Deus ou da natureza.

²¹⁹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 231.

²²⁰ FIORAVANTI, Maurizio. Op. cit., 84.

²²¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo; Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 4. ed. melhor. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 163.

Na realidade, as restrições ao poder estatal pretendiam dissuadi-lo do despotismo e da tirania²²², onde a sorte dos homens podia ser decidida sem nenhum critério; e não havia como se opor à morte ou a outras imposições²²³. O Estado, afastado da visão romântica de ROUSSEAU, passou a ser compreendido como um ente regulador e repressor (à semelhança do Leviatã, de HOBBS), cujo poder precisava ser limitado.²²⁴

A contenção ao absolutismo se deu sobre duas frentes distintas, embora complementares: na divisão dos trabalhos entre centros distintos de poder, com funções típicas e coordenadas numa estrutura de freios e contrapesos, delineada por MONTESQUIEU – “para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.”²²⁵, e na concretização dos direitos fundamentais do homem e do cidadão, prolatados, como direitos pessoais, na Magna Carta de 1225, na Declaração de Direitos²²⁶ (*Bill of Rights*) dos Estados americanos e nas Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão enunciadas na França em 1789.

Enfim, surgia o Estado de Direito, para a garantia dos direitos dos cidadãos, onde se estabelecia juridicamente a divisão do poder e no qual o respeito pela legalidade se elevava a critério de ação dos governantes.²²⁷ Próprio do Estado Liberal burguês, impulsionado pela ideologia²²⁸ da “liberdade

²²² Para Bodin, “tirano é aquele que pretende tomar livremente os bens de seus súditos.”

²²³ MANZINI COVRE, Maria de Lourdes. **O que é cidadania**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 21.

²²⁴ GIACOIA, Gilberto. O poder disciplinar e a lei: um exemplo e uma interpretação. In **Argumenta**: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI / Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. v. 1, n. 1 – Jacarezinho, 2001, p. 11-23.

²²⁵ MONTESQUIEU apud BOBBIO, Norberto. **Estado...**, p. 100.

²²⁶ Proclamada em 12 de junho de 1776, por ocasião da Declaração da independência das 13 ex-colônias da Inglaterra na América do Norte, consagrando os direitos de liberdade, autonomia, proteção da vida, igualdade, propriedade, livre atividade econômica, liberdade de religião e de imprensa e a proteção contra a repressão penal. DEMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27.

²²⁷ MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro; Forense, 2007, p.46.

²²⁸ “No sentido mais amplo, pode-se compreender a ideologia como uma concepção de mundo, expressão cultural de uma época cujo interior pode ser formado por muitos veios, mesmo contraditórios – se considerarmos que a ideologia é a expressão do embate entre várias formas de pensar e agir dos grupos que formam a sociedade.” (MANZINI COVRE, Maria de Lourdes. Op. cit., p. 24.)

formal” e não pela “liberdade efetiva” (material) imaginada pela totalidade dos governados (incluindo os não burgueses).

A percepção de direitos humanos deflagrada pela revolução burguesa que ecoava, a princípio, as vozes de todo o terceiro estado (fabricantes, trabalhadores, comerciantes, camponeses, artesãos, povo), em oposição à sociedade feudal, resultou em conceitos e práticas díspares. Enquanto o povo concebia esses direitos extensivos a proprietários e a não-proprietários, a burguesia, não mais revolucionária, não mais integrante do terceiro estado e agora no poder, vinculava os direitos humanos somente àqueles detentores dos meios de produção²²⁹.

Philip PETTIT buscou explicar essa nítida disparidade entre o direito à liberdade anunciado pelo Estado e o pleiteado pelo povo,

a liberdade formal como não-interferência requer a ausência do fator – interferência²³⁰ – que compromete, inerentemente, tal liberdade. A liberdade efetiva como não-interferência também requer a ausência de fatores não-comprometedores – digamos, obstáculos naturais – que condicionam até que ponto as pessoas podem fazer escolhas bem sucedidas; isto requer não somente uma capacidade para agir, sem interferência, mas, também, um ambiente de oportunidades no qual exista um amplo escopo para o exercício dessa capacidade.²³¹

Seria ainda pior, pois a proposta de “liberdade formal” dos moldes da “não-interferência” estatal nas vidas e atitudes das pessoas, e de igualdade de todos perante a lei, mostrou-se demasiadamente tímida e carente de mecanismos eficazes para a concretização de todos os direitos. Na verdade, o discurso liberal passava a falsa impressão de inutilidade do direito de resistência diante da perfeição do Estado de Direito, onde as injustiças tinham ficado no passado.

O abuso, segundo PETTIT, consistia em avaliar igualmente as duas formas de interferência, a “não-arbitrária” – destinada a perseguir os interesses assumidos pelo interferido, e a “arbitrária”. A “interferência não-arbitrária” não compromete a liberdade, mas abre caminho para a “interferência arbitrária”.

²²⁹ Id.

²³⁰ Mas o que é, exatamente, interferência? Há interferência de algumas pessoas na vida de outras na medida em que elas, intencionalmente ou quase-intencionalmente, dificultam a escolha da outra por meio de algumas das seguintes iniciativas: removendo uma opção, aumentando os custos ligados a uma opção, negando à pessoa o conhecimento das opções disponíveis ou dos custos associados. (PETTIT, Philip. **Teoria da liberdade**. Trad. Renato Sérgio Pupo Maciel. Coord. e superv. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 183.)

²³¹ Id.

Uma possibilidade que pode não se materializar, mas que efetivamente coloca todos os interferidos em estado de vulnerabilidade e subordinação²³². É o que PETTIT chama de domínio²³³ – uma situação eterna de autoinibição diante da censura iminente.

Não é por outra razão que algumas fórmulas de cidadania mantêm o seu caráter universal e outras mais o caráter de ministrar a dominação. Uma espécie de cidadania atrelada à propriedade remete à cidadania mais formal, a que serve à dominação. Num tipo de cidadania efetiva, os direitos são extensivos, quantitativamente e qualitativamente, a todos²³⁴.

Um choque que persiste até nossos dias entre o Estado de Direito e o Estado de Polícia. Para ZAFFARONI, “o modelo ideal do Estado de Direito, no qual todos estão submetidos da mesma forma perante a lei, embora seja indispensável como farol do poder jurídico, não é nada além de um elemento orientador para o aperfeiçoamento dos Estados de Direito históricos ou reais, mas que nunca se realizam plenamente no mundo.”²³⁵ Portanto, o direito de protesto deve estar sempre à disposição dos indivíduos como instrumento de luta contra as arbitrariedades de quem está no comando.

O Estado de Polícia se manifesta na ânsia dos comandantes do poder pelo retorno ao Estado absoluto e só pode ser contido por um Estado de Direito, na medida em que este se torne o mais próximo possível do ideal. Tomando como ideal a total abolição do próprio poder punitivo estatal.²³⁶

No mundo real, a igualdade é relacional, funciona para os homens com semelhante potencialidade, seja por seus bens, força de trabalho, conhecimento tecnológico, instrução, enfim aos afortunados que podem oferecer ao Estado, então, capitalista, alguma serventia. Os demais, tratados como inimigos, são entregues ao Estado de Polícia para selecioná-los, usá-los como reafirmação do poder dominante, neutralizá-los e trancafiá-los entre os muros do esquecimento.

²³² Ibid., p. 180-191.

²³³ “A pessoa vive sob o poder ou o domínio dos outros, eles ocupam a posição de *dominus* na sua vida, e na medida em que a pessoa está submetida a uma dominação desse tipo, é de se esperar que essa dominação censure e iniba o que ela faz de maneira tal que o efeito resultante sobre seu comportamento, será exatamente tão forte quanto o efeito que qualquer interferência ativa poderia ter alcançado.” (Ibid., p. 190.)

²³⁴ MANZINI COVRE, Maria de Lourdes. Op. cit., p. 25.

²³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo...**, p. 169.

²³⁶ Ibid., p. 170.

Afirma ZAFFARONI que “o verdadeiro inimigo do direito penal é o Estado de polícia, que, por sua essência, não pode deixar de buscar o absolutismo.”²³⁷ No âmbito penal, sobreleva a eterna política estatal de caça às bruxas, a individualização de um inimigo pontual do Estado. O sistema penal é o campo preferido das pulsões do Estado de Polícia e onde o Estado de Direito se mostra mais frágil. Portanto, quanto mais mecanismos o poder punitivo tiver nos ordenamentos, maior será o espaço de arbítrio seletivo das agências de criminalização secundária e menores serão os controles e contenções do poder jurídico a seu respeito.²³⁸

Concomitantemente ao Estado de Direito, o constitucionalismo potencializou ainda mais à submissão do poder à lei, entretanto devendo ser vinculada a uma lei maior, que garantisse os direitos fundamentais e delineasse toda a estrutura política do Estado. As revoluções do final do século XVIII, primeiro a americana e depois a francesa, conceberam o marco histórico do constitucionalismo²³⁹, porque colocaram em primeiro plano um novo conceito e uma nova prática dedicados a discutir a tensão entre soberania popular e tradição constitucionalista.²⁴⁰

Trata-se do poder constituinte, assinalado como ponto em que as contrapostas tradições, a da constituição e a da soberania, tenderam a convergir e a se relacionar. Exercido pelos colonos norte-americanos, primeiro em 1776, a fim de declarar sua independência da Inglaterra e, mais tarde, com a finalidade de dar eficácia às constituições estaduais e à Constituição Federal de 1787. E pelos franceses, em 1789, como instrumento capaz de destruir as instituições do antigo regime e gerar uma nova forma política.²⁴¹ Enquanto nos Estados Unidos a constituição surgia com o principal objetivo de garantir a “liberdade individual” em face de todos os poderes estatais, ou seja, também em face do legislador ordinário, porque os colonos do outro lado do Atlântico, não se sentiam devidamente representados no distante Parlamento inglês, que embora democraticamente legitimado poderia criar normas que prejudicassem

²³⁷ Ibid., p. 175.

²³⁸ Ibid., p. 170.

²³⁹ O constitucionalismo é o conjunto de doutrinas que aproximadamente a partir da metade do século XVII se dedicaram a recuperar o horizonte da constituição dos modernos no aspecto do limite e da garantia. (FIORAVANTI, Maurizio. Op.cit., p. 85.)

²⁴⁰ Ibid., p. 103.

²⁴¹ Id.

as minorias.²⁴² Na França, a constituição transferia ao Parlamento, composto majoritariamente por membros da burguesia, a legitimidade da soberania nacional, motivada pela desconfiança dos aparatos da Administração e da Justiça, dominados pelos emissários e pela mentalidade do *ancien regime*.²⁴³

Nesses diferentes contextos, os direitos fundamentais foram reconhecidos e postos em destaque nas respectivas constituições. Contudo, a versão norte-americana contou com um avanço extraordinário em 1803, quando a Suprema Corte daquele país consolidou a superioridade da Constituição Federal (no emblemático caso *Marbury vs. Madison*), diante das demais legislações, elevando também os direitos fundamentais ao topo do ordenamento jurídico.

Com essa paradigmática decisão, os juízes norte-americanos assumiram a importante função de guardiões da supremacia constitucional, ou seja, de declarar a inconstitucionalidade de leis votadas pela maioria dos representantes do povo, cerceando, incontestavelmente, o poder soberano em prol dos direitos individuais das minorias. Todavia, tal tarefa exigiria decisões fartamente fundamentadas por parte dos juízes a justificar a recusa à vontade popular. O controle de suposta arbitrariedade do legislativo não poderia fundar-se em arbitrariedade agora do judiciário. Ao contrário, deveria pautar-se em critérios racionais, estabelecidos por uma dogmática dos direitos fundamentais.

No caso francês, tendo como ponto alto o princípio da legalidade, positivado na Constituição de 1795, garantia a submissão de todas as decisões dos demais poderes à lei e depositava nas mãos do legislador a autoridade definitiva de tutela e harmonização dos direitos fundamentais.²⁴⁴

A constituição representa um reforço à eterna busca por uma liberdade mais efetiva e concretizadora de direitos. Para MANZINI COVRE, “um documento que limita o poder dos governantes e condensa a ideia dos direitos e da cidadania, em um único instrumento não violento para a segurança dos cidadãos, que não podem ser tratados arbitrariamente.”²⁴⁵ E completa,

²⁴² DEMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 29.

²⁴³ *Ibid.*, p. 31.

²⁴⁴ *Id.*

²⁴⁵ MANZINI COVRE, Maria de Lourdes. *Op. cit.*, p. 18.

“constituição violada significa cair na tirania e no arbítrio dos que têm o poder econômico e/ou político.”²⁴⁶

Jorge MIRANDA, numa perfeita contextualização de tudo que foi apresentado até aqui, sublinha que

as Constituições escritas reforçam a institucionalização jurídica do poder político; a soberania nacional, una e indivisível, a sua unidade; o povo como conjunto de cidadãos iguais em direitos e deveres e sua imediatividade. Em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela coletividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez de súditos, cidadãos, atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis.”²⁴⁷

2.2.1 Direitos Fundamentais e Democracia

Os direitos humanos²⁴⁸ após a formação do Estado foram sendo, paulatinamente, positivados. Primeiro com a Declaração de Direitos da Virgínia e, em seguida, pela Declaração Francesa. A partir de então, foram se propagando pelas Constituições dos diversos países ao redor do mundo.

Com a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948 (após as atrocidades cometidas na 2ª Guerra Mundial), assumiram caráter internacional, sendo reafirmados nos artigos iniciais do documento:

1º Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

2º Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

No âmbito interno, a Constituição Federal de 1988 reproduziu o

²⁴⁶ Id.

²⁴⁷ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p.45.

²⁴⁸ A expressão *direitos humanos* guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional. Não é sinônimo de *direitos naturais*, embora historicamente, os *direitos humanos* (internacionais) e *fundamentais* (constitucionais) encerram no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de *direitos naturais* do homem, de dimensão pré-estatal. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 36.)

processo de generalização dos direitos humanos, explícito em título próprio, destinado às garantias e direitos fundamentais – art. 5º, caput: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, além de fixar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental a nortear toda a legislação infraconstitucional.

Assumindo, então, a categoria de direitos fundamentais como “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.”²⁴⁹

Essa definição elaborada por Dimitri DIMOULIS implica em três pressupostos essenciais para a identificação de um direito fundamental:²⁵⁰

1º) Estado e pessoa, como sujeitos contrapostos da relação; Estado, como razão primeira da proficuidade dos direitos fundamentais de conter o poder arbitrário estatal frente à pessoa, cuja autonomia é garantida constitucionalmente ao referenciá-la como “sujeito de direito”.²⁵¹

2º) posição de supremacia constitucional perante o ordenamento jurídico; toda lei, mesmo resultante da maioria no poder, supostamente democrática, como os atos da Administração e do Poder Judiciário, devem estar em total consonância com os ditames e princípios constitucionais, e, por conseguinte, com os direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade seja formal ou material.²⁵²

3º) finalidade de contenção do poder político-estatal frente à liberdade individual. Estando os direitos fundamentais inseridos no texto constitucional, estes permitem que o indivíduo delimite seu espaço de atuação livre de interferência estatal, ao mesmo tempo, que passa a impor normas ao Estado, que evitem restrições desarrazoadas na esfera de sua liberdade.²⁵³

Perfila-se deste modo a tensão/atração irrefutável entre o Estado de Direito (direitos fundamentais) e a democracia. O primeiro, no sentido, de “igual

²⁴⁹ DEMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op.cit., p. 54.

²⁵⁰ Ibid., p. 25.

²⁵¹ Id.

²⁵² NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contra majoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 82.

²⁵³ DEMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 26.

liberdade pessoal”, e o segundo de “igual liberdade política”²⁵⁴. Não obstante, a hipotética contrariedade entre os princípios da dignidade da pessoa humana, sustentáculo do moderno Estado de Direito, e o princípio democrático, base do sistema político, a existência de um depende reciprocamente da existência do outro. Do mesmo modo que o excesso de um pode comprometer a integridade do outro. Ou seja, ambos são imprescindíveis para a cidadania, mas desde que trabalhem em perfeita harmonia/contenção.

Uma democracia alheia aos direitos fundamentais fica completamente sem expressão, porque os indivíduos carentes de direitos provedores de sua liberdade de escolha são apenas números, vozes silenciosas ou pior, reprodutoras de falas que não lhes pertencem e que por vezes, legitimam decisões despropositadas e contrárias às suas próprias convicções e anseios. E por outro lado, a ausência de democracia – fundamentada pelo sufrágio livre, universal e o princípio da maioria²⁵⁵, priva o poder político da legitimidade que o autoriza à intervenção social de promoção das condições fáticas da liberdade individual.²⁵⁶

No entanto, fica a ressalva que para a democracia significar um instrumento de liberdade deve cercar-se de alguns cuidados. “O desconhecimento da lei implica negar a base do Estado de Direito, porque esvazia todo o sentido do princípio democrático: a democracia só tem sentido quando se pressupõe que os seres humanos são entes capazes de decidir.”²⁵⁷

Ademais, há também inexoravelmente pontos conflitantes entre a democracia e os direitos fundamentais na medida em que a democracia representativa não é a melhor forma democrática, mas a possível. É bom lembrar que um

²⁵⁴ Definida por KEISEN como a conformidade entre a vontade individual e a vontade coletiva expressa na ordem social. Consequentemente é o princípio da maioria que assegura o mais alto grau possível de liberdade política em uma sociedade. (KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 179.)

²⁵⁵ O princípio da maioria, a máxima aproximação possível à ideia de liberdade na realidade política, pressupõe como condição essencial, o princípio da igualdade. Pois, o ponto de vista segundo o qual, na sociedade, o grau de liberdade é proporcional ao número de indivíduos livres implica que todos os indivíduos têm o mesmo valor político e todos a mesma pretensão à liberdade, isto é, a mesma pretensão de que a vontade coletiva esteja em conformidade com sua vontade individual. (Id.)

²⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 81.

²⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA Nilo; ALAGIA Alejandro; SLOKAR Alejandro. Op. cit., p. 248.

governo representativo significa a forma de governo em que se opera uma dissociação entre a titularidade e o exercício de poder – aquela radicada no povo, na nação (no sentido revolucionário) ou na coletividade, e este conferido a governantes eleitos ou considerados representativos da coletividade (de toda a coletividade, e não de estratos ou grupos como no Estado estamental). E é uma forma de governo nova em confronto com a monarquia, com a república aristocrática e com a democracia direta, em que inexistia tal dissociação.²⁵⁸

Na democracia indireta e parlamentar, a vontade geral diretiva é formada por uma maioria de parlamentares, eleitos pela maioria dos titulares dos direitos políticos como seus representantes (via mandato). Com efeito, o postulado do autogoverno fica bastante enfraquecido, já que não há como atender todos os anseios individuais, nem concretizar todas as ideias. A democracia requer relativismos em prol da coletividade. E sob esta ótica, a liberdade política fica reduzida a um simples direito de voto²⁵⁹, em contrapartida à obediência irrestrita de todos, inclusive as minorias, à ordem social.

Atento a este desconforto, ficou famosa a constatação de Stuart MILL repetida na introdução ao *Essay on Liberty*, de que

as expressões como ‘autogoverno’ e poder do povo sobre si mesmo não expressavam o verdadeiro estado das coisas. O povo que exerce o poder nem sempre coincide com aqueles sobre os quais este último é exercido; e o autogoverno do qual se fala não é o governo de cada um sobre si mesmo, mas o governo de todos os outros sobre cada um.²⁶⁰

Inadvertidamente a redução do autogoverno à representação não é o único problema. A democracia deve preocupar-se com a qualidade dos indivíduos que a compõem, principalmente em países de *déficits* de cidadania assombrosos, como o Brasil, suportada por um povo ainda muito aquém da qualificação exigida para se obter uma vontade geral genuína e responsável. Nas palavras de Paulo Ferreira CUNHA, “a política (e os saberes sobre ela) não deve centrar-se no Estado, mas no Cidadão. O Estado, o Império, a Polis, qualquer forma política, deve estar ao serviço das Pessoas, e não ao contrário.”²⁶¹

²⁵⁸ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 46.

²⁵⁹ KELSEN, Hans. Op. cit., p. 43.

²⁶⁰ MILL Stuart apud BOBBIO, Norberto. **Teoria...**, p. 270.

²⁶¹ CUNHA, Paulo Ferreira. Crise do Direito e do Estado e Educação para os Direitos Humanos. In : CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 123.

A participação dos cidadãos deve ser aperfeiçoada em todos os níveis, desde o próprio desenvolvimento do indivíduo como pessoa, por intermédio da educação, informação, até a expansão de seu exercício a todos os relacionamentos e ambientes sociais, atualmente muito concentrada nos pleitos eleitorais. Para BOBBIO, o desenvolvimento democrático de um país deve ser medido, não mais pela quantidade de indivíduos com direito ao voto (já que poucos ficam fora desse número), mas pelas oportunidades do voto, da escolha e da opinião, fora das tradicionais instâncias políticas. “Quem deseja dar um juízo sobre o desenvolvimento da democracia num dado país deve pôr-se não mais a perguntar *Quem vota*, mas *Onde se vota*”.²⁶² (grifos do autor)

Outra questão ligada ao regime democrático que merece atenção é a impropriedade dicotomia entre democracia formal – referente à forma de governo e democracia substancial – como conteúdo desta forma. O que se tem de concreto é a possibilidade dos indivíduos livres e iguais construírem, a seu modo, um ordenamento que pretendem respeitar. O que não se confunde com a conquista automática de direitos. Será a democracia mais realizadora de direitos, elevando o nível de cidadania de seus concidadãos ou ao contrário, fomentadora de maior repressão, restringindo e até abolindo direitos, na exata medida de seu amadurecimento e sua maior proximidade ao ideal democrático. Para BOBBIO, “uma democracia perfeita deveria ser ao mesmo tempo formal e substancial. Mas um regime deste gênero pertence, até agora, ao gênero dos futuríveis.”²⁶³

O propósito da democracia, segundo KELSEN, não é a eficiência do governo, incluindo a melhora da vida de seus cidadãos – traduzido na promessa, então, de igualdade material, e sim a promoção da máxima liberdade política. Isto fica claramente evidenciado pelo fato da igualdade material – e não a igualdade política formal – poder ser realizada tão bem ou talvez melhor em regimes ditatoriais, autocráticos, do que em um regime democrático.

Experimentadas as imperfeições da democracia e a probabilidade de sujeição das minorias mais débeis (fruto das sociedades heterogêneas) ao poder exacerbado das majorias, nada melhor do que lançar mão dos mesmos

²⁶² BOBBIO, Norberto. **Estado...**, p. 157.

²⁶³ *Ibid.*, p. 158.

direitos fundamentais de outrora. Não como aliados em prol dos sucessos, mas agora como opositores dos fracassos. Para tanto, há um núcleo blindado de direitos e liberdades fundamentais que funcionam como obstáculos aos abusos da soberania popular. Em outras palavras, qualquer dispositivo legal que ponha em risco esse núcleo de direitos fundamentais requer a aprovação de uma maioria qualificada (3/5 dos votos), isto é, impõe um acordo entre a maioria e a minoria. Se na origem o princípio da maioria absoluta (1/2+1) correspondia mais à ideia democrática em vias de realização, nos dias de hoje se percebe que o princípio da maioria qualificada, em determinadas circunstâncias, pode constituir uma aproximação ainda maior da ideia de liberdade, imprimindo certa tendência à unanimidade na formação da vontade geral.²⁶⁴

Nada impede entretanto, e existem vários mecanismos com essa finalidade, que uma minoria mesmo derrotada no Parlamento vá, *a posteriori*, à Justiça Constitucional, pleitear a vitória sobre a maioria democraticamente eleita, como legítima contestação institucional ao princípio da maioria.²⁶⁵ Com mais razão, diante do quadro espantoso de proliferação inflacionária de leis penais, guiadas pela comunicação midiática e sensacionalista, num movimento avesso às garantias constitucionais. É o Estado de Polícia avançando novamente em direção ao Estado de Direito, agora sob as rédeas do senso comum ignorante e manobrado pelo medo. Não demonstra qualquer interesse em descobrir a essência dos conflitos que afligem a sociedade brasileira, marcada pela diversidade de castas, massas e coletividades corporativas.²⁶⁶ Prefere a austeridade, à compreensão.

Essa admissível resistência à (má) democracia tem como pano de fundo a intransponível subordinação da vontade da maioria à Constituição e aos direitos fundamentais. Não obstante ser, na sua procedência histórica ou na sua reconstrução teórica, a racionalidade do pacto social instituidor do Estado de Direito em que repousa o Estado Constitucional e donde derivam as

²⁶⁴ KELSEN, Hans. Op. cit., p. 68.

²⁶⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 82.

²⁶⁶ GIACOIA, Gilberto. O poder disciplinar e a lei: um exemplo e uma interpretação. In **Argumenta**: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI / Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n. 6 – Jacarezinho, 2006, p. 96-106, p. 105.

instituições contramajoritárias, está intrínseca à salvaguarda dos direitos do homem e sua garantia enquanto direitos fundamentais.²⁶⁷

Dito de outro modo, na medida em que o Estado Constitucional só existe e se fortalece por intermédio de um processo político dependente do conteúdo formal e material da Constituição, a existência de mecanismos contramajoritários passa a fazer parte da própria concepção de Estado Democrático, uma vez que a Constituição assenta sua condição de possibilidade exatamente nas cláusulas que possam impedir a vontade geral de, a cada dia, rousseauianamente, estabelecer sua nova vontade.²⁶⁸

Finalmente o ideal político de “liberdade como não-dominação” ou ideal republicano, se caracteriza pela identificação do conceito de “interferência” somente com a “interferência arbitrária”. A interferência não-arbitrária não existe, pois deixa de ser interferência. E se a dominação é a possibilidade da interferência, logo o ideal de não-dominação proíbe a interferência arbitrária – “uma pessoa goza de não-dominação, na medida em que ela não se expõe a um poder arbitrário de interferência por parte dos outros.”²⁶⁹

A viabilidade do ideal político de liberdade como não-dominação passa por uma Constituição construída politicamente de modo a restringir ao máximo os poderes de interferência arbitrária e comprometida com os interesses comuns assumidos pelas pessoas. E ainda, um Estado que reconheça e respeite o controle discursivo de seus cidadãos, entendido como a invulnerabilidade à possibilidade de ser silenciado, ignorado, recusado a ser ouvido ou de ser negada a palavra final nas próprias respostas²⁷⁰.

2.2.2 Novo Constitucionalismo

A partir da exposição cronológica dos fatos desde a formação do Estado até o constitucionalismo, apresentada nesta dissertação, é seguro afirmar que as velhas constituições foram delineadas, sobretudo, por uma parte

²⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 83.

²⁶⁸ STRECK, Lênio Luiz. Reflexões hermenêuticas acerca do papel (dirigente) da constituição do Brasil e os (velhos) obstáculos à concretização dos direitos fundamentais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 387.

²⁶⁹ PETTIT, Philip. Op. cit., p. 182-198.

²⁷⁰ Ibid., p. 194-195.

ínfima da sociedade, circunscrita num universo de homens, brancos e proprietários, dotados de identidade. Não foram, obviamente, preparadas para proteger todos os povos, porque estes não faziam parte de suas preocupações ou anseios.

As Cartas Magnas tradicionais refletiam exatamente o poder constituinte da época, baseadas em noções imperialistas de superioridade dos colonizadores sobre povos nativos, dos homens sobre as mulheres, dos proprietários sobre os proletários, dos brancos sobre os negros, dos dominantes sobre os dominados.²⁷¹

Nesse novel cenário, a polêmica se volta à legitimidade constitucional, provedora de um constituir da sociedade. Ou seja, no velho constitucionalismo formal, o direito assumia um papel coadjuvante – de ordenação. Agora, represtigiado, ostenta o papel principal, o protagonista da transformação social. “É para este salto paradigmático que deve estar atento o jurista.”²⁷²

A gênese do novo constitucionalismo é a diversidade, em perfeita correlação com a amplitude dos protagonistas dos processos legislativos democráticos, apesar dos problemas (já citados neste trabalho) que ainda obstruem a melhor democracia. A extensão paulatina dos direitos políticos às mulheres²⁷³, aos pobres, aos povos indígenas e demais minorias anteriormente silenciosas, repercutiu imediatamente em lutas inflamadas por direitos.

Afirma Lênio STRECK que “nesta quadra da história, os textos constitucionais – mais do que fundamento de validade (superior) do ordenamento – passam a consubstanciar a própria atividade político-estatal, a

²⁷¹ HUDSON, Barbara. Op. cit., p. 17.

²⁷² STRECK, Lênio Luiz. Op. cit., p. 386.

²⁷³ Nova Zelândia foi o primeiro país no mundo a reconhecer o direito de votar às mulheres, em 1893. Até mesmo na Europa, continente que viu nascer a democracia, só veio a ocorrer após a Primeira Guerra Mundial, quando se acelerou essa concessão às mulheres nos países da Europa e também em outras nações do mundo. Entre 1914 e 1939, foram mais de vinte e oito países que consagraram o direito de voto feminino. Nos Estados Unidos, o sufrágio universal se deu em 1920, enquanto no Reino Unido só em 1928. A própria França, ironicamente, apenas em 1944 passou a incluir as mulheres nesse “universo de igualdade”. Dez anos depois, foram os países que obtiveram a independência após a Segunda Guerra Mundial que garantiram direitos iguais de voto para homens e mulheres nas suas constituições. Mas a Suíça, país tido como um dos mais liberais, só em 1971 autorizou o voto pleno a elas. No Brasil, em 1932, o Governo Vargas garantiu o direito de voto às mulheres casadas, desde que autorizadas pelos maridos, e a algumas não casadas, mas que tivessem renda própria. Somente com a Assembleia Nacional Constituinte de 1934, foi assegurado o pleno direito de votar às cidadãs brasileiras. (Disponível em: <<http://aipaf.blogspot.com/2006/11/voto-da-mulher.html>> Acesso em: 02 jul.2009.)

partir do estabelecimento dos direitos fundamentais/sociais e dos mecanismos para a sua concretização.”²⁷⁴

Militante desse movimento emergente a favor da igualdade – não a igualdade retórica, idealista, inatingível –, mas a igualdade real, que torna A tão educado quanto B; C tão saudável quanto D; E tão eloquente quanto F; e A tão titular de direitos como B, C, D, E, F e muitos mais...; HUDSON propõe que as novas constituições sejam reformuladas ou reinterpretadas de acordo com três princípios norteadores desse processo, o discursivo, o relacional e o reflexivo, principalmente quando o assunto é justiça criminal²⁷⁵.

O princípio discursivo deve promover o acesso de minorias, até então marginalizadas, aos ambientes democráticos, estimulando sempre o diálogo, a manifestação, o enfrentamento e a efetiva participação. Desde reuniões de bairro, conselhos de classe, audiências públicas, conciliações, mediações, até mesmo diante de um juiz togado, permitindo a interação entre as partes, numa aprendizagem cotidiana de desenvoltura verbal, reivindicação e política.

O espaço discursivo restrito, tradicionalmente, a um contingente elitizado, fundadores do Estado e do ordenamento jurídico, ditou um padrão axiológico, linguístico e comportamental, vigente – com raras exceções – até hoje. Não contempla a heterogeneidade das sociedades complexas atuais, mas as subordina coercitivamente. Só a democracia conjugada aos direitos fundamentais pode mudar este estado de coisas, pondo em marcha o desenvolvimento como liberdade.

O Estado de Direito, os direitos fundamentais e a democracia se condicionam reciprocamente e necessitam uns dos outros. Nenhuma democracia funciona sem *State of Law* e sem garantias de liberdade eficazes. Isto vale, seguramente, para a democracia baseada na participação da sociedade civil. O Estado de Direito baseia-se por sua vez, nos direitos de liberdade; e, reciprocamente, essas garantias materiais requerem a existência de devido processo, de acordo com o Estado de Direito, para que possam ser aplicados em caso de conflito.²⁷⁶

O princípio relacional diz respeito ao posicionamento que o legislador/julgador deve ocupar diante de um indivíduo, tomando como base, o

²⁷⁴ STRECK, Lênio Luiz. Op. cit., p. 386.

²⁷⁵ HUDSON, Barbara. Op. cit., p. 13-16.

²⁷⁶ MÜLLER, Friedrich. Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 50-51.

seu relacionamento com os demais indivíduos, a fim de comparar as “capacidades relativas”²⁷⁷ entre as diferentes pessoas e perceber a inferioridade, seja de que ordem for, de uma em relação à outra. São evidenciadas, com esse método, situações de vulnerabilidade (usando o termo de ZAFFARONI), ou de desvantagem sistêmica (preferindo a denominação de HUDSON) que podem indicar um tratamento legal também diferenciado, na busca pelo equilíbrio, pela proporcionalidade.

“Os direitos de igualdade, de garantia contra a punição quando o crime decorre de uma falta de escolha (mais do que uma disposição criminosa) são fundamentais. Tornar tais direitos e garantias reais e disponíveis para todos os grupos numa sociedade dividida”²⁷⁸ reclama periódicos diálogos constitucionais. Nesse caso os princípios discursivo e relacional são complementares. Este pontua a questão do desequilíbrio relacional e aquele põe em discussão constitucional.

E o princípio reflexivo recomenda a abertura processual aos membros da sociedade que possam, de alguma maneira, iluminar a reflexão, na exata noção de que quem está do lado de fora do problema, vê soluções que os diretamente afetados, jamais enxergariam. “A justiça reflexiva conclama que o julgamento deva ser exercitado não apenas em relação aos códigos e precedentes, mas também em relação que os teóricos algumas vezes denominam de “horizontes de justiça”.”²⁷⁹ HUDSON relata que no Canadá esta experiência – *Cortes de Glaude*²⁸⁰ – tem aprimorado a prestação jurisdicional, principalmente nos casos penais.

No Brasil, o instituto que guarda muita semelhança ao canadense, é chamado *amicus curiae*, expressão latina que significa amigo da Corte, representado por uma pessoa, órgão ou entidade interessada na causa em pauta no tribunal, embora alheia à relação jurídica. Busca enriquecer a disputa

²⁷⁷ HUDSON, Barbara. Op. cit., p. 14.

²⁷⁸ Ibid., p. 27.

²⁷⁹ Ibid., p. 16.

²⁸⁰ “O nome decorre do caso *GLAUDE*, de 1999, quando os Ministros reconheceram que eles tinham pouco conhecimento das circunstâncias de vida de aborígenes que viviam em cidades além dos territórios dos ‘povos da Primeira Nação’, e que conheciam muito pouco acerca das espécies de pena que poderiam encorajá-los a adotar uma vida livre do crime. Nesses casos, em que os aborígenes são réus, são preparados relatórios às Cortes e apresentados por grupos comunitários aborígenes, e não por funcionários ‘de carreira’ do patronato judiciário (*probation officers*)”. (Ibid., p. 25.)

com conhecimentos específicos e suporte fático sobre matéria complexa e inusitada, elucidando pontos obscuros e dirimindo possíveis dúvidas multidisciplinares a orientar a tomada de decisão dos julgadores.

O instrumento jurídico do *amicus curiae*²⁸¹ ou *amicus brief* (documento do amigo)²⁸² foi introduzido pela Suprema Corte norteamericana no início do século XX com o intuito de resguardar direitos coletivos de individualizados grupos de pessoas ou direitos difusos da comunidade em geral. A partir dele, permitia-se trazer ao processo, opiniões diversas de autoridades mais experientes ou mais balizadas em determinada disciplina do que os próprios julgadores. Deste modo, aproximava a Corte, inclusive sob a ótica linguística e contextual, aos anseios da sociedade. Além de proporcionar maior grau de credibilidade e certeza a resposta dada, em última instância, à causa.

Na verdade o *amicus curiae*²⁸³ não se encaixa na modalidade processual de intervenção de terceiros, apenas atua como um colaborador informal da Corte²⁸⁴ (não das partes), fornecendo base argumentativa aos discursos. Abastece o fórum deliberativo de informações caras ao impasse, que poderiam passar despercebidas pelos ministros, seja por desconhecimento técnico ou pela distância natural de sua realidade pessoal ao cotidiano de alguns grupos sociais.

Sem dúvida trata-se de um meio capaz de vincular, mais estritamente, o órgão de controle constitucional às vozes mais vulneráveis da sociedade, oriundas de setores marginalizados, bem como a abrir canais mais diretos para que as minorias que se sintam prejudicadas injustamente por uma específica norma possam ser ouvidas²⁸⁵. Afinal, na maioria dos casos, a validade de uma lei ou ato normativo, atinge uma infinidade de destinatários que até então,

²⁸¹ Originário do Direito Romano foi desenvolvido na Inglaterra.

²⁸² Conhecido como memorial no direito brasileiro, é uma petição escrita encaminhada ao tribunal pelo *amicus curiae*, mas já vem sendo aceita a possibilidade de sustentação oral.

²⁸³ Embora a lei não traga expressamente o termo “*amicus curiae*”, o instituto se configura com a interpretação da expressão “outros órgãos ou entidades” que nada mais são do que manifestantes das alegações dos postulantes do processo.

²⁸⁴ O Supremo Tribunal Federal com o voto do Relator Ministro Celso de Mello, na ADI 748 AgR/RS, do dia 18 de novembro de 1994, decidiu que não se trata de intervenção de terceiros e sim um colaborador informal da Corte.

²⁸⁵ GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Editorial Ariel, p. 264.

restringiam-se a posição passiva de espectadores de transformações fundamentais em suas vidas.

O instituto do amigo da Corte coloca o cidadão como intérprete da constituição e das leis, assim como proclama Peter HÄBERLE²⁸⁶, com a oportunidade de expressar sua vivência, explanar suas dificuldades e revelar suas expectativas, influenciando, sobremaneira, na construção de uma Constituição Federal material sob a forma de universalização efetiva dos direitos nela consagrados. Principalmente para uma minoria que sequer tem o direito político de votar, de se ver representado nas casas legislativas, como é o infortúnio de milhares de brasileiros em dívida com a justiça²⁸⁷, independentemente do crime ou contravenção penal que tenham cometido²⁸⁸. O texto constitucional fala em condenados definitivos, ou seja, cuja sentença tenha transitado em julgado, mas todas as vezes que os presos provisórios reivindicam o direito ao voto, logo surgem as dificuldades operacionais, logísticas ou de segurança que os impeçam de mais esta liberdade.

São indivíduos lançados à própria desgraça, de quem tudo já foi tirado, direitos civis, sociais e políticos. Não é de se estranhar o crescente número de rebeliões nos presídios de todo país, utilizados como última forma de protesto, de clamar pelos direitos exaustivamente garantidos por leis, documentos, tratados e pela Constituição Federal, mas que não se materializam. Às vezes é preciso gritar mais alto para ser ouvido.²⁸⁹

Nomeadamente no campo do Direito Penal, por abranger os menos favorecidos, o texto constitucional traz princípios que permeiam todo o

²⁸⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

²⁸⁷ “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará aos casos de: III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.)

²⁸⁸ É norma autoaplicável, bastando a coexistência de três elementos: 1) condenação criminal, independentemente da espécie de crime ou contravenção do crime ou da modalidade da pena; 2) trânsito em julgado da mesma; e 3) que ainda perdure seus efeitos. Neste caso, a suspensão dos direitos políticos se torna consequência automática da condenação criminal, enquanto perdurar seus efeitos.

²⁸⁹ O presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministro Gilmar Mendes, na abertura do I Seminário Nacional sobre o Sistema Carcerário no Rio de Janeiro, afirmou que a postura do “discurso escapista” quanto à precariedade do sistema penitenciário não é condizente com os preceitos constitucionais. “É fundamental que assumamos a nossa responsabilidade”, disse. E acrescentou: “Somos nós (juizes) que decidimos se o preso fica ou não preso”. (Disponível em: <<http://www.editoramagister.com/noticia>> Acesso em: 06 abr.2009.)

processo criminal, como: da legalidade, da presunção da inocência, do devido processo penal, da individualização da pena, do juiz natural, da irretroatividade da lei, proibição do uso de provas ilícitas, assim como a prática da tortura para obtenção de qualquer informação ou pior, a confissão do acusado.

Além de restringir, ao máximo, as hipóteses de violação do Estado na vida dos cidadãos, salvo em situações excepcionalíssimas devidamente autorizadas pelo juiz, como: a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem, a casa, o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

E finalmente, censura qualquer ação estatal truculenta aos já condenados pelo sistema penal, proibindo a pena de morte, a prisão perpétua, penas cruéis ou degradantes, além de garantir a integridade física e mental dos presos, estabelecimentos prisionais distintos, de acordo com a natureza do delito, da idade e sexo do apenado, e assim por diante. No mesmo sentido, a Lei de Execução Penal de nº 7.210 de 11 de julho de 1984, portanto anterior a Constituição Federal de 1988, já prescrevia uma série de direitos e garantias aos carcerários, em obediência à Resolução adotada em 30 de agosto de 1955, em Genebra, no I Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, a qual o Brasil é signatário.

Como visto, não é por falta de previsão legal que os direitos não chegam aos brasileiros, mas talvez por falta de conhecimento, de sentimento constitucional, de solidariedade, de liberdade. A Constituição Federal está aí, os instrumentos contramajoritários estão disponíveis²⁹⁰, e as conquistas, lentamente, estão aparecendo²⁹¹, no mesmo ritmo que está sendo instigada a Justiça Constitucional. É preciso acreditar, perseverar.

²⁹⁰ O controle concentrado de constitucionalidade congrega: a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por ação e omissão, a ação direta interventiva e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. E o controle difuso o recurso extraordinário.

²⁹¹ O STF decidiu que um condenado só poderá ser **preso com o processo transitado em julgado**. Por sete votos a quatro, os ministros entenderam que a execução provisória da prisão não pode ser feita enquanto houver recursos pendentes. A decisão do *Habeas Corpus* 84.078/2004 foi embasada no inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna, que estabelece o **princípio da presunção de inocência**. (Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>> Acesso em: 05 fev.2009.) (grifos nossos)

O STF modificou o seu entendimento inicial, e, em decisão apertada *Habeas Corpus* 82959/2006, por seis votos a cinco, julgou **inconstitucional a regra que proíbe a progressão de regime para condenado por crimes hediondos por violar o princípio constitucional da isonomia e da individualização da pena**. (Disponível em: <<http://www.vemconcursos.com>> Acesso em: 05 fev.2009.) (grifos nossos)

Se o Estado de polícia consegue derrubar uma barreira, devemos construir outra, mais forte, e se derrubar muitas outras ou inclusive todas e, com isso, provocar a derrubada do Estado de direito, nem sequer em circunstância tão dramática seria lícito ao direito penal abandonar a essência do seu discurso de resistência, pois cedo ou tarde o Estado de direito renascerá.²⁹²

2.3 DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE

Philip PETTIT insatisfeito com os conceitos pontuais²⁹³ e compartimentados, sobre liberdade, preferiu desenvolver uma teoria sobre o tema em que trabalha de forma holística. Une a liberdade como vontade do agente, abarcando todos os fatores externos de agenciamento e não simplesmente o aspecto interior afeto à livre vontade, e a liberdade política deixada ao encargo do Estado. Pretende, dessa maneira, desarticular, ao máximo, as formas de restrição ou obstáculos ao controle discursivo²⁹⁴, unindo duas frentes que se conectam em vários pontos: a liberdade do agente e a liberdade política. E é justamente como controle discursivo, a melhor concepção de liberdade do agente, que se percebem as várias vinculações com a liberdade política.

Na mesma linha de raciocínio de SEN e HUDSON, PETTIT aponta três formas de controle (racional, volitivo e discursivo), e não liberdades instrumentais como fez o economista indiano (tratadas a seguir), necessárias ao indivíduo para que seja considerado livre, pois, adequado para ser responsabilizado por sua ação.²⁹⁵

²⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo...**, p. 177.

²⁹³ Como, por exemplo, de Norberto BOBBIO, para quem a liberdade é: a) a faculdade de cumprir ou não certas ações, sem o impedimento dos outros que comigo convivem, ou da sociedade, como complexo orgânico ou, mais simplesmente, do poder estatal – condizente com a doutrina liberal clássica; b) o poder de não obedecer a outras normas além daquelas que eu mesmo me impus – segundo a doutrina democrática. (BOBBIO, Norberto. **Teoria...**, p. 101.), ou de Celso de Albuquerque SILVA, que a refere à independência, à autonomia que possui o indivíduo de, como pessoa moral que é, raciocinar, refletir e se conduzir por si próprio dentro de uma moldura jurídico-política. Isso envolve a capacidade de deliberar, julgar, escolher e agir diante de diferentes possibilidades de condutas seja no âmbito privado, seja no âmbito público. (SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 115.)

²⁹⁴ Relaciona-se com a capacidade de tentar resolver problemas, num tipo de revezamento em que os envolvidos participam com argumentos ou razões relevantes. “Discursar é raciocinar e, em particular, raciocinar junto como os outros”. (PETTIT, Philip. Op. cit., p. 93.)

²⁹⁵ Ibid., p. 91.

Explica que para um indivíduo ser responsabilizado por seus atos, ou seja, incitar no outro alguma forma de manifestação, seja de ressentimento ou gratidão, ele precisa ser livre.²⁹⁶ Sendo o indivíduo livre para fazer suas escolhas, então ele é responsável por qualquer coisa que faça.

É a adequação, antes da escolha que deve ser considerada, responsável por algo que se faz. É a adequação personalizada que será considerada responsável e não somente a adequação de acordo com critérios padronizados para atribuir responsabilidade. É a adequação para ser considerado propriamente responsável e não a adequação para ser tratado – por razões de desenvolvimento – se uma pessoa fosse adequada para ser responsável.²⁹⁷

A adequação para a responsabilização passa por um conjunto de capacidades de controle racional, volitivo e discursivo (se o indivíduo as possui pode responder por seu ato, se não as possui não pode).

Analisa o controle racional a partir da ação livre, ou seja, todos os agentes que atuam impulsionados por suas crenças e desejos, como sujeitos intencionais são livres. “A pessoa que está no comando racional de suas ações, e mais ninguém, tem o controle sobre o próprio comportamento.” E possui controle volitivo aquele que age de acordo com sua vontade, investigada por meio do seu *self* livre, e, por extensão uma ação livre e da pessoa livre.

Ambos os controles racional e volitivo são restritos ao agente individualmente tratado, ignorando o lado social da relação. Portanto, escapa desses controles a possibilidade de o agente agir não exatamente de acordo com seus desejos ou vontades genuínos, mas influenciado por coerção ou intimidação do outro, assim como a probabilidade dos valores abstraídos das experiências vividas pelo agente possam ser insuficientes para certas atitudes como inconsistentes para outras.

Tanto o controle racional quanto o controle volitivo são, segundo PETTIT, necessários para alguém ser considerado livre e adequado à responsabilização, mas não suficientes. O agente racionalmente ou volitivamente controlador pode carecer de conceitos ou padrões pressupostos para ser cogitado como responsável por suas ações – falta-lhe senso do

²⁹⁶ Id.

²⁹⁷ Ibid., p. 43.

dever²⁹⁸, bem como pode ser suscetível a qualquer forma de pressão ou coerção hostil por parte dos outros que deve ser sopesada no exercício de sua liberdade.

Somente de posse do controle discursivo, o indivíduo é capaz de manter um relacionamento discursivo-amigável²⁹⁹, em que consegue expor de modo eloquente e livre, suas crenças, desejos e vontades em contrapartida às crenças, desejos e vontades dos demais, na busca pelos interesses assumidos (“as pessoas tentam resolver um problema comum, discursivo – para se tornar uma mente comum – por meios comuns e discursivos”³⁰⁰). É a capacidade de trocar ideias, pensamentos, argumentos num movimento contínuo de argumentos em prol da melhor solução.

O controle discursivo como elemento chave da liberdade engloba duas capacidades essenciais, a de raciocinar e a de relacionar-se. A primeira diz respeito ao poder de pensar problemas práticos ou teóricos consigo mesmo ou com os demais, numa relação dialética equilibrada. E a segunda refere-se ao prazer acessório de “ter só conexões discursivo-amigáveis com os outros”³⁰¹. Isto significa que a pessoa além de ser tratada como sujeito discursivo, tem sua reivindicação efetivamente implementada para tal tratamento³⁰². “As pessoas desfrutam da liberdade como controle discursivo na medida em que elas têm a capacidade de raciocinar e de participar do discurso e na medida em que elas têm a capacidade relacional que vai junto com o fato de ter só conexões discursivo-amigáveis com os outros”.³⁰³

A teoria social da liberdade como controle discursivo parte da teoria da pessoa livre e só então se estende à teoria do *self* livre e da ação livre. Essa

²⁹⁸ Um exemplo dessa incapacidade pode ser verificado no filme/livro “O Leitor” no qual se questiona a culpa de Hanna, uma senhora iletrada, só, extremamente comprometida com suas funções, executa sem qualquer receio ou remorso, ações repugnantes durante a guerra – “ela e as cinco colegas deixaram que 300 mulheres morressem queimadas, trancadas dentro de uma igreja que ardia. “Por que não abriram as portas?”, pergunta o juiz, aturdido. “Pela razão óbvia”, responde Hanna – o trabalho dos guardas é guardar, diz ela, não deixar que seus prisioneiros escapem e se espalhem.” No caso Hanna age segundo padrões e conceitos por ela apreendidos durante sua existência e vulnerável educação e cultura. (*The Reader*, Estados Unidos/Alemanha, 2008)

²⁹⁹ “Os relacionamentos serão discursivo-amigáveis na medida em que não obstruam ou coloquem em perigo ou restrinjam a influência discursiva entre as partes e não levantem os custos para alcançá-la”. (PETTIT, Philip. Op. cit., p. 96.)

³⁰⁰ Ibid., p. 93.

³⁰¹ Ibid., p. 142.

³⁰² Ibid., p. 109.

³⁰³ Ibid., p. 142.

alternância favorece sobremaneira a análise, pois ao admitir ser a pessoa livre, duas certezas são naturalmente constatadas em favor da adequação para a responsabilização: a primeira diz respeito à capacidade de resistência do agente contra qualquer tentativa de coerção, manipulação ou imposição de vontade que não seja a sua; e a segunda quanto às opções variadas de escolha que acompanham uma pessoa que se diz livre.

A capacidade relacional pode ser sucessivamente aprimorada conforme a participação do indivíduo em conversas ou grupos discursivos se intensifique ao nível de poder ser reconhecido como portador de consciência comum pelos demais. É um avanço contínuo e enaltecido que se estabelece na exata correspondência entre o poder discursivo e a liberdade da pessoa, bem como Amartya SEN, irá vincular a liberdade política – predominantemente – à capacidade discursiva, agregada a outras liberdades instrumentais.

Amartya SEN³⁰⁴, numa perspectiva mais pragmática, defende que desenvolvimento deve ser associado à liberdade ou à capacidade de um indivíduo fazer suas escolhas, ou seja, o arbítrio de adotar este ou aquele modo de vida, que implicam em muitos outros aspectos. Para o autor, somente a liberdade pode elevar o indivíduo comum à condição de agente, ou conforme sua própria definição, “alguém que age e ocasiona mudança e cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus próprios valores e objetivos, independentemente de as avaliarmos ou não, também segundo algum critério externo”³⁰⁵.

³⁰⁴ Amartya SEN, célebre economista de Cambridge, Prêmio Nobel de Economia em 1998, notabilizou-se por suas pesquisas e estudos relacionando economia, desenvolvimento e desigualdade. Fez parte da equipe de Mahbud ul HAQ na elaboração do IDH – Índice de Desenvolvimento Humano atualmente utilizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNDU), em substituição ao índice anterior baseado exclusivamente na riqueza dos países, idealizado pelo Banco Mundial. No início dos trabalhos o economista não concordava com HAQ sobre a sintetização em apenas alguns critérios (renda, educação e longevidade) a análise do real desenvolvimento de um país e respectivamente de seus habitantes. Entendia na ocasião que muitos outros aspectos deveriam ser anotados para se mapear com maior nitidez as restrições suportadas pelos povos ao redor do mundo. Contudo, cedeu aos argumentos da praticidade que um único valor proporcionaria, ao invés de uma infinidade de gráficos e tabelas mais específicas. Tal indicador seria a chave para uma pesquisa mais abrangente e completa que acompanhariam o relatório do PNUD.

É um dos fundadores do WIDER, Instituto Mundial de Pesquisa em Economia do Desenvolvimento (Universidade da ONU). No seu clássico *Collective choice and social welfare* (1970), problemas éticos essenciais já apareciam focalizados. Publicou, entre outros, *On economic inequality* (1973), *Poverty and famines* (1981), *Choice, welfare and measurement* (1982) e *Inequality reexamined* (1992).

³⁰⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. [Ed. orig. 1999], p. 33.

Uma nação é realmente desenvolvida quando proporciona o afloramento das potencialidades individuais de seu povo e as reverte em benefício de toda coletividade. Os cidadãos devem desfrutar dos direitos fundamentais pela simples constatação de que estes são inerentes à pessoa humana, independentemente de qualquer submissão não voluntária.

SEN chama de liberdades instrumentais todas as variantes possíveis de liberdade que contribuem para uma liberdade global que as pessoas devem dispor para viverem como desejam. Dentre tantas imagináveis o autor elegeu cinco, como as mais proeminentes quando se almeja a plenitude de escolha e participação. São elas: a liberdade política, as facilidades econômicas, as oportunidades sociais, as garantias de transparência e a segurança protetora.

Estas liberdades instrumentais devem funcionar associadas entre si, numa relação de complementaridade. No momento em que uma liberdade é viabilizada, outra pode, por consequência, ser vislumbrada pelo agente. Por exemplo, um indivíduo quando bem alimentado, possui mais chances de gozar de boa saúde; de ser receptivo à educação, e, com certo empenho, terá mais acesso ao mercado de trabalho. Essa condição incrementará sua renda, aumentando o consumo, que passa a movimentar a economia, gerando mais empregos, impostos e assim por diante. Num verdadeiro círculo virtuoso de desenvolvimento – “relacionado, sobretudo, com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos”³⁰⁶.

São, para o autor, ao mesmo tempo, meios e concretizações. O valor instrumental da liberdade, no sentido de por meio de seu exercício, seu aproveitamento efetivo, é possível atingir o desenvolvimento humano, a capacidade de adotar seu próprio modo de vida. Tomando, por empréstimo, a definição de SEN

A “capacidade” [*capability*] de uma pessoa consiste nas combinações alternativas de funcionamentos cuja realização é factível para ela. Portanto, a capacidade é um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos (ou, menos formalmente expresso, a liberdade para ter estilos de vida diversos).

É uma moeda com lados iguais – em que sempre se ganha, de um lado o Estado, oferecendo as liberdades instrumentais e de outro os cidadãos

³⁰⁶ Ibid., p. 28.

utilizando dessas liberdades para construir uma estrutura tal que repercuta na liberdade geral de escolha.

Com uma simples passada de olhos por esse projeto de SEN, logo vem à mente a semelhante estrutura montada e defendida pelo novo constitucionalismo, na qual se compartilham conceitos de democracia e direitos fundamentais, funcionando concomitantemente. As liberdades são os direitos fundamentais atendidos e o exercício destas liberdades é o meio democrático de concretizar mais liberdade.

São propostas provenientes de diferentes ciências e de distintas terminologias, mas todas fundamentadas no poder discursivo e inspiradas no ideal de cidadania. “Uma cidadania plena, que combine liberdade, participação e igualdade para todos, é um ideal desenvolvido no Ocidente e talvez inatingível. Mas ele tem servido de parâmetro para o julgamento da qualidade da cidadania em cada país e em cada momento histórico.”³⁰⁷

Hannah ARENDT dizia que “o exercício da cidadania é o *meio criador* do espaço público que torna possível a liberdade.”³⁰⁸ Ou será que o exercício das liberdades instrumentais é o *meio criador* para a cidadania. Com efeito, é mister conhecer essas liberdades e o modo como são exercidas³⁰⁹ em direção ao desenvolvimento.

2.3.1 Liberdades Políticas

A liberdade política (ou direitos políticos) engloba as diversas formas de que as pessoas dispõem para influenciar, interagir e participar das relações sociais na esfera pública. É o poder do homem de deliberar sobre sua própria vida, o direito de ter livre expressão de pensamento e prática política, em qualquer tipo de relacionamento com os outros homens em organismos de representação direta ou indireta, resistindo a imposições dos poderes.³¹⁰

Mas, principalmente, a liberdade política está intestinamente e reciprocamente ligada às demais liberdades. Ao mesmo tempo em que

³⁰⁷ CARVALHO, José Murilo de, **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 9.

³⁰⁸ ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução Mauro W. Barbosa de Almeida. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992, p. 213.

³⁰⁹ SEN, Amartya. Op. cit., p. 183.

³¹⁰ MANZINE-COVRE. Op. cit., p. 15.

depende das liberdades instrumentais para se desenvolver, condiciona a conquista dessas liberdades (ou direitos civis e sociais) ao poder pessoal e social de deliberação.

Entretanto, em sociedades mais pobres, miseráveis até, nas quais a palavra de ordem é a carência (de comida, saúde, educação e dos bens mais básicos para a sobrevivência), a liberdade política é tratada como um objeto de luxo, a ser descartado da lista interminável de prioridades vitais.

Conforme a intensidade das necessidades econômicas aumenta, diminui a urgência das liberdades políticas.³¹¹ Num entendimento equivocado, segundo SEN, que legitima, há séculos, governos autoritários em todo o mundo. Faz parte dos discursos demagógicos desses líderes que – se aos indigentes for dado escolher entre ter liberdade política e a satisfação econômica, eles invariavelmente escolherão a segunda alternativa,³¹² numa demonstração irrefutável de que a própria maioria – fundamento da democracia, nega a democracia.

E no Brasil não foi diferente. Numa rápida viagem pela história nacional, das últimas décadas, é possível encontrar pontos de maior ou menor cidadania, de maior ênfase em alguns direitos em detrimento de outros, numa contínua alternância de avanços e retrocessos.

O povo brasileiro até 1930 não era organizado politicamente e não nutria um sentimento nacional. O Estado Brasil lhe parecia um ente abstrato, intangível e ainda não assimilado completamente. Mantinha com o governo uma relação distante, desconfiada e até adversa, com restrita participação política, a não ser para repudiar uma atitude mais contundente das autoridades. As liberdades políticas eram nulas. Não havia espaço para manifestações populares e nos grandes acontecimentos políticos, promovidos por pequenos grupos, os indivíduos eram tratados como espectadores.³¹³

A partir de 1930, houve um avanço dos direitos sociais³¹⁴. Uma das primeiras medidas do governo, então revolucionário, foi criar os Ministérios do

³¹¹ SEN, Amartya. Op. cit., p. 175.

³¹² Ibid., p. 176.

³¹³ CARVALHO, José Murilo de. Op. cit., p. 83.

³¹⁴ “Os direitos sociais dizem respeito ao atendimento das necessidades humanas básicas. São todos aqueles que devem repor a força do trabalho, sustentando o corpo humano – alimentação, habitação, saúde, educação etc.” (MANZINE-COVRE. Op. cit., p. 14.)

Trabalho, Indústria e Comércio, seguido por legislações trabalhistas³¹⁵ e sociais, apesar das dificuldades de custeio e gerenciamento, persistentes até hoje, que impediam sua efetivação³¹⁶. Do outro lado, os direitos políticos não prosperavam como se gostaria.

Após a fase revolucionária de Getúlio Vargas, até 1934, na qual foi votada a nova Constituição e ele foi eleito, o país enfrentou períodos conturbados, ora ditatoriais, ora democráticos. Em 1937, o golpe de Vargas, suportado pelos militares, instalou o poder ditatorial que perdurou até 1945³¹⁷, quando uma nova intervenção militar o destituiu e convocou eleições presidenciais e legislativas para dezembro, esta última com a incumbência de promulgar a terceira Constituição pós-República. O Brasil experimentou, de forma inédita e consistente, o regime democrático, que se estendeu até 1964, consagrando a liberdade política.³¹⁸

Quanto às liberdades civis, inclusive o acesso ao Poder Judiciário, progrediram a passos lentos. Embora recheassem as constituições da época, inclusive a ditatorial de 1937, não se materializavam para a grande maioria da população. Sendo até, muitas suspensas, no auge da ditadura, sobretudo, a liberdade de expressão e de organização³¹⁹.

Em 1964, como forma de conter o aumento perturbador da participação política, foi imposta mais uma vez, a ditadura, na qual os direitos civis e políticos foram abreviados à força³²⁰ e suplantados pelo assistencialismo³²¹ e a intensa atuação estatal na ascensão econômica.³²²

³¹⁵ Em 1943 foi editada a Consolidação das Leis do Trabalho.

³¹⁶ CARVALHO, José Murilo de, Op. cit., p. 87.

³¹⁷ Id.

³¹⁸ Ibid., p. 126-127.

³¹⁹ “O regime ditatorial promoveu a organização sindical, mas o fez dentro de um arcabouço corporativo, em estreita vinculação com o Estado.” (Ibid., p. 88.)

³²⁰ Ibid., p. 157.

³²¹ “Em 1966 foi criado o Instituto Nacional de Previdência Social (INSS), que unificava o sistema. As contribuições foram definidas em 8% do salário de todos os trabalhadores registrados, descontados mensalmente da folha de pagamento; os benefícios, como aposentadoria, pensão, assistência médica, foram também uniformizados. Em 1971, em pleno governo Médici, ponto alto da repressão, foi criado o Fundo de Assistência Rural (Funrural), que incluía os trabalhadores rurais na previdência. Medida que garantiu o apoio do eleitorado rural em todas as eleições, além de amenizar a pressão por reforma agrária. Para atender os empresários, foi extinta a estabilidade do emprego, sendo compensada com criação em 1966 do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), que funcionava como um seguro-desemprego. Criou-se ainda um Banco Nacional de Habitação (BNH), cuja finalidade era facilitar a compra da casa própria aos trabalhadores de baixa renda. Por fim, como coroamento das políticas sociais, foi criado em 1974 o Ministério da Previdência e Assistência Social. (Ibid., p. 171-172).

Foram tempos terríveis de anticidadania, em que imperava a tortura, o arbítrio das prisões, o desaparecimento e o exílio de pessoas³²³. Contudo, o que mais atormentava e inquietava os defensores da liberdade política, era constatar que sob esse regime autoritário e repressivo vivido pela sociedade brasileira, foi registrado o maior crescimento econômico³²⁴ da história. No entanto, a razão do suposto “milagre” econômico foi prontamente desmistificada por análises mais balizadas que apontaram seu lado mais sombrio. O crescimento rápido não resultou em desenvolvimento e conseqüentemente na melhora de vida das pessoas, nem repercutiu na diminuição da desigualdade social, ao contrário fomentou o seu aumento, na medida em que concentrou, nas mãos de poucos, a riqueza produzida. As estatísticas indicavam que “se os pobres não ficaram muito mais pobres, os ricos ficaram muito mais ricos.”³²⁵

Em 1960, os 20% mais pobres da população economicamente ativa ganhavam 3,9% da renda nacional. Em 1980, sua participação caíra para 2,8%.

Em contraste, em 1960 os 10% mais ricos ganhavam 39,6% da renda, ao passo que em 1980 sua participação subira para 50,9%.

Se subirmos na escala de renda, cresce a desigualdade. O 1% mais rico ganhava 11,9% da renda total em 1960; em 1980 sua participação era de 16,9%.³²⁶

O vertiginoso acréscimo de empregos (de 22,7 milhões em 1960 para 42,3 milhões em 1980) também pôde ser facilmente explicado, pela combinação de vários fatores. O êxodo rural foi intenso, inchando as grandes cidades (a população urbana aumentou em cerca de 50 milhões de pessoas) e alterando a estrutura trabalhista. Além da chegada ao mercado de trabalho um contingente absurdo de mulheres (184%), em razão da queda brusca no valor

³²² CARVALHO, José Murilo de, Op. cit., p. 157.

³²³ MANZINE-COVRE. Op. cit., p. 59.

³²⁴ “(...) após a fase de bonança de Kubitschek a taxa de crescimento econômico caiu fortemente. O ano de 1963 foi o ponto mais baixo, com aumento do Produto Interno Bruto de apenas 1,5%. Em termos *per capita*, era decréscimo. Após o golpe, a taxa de crescimento manteve-se baixa até 1967. Mas a partir de 1968, exatamente o ano em que a repressão se tornou mais violenta, ela subiu rapidamente e ultrapassou a do período Kubitschek, mantendo-se em torno de 10% até o período 1976, com um máximo de 13,6% em 1973, em pleno governo Médici. Foi a época em que se falou no ‘milagre’ econômico brasileiro. A partir de 1977, o crescimento começou a cair, chegando ao ponto mais baixo em 1983, com -3,2% subindo depois para 5% em 1984, último ano completo de governo militar.” (CARVALHO, José Murilo de, Op. cit., p. 168.)

³²⁵ Ibid., p. 169.

³²⁶ Id.

do salário mínimo (em 1974 era quase a metade do que valia em 1960) e a conseguinte necessidade de complementação da renda familiar³²⁷.

Ademais, SEN questiona centralizar a eficiência democrática a aspectos estritamente econômicos, como considerar o sucesso econômico exclusivamente no regime político autoritário. Ambas as afirmações são precipitadas e requerem mais elementos para sua verificação.

Quanto à primeira questão – já foi afirmado que a liberdade política não trabalha sozinha, ela prescinde das demais liberdades instrumentais para se efetivar. É claro que a renda tem um papel importante no desenvolvimento pessoal, já que pode custear outras necessidades, mas não consegue, por si só, tornar um homem livre para escolher o estilo que quer adotar para a sua vida. “O principal é que o impacto do crescimento econômico depende muito do modo como seus frutos são aproveitados.”³²⁸

E quanto à segunda questão – é prudente salientar que nos casos analisados em que se conjugou crescimento econômico com autoritarismo (inclusive o Brasil), foram encontradas outras “políticas úteis”³²⁹ ao “milagre de multiplicação de renda” como: o estímulo à concorrência, a abertura de mercado, o alto nível de escolaridade, as reformas agrárias, o aumento do crédito, o incentivo aos investimentos, a exportação e a industrialização. E não há nada que impeça a utilização de uma dessas políticas com o regime democrático.³³⁰

KELSEN nunca escondeu que a democracia não promete igualdade material (desafio, como visto, do novo constitucionalismo) e sim igualdade na liberdade de participação. Como um “governo do povo”, não “para o povo”. E na qualidade de “governo do povo” supõe sua influência (por meio de seus representantes), na criação das normas gerais e abstratas que subordina toda a sociedade. Distintamente dos governos que concentram todo o poder criativo da legislação nas mãos de uns ou alguns, sob o pretexto de agir em conformidade aos interesses do povo, numa busca pela igualdade material.³³¹

³²⁷ Ibid., p. 169-170.

³²⁸ SEN, Amartya. Op. cit., p. 61.

³²⁹ CARVALHO, José Murilo de, Op. cit., p. 177.

³³⁰ Ibid., p. 177-178.

³³¹ KELSEN, Hans. Op. cit., p. 140-142.

Para KELSEN, estudioso e defensor do regime democrático, trata-se de uma grande falácia prolatada por déspotas que justificam decisões arbitrárias com fórmulas vazias como “para o bem comum” ou “interesse público”, conceitos indeterminados em que se moldaram tradicionalmente às mais aviltantes atrocidades.

Não se pode deixar atrair pelo autoritarismo como forma rápida de solução dos problemas.³³² A democracia requer amadurecimento, indivíduos autônomos e cada vez mais conscientes de seu lugar na sociedade, de seus direitos e da sua força política. O voto é o símbolo da igualdade entre os homens. Tem o mesmo valor tanto para homens, como para mulheres, para brancos, como negros, para pobres, como ricos... A única diferença é a sua serventia. É preciso aprender a votar. E nada melhor que a prática para intensificar o aprendizado. “Em uma democracia, o povo tende a conseguir o que exige e, de um modo crucial, normalmente não consegue o que não exige.”³³³

Pois bem, os brasileiros têm o direito de votar e ser votado, eleger seus representantes nas casas legislativas, assim como os governantes no âmbito municipal, estadual e federal. Têm seus direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal como trunfos contra o poder majoritário. Possuem uma imprensa, aparentemente, sem censura. Têm o direito de opinar, fiscalizar e até criticar as autoridades. Têm acesso ao Poder Judiciário, inclusive à Jurisdição Constitucional. E então, a que se perguntar, onde está o problema. Talvez esteja no fato do indivíduo brasileiro, ainda muito dependente do assistencialismo estatal e carente das liberdades instrumentais substanciais (analisado posteriormente) não tenha a capacidade e nem o ativismo³³⁴ de

³³² MANZINE-COVRE. Op. cit., p. 59.

³³³ SEN, Amartya. Op. cit., p. 184.

³³⁴ “O auge da mobilização popular foi a campanha pelas eleições diretas, em 1984. As eleições estavam previstas para janeiro de 1985 e seriam feitas por um colégio eleitoral que incluía senadores, deputados federais e representantes das assembleias estaduais. Desta vez, as forças de oposição decidiram ir além do simples lançamento de um candidato oficial. (...) A campanha das diretas foi, sem dúvida, a maior mobilização popular da história do país, se medida pelo número de pessoas que nas capitais e nas maiores cidades saíram às ruas. Ela começou com um pequeno comício de 5 mil pessoas em Goiânia, atingiu depois as principais cidades e terminou com um comício de 500 mil pessoas no Rio de Janeiro e outro de 1 milhão em São Paulo. Tentativas esporádicas de impedir as manifestações, partidas de alguns militares inconformados com a abertura, não teriam êxito.

Os comícios transformaram-se em grandes festas cívicas. (...) Músicas populares de protesto eram cantadas com acompanhamento da multidão, tudo sempre em perfeita ordem.

escolher, com responsabilidade, quase nada. “O desafio político para os povos de todo o mundo atualmente não é apenas substituir regimes autoritários por democráticos. É, além disso, fazer a democracia funcionar para as pessoas comuns.”³³⁵

Por outro lado, é também oportuno salientar que a liberdade política é uma conquista que deve ser preservada e alimentada por um sentimento cívico, ainda meio latente na cultura brasileira, que instiga os cidadãos a dedicarem parte de seu tempo à vida pública e não tão-somente aos seus interesses privados.

Embora devamos reconhecer a importância das instituições democráticas, elas não podem ser vistas como dispositivos mecânicos para o desenvolvimento. Seu uso é condicionado por nossos valores e prioridades e pelo uso que fazemos das oportunidades de articulação e participação disponíveis. O papel de grupos oposicionistas organizados é particularmente importante nesse contexto.³³⁶

O retorno à base é inevitável, percebeu-se que a democracia política é apenas uma das tantas espécies de democracia como “modo de vida” em qualquer meio associativo, desde as relações mais íntimas às mais complexas e universais. O cidadão precisa ser valorizado, emergir da ignorância, da mediocridade, do comodismo do senso comum, resgatar sua dignidade, redescobrir-se.

As eleições brasileiras servem, sem dúvida, de exemplo para o mundo nos quesitos: rapidez na apuração, organização dos pleitos eleitorais, respeito ao resultado das urnas e lisura, mas padece de legitimidade qualitativa. Os indivíduos ainda trocam seu voto por alimentos, favores e promessas. Não adquiriram o hábito de cobrar de seus representantes os compromissos feitos antes das eleições, o decoro, a honestidade, a transparência e o zelo pela coisa pública. Aliás, sequer lembram em quem votaram nas últimas eleições.

As cores nacionais, o verde e o amarelo, tingiam roupas, faixas, bandeiras. A bandeira nacional foi recuperada como símbolo cívico. (...) O hino nacional foi revalorizado e reconquistado pelo povo.” (...) Faltaram 22 votos para a maioria de dois terços em favor da emenda. Os 55 votos dos dissidentes do PDS não foram suficientes para a vitória das diretas. Apesar da frustração, a campanha das ruas não foi inútil. (...) A pressão popular sobre os deputados governistas desta vez foi irresistível. Tancredo Neves (preferido por 69% da população) ganhou do candidato do governo, pondo fim a era militar.” (CARVALHO, José Murilo de, Op. cit., p. 190.)

³³⁵ RAMOS, Fidel Valdez, apud SEN, Amartya. Op. cit., p. 183.

³³⁶ SEN, Amartya. Op. cit., p. 186.

2.3.2 Facilidades Econômicas

Antes mesmo de discorrer sobre as facilidades econômicas, SEN põe em dúvida a relevância que é dada à desigualdade de renda³³⁷. Teme que essa postura faça com que as políticas econômicas concentrem-se excessivamente à pobreza e deixem de lado privações ainda mais nocivas para a autodeterminação dos indivíduos, como, desemprego, doença, baixo nível de instrução e exclusão social³³⁸. Com efeito, preocupação muito semelhante à de ZAFFARONI, quando propôs a teoria da culpabilidade conforme a vulnerabilidade do agente. Uma alternativa de desvincular a pobreza como razão única da não resistência ao crime.

As facilidades econômicas congregam todos os modos viáveis e legais que os indivíduos dispõem para angariar renda, independentemente do seu destino final, seja para que possam consumir, poupar, produzir ou trocar bens. Nesta categoria se insere a disponibilidade de empregos, o acesso aos diversos tipos de crédito e financiamentos, o funcionamento dos mercados, a distribuição equilibrada dos recursos, enfim toda forma de proporcionar o crescimento material das pessoas.

O processo de desenvolvimento econômico deve ser diretamente proporcional ao aumento da riqueza de um país, e esta deve repercutir no incremento do poder econômico da população. Quando esta equação não fecha com perfeição, ou melhor, quando a riqueza de um país não é devidamente distribuída entre seus habitantes, ocorre o fenômeno da desigualdade social, caracterizado por um abismo entre ricos – àqueles detentores da renda, e os pobres – àqueles desprovidos da renda. Enquanto os primeiros vivem com muito, os segundos sobrevivem com pouco.

O direcionamento ordenado dos recursos disponíveis, através de um planejamento de gestão de investimentos é fundamental e requer muita sensibilidade e conhecimento dos diversos segmentos produtivos de uma região, a fim de promover o desenvolvimento mais igualitário possível. Em muitos casos, razão de uma análise conjectural mais apurada, não há necessidade direta de maior injeção de dinheiro ou o implemento de subsídios,

³³⁷ Ibid., p. 131.

³³⁸ Ibid., p. 177.

por exemplo, mas sim a expansão em massa da educação ou na capacitação técnica de mão-de-obra.

A grande desigualdade social observada no Brasil não deixa dúvidas de que as carências são muitas e, muito além das econômicas. Passa por problemas de infraestrutura, deficiência educacional, elevada carga tributária, desemprego, mão-de-obra qualificada, corrupção e por aí vai... Num universo de 126 nações, a distribuição de renda brasileira é a 10ª pior, perdendo para países como o Haiti – o mais pobre da América Latina – e a Índia. Apenas este dado resume a escassez de investimentos ou políticas específicas para determinados segmentos da sociedade, dificultando um desenvolvimento sustentável do país.

O Brasil nos últimos anos tem surfado na onda do crescimento econômico mundial (freado nos últimos meses), contudo toda essa riqueza, como em outros períodos prósperos da economia, não tem sido revertida em benefício do desenvolvimento humano. Incrementam, ao contrário, o poderio dos grandes bancos (registram sucessivos recordes de lucros³³⁹), dos conglomerados, dos supermercados, das multinacionais e das indústrias, numa tendência escandalosa de aquisições das empresas vulneráveis às regras do mercado.

Os resultados dessa política paternalista dirigida a poucos e insensível a tantos têm refletido nos constantes picos de criminalidade, sejam nas grandes metrópoles, como nas cidades interioranas, reforçando o argumento de que a miséria persiste mesmo em cenários aparentemente positivos ou que ela não é a razão única da violência urbana.

“O desenvolvimento humano é sobretudo um aliado dos pobres, e não dos ricos e abastados”³⁴⁰, máxima esta ainda não assimilada pelos governantes.

³³⁹ “O lucro do Banco do Brasil em 2008 registrou um crescimento de 74% em relação ao de 2007 e ficou R\$ 8,8 bilhões, estabelecendo um novo recorde. No quarto trimestre do ano passado, o crescimento do lucro foi de 142% sobre o mesmo período do ano anterior, chegando a R\$ 2,9 bilhões.

O Bradesco, em 2007, teve um lucro de R\$ 8,010 bilhões, enquanto o lucro do ano passado, divulgado no início deste mês, foi de R\$ 7,620 bilhões -4,87% menor que o do ano anterior. O lucro do Itaú, por sua vez, praticamente dobrou em 2007, com um crescimento de 96,66%, ficando em R\$ 8,474 bilhões.” (Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/>> Acesso em: 06 jul.2009.)

³⁴⁰ SEN, Amartya. Op. cit., p. 170.

2.3.3 Oportunidades Sociais

Oportunidades sociais são as alternativas oferecidas pela sociedade desde a educação, como a saúde, o lazer, a cultura etc., as quais aprimoram a liberdade substantiva individual. Essas facilidades contribuem duplamente na capacitação do indivíduo, primeiro como sustentáculo para sua integridade física como ser humano, como: dispor de alimentação adequada, assistência médica, saneamento básico, controle de doenças evitáveis etc., e segundo como participação mais efetiva em atividades econômicas e políticas, como: informação, controle de qualidade, conhecimento dos direitos, canais de comunicação e denúncia, entre outras³⁴¹.

A educação no Brasil ainda é muito deficitária, não só no sentido exposto nos relatórios do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), mas quanto à qualidade do ensino. Ao lado de superar o problema do analfabetismo brasileiro, é preciso aperfeiçoar a habilidade das pessoas na leitura e escrita, bem como na matemática. Foi com esta finalidade que em 2001, duas organizações não governamentais³⁴² resolveram criar o INAF – Índice Nacional de Analfabetismo Funcional, que avalia a forma como a educação realmente pode representar a autonomia individual.

O INAF aplica testes que medem as habilidades da população e a classifica em quatro níveis:

1º) analfabetismo – não domina as habilidades medidas;

2º) alfabetismo rudimentar - localiza uma informação simples em enunciados de uma só frase, um anúncio ou chamada de capa de revista, por exemplo, e lê e escreve números de uso frequente: preços, horários, números de telefone. Mede um comprimento com fita métrica, consulta um calendário;

3º) alfabetismo básico – localiza uma informação em textos curtos ou médios, mesmo que seja necessário realizar inferências simples e lê números maiores, compara preços, conta dinheiro e faz troco. Resolve problemas envolvendo uma operação; e,

³⁴¹ Ibid., p. 56.

³⁴² Ação Educativa e Instituição Paulo Montenegro.

4º) alfabetismo pleno – localiza mais de um item de informação em textos mais longos, compara informação contida em diferentes textos, estabelece relações entre as informações. Reconhece a informação textual mesmo que contradiga o senso comum. Consegue resolver problemas que envolvem sequências de operações, por exemplo, cálculo de proporção ou percentual de desconto. Interpreta informação oferecida em gráficos, tabelas e mapas.

Os resultados obtidos desde sua implantação, em 2001, indicam pouca melhora e revelam muito por fazer pela educação. Os dados de 2005 registram que 7% da população são analfabetos, 30% são alfabetizados de nível rudimentar, 38% são alfabetizados de nível básico e apenas 26% são alfabetizados de nível pleno³⁴³.

Esta pesquisa deixa muito claro que grande parte dos brasileiros não tem capacidade de ler uma notícia no jornal e abstrair dela todo seu conteúdo a ponto de provocar alguma manifestação ou escolha. Estas pessoas captam apenas algumas palavras soltas, dentro de um contexto muito mais complexo. O vocabulário é muito restrito, impedindo um simples diálogo ou uma conversa que exija alguma desenvoltura verbal.

Um artigo na edição da revista britânica *The Economist*, datada de 5 de junho de 2009, ilustra um cenário da situação da educação no Brasil e alega que a má qualidade das escolas, "talvez mais do que qualquer outra coisa", é o que "freia" o desenvolvimento do país. Mencionando os maus resultados do Brasil no Programa Internacional de Avaliação de Alunos (PISA), elaborado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a publicação pondera que, não obstante o aumento dos investimentos e avanços na política e na economia, no quesito educação, o país está "bem abaixo de muitos outros países em desenvolvimento".

A matéria traz uma comparação entre a situação brasileira e a da Coreia do Sul, bem avaliada no PISA. E constata que "até a década de 70, a Coreia do Sul era, nas devidas proporções, tão próspera quanto o Brasil, mas, auxiliada por seu sistema educacional notadamente superior, ela disparou à frente e atualmente detêm uma renda *per capita* cerca de quatro vezes maior".

³⁴³ Disponível em: <<http://educarparacrescer.abril.com.br/indicadores/materias>>
Acesso em: 06 jul.2009.

A *The Economist* assevera que a forma para melhorar a educação no Brasil seria "continuar reformando o sistema escolar, enfrentar os sindicatos dos professores e gastar mais em educação básica". "A conquista do mundo – mesmo a amigável e sem confrontos que o Brasil busca – não virá para um país onde 45% dos chefes de famílias pobres têm menos de um ano de escolaridade", finaliza a revista inglesa.³⁴⁴

O mais grave é que a falha educacional descortina apenas um dos obstáculos às oportunidades sociais verificadas no país. A saúde carrega grandes fracassos, como a não erradicação de doenças infecciosas como a tuberculose e a cólera, além da ocorrência de surtos de dengue, malária, leishmaniose e tantas outras moléstias. A hanseníase continua fazendo muitas vítimas em território nacional, cerca de 47 mil novos casos anualmente, enfermidade não controlada somente em outras oito nações no mundo.

O panorama só não é completamente desolador, graças ao programa brasileiro de combate à *aids*, que fez estabilizar a taxa de mortalidade desde 2000, graças à distribuição gratuita de medicamentos e a quebra das patentes dos remédios para o tratamento, bem como a um eficiente programa de prevenção.

O descaso com o saneamento básico e a falta de água tratada em 28% dos lares brasileiros (segundo a UNICEF) faz com que muitas doenças ainda persistam. É o caso da doença de chagas encontrada nas regiões de extrema miséria, onde ainda existem as precárias casas de barro, e a malária na região amazônica.

Enfim, a saúde não recebe dos governantes a devida atenção, seja na prevenção com a vacinação em massa, seja na assistência médica satisfatória ou ainda na disponibilidade de leitos hospitalares suficientes à população. Faltam verbas, tecnologia, pesquisas, equipamentos, profissionais, mas fundamentalmente, vontade política.

Muitos outros aspectos poderiam engrossar a lista de restrições impostas aos brasileiros, a demonstrar que as oportunidades sociais estão muito aquém da demanda populacional, refletindo em uma multidão de

³⁴⁴ Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/bbc>> Acesso em: 05 jun.2009.

excluídos ou cidadãos de segunda classe que, fatalmente, estarão na fila da segurança protetora, que será tratada mais adiante neste trabalho.

2.3.4 Garantias de Transparência

As garantias de transparência referem-se à credibilidade das instituições, das empresas e das pessoas. É o que antigamente poderia ser chamado de “fio do bigode”, a certeza da palavra cumprida, da relação permeada de boa-fé e retidão. Quando a confiança é abalada, as vidas de numerosas pessoas – tanto as envolvidas diretamente como terceiros – podem ser afetadas negativamente, gerando incertezas e muita insegurança³⁴⁵.

Essas garantias assumem um papel instrumental no combate à corrupção, do desprezo pelo dinheiro público, da irresponsabilidade financeira, da negligência com a vida alheia, o uso indiscriminado das “carteiradas” ou das frases do tipo “sabe com que está falando” e das transações ilícitas.

Em contrapartida, quando, em situações extremamente graves, o comportamento indecoroso, abusivo e antiético não é contestado, corre-se o risco de servir de exemplo àqueles mais frágeis da relação comercial, jurídica ou mesmo social. Cria-se um ciclo vicioso em torno da desvalorização de alguns comportamentos em detrimento de outros menos nobres. Principalmente quando os receptores brasileiros não contam com discernimento suficiente para distinguir o certo do errado. A construção de valores morais e éticos demanda uma história de convivência social. São transmitidas por comportamentos reiterados de lealdade, honestidade e solidariedade, e não impostos por lei.

Esta dissertação pôde demonstrar que as pessoas carentes das liberdades instrumentais, sabiamente elencadas por SEN, nem sempre possuem a capacidade de praticar atitudes mais condizentes com a legalidade ou com a moralidade, ainda que desejem sinceramente, porque esbarram na necessidade, na emergência. Um indivíduo faminto e doente não pode se dar ao luxo de respeitar regras, sejam elas morais ou jurídicas. Vivem em “situação de vulnerabilidade” nas palavras de ZAFFARONI³⁴⁶, pois lhes faltam o

³⁴⁵ SEN, Amartya. Op. cit., p. 56.

³⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca...**, p. 268.

reconhecimento de “padrões pelos quais possam ser considerados responsáveis”, segundo PETTIT³⁴⁷.

Opostamente, do lado daqueles que esbanjam vitalidade, conhecimento e poder, vigoram atitudes ainda mais contrárias à ética, à lisura e às leis. São pessoas privilegiadas que deveriam influenciar a sociedade com bons exemplos, com a observância dos princípios e dos direitos fundamentais, mas ao contrário, abusam das prerrogativas, do coronelismo, das imunidades, das brechas legais e dos processos judiciais intermináveis.

A prática política posterior à redemocratização tem revelado ainda a fragilidade da representação dos eleitores pelos parlamentares, não funcionando para solucionar os grandes problemas da população, mas para estabelecer uma relação promíscua com o Executivo. O papel dos legisladores reduz-se, para a maioria dos votantes, ao de intermediários de benesses particulares, enfraquecendo as instituições democráticas.

O representado, na ponta da cadeia subversiva, vota no deputado em troca de promessas pessoais ou corporativas; este por sua vez, negocia o seu apoio ao governo ou às suas propostas, numa barganha explícita e confessada, de cargos, verbas e favores, para brindar seus afiliados políticos ou colaboradores de campanha. “Cria-se uma esquizofrênica política. Os eleitores desprezam os políticos, mas continuam votando neles na esperança de benefícios pessoais.”³⁴⁸ Num completo desvirtuamento dos objetivos instituidores da democracia.

No âmbito comercial ou econômico, a credibilidade se mostra indispensável ao sucesso das transações. Muito do crescimento econômico dos últimos anos, inédito em alguns setores, o acréscimo da exportação e dos investimentos estrangeiros, foram decisivamente marcados pela estabilidade monetária, crédito farto, inflação sob controle e a pacífica transição política. É a resposta do mercado às ações certas dos governantes, nos últimos dez anos, na condução das contas públicas. Não por mérito deles, mas pela necessidade prioritária de se adequar às regras e pressões impostas pelo mercado internacional que não perdoa amadorismos.

³⁴⁷ PETTIT, Philip. Op. cit., 43.

³⁴⁸ CARVALHO, José Murilo de, Op. cit., p. 224.

São os primeiros passos em direção à transparência, dados também no campo político, graças à coação exercida por organizações e movimentos civis. A democratização, a imprensa livre e a educação formam o arcabouço contra a corrupção. Alberto Carlos ALMEIDA, autor do livro *A cabeça do brasileiro*³⁴⁹, pôde ratificar, por intermédio de farto material estatístico, que os indivíduos com maior nível educacional tendem a perceber melhor e, então, repudiar, com mais veemência, a corrupção, a hierarquização da sociedade e o “jeitinho brasileiro”, infelizmente praticado por aqueles mais bem posicionados socialmente.

A imprensa isenta (quando e quanto possível) assume indispensável papel em uma democracia. Cumpre a ela o dever de provocar debates sobre políticas e ações governamentais, denunciar o não cumprimento de interesses assumidos, revelar e informar a população dos desvios de verba, do superfaturamento de obras, das compras de voto, enfim de toda forma de violação da gestão da coisa pública.

Exatamente porque a democracia pressupõe a máxima liberdade dos indivíduos singularmente considerados, estes devem ser protegidos de um excessivo controle por parte dos poderes públicos sobre sua esfera privada, e exatamente porque a democracia é o regime que prevê o máximo controle sobre os poderes por parte dos indivíduos, esse controle só é possível se os poderes públicos agirem com o máximo de transparência.³⁵⁰

A conclusão de BOBBIO deixa patente a regra da publicidade às relações públicas, cabendo o segredo às exceções, enquanto a regra do segredo às relações particulares, cabendo a publicidade às exceções.

2.3.5 Segurança Protetora

Amartya SEN inclui na segurança protetora todas as formas de previdência ou auxílio àqueles mais suscetíveis à miséria absoluta, à fome e à morte prematura. É o socorro à população que vive à margem do progresso, da riqueza, do mercado produtivo ou das oportunidades sociais. A esfera da segurança protetora congrega ações institucionais permanentes, como

³⁴⁹ ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do brasileiro**. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 65-69.

³⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria...**, p. 414.

benefícios aos desempregados e ajuda financeira para os mais carentes, como também medidas pontuais ou excepcionais em momentos de calamidade pública, epidemias, catástrofes naturais que incluem a distribuição de alimentos ou frentes de trabalho de emergência para amenizar o estado de penúria dos mais necessitados³⁵¹.

Nesse seguimento os esforços são geralmente ainda mais escassos pela aparente sensação do não retorno dos investimentos. E agravado pela “exigência de reduzir o *déficit* fiscal que tem levado governos de todos os países a reformas no sistema de seguridade social. Essa redução tem resultado sistematicamente em cortes de benefícios e na descaracterização do estado de bem-estar.”³⁵²

Na linguagem popular seria “colocar dinheiro bom sobre negócio ruim”, ou seja, aqueles a que são destinados os recursos pouco podem oferecer à sociedade. Um total engano, pois cada centavo utilizado diretamente com estas pessoas reflete de modo indireto em mais segurança para todos. São seres humanos doentes, famintos, desprovidos de qualificação, que não podem ser ignorados como se não existissem ou não fizessem parte da sociedade como os demais. O raciocínio é simples, o direito que lhes é negado ainda que por compaixão, será tomado com violência, não por perversidade ou delinquência, mas por instinto, por premência.

O governo brasileiro oferece, por intermédio do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, uma série de projetos, como por exemplo, o Programa Bolsa Família³⁵³ – que, a partir da transferência de renda, sob algumas condicionantes, beneficia famílias em situação de pobreza (com renda mensal por pessoa de R\$ 60,01 a R\$ 120,00) e extrema pobreza (com renda mensal de até R\$ 60,00). São inúmeras as ações governamentais, como essas, que procuram minimizar as deficiências nutricionais e de renda das comunidades mais vulneráveis. Podemos citar também: os restaurantes populares (em Curitiba chegam a fornecer mais de 2 mil refeições/dia); as cozinhas comunitárias; a agricultura urbana; o programa estadual de luz fraterna, o seguro desemprego e muitos outros.

³⁵¹ Ibid., p. 57.

³⁵² Ibid., p. 225.

³⁵³ Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/>> Acesso em: 20 fev.2008.

Indiscutivelmente programas, meramente paliativos, que proporcionam algum alento aos miseráveis e amenizam tantas desigualdades sociais, embora o ideal continue sendo a promoção das capacidades individuais que estimulem a emancipação e descartem o assistencialismo como forma disfarçada de dominação.

Seja por intermédio das capacidades de controle, sugeridas por PETTIT ou pelo exercício das liberdades instrumentais, enumeradas por SEN, o importante é a percepção e coragem dos ilustres autores em identificar outros fatores da complexa problemática da liberdade como fonte segura para a criação e implementação de políticas e soluções, em favor dos hipossuficientes.

3 LIBERDADE DE AUTODETERMINAÇÃO E JUÍZO DE REPROVAÇÃO PENAL: APLICANDO A TEORIA DE AMARTYA SEN NA REORIENTAÇÃO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE

Como foi vastamente demonstrado pelos autores aqui citados, é crível vincular a culpa a elementos facilmente apreendidos que circundam a vida do indivíduo e traduzem seu nível de escolha de agir de outro modo. Teorias sobre liberdade podem auxiliar na pesquisa de novos dados e parâmetros caracterizadores da autonomia do indivíduo em obedecer à ordem jurídica.

Embora SEN não pertença à academia jurídica, tenha sua formação assentada nas ciências econômicas, é também factível que está extremamente engajado na solução dos problemas mundiais e na concretização da justiça. Suas obras são de grande valia como embasamento material do conceito de culpabilidade, tão criticado quanto sua inatingível abstração. Os critérios, genialmente estabelecidos por SEN, vêm diminuir distâncias, até então insuperáveis, entre a dogmática e realidade dos leigos.

Foram inicialmente empregados no Direito Penal por HIRSCH e JAREBORG, no sistema anglo-americano como “linhas mestras” para orientar a gravidade dos delitos como índice proporcional ao cálculo das penas de seus autores.³⁵⁴ A partir dos escritos de SEN, instituíram níveis de lesividade dos delitos praticados ao correspondente prejuízo que a conduta delituosa teria representado ao “padrão de vida” da vítima³⁵⁵. Quanto maior o prejuízo, mais grave o delito. Posteriormente, Eliezer SILVA replica a aplicação da teoria de SEN como referencial teórico importante para sustentar a medida da culpabilidade. Não mais pela perda ou diminuição do padrão de subsistência das vítimas, base da aplicação de HIRSCH e JAREBORG, mas como base informacional da magnitude da culpabilidade, a partir do grau de autodeterminação social e política do agente. De fato, a tese geral de SEN do *desenvolvimento como liberdade* se enquadra, conforme sugere de maneira inédita no Direito Penal pátrio Eliezer da SILVA, como parâmetro analítico a fim de agregar a doutrina dos direitos fundamentais ao conceito de culpabilidade³⁵⁶.

Se culpabilidade há de ser entendida como maior ou menor liberdade de ação (não do ponto de vista moral, intelectual, psicológico ou circunstancial), mas de um conjunto das referidas disponibilidades estruturais – de todo coincidentes com a

³⁵⁴ HIRSCH, Andre von; JAREBORG, Nils. Gauging criminal harm: a living-standard analysis. **Oxford Journal of Legal Studies**. Oxford, v. 11, n. 1, p. 1-38, 1991.

³⁵⁵ SILVA, Eliezer Gomes. Op. cit., p. 10.

³⁵⁶ Ibid., p. 11.

maior ou menor privação de direitos fundamentais, ao agente, pelo estado de direito democrático, o hipossuficiente e o que exerce enorme parcela de poder deverão ser, no plano da culpabilidade, reprovados de modo distinto. Aos verdadeiramente livres para realizar uma vontade antijurídica, pela plena fruição das prerrogativas e pressupostos para a manifestação individual de sua liberdade (condição absoluta de poder) o compromisso ético de conformação com as regras do jogo sócio-jurídico há de acarretar uma censura, uma reprovação verdadeiramente intensa da conduta típica e antijurídica perpetrada, por uma espécie de abuso de poder.³⁵⁷

A proposta auxilia na demarcação do conceito material da culpabilidade, que deve ser feita de acordo com o ambiente social, cultural, valorativo e econômico em que se insere. Não pode desprender-se dos dispositivos assecuratórios arrazoados na legislação penal em vigor. Partindo da certeza de que a culpabilidade é uma categoria dogmática, vale dizer, baseada no Direito Penal positivo, este deve ditar toda e qualquer forma de interpretação. Entretanto, é preciso lembrar ainda que o Direito Penal, assim como toda lei infraconstitucional, deve moldar-se aos ditames do Estado Democrático de Direito que o compreende, imprimindo a obrigatoriedade de interpretar a culpabilidade com uma abrangência tal que a torne a maior e melhor proteção possível dos valores fundamentais da sociedade compatível com o mínimo prejuízo da liberdade individual.³⁵⁸

Assim, a afirmação de ROXIN (e de tantos outros penalistas contemporâneos) quanto à impossibilidade de comprovação empírica do poder-agir-de-outro-modo e do livre-arbítrio³⁵⁹, não se sustenta frente a instrumentos capazes de delinear, com muita propriedade, o nível de autonomia do autor, no momento da execução de um delito, inclusive levando-se em conta toda a arbitrariedade suportada no processo seletivo do sistema penal.

3.1 BASE INFORMACIONAL MAIS AMPLA

³⁵⁷ Ibid., p. 14.

³⁵⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 130-131.

³⁵⁹ ROXIN, Claus. **A culpabilidade...**, p. 146.

Como pôde ser analisado até aqui, é previdente ampliar o leque de informações sobre o acusado, fornecendo ao júízo de culpabilidade elementos que realisticamente favoreçam a sua delimitação.

O júízo de culpabilidade que tenha por base informacional as oportunidades sociais, políticas e econômicas para o livre exercício da autodeterminação por pessoa consciente e capaz requer sejam trazidos ao processo penal elementos empíricos mais concretos, não bastando, nesse aspecto, tão-somente a racionalização puramente retórica do importante conceito de exigibilidade de conduta diversa.³⁶⁰

Imbuído do objetivo de subsidiar a análise da culpabilidade, é mister fazer chegar ao conhecimento dos operadores do Direito toda informação acerca do protagonista do crime. Uma radiografia detalhada das circunstâncias da ação e quão livre ela foi praticada. Quanto maior a liberdade do agente, melhor será sua adequação para ser responsabilizado por seus atos, de acordo ao pensamento de Philip PETTIT.

Na mesma direção se destina a teoria de *desenvolvimento como liberdade*, entretanto, com um sensível avanço no que diz respeito à amplitude de liberdades posta à análise ético-normativa da culpabilidade. Afinal essas liberdades devem ser viabilizadas pelo Estado, embora alguns magistrados ignorem.

A desembargadora do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, em decisão da Apelação Criminal 2066 de 2003³⁶¹, Maria Aparecida Ribeiro, admite que o “Estado deve fomentar políticas sociais e econômicas que garantam aos cidadãos a preservação de seus direitos individuais”, mas repudia veementemente a responsabilização do Estado pela conduta delituosa

³⁶⁰ SILVA, Eliezer Gomes. Op. cit., p. 12.

³⁶¹ ENTORPECENTES – CIRCUNSTÂNCIA ATENUNANTE GENÉRICA REDUÇÃO DA PENA COM BASE NO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL – COCULPABILIDADE DO ESTADO – IMPOSSIBILIDADE – PENA EXACERBADA – CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AUTORIZA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL – AUMENTO DE PENA PELA ASSOCIAÇÃO CARACTERIZADA – RECURSO IMPROVIDO – DIMINUIÇÃO DA PENA AUTORIZADA DE OFÍCIO – **Cabe ao estado fomentar políticas sociais e econômicas que visem a garantir aos cidadãos a preservação de seus Direitos individuais.** Porém, **atribuir-lhe responsabilidade pela prática de crime pela falta de política social é inaceitável**, visto que se assim fosse, o **estado estaria fomentando a prática delitiva.** A **reprovação adequada da conduta errada é um dever do estado e tem como objetivo promover a perfeição do homem e o resgate de sua cidadania.** As circunstâncias judiciais que interferem na fixação da pena-base devem ser consistentes, não sendo aceitável a presunção de que o transporte de substância entorpecentes em quantidade elevada, por si só, autoriza esta elevação, devendo, pois, ser reduzida a pena-base para o mínimo legal. (TJMT – ACr 2066/2003 – 1ª C.Crim. – Relª Desª Maria Aparecida Ribeiro – J. 20.05.2003) (grifos nossos)

em decorrência da falta de política social e acrescenta que tal atitude incrementaria a prática delitiva. Fica a impressão de que o cidadão tem um “dever” diferente do “dever” do Estado. Enquanto o primeiro tem força cogente com correspondente sanção penal se não observado, o segundo representa um alento estritamente retórico e inconsequente. Cabe, ao menos, questionar qual o critério utilizado, se ambos são submetidos ao mesmo ordenamento jurídico.

Sempre que constatado uma omissão estatal como influência direta (causa) ou indireta (concausa) num resultado danoso, esta “deveria”, no sentido de, “teria que ser obrigatoriamente” atribuída ao Estado. Não há dúvida que a falta de políticas sociais repercute diretamente na prática delitiva. Ignorar essa realidade é macular por completo a legitimidade do poder punitivo deste mesmo Estado.

Finaliza a desembargadora ressaltando que o “dever” (imperativo) do Estado é reprovar adequadamente a “conduta errada” com o objetivo de “promover a perfeição do homem e o resgate de sua cidadania.” A teoria dos “dois pesos e duas medidas” persevera inadvertidamente. O Estado falha no “dever” de prover o desenvolvimento humano, com isso interfere negativamente no poder de escolha do indivíduo e a justiça é, no mínimo, condescendente. Do outro lado (o mais fraco), o indivíduo imperfeito erra e “deve” ser promovido à retidão e recuperado em sua cidadania, por intermédio da pronta “correção” (leiam-se prisões superlotadas, insalubres, fétidas) do sistema penitenciário. Soa arbitrário e até ilógico. Não há, e não pode haver qualquer possibilidade de promoção ou resgate desse indivíduo, que certamente cumprirá a pena e voltará a delinquir, (senão morrer antes disso) numa, agora sim, lógica perversa ditada pelo sistema em vigor – “uma vez bandido, sempre bandido” – em mais uma história banal, impressa no caderno policial dos periódicos.³⁶²

³⁶² “Escadinha foi assassinado”, como se dissesse: chove na Gávea. “Eu queria saber”, ele continuou, “se o senhor acha que a morte do bandido encerra um ciclo, na história da criminalidade no Rio de Janeiro.” (...) Respondi ao repórter: “Você quer dizer que uma pessoa morreu, um ser humano foi assassinado. Ele tem nome e sobrenome, José Carlos Encina. Não é só um rótulo e um apelido. Você chama a vítima de bandido, mesmo sabendo que ele tinha pago sua dívida com a sociedade? Foram mais de vinte anos. Faltavam poucos meses para a liberdade. Mas nada disso importa: **uma vez bandido, sempre bandido**. Ele será eternamente bandido, independentemente de sua situação legal”. Ainda tive vontade de dizer: “No Brasil, a Justiça não reconhece penas perpétuas.” Mas desisti. Lições telefônicas

De acordo como o entendimento de Francisco Muñoz CONDE,

En estos casos, la tarea del Estado social y democrático de Derecho no consiste en castigar a los que no están en condiciones de poder participar en condiciones de igualdad en la configuración de la vida social, sino en promover las condiciones para que la libertad y igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos em la vida política, económica, cultural y social. En una democracia que aspira a ser verdadeira y real es necesario desarrollar también un concepto de culpabilidad material, y no puramente formal. Igual que no es suficiente el reconocimiento formal de unos derechos fundamentales si éstos carecen de contenido (si la mayoría de la población es analfabeta, de qué le sirve el derecho a la información?), tampoco puede ser suficiente, para constatar la culpabilidad de un individuo por el hecho cometido, que éste haya podido obrar en teoría de una manera y no de outra.³⁶³

Para Salo de CARVALHO, “o princípio da culpabilidade (do ato) não pode ser absolutizado em torno da premissa do livre-arbítrio/autodeterminação”³⁶⁴ e sim sopesado, pelo magistrado, com as limitações encontradas no cotidiano das pessoas, desde que identificada uma relação razoável entre a omissão estatal e o fato danoso.

No entanto, é preciso revisitar alguns princípios constitucionais e sucessivamente, alguns dispositivos do Código Penal pátrio que podem ser úteis nessa nova ótica da justiça criminal. Não que estes instrumentos sejam novos, ao contrário, são antigos e até um pouco relegados ao “desuso”, mas é uma tentativa acadêmica, talvez ingênua, de reapresentá-los, agora iluminados e revigorados pela teoria do *desenvolvimento como liberdade* de Amartya SEN. Com ela é possível falar em um conceito material de culpabilidade e utilizá-lo não só como base para uma justa responsabilização, mas como diagnóstico das fragilidades do condenado que podem e devem ser supridas por intermédio

não mudam ninguém. (grifos nossos) (ATHAYDE, Celso; MV Bill; SOARES, Luiz Fernando. Op. cit., p. 95-96.)

³⁶³ Nestes casos, a tarefa do Estado social e democrático de Direito não consiste em castigar aos que não estão em condições de participar igualmente na configuração da vida social, senão promover as condições para que a liberdade e igualdade do indivíduo e dos grupos nos quais se integram, sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social. Para uma democracia que aspira ser verdadeira e real é necessário desenvolver também um conceito de culpabilidade material, e não puramente formal. Igual que não é suficiente o reconhecimento formal de alguns direitos fundamentais se estes carecem de conteúdo (se a maioria da população é analfabeta, de que serve o direito à informação?), tampouco pode ser suficiente, para constatar a culpabilidade de um indivíduo pelo fato cometido, que este tenha podido atuar em teoria de uma maneira distinta, se não analisam as razões para entender por que atuou de uma determinada maneira e não de outra. (BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 344-345.)

³⁶⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 71.

da sanção punitiva. Perfaz, nos últimos tempos, a melhor função que se pode destinar à pena, e a oportunidade de dignificar o tão desgastado Direito Penal.

3.1.1 Princípio da Individualização da Pena

O princípio da individualização da pena marca, no âmbito do Direito Penal, a passagem da igualdade formal peculiar do Estado Liberal para a igualdade material pretendida pelo Estado-Providência³⁶⁵. Deve ser experimentado em conjunto com o princípio da isonomia e adequado à melhor utilidade possível da pena, tendo como finalidade precípua recapacitar o indivíduo a partir da valorização de suas virtudes e não tão-somente a reprovação e prevenção do crime.

O cidadão submetido ao Estado de Direito, senhor de direitos e deveres tem que suportar a pena segundo sua culpa, isto quer dizer, proporcionalmente a sua “individualidade”, suas características e limitações, sob pena de contradizer o princípio fundamental da dignidade humana.

Chaïm PERELMAN, com notável contribuição, recorda que a igualdade substancial é resultado de muitas lutas históricas contra privilégios, discriminações e opressões nas mais diversas áreas. Deve-se, diz o autor belga, inquietar menos com a justiça imaginada como igualdade de tratamento – oriunda da Revolução Francesa, do que com a justiça concebida como propensa a minimizar desigualdades assombrosas das situações³⁶⁶. Nesse sentido, as relações de trabalho, os contratos e até os impostos necessitam da intervenção estatal, via dispositivos legais que protejam os mais fracos e o coloquem em condição de equidade nas mais diversas relações jurídicas.

Esta necessidade fica mais patente quando se restringe o bem maior do ser humano, sua liberdade. A individualização da pena, de caráter constitucional³⁶⁷, garante tratamento personalizado ao condenado a considerar seus atributos pessoais e características do delito, em detrimento da

³⁶⁵ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 222.

³⁶⁶ Id.

³⁶⁷ Art. 5º, XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de Direitos; (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.)

padronização pautada, simplesmente, em fórmulas matemáticas ou tabelas pré-determinadas correspondentes aos crimes. Assim o Código Penal prevê um intervalo – *quantum* mínimo e outro máximo de pena –, a título de assegurar o cumprimento da função ressocializadora, deixando ao Poder Judiciário, espaço para ajustar a reprimenda ao caso concreto e ao perfil do acusado.

Nesta perspectiva calculam-se sanções correspondentes às condutas subjetivamente analisadas, o que remete imediatamente à recomendação feita por Barbara HUDSON quanto ao princípio relacional, a ser aproveitado como ferramenta na percepção de grupos ou pessoas vulneráveis em uma determinada situação. Defende a autora, que “a justiça deve pensar em termos de relações”³⁶⁸. Como, por exemplo, a disparidade entre a força da mulher e a do homem, faz com que essa “capacidade relativa”³⁶⁹ tenha peso diferente na análise judicial. Nos casos de legítima defesa, provocação ou consentimento no estupro, precisam ter em conta que as mulheres dificilmente reagem espontânea e instantaneamente, como normalmente reagiriam os homens. Bem como, em uma comunidade negra, a negritude não revela qualquer forma discriminatória que poderia revelar numa comunidade branca³⁷⁰.

Desse modo, quando se trata de um mesmo crime, porém praticadas por dois coautores diversos, estes não são iguais e, portanto, têm “capacidades relativas” diversas que devem orientar também diversas cargas sancionatórias³⁷¹. A lógica permanece no caso do mesmo autor cometer mais de um delito, para cada um deles isoladamente lhe será atribuída uma pena.

Na suposição de um crime de sequestro com resultado morte e posterior ocultação do cadáver, reputado a vários agentes: a sentença condenatória deve, obrigatoriamente (sob pena de nulidade absoluta), individualizar cada envolvido e cada crime respectivo a ele, ou seja, cada combinação constatada impõe um tratamento único, com dosimetria da pena e

³⁶⁸ HUDSON, Barbara. Op. cit., p. 14.

³⁶⁹ Id.

³⁷⁰ Ibid., p. 14-15.

³⁷¹ REVISÃO CRIMINAL - Sentença condenatória - Individualização da pena - Pena-base fixada conjuntamente para os dois réus - Inadmissibilidade - Nulidade tópica da decisão - Revisão julg. procedente. Relator: Desembargador Campos Marques Revisor: Juiz Convocado Mário Helton Jorge Processo: 306167-0 Revisão Criminal de Sentença (CInt) Órgão Julg:1ª Câmara Criminal em Composição Integral. Acórdão 316. Publicação 11/01/2008 Número DJ 7530.

atinente fundamentação (autor A1/crimeC1, autor A1/CrimeC2, autor A2/CrimeC1 etc). Afinal, autores distintos são movidos por motivos ou circunstâncias distintas, assim como o mesmo autor mata, sequestra ou oculta um corpo por diferentes razões que devem ser observadas³⁷².

Há uma parte renomada da doutrina que considera a individualização da pena, quando pondera e privilegia as circunstâncias subjetivas, um retorno ao Direito Penal de autor, em que se pune o agente pelo que ele é, e não em razão do crime que cometeu. Referem-se à impropriedade de se incorporar à aplicação da pena, fatores extrapenais, informações que dizem respeito a aspectos sociológicos, psicológicos e antropológicos, como defendia a Escola Antropológica do Direito Penal.

Tal posição é equivocada ao tratar de maneira idêntica, conjunturas completamente díspares: uma é penalizar de acordo ao crime praticado, exercida na inicial atitude de comprovação da culpa do autor e conseqüentemente a existência do crime. E outra a graduação da pena, aí sim sendo considerado o agente como indivíduo singular e a ele dosada uma penalidade que possa suportar – o acusado não é incriminado por seu apanágio (como nos tempos lombrosianos), mas na medida dele.

Essa sedutora confusão doutrinária³⁷³ e prática reforçam a necessidade de tratar a “culpabilidade” – elemento constitutivo do crime e a “culpabilidade” – fator de medida da pena, em momentos distintos e muito bem fundamentados, sob pena de representar erroneamente um renascimento do tão nocivo Direito Penal de autor.

Com muita propriedade, ZAFFARONI adverte que,

a garantia do direito penal de ato se estabelece, da mesma forma que todas as garantias, como um limite ao poder punitivo (não se deve recorrer ao direito penal de autor para agravar conseqüências penais para além da culpabilidade pelo ato), porém nada impede que se faça direito penal de autor para exercer menor poder

³⁷² Atualmente é muito comum encontrar sentenças condenatórias nas quais o princípio da individualização da pena é negligenciado, tanto quanto o princípio da motivação, em que prevalece a prática de alguns juízes do “copia e cola” – expressões são simplesmente repetidas para todos os autores e crimes, numa flagrante preguiça criativa ou total desconhecimento do processo e da própria função pública que ocupa.

³⁷³ “Figurando em primeiro lugar no corpo do artigo 59, a culpabilidade, com o sentido de *reprovação* ou de *censura*, não é *outra*, e sim, a *mesma* culpabilidade que fundamenta o juízo de condenação.” (grifos do autor) (BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit., p. 190.)

punitivo que o assinalado pela culpabilidade pelo ato (direito penal de autor in *bonam partem*).³⁷⁴

Salo de CARVALHO refuta, pelos mesmos motivos, a ideia de “revificação de um modelo penal do autor, mas sim uma otimização do direito penal de fato, visto que a análise é centrada na real capacidade de o autor socialmente referido conhecer, compreender e motivar sua conduta conforme o Direito”³⁷⁵.

Élio MORSELLI afirma que “negando-se a natureza retributiva da pena, nega-se que a culpabilidade reside na base da responsabilidade penal”³⁷⁶, contudo não se pode esquecer de arrogar um caráter construtivo à retribuição, a reinserção do condenado ao convívio social (apesar de em muitos casos ser mais honesto falar em inserção, pela inexistência de oportunidades anteriores). E neste contexto “a incumbência ao julgador na avaliação subjetiva do réu, longe de importar desapego à legalidade, insegurança para o acusado, promover à discricionariedade exacerbada ou mesmo incremento ao abuso punitivo, exterioriza seu dever legal e constitucional.”³⁷⁷, justifica NUCCI. Este é o momento de demonstrar toda sua solidariedade com o hipossuficiente, o vulnerável, atribuindo-lhe uma pena singular, especial, própria ao seu subjetivismo. Não por condescendência, mas por dever funcional.

Três são as formas de concretizar a individualização penal: inicia-se com a individualização legislativa, na qual o legislador seleciona o bem jurídico a ser protegido e as condutas puníveis, elegendo as penas a eles cominadas dentro de um limite mínimo e máximo³⁷⁸. Exerce essa atividade atento, pelo menos em tese, à proporcionalidade entre o delito e a nocividade social causada. Contudo, basta uma rápida pesquisa pela legislação penal, para serem encontrados dispositivos que favorecem sobremaneira os poderosos, a começar pelas cargas sancionatórias dos delitos: os crimes passíveis de cometimento pelos subalternos, furtos, roubos, latrocínio, estupro e homicídio têm penas mais altas; enquanto os crimes de sonegação fiscal, peculato,

³⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo...**, p. 99.

³⁷⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 75.

³⁷⁶ MORSELLI, Élio. Função da Pena à Luz da Moderna Criminologia. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, n. 3, p. 5, ago./set. 2000. p. 5.

³⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 194-195.

³⁷⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aplicação da Pena. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 24-48, ago./set. 2000. p. 24.

corrupção, estelionato, tem penas mais leves, embora na maioria dos casos, lesionam um contingente muito maior de pessoas ou produzem enormes prejuízos.

Quanto aos benefícios: a liberdade provisória condiciona um princípio maior, a presunção de inocência, mas é destinada àqueles que possuem residência fixa, entre outros fatores, mantendo sempre na prisão³⁷⁹ os pobres e aguardando em liberdade os mais afortunados ou articulados com o sistema. Na execução, a possibilidade do ingresso do condenado em regime aberto depende da comprovação de “estar trabalhando ou de fazê-lo imediatamente”, dificilmente destinada aos já desempregados antes do rótulo de “criminoso”.

Em seguida, a individualização judiciária, é posta a cargo do magistrado quando atesta o delito e fixa o *quantum* cabível ao responsável, segundo critérios oriundos mais da dogmática penal do que da realidade circundante ao agente. Cenário que esta dissertação não se furtou de criticar em vários momentos, além de trazer à apreciação da academia, contribuições sérias e importantíssimas, tributadas a Amartya SEN, Barbara HUDSON e Phillip PETTIT, que descortinam novos horizontes sobre o tema.

E por último, a individualização executória sendo feita durante o cumprimento do castigo e de incumbência, em regra, do Juiz da Vara de Execuções Penais, concedendo ou não a progressão de regime e o livramento condicional, conforme o caso concreto e o comportamento do preso³⁸⁰.

Em qualquer um dos formatos de individualização de pena tem-se a conexão direta a outros princípios constitucionais: da legalidade³⁸¹ (e seus subprincípios: taxatividade, anterioridade e irretroatividade da lei penal), da isonomia³⁸², da proporcionalidade, da humanidade, da responsabilidade pessoal³⁸³ e da culpabilidade³⁸⁴. Estes princípios traduzem garantias e direitos

³⁷⁹ Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, há 189 mil presos provisórios no país, alguns com mais de três anos sem julgamento. (Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>> Acesso em: 03 jul.2009.)

³⁸⁰ VIANNA, Túlio Lima. Pena – fixação: roteiro didático. [Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 4, n. 19, p. 54-61, abr./maio 2003.](#) p. 59.

³⁸¹ “Art. 5º, XXXIX. Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.)

³⁸² “Art. 5º, caput. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...” (Id.)

³⁸³ “Art. 5º, XLV. Nenhuma pena passará da pessoa do condenado...” (Id.)

³⁸⁴ Não há crime sem dolo ou sem culpa – previsto no art. 18 do Código Penal Brasileiro.

irrenunciáveis, inalienáveis e dirigidos a todos os cidadãos, indiscriminadamente, com o propósito maior de dispensar tratamento materialmente igualitário e humano.

“A função da culpabilidade, inscrita na vertente liberal do Estado de Direito, é, por outras palavras, a de estabelecer o máximo de pena ainda compatível com as exigências de preservação da dignidade da pessoa e de garantia do livre desenvolvimento da sua personalidade nos quadros próprios de um Estado de Direito democrático.”³⁸⁵

3.1.2 O Dever de Motivação

O constitucionalismo e a sua total resignação aos direitos fundamentais como instrumento contra os excessos punitivos e a favor do desenvolvimento humano consagraram, como garantia constitucional³⁸⁶, o dever de motivação de todas as decisões judiciais³⁸⁷, colocando definitivamente num passado arbitrário, ações contrárias ao Estado de Direito. A obrigatoriedade se estende, no Brasil, a todo e qualquer pronunciamento jurisdicional que carregue uma carga, ínfima que seja, de decisão³⁸⁸. Pois, como é cediço toda decisão jurisdicional tem força coercitiva para alterar a vida daquele a quem se destina, impondo sua adesão.

Na legislação infraconstitucional, o Código de Processo Penal³⁸⁹ – Decreto-lei 3.689, de 1941 já previa a exigência da indicação dos motivos de

³⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 134.

³⁸⁶ No Brasil somente na Constituição Federal de 1988. Pode-se considerar tardia se comparada à primeira Constituição do ano III (1795) que em seu art. 208; “Les jugements sont motivés et on y énonce les termes de la loi appliquée”, evidenciou a dignidade do dever de fundamentar as decisões. (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 63.)

³⁸⁷ “Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do Direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;” (grifos nossos).

³⁸⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit., p. 70-71.

³⁸⁹ Conforme exposição de motivos: A sentença deve ser motivada. Com o sistema do relativo arbítrio judicial na aplicação da pena, consagrado pelo novo Código Penal, e o do livre convencimento do Juiz, adotado pelo presente projeto, é a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento. No caso de absolvição, a parte dispositiva da sentença deve conter, de modo preciso, a razão específica pela qual é o réu absolvido. É minudente o projeto, ao regular a motivação e o dispositivo da sentença.

fato e de direito, como requisito formal da sentença judicial (art. 381³⁹⁰), sob pena de nulidade absoluta (art. 564³⁹¹), embora isenta de força coativa frente à resistência de alguns julgadores mais indolentes.

É evidente a relevância da motivação nos campos político, penal ou processual, no enriquecimento jurisprudencial, na valorização da transparência e na correta aplicabilidade de tantos outros direitos fundamentais como: o devido processo legal, a individualização da pena, a presunção de inocência, o duplo grau de jurisdição, a publicidade entre outros. Com efeito, o livre convencimento judicial precisa ser vigiado, ou melhor, controlado a partir da exigência constitucional da fundamentação de suas decisões. O poder pode ser perigoso e precisa ser contido.

No plano processual, Ada Pellegrini GRINOVER³⁹² focaliza três justificativas ao dever de motivar: a primeira, como garantia da imparcialidade do magistrado, que deve estar atento e ao mesmo tempo imune ao sensacionalismo e apelo popular nos casos penais de maior repercussão, manter-se alheio aos comentários precipitados lançados no calor dos acontecimentos, neutralizar-se dos seus pré-conceitos e fazer uso de suas experiências pessoais somente em proveito da compreensão dos problemas alheios; a segunda, como ferramenta para verificar se a decisão atendeu à legalidade, imprimindo uma análise criteriosa, deve vincular-se aos ditames processuais e privilegiar os direitos e garantias constitucionais; e a terceira, como comunicação às partes, dos argumentos e provas que utilizou para julgar o caso.

Gilberto FERREIRA acrescenta uma quarta e não menos importante, como razão de meticulosa exposição do raciocínio lógico percorrido pelo sancionador, relacionada à mensuração da pena, reportando ao sentenciado e ao Tribunal, no caso de reapreciação da matéria, qual a exata quantidade de pena empregada a cada circunstância.³⁹³ Acrescenta ZAFFARONI que, especialmente quanto à individualização da pena, há um deficiente

³⁹⁰ “A sentença conterà: ... III - a indicação dos motivos de fato e de Direito em que se fundar a decisão;”

³⁹¹ “A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: ... III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: ... m) sentença;”

³⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., p. 212.

³⁹³ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 66.

desenvolvimento doutrinário sobre o tema, sem princípios claros, levando invariavelmente a excessos, quando as margens penais apresentam exagerada amplitude.³⁹⁴ Deficiência que esta dissertação procurou suprir, não completamente, mas como uma pequena contribuição, a julgar significativa, ao trazer para o conhecimento e a reflexão da comunidade jurídica, estudos e teorias sobre liberdade e culpabilidade, além de instrumentos legais e dispositivos constitucionais que podem nortear sobremaneira a decisão judicial. Como já foi dito, em item específico, o princípio da individualização da pena, como o próprio nome indica, impõe ao juiz uma análise concreta, personalizada, da dosimetria da pena. Tarefa que exige sua aproximação à realidade, e distanciamento completo da abstração. Deve sentir (origem etimológica do termo “sentença”) a presença do acusado, embrenhar-se em suas aflições, situar-se em seu ambiente, perceber suas necessidades, para então, alicerçado às liberdades instrumentais devidas por direito e denegadas, sentenciar uma pena que melhor se ajuste a este contexto.

A sentença deve permitir sua crítica, posto que não sendo possível reconhecer a fundamentação que leva à imposição de uma determinada pena, não ser suscetível de comprovação a sua adequação às normas legais³⁹⁵, finaliza o autor.

Sérgio Salomão SHECAIRA reafirma que, “o réu, especialmente ele, não tem apenas o direito de saber por que é punido, mas também o direito de saber por que lhe foi imposta esta ou aquela pena. No entanto, há que se ressaltar que o Juiz, no momento de julgar, não deve proceder com um metro que toma a lei como medida, mas ser crítico da legislação, adaptando axiologicamente a lei ao caso concreto.”³⁹⁶

Luigi FERRAJOLI³⁹⁷ atribui ainda ao julgador um comprometimento visceral com o garantismo jurídico, ou seja, vislumbrando o Estado de Direito não simplesmente como um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado dotado de efetivas garantias liberais e sociais. As primeiras versando sobre as vedações no ordenamento constitucional, a supor

³⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 825.

³⁹⁵ Ibid., p. 826.

³⁹⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Circunstâncias do Crime. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 67-80, jul./set. 1998, p. 80.

³⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23.

prestações negativas voltadas à garantia dos direitos de liberdade (os direitos “de”). E, as segundas, caracterizadas pela incorporação de obrigações que requerem prestações positivas como a promoção dos direitos sociais ou materiais (os direitos “a”).

O magistrado assume, sob esse prisma, o dever-poder de respeitar os direitos fundamentais³⁹⁸, assim como de insurgir-se em face de normas que o violem, deixando de aplicá-las (exercendo seu poder discricionário de disposição). Tomadas, por empréstimo, as palavras de Ingo Wolfgang SARLET,

os atos judiciais que atentem contra os direitos fundamentais poderão constituir objeto de controle jurisdicional, fiscalização esta que, entre nós, é exercida, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal, na condição de autêntica Corte Constitucional, a quem incumbe, na medida em que ele próprio vinculado à Constituição e aos direitos fundamentais, não apenas a guarda, mas o próprio desenvolvimento da nossa Lei Fundamental.³⁹⁹

É de clara percepção a importância, dentro dessa nova conjuntura, da validade da norma⁴⁰⁰. E essa validade só pode ser avaliada diante de uma sentença fartamente fundamentada, enriquecida com argumentos de fato e de direito que traduzam um raciocínio jurídico lógico do julgador.

“Quanto aos juízes e à proteção judicial, é necessário reconhecer que sem juízes bem informados, conscientes de sua responsabilidade social e verdadeiramente comprometidos com a justiça, será quase impossível obter uma proteção real dos direitos humanos.”⁴⁰¹

Na seara recursal, uma adequada fundamentação é de imensa valia: primeiro porque ao apresentar argumentos irrefutáveis ao vencido, o desestimula do desejo de impugnar a decisão, aderindo-se a ela. E segundo, a utilizar argumentos refutáveis, fatos não comprovados ou dispositivos legais

³⁹⁸ O Direito em geral é um “artifício” criado pelo homem e para o homem, como seu instrumento. Natural não é o Estado ou o poder, mas as pessoas e as suas necessidades vitais. Direitos “inatos” ou “naturais”, para além da metafísica jusnaturalista onde foram concebidos, significam precisamente Direitos “pré-estatais” ou “pré-políticos”, no sentido de que não são fundados por aquela criatura que é o Estado, mas são “fundamentais” ou “fundadores” de sua razão de ser, como parâmetros externos e objetivos de sua organização, delimitação e disciplina funcional. (Ibid., p. 707.)

³⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 398.

⁴⁰⁰ Conceituada por Luigi FERRAJOLI como o respeito pelo conteúdo do ordenamento, ou ainda, a correspondência substancial entre o conteúdo normatizado e os limites existentes no ordenamento (Direitos fundamentais). (FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 701.)

⁴⁰¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.

incoerentes com o caso, será fácil encontrar o erro, bastando percorrer o raciocínio jurídico utilizado pelo julgador descrito no corpo da sentença. Com esta prática, está preservado o exercício do direito constitucional do recurso à instância superior.

Mesmo em decisões absolutórias (art. 386 do CPP) é imprescindível a indicação do motivo juntamente com o dispositivo da sentença, já que os efeitos civis podem ser distintos, a depender especificamente do fundamento da absolvição. É possível, inclusive, que o absolvido recorra da sentença com o intuito de alterar exclusivamente o motivo, buscando outro que minimize suas consequências.

Finalmente, no âmbito político, em sistemas como o brasileiro, nos quais os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo, inexistente vinculação entre eles e a maioria democrática, como ocorre com os membros do Poder Legislativo. Não têm seus atos submetidos ao controle hierárquico adotado pela Administração Pública, como são os funcionários subordinados ao Chefe do Poder Executivo. Logo, é natural que o modo como exercem a função jurisdicional, seja fiscalizado instrumentalmente pela sentença motivada e pública, como justificção de suas ações estatais com legitimidade democrática (atualmente podendo ser apreciadas pelo Conselho Nacional de Justiça). Vista sob este ângulo, a motivação adquire conotação que transcende o âmbito do processo, situando-se no ponto elevado da política⁴⁰².

Nas palavras de KELSEN,

Uma vez que uma democracia tem por exigências a segurança jurídica, a legalidade e o caráter calculável das funções do Estado, criam-se instituições que têm por finalidade controlar essas funções, de modo que sua legitimidade seja assegurada. Em decorrência disso, prevalece o princípio da publicidade. A tendência a revelar os fatos é especificamente democrática.⁴⁰³

3.1.3 A Motivação como Discurso Jurídico

Apresentada a relevância da motivação de uma decisão jurisdicional nas esferas penal, processual-penal e política, cumpre-se destacar que o juiz ao prolatar uma sentença, está na realidade, estabelecendo uma norma jurídica específica ao caso. Prestando contas aos destinatários de sua

⁴⁰² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit., p. 79-81.

⁴⁰³ KELSEN, Hans. Op. cit., p. 186.

conclusão. E para tanto necessita, através de um discurso jurídico, dar suas razões para ter escolhido esta solução em detrimento de outra qualquer.

A arte do discurso tem recebido ao longo da história, lugar de destaque entre os filósofos e estudiosos. Dentre eles, ARISTÓTELES⁴⁰⁴ – a poética, a retórica, a dialética e a lógica, Theodor VIEHWEG⁴⁰⁵ – a tópica, Chaïm PERELMAN – a argumentação e Jürgen HABERMAS – ação comunicativa.

Neste estudo, foi também destacado o papel fundamental do discurso como ferramenta indispensável de participação, influência e conquista de direitos. HUDSON elevou o discurso à categoria de princípio de justiça, como forma de expandir os direitos às demais pessoas, tradicionalmente destinado ao homem branco e proprietário. Um discurso aberto, fácil, acessível aos grupos marginalizados e exercitado em todas as relações sociais, propicia a integração, a reivindicação, o protesto, as mudanças, num constante progresso evolutivo. Para PETTIT, somente de posse do controle discursivo, o indivíduo tem capacidade de raciocinar e se relacionar com o outro, pensando problemas e interagindo com soluções, e, assim gozar de liberdade. E para Amartya SEN, a capacidade discursiva é vinculada à liberdade política, na modalidade instrumental e constitutiva, numa relação de interdependência com as demais liberdades, num círculo virtuoso de desenvolvimento da autodeterminação.

Acolhidas essas considerações, o dever de motivação se mostra imperativo para estabelecer uma comunicação saudável entre os envolvidos no processo. Firma-se um relacionamento em que se deve preponderar a aproximação das pessoas, a troca de opiniões e sentimentos sobre as coisas, a dialética de conhecimentos, de experiências que, inexoravelmente, traz benefícios para todos.

O juiz quando atua em um julgamento, principalmente, na área penal, deve ter em mente que o réu tem o direito de compreender e interatuar em

⁴⁰⁴ Com os quatro tipos de discursos, propostos a partir do nível de credibilidade a ser alcançado: o discurso poético abre à imaginação, o reino do possível, suspendendo qualquer juízo crítico de seu destinatário; o discurso retórico induz a vontade do ouvinte a admitir uma crença; o discurso dialético averigua a razoabilidade das crenças admitidas, e finalmente, o discurso lógico ou analítico pretende demonstrar uma certeza científica, apodíctica. Reinterpretados por Olavo Carvalho. (CARVALHO, Olavo. **ARISTÓTELES em nova perspectiva**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996. Páginas 25 a 135.)

⁴⁰⁵ VIEHWEG, Theodor. **Topica y jurisprudencia**. Tradução de Díez Picazo Pence de Léon. Madrid: Taurus, 1964.

todos os atos processuais. Por isso, tem o compromisso de adotar uma linguagem simples, direta e mais próxima possível do acusado, estimulando um diálogo, dirimindo as dúvidas, colhendo informações, a fim de refletir (de acordo com o princípio reflexivo proposto por HUDSON) ao máximo em favor da melhor decisão para o caso e sua diligente fundamentação.

Castanheira NEVES adverte que nem mesmo a subsunção segura e evidente da norma ao evento posto, tese denominada *in claris*, por conter termos aparentemente incontroversos e precisos, dispensa a interpretação, pois só esta pode buscar o fundamento linguístico-hermenêutico-exegético (ajustáveis a diferentes contextos).⁴⁰⁶

PERELMAN propõe que o jurista comece a pensar os fatos, normas, provas e todo arcabouço contido no processo como ocorrências suscetíveis de valoração, organizados em argumentos favoráveis ou contrários aos interesses em questão, mas que, revelam-se por meio do discurso e da prática judiciária⁴⁰⁷.

Estando convencido da decisão tomada, o juiz deve expor no corpo da sentença sua fundamentação, as razões de seu convencimento que a partir de agora devem receber a adesão e a credibilidade das partes, das instâncias superiores; dos legisladores e principalmente da opinião pública. Trata-se de discursos específicos a cada auditório.

A fundamentação da sentença é, do ponto de vista político, um exercício democrático, uma satisfação ao soberano (o povo) das decisões tomadas em seu nome, e contra o particular que desafiou a vontade geral em detrimento da sua própria vontade. Ao acusado é importantíssimo compreender e, principalmente aceitar, o porquê e a medida da sua condenação. Muitos não negam seus crimes, mas contestam a exasperação da pena, as observações simplistas, as expressões *standarts* ou classificações gerais, completamente, desvincilhadas da realidade.

Nos moldes desta dissertação, seria gratificante ler nas entrelinhas sentenciasais palavras remissivas à história de vida daquele que se está prescrevendo restrições e que estas pudessem refletir o reconhecimento de

⁴⁰⁶ NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 28.

⁴⁰⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Op. cit., p. 405.

eventuais oportunidades não ofertadas ou das qualidades que poderiam ter sido aperfeiçoadas com determinada atitude do condenado.

A opinião pública esclarecida (diga-se educada, informada, qualificada) exigirá uma decisão razoável para o conflito, dentro do melhor juízo. O caráter desarrazoado de uma escolha judicial, atenta mais a critérios jurídicos⁴⁰⁸ em detrimento dos sociológicos, é por muitas vezes inaceitável ou oposta ao sentimento de uma comunidade. “Enquanto o Direito há de reconhecer a gravidade de se tirar a vida de alguém, o princípio da reflexão assevera que as circunstâncias pessoais e sociais envolvidas em cada caso serão diferentes, e devem ser admitidas como relevantes.”⁴⁰⁹

Algumas questões mais complexas são deixadas para a apreciação dos tribunais, justamente pela presença de outros julgadores que promoverão uma disputa entre os diversos discursos individuais. A dialética favorece o intercâmbio de argumentos, variáveis e conceitos, de maneira a arranjar coerentemente valores que se deve salvaguardar.⁴¹⁰ Essas ponderações originárias dos colegiados e exaustivamente debatidas entre seus membros geram maior coesão ao sistema jurídico e uniformização da jurisprudência, servindo de precedentes para casos futuros. Ademais, ficam responsáveis pela conformação das sentenças e acórdãos com o texto constitucional e os direitos fundamentais, aconselhando, quando necessário, que o próprio legislador ajuste a legislação infraconstitucional, explicando-lhe a incoerência da norma ou antinomias, como apontando as lacunas ou não completude da lei vigente, porém inválida.⁴¹¹ O fato de a norma estar vigendo no ordenamento jurídico não supõe incontestável sua validade, já que para ser válida deve estar em sintonia com a lei maior, a constituição do Estado. A qualidade de validade da norma deve ser constantemente colocada à prova, eis que não é definitiva.

⁴⁰⁸ PERELMAN, Chaïm. **Ética...**, p. 566.

⁴⁰⁹ HUDSON, Barbara. Op. cit., p. 16.

⁴¹⁰ PERELMAN, Chaïm. **Ética...**, p. 567.

⁴¹¹ “A tarefa do jurista, em uma perspectiva juspositivista de tipo crítica, não é ainda aquela de sistematizar e reelaborar as normas do ordenamento para apresentá-las com uma coerência e uma completude que efetivamente não têm, mas, ao contrário, de explicar-lhes a incoerência e a não completude mediante juízos de invalidade sobre aquelas superiores e correlativamente de não efetividade sobre aquelas superiores. É assim que a crítica do Direito positivo, sob o ponto de vista do Direito positivo, tem uma função descritiva das suas antinomias e das suas lacunas, e ao mesmo tempo prescritiva da sua auto-reforma, mediante invalidação das primeiras e integração das segundas.” (FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 704.)

3.1.4 O Interrogatório do Acusado

A Lei nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003 alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal referente ao interrogatório do acusado. Dentre as mudanças estão: a imposição da presença do defensor (constituído ou nomeado); do direito de entrevista reservada entre o acusado e seu advogado, do direito ao silêncio, da faculdade da defesa e promotoria fazerem perguntas ao réu, além da realização do interrogatório judicial em duas partes, a primeira sobre o autor e a segunda sobre o fato de que é acusado.

São inovações importantíssimas e condizentes com a nova postura de justiça criminal, que, insistentemente e de formas e fontes díspares, tem sido incentivada neste trabalho. É o comprometimento legal, ainda que tardio, à efetivação do princípio do contraditório e da ampla defesa trazido do art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988.

O interrogatório é o momento defensivo talvez mais significativo, segundo Amilton Bueno de CARVALHO⁴¹² e também o mais difícil para o acusado. Traduz uma relação completamente desproporcional entre acusado e o Estado. De um lado a figura de indivíduo fragilizado sob os mais diversos aspectos (seja por ignorância, debilidade, medo ou por vergonha e inexperiência) e de outro um aparato judicial altamente qualificado composto por juízes, promotores e serventuários completamente à vontade com a cena, que para eles, é corriqueira e só reafirma suas vaidades de indivíduos superiores seja social, intelectual ou economicamente. Logo, estas alterações buscam equilibrar, de alguma maneira, essa relação tão desigual – a ponto de ressuscitar o exemplo bíblico de *Davi vs. Golias*.

A primeira garantia – já condicionando outras duas, diz respeito à obrigatoriedade de entrevista prévia e privada entre o paciente e o patrono da causa, particularmente relevante para que ambos, na maioria esmagadora dos casos, sejam apresentados. Pois, como é de conhecimento geral, a grande clientela do Direito Penal, é pobre, sem condição financeira de custear

⁴¹² CARVALHO, Amilton Bueno de. **Reformas penais em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 67-80.

honorários advocatícios, e, constatado isso, o Estado lhe assegura⁴¹³ um defensor dativo⁴¹⁴ que o acompanhará no processo. Para tanto, ele precisa conversar com seu cliente e tirar dele o maior número possível de informações sobre o fato, a fim de elaborar a mais adequada tese de defesa, e adiantar como ele deverá se portar diante do juiz durante o interrogatório. Quais perguntas deve responder ou será mais prudente utilizar-se do direito ao silêncio.⁴¹⁵ Direito este também só previsto legalmente agora, mas redundante, supérfluo àqueles que aplicam o ordenamento jurídico à luz da Constituição, pois no seu texto há precisamente no art. 5º, inciso LXIII – “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado...”, sua previsão.

Outro significativo avanço decorre da cisão da audiência judicial em duas partes⁴¹⁶, uma sobre as singularidades do autor e outra sobre o fato de que está sendo imputado. Ainda distante do ideal, não resta dúvidas que foi aberto mais um caminho ao discurso, à narrativa do acusado sobre suas dificuldades e incapacidades pessoais, muitas vezes determinantes no momento da sua conduta. Não que a abone por completo, mas que auxilie o julgador na melhor compreensão contextual, conjectural, relacional (usando a expressão acertada de HUDSON) e, por que não, emocional do delito em exame.

⁴¹³ Ou melhor, tem o dever legal de lhe assegurar um defensor, conforme melhor exegese: "Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado." (Código de Processo Penal.)

⁴¹⁴ Um descaso do poder público paranaense que não tem a figura do defensor dativo, deixando a cargo de voluntários que se prontificam a exercer, com mínimas chances de sucesso, graças à precariedade das estruturas carentes de todo tipo de material, a função acéfala no Estado do Paraná (e também de Santa Catarina). Este assunto não cabe ser tratado nesta oportunidade, mas com certeza mereceria maior atenção do Ministério Público ou da Ordem dos Advogados do Brasil, ou ainda de alguma entidade, instituição que lute por esta causa, uma vergonhosa afronta a vários princípios constitucionais.

⁴¹⁵ "Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo Juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa." (Código de Processo Penal.)

⁴¹⁶ Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos. § 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais. (Id.)

Cumpra invocar novamente, sem temer pelo exagero, as observações de Barbara HUDSON quanto aos princípios discursivo, relacional e reflexivo, pois perfeitamente aplicáveis no interrogatório judicial. Através do princípio discursivo, o julgador pode manter uma conversa amistosa (discurso-amigável para PETTIT) com o acusado, tomando ciência sobre seu caso e sua pessoa. Munido das informações, diretamente e individualmente captadas, utiliza-se do princípio relacional para perceber suas prováveis deficiências sistêmicas, quando o compara aos outros membros de sua comunidade. E finalmente, tem dados suficientes para, por intermédio do princípio reflexivo, decidir pela pena mais adequada.

Outra definitiva contribuição das inovações do interrogatório judicial, digna de aplausos, é a probabilidade da formação (a depender do juiz) de uma base informacional segura sobre o réu, muito mais completa e rica, que atrelada aos critérios emprestados pela teoria do *desenvolvimento como liberdade* de Amartya SEN, construir um conceito material de culpabilidade, a ser aproveitado em benefício do acusado.

Nos Estados Unidos existe, neste sentido, o instrumento chamado de *pre-sentence reports* – um relatório prévio acerca do caso e do agente, elaborado por um funcionário da justiça (*probation officer*) e dirigido ao juiz, para que este possa encontrar a melhor pena ou medida ao réu. É preenchido com as informações coletadas pelos policiais que atenderam a ocorrência, vítimas, testemunhas, familiares e amigos (indicados e autorizados pelo beneficiário do programa), e pelo próprio interessado⁴¹⁷, como um histórico de sua vida.

O Estatuto da Criança e do Adolescente introduziu nas Varas de Infância e da Juventude, uma iniciativa semelhante, fazendo com que o Juiz com a finalidade de melhor aplicar as diversas medidas sócio-educativas⁴¹⁸,

⁴¹⁷ Perguntas, comumente, dirigidas ao acusado: detalhes do seu delito e todas as anteriores condenações; por que você fez isso; como e onde você cometeu o crime; qual a probabilidade de que você viole a lei novamente; qual o risco que você oferece à segurança pública; qual é a sua proposta de uma sentença adequada.

⁴¹⁸ “Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I – advertência;
- II – obrigação de reparar o dano;
- III – prestação de serviços à comunidade;
- IV – liberdade assistida;
- V – inserção em regime de semiliberdade;

não se atenha exclusivamente às circunstâncias e à gravidade do delito, mas, sobretudo, ao perfil do adolescente, sua personalidade, suas referências familiares e sociais, bem como a sua capacidade de cumpri-la. Conta, com muita propriedade, com a diligência dos diversos Conselhos Tutelares⁴¹⁹ espalhados pelas cidades brasileiras, na missão de reportar e atender as mazelas dessa realidade ainda mais frágil da sociedade.

Não obstante, o ceticismo quanto à pronta aplicabilidade dessas garantias processuais, fica a ressalva de que, na pior das hipóteses, servem de munição contra o poder arbitrário, postas nas mãos do defensor (responsável), que esbraveja, briga, recorre e denuncia os abusos. Sem a sua tutela, o poder caminha livremente, não há qualquer controle. Quem sabe não resida aqui a razão maior, negada com veemência, de a jurisprudência – leia-se, os juízes –, sistematicamente, ter relutado tanto em admitir a indispensável presença do defensor no interrogatório.⁴²⁰

3.2 A CULPABILIDADE AJUSTADA À CAPACIDADE INDIVIDUAL

Para Maria Fernanda PALMA⁴²¹, graças à teoria normativa da culpabilidade restou muito pouco a ser analisado quanto à culpa do agente, o que a doutrina chama de um esvaziamento do terceiro elemento do crime, como se este fosse menos importante. Estes autores estavam habituados a questionar na culpabilidade elementos de extensas e incompreensíveis definições, especialmente quanto ao dolo e à culpa⁴²².

Tal pensamento é aparentemente verdadeiro se considerado que a verificação da imputabilidade e da consciência da ilicitude servem meramente para se determinar os destinatários da norma, excluindo prontamente aqueles incapazes de qualquer responsabilidade por seus atos. Não há nada referente

VI – internação em estabelecimento educacional;

VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§1º. A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.” (Lei 8.069, de 13.07.1990);

⁴¹⁹ “Art. 131. O Conselho Tutelar é um órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta lei”. (Id.)

⁴²⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Reformas...**, p. 72.

⁴²¹ PALMA, Maria Fernanda. **O princípio da desculpa em direito penal**. Coimbra: Almedina, 2005.

⁴²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 605.

a qualquer juízo de reprovabilidade dessa avaliação, sobrando para tanto o terceiro e último pressuposto de culpabilidade, a exigibilidade de conduta diversa como genuíno critério subjetivo de culpabilidade.

ROXIN compartilha do mesmo entendimento, o qual foi acertadamente descartado por Eliezer da SILVA (cf. 1.4.1), ao rechaçar a substituição do “intangível fundamento ontológico da culpabilidade”, por “razões de Estado”. Para SILVA, as “razões de Estado” são “evidentemente incapazes, por si sós, de servir como fundamento para a justa individualização da pena, muito menos como garantia dos abusos do exercício do poder punitivo pelo Estado.”⁴²³

ZAFFARONI discorda da autora lusitana quando afirma que permanecem na culpabilidade “dois núcleos temáticos que constituem árduos problemas jurídicos: a possibilidade de compreensão da antijuridicidade e um certo âmbito de autodeterminação do agente.”⁴²⁴ Enquanto para professora PALMA a capacidade de compreensão da antijuridicidade é uma questão de simples verificação empírica e determinação de destinatário da norma, a inimputabilidade, para ZAFFARONI um juízo de reprovação jurídica de difícil solução.

Hans WELZEL, na mesma direção do penalista argentino, assegura que “o objeto da reprovabilidade da culpabilidade não fica reduzido, em absoluto, porque a atitude subjetiva do autor em relação ao fato é um elemento constitutivo da reprovabilidade”⁴²⁵. E acrescenta: “o suposto esvaziamento do conceito de culpabilidade é, na realidade, sua depuração de elementos estranhos.”⁴²⁶

Para MUÑOZ CONDE o fundamento material da culpabilidade encontra-se nas faculdades que permitem ao ser humano se sentir completamente integrado à sociedade, compartilhando com seus pares, em condições de igualdade - cidadania, de uma vida em comum, ordeira e pacífica. Dentre as faculdades imprescindíveis a perfeita atribuição de uma ação a um agente e a sua pronta responsabilização, é a capacidade de reação frente às exigências normativas⁴²⁷. A mínima deformação dessa faculdade,

⁴²³ SILVA, Eliezer Gomes. Op. cit., p. 5.

⁴²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 605.

⁴²⁵ WELZEL, Hans. Op. cit., p. 92.

⁴²⁶ Id.

⁴²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 130.

independentemente da sua origem, seja discursiva (segundo a ótica de PETTIT) ou de desenvolvimento (nas palavras de SEN), deverá resultar, dependendo do grau do prejuízo, a atenuação ou quiçá, a exclusão da culpabilidade.

Conclui MUÑOZ CONDE que,

a fixação desse fundamento material não pode ser feito fora do contexto histórico, à margem das necessidades preventivas refletidas na legislação penal vigente. Na medida em que a culpabilidade seja uma categoria dogmática, vale dizer, baseada no direito penal positivo, não poderá servir para outra coisa que para interpretá-lo. Mas, na medida em que esse direito penal positivo respeite uns princípios político-criminais mínimos e se situe no contexto de um Estado democrático, será possível interpretar os preceitos penais relacionados com a culpabilidade com amplitude suficiente para tornar a maior e melhor proteção possível aos valores fundamentais da sociedade compatível com o mínimo custo de repressão e sacrifício da liberdade individual.⁴²⁸

A culpabilidade pode, como visto, ser perfeitamente ajustada a real capacidade individual do agente, sem que para isso sejam promovidas alterações legislativas. O que de fato é premente para que a realidade alcance o julgador no momento de analisar um delito, seja no juízo de reprovação ou na determinação da pena, consiste basicamente na mudança de atitude de todos os envolvidos no processo.

“A culpabilidade é um conceito valorativo negativo e, portanto, um conceito graduável. A culpabilidade pode ser maior ou menor, segundo a importância que tenha a exigência do direito e segundo a facilidade ou dificuldade do autor em satisfazê-la”⁴²⁹

Nesse ponto, é mister trazer a esta discussão a distinção entre desculpa e exclusão de culpa, elaborada com muita propriedade pela professora portuguesa Maria Fernanda PALMA⁴³⁰. As causas de exclusão de culpa estão justamente na incapacidade para a culpa, atestando a inimputabilidade do autor, ou a impossibilidade da consciência do injusto, nas hipóteses de erro de proibição. A desculpa ocorrerá quando embora seja destinatário da norma, o agente não possa agir conforme o Direito. São motivações que escapam às previsões legais e ao domínio da abstração do

⁴²⁸ Ibid., p. 131.

⁴²⁹ WELZEL, Hans. Op. cit., p. 89.

⁴³⁰ PALMA, Maria Fernanda. Op. cit., p. 114.

legislador, constatadas diante do caso concreto, desculpando definitivamente, excluindo a culpa ou atenuando a pena.

Por todos os argumentos tratados até aqui, é seguro defender um conceito material de culpabilidade, liberto de ficções metafísicas ou de critérios empíricos impossíveis de comprovação e condizentes às exigências de um Estado Democrático de Direito. Para tanto, é mister uma conjugação de fatores:

1º) Diálogo franco e aberto com o acusado;

2º) Uma base informacional robusta sobre o acusado;

3º) Identificação da autodeterminação do acusado, a partir da investigação do exercício das liberdades instrumentais e constitutivas delineadas pela teoria do *desenvolvimento como liberdade*;

4º) Investigação da culpabilidade na exata proporção às oportunidades oferecidas, computando as vulnerabilidades ou deficiências sistêmicas como diminuições na carga punitiva (de acordo com os instrumentos legais e os princípios constitucionais);

5º) Decisão sobre a melhor pena ao acusado, segundo suas próprias características;

6º) Fundamentação da sentença de maneira clara, minuciosa, personalizada e composta dos fatos determinantes do convencimento do juiz, tanto no juízo de punibilidade, quanto na dosimetria da pena, lógica e comprovadamente expressos.

As formas de adequar a capacidade de autodeterminação do autor, no momento de sua conduta, são encontradas no Código Penal por intermédio das causas exculpantes, justificantes ou atenuantes. São mecanismos legais que podem atenuar a pena ou até excluir a antijuridicidade ou a culpabilidade, eliminando o crime.

As diferenças entre as causas de exclusão ou anulação da culpabilidade e as causas de justificação são evidentes: as primeiras deixam intacto o tipo de injusto, com tudo que este comporta em relação a aplicação de sanções não-penais, medidas de segurança, admissão de legítima defesa, possibilidade de participação de terceiras pessoas, etc.; as segundas convertem o fato em algo lícito e aprovado pelo ordenamento jurídico, não admitem legítima defesa, nem tampouco responsabilidade penal por participação de terceiros, etc.⁴³¹

⁴³¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 133.

3.2.1 Circunstância judicial do crime

A “culpabilidade” na dosimetria da pena assume o papel de circunstância judicial do crime, onde juntamente com outros sete fatores (antecedentes, conduta, personalidade, motivos, comportamento da vítima, circunstâncias e consequências do crime), forma um arcabouço criterioso a estabelecer a pena-base, ou seja, a primeira etapa de um sistema trifásico de aplicação da pena como prevê o artigo 68 do Código Penal⁴³².

A metodologia consiste na determinação da quantidade de pena definitiva depois de percorridas três fases distintas: na primeira é fixada a pena-base atendendo-se às circunstâncias judiciais do art. 59 da lei penal (na qual a *culpabilidade* é apenas um critério a ser investigado); na segunda são consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, constituindo a pena provisória; e por último, a pena definitiva, computando-se as causas de diminuição e de aumento.

Para melhor compreensão do sistema trifásico é precípuo apontar as diferenças entre elementares e circunstâncias que envolvem o delito. As elementares são fatores que integram um tipo legal básico ou autônomo, distinguindo uns dos outros, descrevem a conduta que o legislador proíbe. Enquanto que todos os demais componentes, que mesmo não sendo essenciais, interessam à aplicação da pena, são as circunstâncias do crime.

Como por exemplo, o art. 121, define: matar alguém, a elementar do homicídio, é matar alguém, logo o vocábulo matar ou alguém isoladamente, não constitui o delito. Para que exista o crime de homicídio é indispensável que a conduta matar alguém se concretize. Assim, as demais circunstâncias, sejam elas: por motivo torpe; o agente é menor; a vítima é ascendente; e assim por diante, não são elementares, pois não unificam a conduta proibida e também sua falta não desmaterializa o delito, são apenas acessórias, porém relevantes para o correto apuro da pena.

É possível também que a elementar assuma a descrição de outro tipo legal, como acontece no art. 123 “Matar, sob a influência do estado puerperal,

⁴³² “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.” (Código Penal Brasileiro).

o próprio filho, durante o parto ou logo após”, no qual há o verbo matar, mas não se esgota no homicídio. Prevalcem os elementos subjetivos do tipo ou peculiaridades que o integram, descrevendo o infanticídio.

Sobrevêm as qualificadoras quando a norma legal previamente define formas mais gravosas para a tipificação, agregando pena mais elevada donde deve iniciar a equação, são os tipos derivados⁴³³. Por exemplo, o homicídio é qualificado se executado à traição, com emprego de veneno, por motivo torpe, entre outros, sujeitando o autor à maior reprovação do que o homicídio simples. Como, por outro lado, a derivação do tipo permitirá menor censura nas feições privilegiadas: por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção. No entanto, é prudente ressaltar que a especificidade tomada para qualificar ou privilegiar a conduta não pode servir novamente de fonte para majorar ou atenuar a carga sancionatória, seja como atenuante/majorante, causas de aumento ou diminuição ou circunstâncias judiciais. Como por exemplo, o seguinte acórdão demonstra:

⁴³³ Estos elementos no sólo fundamentan o agravan el tipo de injusto de un determinado delito, sino que a veces reflejan también una mayor culpabilidad en el autor del delito. Estos elementos, objetiva y subjetivamente configurados, constituyen el llamado tipo de culpabilidad. Sus diferencias con los elementos del tipo de injusto no son todo lo nítidas que sería deseable, aunque se puede afirmar, de un modo general, que los elementos del tipo de culpabilidad sólo inciden en la mayor gravedad del marco penal aplicable a una concreta figura del delito y que su ausencia no excluye la punibilidad del delito en cuestión; a lo sumo, lo convierten en otro delito, o en el mismo delito sólo que sancionado con menor pena. En este sentido, algunas de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que operen como agravantes genéricas podrían formar parte del tipo de culpabilidad de un delito concreto. Sin embargo, el carácter predominantemente subjetivo de muchos de estos elementos acrecienta sus dificultades probatorias, y su indeterminación los convierte en grave fuente de arbitrariedad en el momento de la determinación de la pena. Por eso debe rechazarse su admisión genérica o interpretarse muy restrictivamente cuando se den claramente em algún delito concreto. Estes elementos não só fundamentam ou agravam o tipo de injusto de um determinado delito, mas, as vezes, refletem também uma maior culpabilidade do autor do delito. Estes elementos, objetiva e subjetivamente configurados, constituem o chamado tipo de culpabilidade. Suas diferenças com os elementos do tipo de injusto não são tão nítidas como seria desejável, ainda que se possa afirmar, de um modo geral, que os elementos do tipo de culpabilidade somente incidem em maior gravidade do marco penal aplicado a uma concreta figura do delito e que sua ausência não exclui a punibilidade do delito em questão, ainda que, se converta em outro delito, ou no mesmo delito só que sancionado como menor pena. Neste sentido, algumas das circunstâncias modificativas da responsabilidade criminal que operam como agravantes genéricas poderiam fazer parte do tipo de culpabilidade de um delito concreto. Sem embargo, o caráter predominantemente subjetivo de muitos destes elementos acresceriam suas dificuldades probatórias, e sua indeterminação os converteria em grave fonte de arbitrariedade no momento da determinação de pena. Por isso deve rechaçar-se sua admissão genérica ou interpretar-se muito restritivamente quando se der claramente em algum delito concreto. (BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 348-349.)

REVISÃO CRIMINAL. **HOMICÍDIO QUALIFICADO PELA DISSIMULAÇÃO DIFICULTANDO A DEFESA DA VÍTIMA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA C, DO CP. BIS IN IDEM.** 2) **Se a dissimulação, dificultando a defesa da vítima, qualificou o delito, não pode ser utilizada, novamente, para agravar a pena.** Relator: Desembargador João Kopytowski **Revisor:** Desembargador Miguel Kfoury Neto. Processo: 181474-0 Revisão Criminal de Acórdão (CInt) Órgão Julg: 2ª Câmara Criminal em Composição Integral. Acórdão 218. Publicação 16/03/2007 Número DJ 7324. (grifos nossos)

Em caso de crimes com duas qualificadoras, uma deverá ser valorada como tal, alterando o patamar da pena ao tipo derivado, e a outra será computada como agravante genérica (quando elencada); caso contrário deverá ser tratada como circunstância judicial⁴³⁴.

As circunstâncias (que não constituem e nem qualificam o crime) podem ser legais ou judiciais. São legais quando previstas objetivamente pela lei penal e subdivididas em genéricas, quando aplicáveis a qualquer crime agravando ou atenuando a pena-base. E específicas porque agrega à sua previsão legal o *quantum* a ser acrescido ou diminuído à pena, encontradas tanto na parte geral, quanto especial do Código Penal.

Quando, no caso concreto, estão configuradas simultaneamente uma circunstância legal genérica e outra específica (ou causa especial de aumento), prevalecerá a última em detrimento da primeira, sob pena de desatender o princípio *no bis in idem*, como por exemplo, o julgado:

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – AGRAVANTE GENÉRICA – CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA – BIS IN IDEM CONFIGURADO – AFASTAMENTO DA AGRAVANTE – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA – (...)
IV. **Não se pode afastar a causa especial de aumento de pena da agravante genérica descrita no art. 61, inciso II, alínea "f", pois o fato de ser ascendente da vítima, traz intrínseca a convivência e, conseqüentemente, a relação doméstica capaz de agravar a reprimenda aplicada ao réu. V. Prevalece a causa de aumento de pena constante do art. 226, inciso II, do Código Penal, por ser cabível exclusivamente nos crimes contra os costumes, em desfavor da agravante genérica, a qual se aplica quando não houver outra circunstância especial. VI. Não se admite o bis in idem configurado na sentença condenatória, pois, na fixação da pena-base, além de considerar as relações domésticas para elevar a pena na segunda fase da dosimetria, ainda utilizou o mesmo critério para majorar a reprimenda como circunstância especial de**

⁴³⁴ **FURTO BIQUALIFICADO - CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE - RECURSO MINISTERIAL PRETENDENDO O RECONHECIMENTO DAS DUAS QUALIFICADORAS ATINENTES - CONSIDERAÇÃO DE UMA PARA COMPOR O TIPO PENAL QUALIFICADO, SERVINDO A OUTRA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL PARA FINS DE EXASPERAÇÃO DE PENA - DOSIMETRIA REFORMULADA - APELO PROVIDO.** "... É possível que, havendo **mais de uma qualificadora**, uma seja considerada para compor o tipo penal qualificado, e a outra como **agravante** ou **circunstância judicial** desfavorável ao réu." (STJ - HC 103.514/DF - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - 5ª T. - Julg. 19.06.08 - DJe 04.08.08). (grifos nossos).

aumento de pena. (...) (STJ – HC 200501477933 – (47623 PB) – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 01.02.2006 – p. 00583) JCP.226 JCP.226.II JCP.61 JCP.61.II.F (grifos nossos)

As circunstâncias judiciais, listadas no *caput* do art. 59 são assim chamadas porque embora também legais, já que definidas em lei, dependem da valoração positiva ou negativa, conveniente ao seu conteúdo e realizada pelo juiz diante do caso concreto. Estabelecem a pena-base, ou melhor, o ponto de partida da dosimetria da pena. No entanto, retorna-se a elas quando se trata de determinar a espécie de pena aplicável.

Nessa tarefa terá o juiz que averiguar aspectos subjetivos (culpabilidade, antecedentes, conduta, personalidade e motivos) e objetivos (circunstâncias do crime propriamente ditas, consequências e comportamento da vítima) que traduzam sistematicamente a biografia moral do sentenciado e as peculiaridades que abarcam o delito.

A validade da ponderação de cada circunstância judicial implica em correspondente prova nos autos que a sustentem. Daí por que o magistrado tem o dever de precisar na sentença seu convencimento, com absoluta clareza e objetividade, a respectiva fonte informadora, de sorte que a tarefa de individualização da pena não reflita trabalhosa, mas despropositada criação mental.⁴³⁵

Como já salientado anteriormente, a culpabilidade sob este aspecto, tende a assumir uma posição subsidiária, cabendo aqui somente algumas informações ainda não atendidas. Se houvesse alguma consideração importante que revelasse perda de liberdade ou vulnerabilidade, esta poderia ser prontamente alegada como atenuante genérica a ser mensurada na segunda fase por representar maior benefício ao réu. Embora a pena-base seja estabelecida na primeira fase da dosimetria da pena, o julgador mentalmente ou em um rascunho, deve arranjar a expressão aritmética de modo que as informações atinentes ao caso sejam colocadas nas devidas posições, deixando para as circunstâncias judiciais tudo que não se encaixe nas demais variáveis.

3.2.2 Atenuante Genérica

⁴³⁵ BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. cit., p. 188.

O legislador no artigo 65 do Código Penal enumerou algumas circunstâncias que, presentes no contexto do delito, sempre atenuam a pena do réu⁴³⁶, demonstrando sensibilidade quanto à reduzida culpabilidade do autor em especiais situações. Situações estas que a cobrança de pena é relativizada em prol da desnecessidade de prevenção geral e especial (nos moldes da teoria de ROXIN).

Com a reforma do Código Penal de 1984, o legislativo avançou um pouco mais. Ciente da impossibilidade de prever hipoteticamente todas as formas que justificariam a diminuição da pena em *numerus clausus*, disponibilizou aos operadores do direito a atenuante genérica⁴³⁷, ou inominada, prevista no art. 66, *in verbis* – “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”. Embora ainda como uma faculdade⁴³⁸ do juiz e não uma obrigação, oportuniza o apuro, em favor do réu, de ocorrências específicas ao caso, como doença terminal superveniente à conduta, crime praticado por convicções religiosas ou em estado de absoluta miserabilidade, a plena recuperação do agente, a facilitação do trabalho da Justiça⁴³⁹, enumeradas por José Antonio Paganella BOSCHI.

Com base na teorização de Amartya SEN, a atenuante genérica se amolda perfeitamente como complemento ao juízo ético-normativo enaltecido neste trabalho. Um espaço no qual o magistrado pode assinalar *déficits* de autodeterminação do autor, captados com os fatos trazidos aos autos

⁴³⁶ Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I – ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; II – ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob influência de multidão em tumulto, se não o provocou. (Código Penal Brasileiro).

⁴³⁷ O DL não previa a figura da circunstância atenuante inominada. É inovação imposta pela Lei nº 7.209/84, cuja exposição de motivos traz expressamente; “Instituiu-se, **finalmente**, (grifos nossos) no art. 66, circunstância atenuante genérica e facultativa, que permite ao juiz considerar circunstância relevante, ocorrida antes, durante ou após o crime, para a fixação da pena.” (Código Penal Brasileiro).

⁴³⁸ Deixar a aplicação da atenuante genérica à condescendência do juiz fere os princípios da isonomia e da individualização da pena, constitucionalmente previstos.

⁴³⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 281.

processuais, inclusive de maneira mais direta e personalizada, a partir das inovações do interrogatório judicial.

Inexplicavelmente, poucos são os operadores de Direito que fazem uso de tão significativo instrumento. Nem mesmo os advogados de defesa se prestam a colher dados sobre a vida de seu cliente a fim de reclamar prejuízos em seu desenvolvimento e, em função destes, comprometer sua autonomia na condução de sua vida. Dedicam, em geral, mais tempo e esforço no estudo das teses defensivas que melhor atendam ao seu cliente, do que em suas vulnerabilidades.

A atenuante inominada é acatada de modo ainda bastante tímido pelos magistrados, que a desconhecem ou resistem ao exame mais minucioso e, por conseguinte, mais complexo e trabalhoso para sua correta aplicação. Uma nítida oportunidade perdida de contribuir substancialmente na qualidade da prestação jurisdicional e no mapeamento, a nível individual e geral, das mazelas que afligem, diariamente, os cidadãos que lhes depositam tanto respeito e subordinação.

Se o Poder Judiciário aproveitasse a autoridade/legitimidade que lhe é conferida dentro da estrutura organizacional do Estado, nos moldes idealizados por MONTESQUIEU, faria uso de sua sentença, não apenas como direito de punir os delinquentes, mas também como forma de cobrar dos Poderes Executivo e Legislativo, atitudes, leis, políticas e programas que minimizassem as deficiências abstraídas do seu ministério como julgador dos protagonistas das histórias de insucessos que lhe são contadas cotidianamente.

A iniciativa de aplicabilidade específica da atenuante partiu da legislação ambiental, no art. 14, *in verbis*: “São circunstâncias que atenuam a pena: I - baixo grau de instrução ou escolaridade do agente;”⁴⁴⁰, adequando o grau de culpabilidade do autor ao real nível de discernimento e capacidade de autodeterminação diante da norma proibitiva. Condizente, em absoluto, com o fato de o Brasil ser um país de baixa escolaridade e o legislador ter se mostrado atento a isto. Entretanto, seria inviável que a cada nova vulnerabilidade sistêmica percebida fosse necessário convertê-la legalmente em atenuante. Primeiro, porque a edição de uma lei requer um processo longo

⁴⁴⁰ Lei 9605 de 12 de Fevereiro de 1998.

e desgastante, e em segundo, porque sempre haveria uma situação ainda não positivada que impediria seu reconhecimento na medida da culpabilidade.

A atenuante genérica dos crimes ambientais podem ser estendidos aos demais delitos por meio da analogia em benefício do réu e da aplicação autorizada expressamente pela Lei de Introdução ao Código Civil⁴⁴¹, sem embargo de cometer alguma ilegalidade. “É quase pacífica a orientação quanto ao emprego do argumento analógico em relação às normas penais não-incriminadoras gerais (v.g., excludentes de ilicitude, culpabilidade, atenuantes).”⁴⁴²

Não se trata de questão tranquila na jurisprudência o aproveitamento da atenuante genérica dos crimes ambientais aos demais delitos, mas já vem ganhando ênfase paulatinamente nas decisões. São exemplos das duas posições:

ATENUANTE GENÉRICA DO POUCO GRAU DE INSTRUÇÃO. INAPLICABILIDADE. Inaplicável a atenuante da baixa escolaridade ou instrução prevista no artigo 14, inciso I, da Lei n.º 9.605/98, porquanto sem previsão no Código Penal, o qual dispõe acerca da regulação legal concernente aos delitos de roubo. Trata-se de norma específica aos crimes ambientais.” (Apelação Crime Nº 70015271968, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roque Miguel Fank, Julgado em 09/08/2006)

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ATENUANTE DA LEI 9605/98. APLICABILIDADE. ART. 66, CP. ATENUANTES. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. 1. **A analogia in bonam parte torna imprescindível à aplicação da regra do art. 14, inciso I, da Lei nº- 9.605/98**, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente a qualquer outra modalidade de crime, mormente considerada a possibilidade da atenuante ser reconhecida pela regra do art. 66 do CP, e, com isto, ser considerada na graduação da pena. 2. O princípio da proporcionalidade abriga a possibilidade de romper com este limite se presente atenuante, especialmente se ela for a que se refere à confissão espontânea do agente. (Apelação Crime Nº 70004850103, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 04/12/2002) (grifos nossos)

No entanto, com o adequado aproveitamento da atenuante inominada do Código Penal, esta polêmica sobre o uso, por analogia, da atenuante específica da legislação ambiental perde, por completo, o objeto. Bem como qualquer discussão sobre a criação de tantas outras atenuantes específicas. Todas as deficiências de autonomia pessoal que prejudiquem o

⁴⁴¹ Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito. (Decreto-lei 4657 de 1942.)

⁴⁴² PRADO, Luiz Regis. **Elementos de direito penal** – v. 1 parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 39.

comportamento diante da norma devem ser reportadas e julgadas na modalidade de atenuante genérica, ou, por ventura, como culpabilidade – circunstância judicial do crime.

É o que vem fazendo os juízes e desembargadores do Rio Grande do Sul, tribunais de vanguarda no âmbito jurídico empregando a atenuante inominada em diferentes hipóteses como os julgados a seguir:

ROUBO. ATENUANTE INOMINADA. POSSIBILIDADE DE DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. O fato de um dos réus ser usuário de drogas, comprovando a realização de tratamento, em instituição especializada, deve favorecê-lo na fixação da pena, podendo configurar atenuante inominada, prevista no art. 66 do Código Penal. A atenuante pode levar a pena-base aquém do mínimo legal. (Apelação Crime Nº 70004957189, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 26/02/2003) (grifos nossos)

APELAÇÃO. ESTELIONATO. PROVA. CONDENAÇÃO. Emissão de cheques pertencentes a empresa, de que sócio o agente, sem estar autorizado a firmá-los. Ciência, à data da emissão, de que a conta-corrente respectiva estava há muito encerrada. Dolo evidenciado. O pagamento dos cheques, após o recebimento da denúncia, pode caracterizar, no máximo, atenuante inominada. Apenamento. Apelo ministerial provido. (Apelação Crime Nº 70003427960, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, Julgado em 11/02/2004)

Extraordinário é a viabilidade de uma calibragem fina, capaz de aferir a diversidade de perfis delinquentes e assim ajustar uma específica reprimenda. Cumpre-se, desse modo, o ideal do princípio individualizador⁴⁴³ da pena, em perfeita sintonia com o princípio constitucional da isonomia⁴⁴⁴.

É dever do Estado e direito do acusado a mais breve prestação jurisdicional, segundo previsão constitucional⁴⁴⁵, sendo plausível a responsabilização estatal por qualquer atraso, além do normal, da sentença judicial. Não é de se olvidar o prejuízo causado ao réu, tendo sua vida em compasso de espera até o julgamento final, impossibilitando-o de realizar projetos e assumir compromissos. Mais uma vez o uso da atenuante genérica propicia atestar as falhas do Estado e creditá-las à vítima.

⁴⁴³ Art. 5º, XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de Direitos; (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

⁴⁴⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (...). (Id).

⁴⁴⁵ Art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Id).

Estupro e Atentado violento ao pudor. Redimensionamento da pena. **Atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal caracterizada pelo longo e injustificado tempo de tramitação do processo (quase oito anos) associado ao não cometimento de novos delitos pelo apelante.** Provimento parcial. Unânime. (Apelação Crime Nº 70007100902, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Gonzaga da Silva Moura, Julgado em 17/12/2003) (grifos nossos)

ROUBO MAJORADO. **ATENUANTE INOMINADA.** PENA AQUÉM DO MÍNIMO. **O excessivo retardo na imposição da sanção penal pode dar esteio à incidência da atenuante inominada do art. 66 do CP.** As atenuantes, enquanto circunstâncias que sempre diminuem a pena (art. 65, caput, do CP), podem deixar a pena provisória aquém do mínimo legal. Deram parcial provimento ao apelo. (Apelação Crime Nº 70010735181, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 25/08/2005) (grifos nossos)

Trata-se da aplicação da igualdade substancial, reprovando os autores conforme lhe foram concedidos, satisfatoriamente, seus direitos fundamentais. É o Estado Social assumindo sua parcela de responsabilidade pela impossibilidade de “brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades”⁴⁴⁶ e assim contribuir, de certo modo, com o desvio de sua conduta.

Nesse sentido o legislador, atento aos indivíduos mais vulneráveis, editou leis que visam afirmar direitos constitucionalmente reconhecidos, como são o Estatuto da Criança e Adolescente⁴⁴⁷, o Estatuto do Idoso⁴⁴⁸, a Lei de Proteção ao Deficiente⁴⁴⁹ e ainda as ações afirmativas. São atitudes que imprimem uma doutrina de proteção integral, minimizando a posição de inferioridade de algumas pessoas diante de outras mais favorecidas.

3.2.3 Inexigibilidade de Conduta Diversa

As primeiras noções de inexigibilidade de conduta diversa foram desenhadas, dentro da dogmática penal e devem ser tributadas a FRANK quando em 1907 anunciou que o crime não poderia ser explicado

⁴⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 611.

⁴⁴⁷ Lei Nº 8.069, De 13 de Julho De 1990.

⁴⁴⁸ Lei Nº 10.741, De 1º de Outubro De 2003.

⁴⁴⁹ Lei Nº 7.853, De 24 de Outubro De 1989 que Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências

exclusivamente pelos nexos causal e psíquico⁴⁵⁰. Era preciso a demonstração da exigibilidade da conduta conforme o direito, e em decorrência a sua não obediência a esta exigência normativa, o sujeito mereceria censura. O oposto, contudo, a inexigibilidade de conduta diversa, não excluía a antijuridicidade (a conduta continuava injusta), mas a culpabilidade, pois não haveria outra conduta possível. Então, um estado de necessidade supralegal, porque não estava previsto em lei.

Esse entendimento foi utilizado pela primeira vez, na jurisprudência alemã, em 1927. O Tribunal do Reich absolveu um médico que havia praticado um aborto para salvar a vida da paciente (medida acolhida com a reforma da Parte Geral do Código Penal Alemão de 1969), com base no estado de necessidade justificante – proteção de um bem maior (a vida mãe) sobre um menor (a vida do feto).

O estado de necessidade supralegal, é fundamentado pela ponderação de bens e deveres, ou seja, quando dois bens jurídicos ou interesses legítimos colidem de maneira que a única forma de preservar um destes bens ou interesses é o sacrifício do outro. E conforme se dá a preservação de um ou de outro bem preponderante, a teoria diferenciadora alemã divide o estado de necessidade em justificante e exculpante.

Será causa justificante quando o bem jurídico protegido é maior que o bem jurídico sacrificado (caso do médico). E causa exculpante quando o bem jurídico protegido é igual ou menor que o bem jurídico sacrificado. Atualmente o Código Penal Alemão prevê as duas formas, justificante e exculpante, sob a égide da teoria diferenciadora.

Distintamente, o Código Penal brasileiro admite apenas a causa justificante, baseado na teoria unitária e o critério da razoabilidade (impreciso e vago), apesar da prática forense fazer uso do princípio alemão da ponderação. Paralelamente à legislação pátria só haverá exculpante de forma supralegal e desde que presentes os pressupostos: 1ª) a inexigibilidade de conduta

⁴⁵⁰ VELO, Joe Tennyson. Op. cit., p. 55.

conforme o direito, e; 2^a) que o bem jurídico protegido seja menos importante que o bem jurídico sacrificado⁴⁵¹.

A inexigibilidade de conduta diversa como causa suprallegal de exculpação revela o reconhecimento paulatino de circunstâncias anormais envolvendo o delinquente e/ou fato que o impossibilitou de agir conforme a norma, porém a jurisprudência ainda é reticente quanto à inexigibilidade de conduta diversa, mas começam a surgir os primeiros casos, como o exemplo seguinte:

HOMICÍDIO CULPOSO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ÔNIBUS. PRECÁRIA E DEFICIENTE MANUTENÇÃO. DEFEITO MECÂNICO E EXCESSO DE PASSAGEIROS. CULPABILIDADE DO MOTORISTA AFASTADA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. RECURSO PROVIDO.

Mesmo demonstrando a perícia que o acidente ocorreu por falha mecânica (em ônibus antigo com reparos indevidos) e excesso de passageiros, não se configura a culpabilidade do motorista, que apenas teve participação omissiva em tal excesso.

Para o caso, o motorista, que dirigia cautelosamente, foi prudente em solicitar a troca do ônibus originalmente utilizado (com problemas de freio), tendo recebido, do responsável pela empresa, outro veículo em piores condições (sem o seu conhecimento), estando caracterizada causa supra legal de inexigibilidade de conduta diversa, derivada das pressões (do empregador e dos passageiros) sofridas na condução do único veículo que realizava o transporte coletivo para a zona rural.

Julgamento 22.09.205. Grandes Rios. 3^a Câmara Criminal. Rel. Juíza Convocada Lílian Romero. Rel. Designado. Juiz Convocado Péricles Bellusci de Batista Pereira. Nº do Protocolo 2005.90058956

3.2.4 A Ilegitimidade da Reincidência

A reincidência é uma circunstância legal agravante herdada da teoria de prevenção especial e tem por escopo evitar que o sujeito cometa um novo delito. É fundamentada como imperiosa punição ao condenado que, por má formação, desvio de conduta, tendência ao crime, insiste em continuar violando a lei, como tradicionalmente se afirma. Todavia, pode e deve ser compreendida como a expressão final de um processo perverso de estigmatização do homem pela prisão e da absoluta falta de políticas oficiais de amparo ao egresso, criadoras de novas oportunidades para a harmônica reintegração ao mundo livre pelo trabalho, pela edificação da moradia, pela reconstrução da família, etc.⁴⁵²

⁴⁵¹ “Art. 24. § 2º. Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito quando ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.” (Estado de necessidade exculpante suprallegal.) (Código Penal Brasileiro.)

⁴⁵² BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 251.

Existem três espécies de reincidência: a real, ou verdadeira, que decorre do fato de o agente ter cometido novo crime após ter cumprido a pena correspondente ao crime anterior; a ficta, em que o novo crime é cometido após o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas antes do cumprimento da pena do crime anterior; e a incompleta, quando o novo crime é cometido antes do trânsito em julgado da decisão relativa ao crime anterior (computado em antecedentes)⁴⁵³.

Classifica-se ainda a reincidência em genérica e específica: a primeira ocorre quando os dois crimes praticados são de natureza distinta e a última quando de igual natureza, ou seja, previstos no mesmo dispositivo ou possuidores de semelhantes características.⁴⁵⁴ Suficientes para agravar a carga sancionatória são as formas genérica e ficta.

Quanto à reincidência internacional decorrente de sentença condenatória estrangeira, a legislação não prevê qualquer requisito para que gere a reincidência. Nem mesmo sua homologação. Contudo, Eugenio Raúl ZAFFARONI, faz algumas ponderações interessantes a respeito do tema, como por exemplo, a necessidade da condenação anterior estar fundada num fato típico também no Brasil; a sentença condenatória ser proveniente de um país que admita a reincidência;⁴⁵⁵ e respeite o devido processo legal⁴⁵⁶.

A penalização ainda mais severa dos reincidentes⁴⁵⁷ é um exemplo claro de que a preocupação do Estado-juiz centraliza-se, exclusivamente, na repressão do infrator e sua retirada das ruas. Novamente é fácil detectar a presença do Estado como cobrador de condutas, sem prover, a contento, instrumentos a corrigir suas mazelas. Não são poucas as consequências jurídicas danosas ao recalcitrante, independentemente da gravidade do delito anterior praticado e sem qualquer justificativa plausível de política criminal ou voltada ao desenvolvimento humano. Restringem-se unicamente ao castigo:

⁴⁵³ Crime 1 – Julgamento 1 – Crime 2 – Julgamento 2 → Reincidência
Crime 1 – Crime 2 – Julgamento 1 – Julgamento 2 → Antecedentes

⁴⁵⁴ FERREIRA, Gilberto. Op. cit., p. 108.

⁴⁵⁵ A Colômbia, por exemplo, não admite a reincidência.

⁴⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 842-843.

⁴⁵⁷ A reincidência foi inspirada na teoria da prevenção especial, como modalidade de intimidação dirigida ao transgressor, imputando maior rigor na aplicação da pena ao agente recalcitrante e repercutindo no código penal como: circunstância agravante da pena; causa de interrupção do prazo prescricional; quando dolosa, é impedimento da suspensão condicional da pena; revoga a reabilitação; além de perder alguns benefícios.

- 1) É circunstância agravante obrigatória (art. 61, I/CP);
- 2) É causa de exclusão da possibilidade de iniciar o cumprimento da pena de 4 a 8 anos, em regime semi-aberto (art. 33, §2º, b/CP) ou inferior à 4 anos, em regime aberto (art. 33, §2º, c/CP);

- 3) É causa de impedimento de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito, quando decorrente de crime doloso (art. 44, II/CP) ou operada em virtude da prática do mesmo crime (art. 44, III, §3º/CP), além de inviabilizar a substituição de pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 meses, pela pena de multa;

- 4) Derivada de crime doloso, impede a suspensão condicional da pena (art. 77, I/CP);

- 5) É causa preponderante sobre as demais agravantes, quando mais de uma presente (art. 67/CP);

- 6) É causa de aumento do prazo de cumprimento da pena, de um terço para a metade, para concessão de livramento condicional (art. 83, I e II/CP);

- 7) É causa de revogação da reabilitação⁴⁵⁸ (art. 95/CP);

- 8) É causa de interrupção do curso da prescrição (art. 117, VI/CP); o termo final da pretensão prescricional executória (após sentença condenatória transitada em julgado), é calculada pela pena concreta aplicada ao réu (já computada a agravante obrigatória referente à reincidência), convertida pela tabela do art. 109/CP, acrescido de um terço devido, novamente (*bis in idem*) à reincidência;

⁴⁵⁸ Pode ser por este motivo que o jurista gaúcho Cezar BITTENCOURT defina reabilitação, “além de garantidora do sigilo da condenação, é causa de suspensão condicional dos efeitos secundários específicos da condenação.” (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 674.)

9) É obstáculo para a concessão de certos benefícios, distribuídos na parte especial do Código Penal: art. 155, §2º, assim como no art. 171, §1º e art. 180, §5º, 1ª parte – possibilidade de substituição de pena de reclusão pela de detenção, conjugado com coisa furtada de pequeno valor, além de impedir a concessão de perdão judicial no delito de receptação culposa (art. 180, §5º, 1ª parte); no que tange ao processo penal:

10) Quando dolosa, a reincidência não permite a concessão de fiança (art. 323, III/ CPP);

11) Impossibilita que o réu recorra em liberdade⁴⁵⁹ (art. 594/ CPP).

Alessandro BARATTA, em artigo, intitulado *ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da 'reintegração social' do sentenciado*⁴⁶⁰, já chamava a atenção para o fracasso da prisão como forma de ressocialização. Revertendo-se notadamente à efetiva dor punitiva que deve ser descontada daquela jurisdicionalmente autorizada, para evitar incorrer-se em punição dupla e conseqüente crueldade⁴⁶¹.

Esta afirmação de ZAFFARONI põe em pauta a legitimidade da reincidência, pois decorre muito mais da negligência estatal para com o condenado, do que sua falsa rebeldia em atender as normas. Amartya SEN deixa patente que o desenvolvimento da pessoa depende de uma série de liberdades instrumentais que estimuladas e promovidas, obrigatoriamente, pelo Estado, fazem a diferença no poder de resistência ao crime, pois incrementam o poder de escolha do modo de vida que se pretende levar. O não cumprimento dessa obrigação, derivada do comprometimento com o constitucionalismo e os direitos fundamentais, impõe imediatamente a compensação na responsabilidade individual por seus atos, ou seja, influem no conceito material de culpabilidade. Na medida em que o indivíduo é

⁴⁵⁹ Da velha política criminal – *uma vez bandido, sempre bandido*. (grifos do autor)

⁴⁶⁰ BARATTA, Alessandro. **Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da 'reintegração social' do sentenciado**. Universidade de Saarland, R.F.A. Disponível em: < <http://www.eap.sp.gov.br/pdf/ressocializacao.pdf> > Acesso em 17 fev.2009.

⁴⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA Nilo; ALAGIA Alejandro; SLOKAR Alejandro. Op. cit., p. 236.

condenado, segundo comprovadamente, a falta de oportunidades cabíveis ao Estado, sua penalização já é dupla. Uma pela sonegação estatal em atender suas necessidades básicas e outra pela condenação à prisão.

Ademais, as reais condições do cárcere, presentes na esmagadora maioria das penitenciárias do Brasil, não favorecem em nada qualquer projeto de reintegração do sentenciado à sociedade, revertendo ao aumento dos reincidentes⁴⁶². O sujeito sai do sistema prisional muito pior do que entrou, suas habilidades não são descobertas e muito menos aprimoradas, as deficiências não são investigadas e tampouco trabalhadas. Nada se ensina e nada se aproveita.

Ao contrário, a passagem do condenado pelo sistema penitenciário lhe impõe uma imediata adaptação às situações de risco que emergem do ambiente tão hostil, que o submete continuamente à violência, à insalubridade, à higiene precária, ao consumo de drogas, ao abuso sexual e à corrupção. Comportar-se de acordo com as “regras” do presídio é questão cogente de sobrevivência e por muitas vezes representa escolhas alheias à condição humana. Os valores mínimos de civilidade são esquecidos, ao mesmo tempo em que a esperança de um destino promissor é posta de lado, juntamente com as oportunidades sonegadas. Diante dessa rotina desoladora resta ao sentenciado a perda total da autoestima e de qualquer sentimento para com o mundo externo, que agora lhe parece fora de alcance.

Ao retornar ao convívio social, está moldado às adversidades enfrentadas até então, muito mais violento, arredo ao menor movimento em sua direção e tão amedrontado pela ação perniciosa do cárcere que é capaz de reagir instintivamente como um animal ferido. Em casos mais graves, não tem família ou alguma espécie de vínculo que o motive a continuar lutando. Entrega-se novamente ao delito, como resposta à expectativa natural da sociedade que já o rotulou como criminoso.

A pena privativa de liberdade, na verdade, não cumpre de maneira nenhuma qualquer função de ressocialização do apenado, “embora as legislações expressem propostas de reeducação do preso, não passam elas,

⁴⁶² Segundo dados do Departamento Penitenciário do Paraná (Depen-PR), no período de 2003 a 2007, o Paraná manteve uma média entre 26% a 30% dos presos condenados mais de uma vez. Todavia, em números absolutos, esse índice vem aumentando, passando de 2.222 em 2003 para 2.972 em 2007.

em regra, de mitos a engrossarem aquele imenso rol de meras declarações retóricas, sem muito sentido de efetividade”⁴⁶³. Seria mais honesto alterar o discurso que a fundamenta, de prevenção especial positiva, calcado na “ressocialização”, para o de prevenção especial negativa, pautado na “neutralização e incapacitação”⁴⁶⁴. Uma maneira mais digna e menos cruel de excluir definitivamente das ruas, das cidades, do universo, um exército de pobres e desempregados⁴⁶⁵.

Nesse contexto assustador, segundo os ensinamentos de Amartya SEN, o Estado pecou novamente, de uma maneira ainda mais perversa, pois a pena imposta ao condenado não representou qualquer benefício ao seu desenvolvimento, ao contrário violou, dentre tantos princípios fundamentais, o maior, o da dignidade da pessoa humana. E sob essa ótica, a reincidência redundaria em mais e mais punição, muito além da culpabilidade do acusado, ou pela qual ele possa ser responsabilizado. Legítimo seria tratar a reincidência como atenuante obrigatória como forma, indubitavelmente modesta, de compensar tamanha conduta criminosa perpetrada, sim, pelo Estado.

Num sentido completamente invertido, a reincidência é adotada como mais um “critério informador da periculosidade”⁴⁶⁶ do condenado, assim como os antecedentes criminais, conduta social e personalidade, perquiridos na primeira fase da dosimetria da pena, fazendo visivelmente ressurgir o Direito Penal de autor⁴⁶⁷, agora voltado contra o acusado.

Para Amilton Bueno de CARVALHO e Salo de CARVALHO, “a natureza do instituto e a argumentação da maior penalização é fundada em tipos crimonológicos de autor e em teorias dogmáticas enamoradas pelas noções de periculosidade social e/ou patologia individual”, inaceitáveis sob o ponto de vista garantista.

⁴⁶³ GIACOIA, Giberto. Retrospecto luso-brasileiro e perspectivas de estratégias repressivas sob o ponto de vista criminológico (resumo) In **Argumenta**: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI / Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n. 1 – Jacarezinho, 2001, p. 203.

⁴⁶⁴ BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 2.

⁴⁶⁵ Nos Estados Unidos, com a privatização dos presídios (iniciativa a ser implantada num futuro próximo no Brasil) e a manutenção da política de “tolerância zero”, os pobres e desempregados viraram mercadoria preciosa a render lucros exorbitantes à indústria da carceragem privada.

⁴⁶⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 63.

⁴⁶⁷ No qual o homem é reprovado não pelo que fez e sim pelo que é. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 608.)

Alguns autores defendem uma combinação de reprovação pela conduta de vida (culpabilidade de autor) e pelo fato (culpabilidade de ato), completamente descartada pelo jurista argentino porque

ou a ação é ao autor reprovada na circunstância concreta em que atuou, ou o sujeito é por ela reprovado como resultado de sua conduta de vida; mas qualquer pretensão de combinar ambas as reprovações não pode conduzir a outro resultado senão o de cair na segunda, isto é, em uma culpabilidade de autor.⁴⁶⁸

Não se pode perder o foco do julgamento, que deve se dar exclusivamente quanto ao ato praticado, recorrendo-se a questões subjetivas simplesmente com o intuito de individualizar a pena conforme características específicas do autor, além de compreender o grau de reprovabilidade de sua conduta. Acrescenta Salo de CARVALHO que somente é possível estabelecer juízos isonômicos de censurabilidade individual pelo ato delitivo dentro de um contexto de atendimento satisfatório de seus direitos fundamentais pelo Estado⁴⁶⁹.

Do mesmo modo que passaram os demais ramos do Direito por uma profunda releitura de seus diplomas legais sob a égide da Constituição Federal, deve o Direito Penal compatibilizar seus institutos obscuros e arcaicos com os princípios do Estado Democrático de Direito e seus objetivos fundamentais:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II – garantir o desenvolvimento nacional;
III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A filtragem constitucional⁴⁷⁰ certamente se insurge contra a reincidência por contrariar princípios tão caros como o da proporcionalidade, o da culpabilidade, o da humanização das penas, *no bis in idem* e o da consequente intangibilidade da coisa julgada, quando agrava a pena de novo crime baseado

⁴⁶⁸ Ibid., p. 609.

⁴⁶⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 71.

⁴⁷⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

em delito anterior já sancionado, da dignidade da pessoa humana quando causa estigmatização nunca mais reparável ao reincidente.

Do mesmo modo, o princípio da isonomia é vilipendiado pela agravante que deve ser comprovada mediante certidão cartorária⁴⁷¹, com indicação expressa da data do trânsito em julgado da sentença condenatória anterior. Parece uma questão tranquila, porém, na prática, constata-se mais uma vez, uma afronta ao princípio da isonomia a ser utilizado em desfavor daqueles desprovidos de sorte. Como é cediço, o Brasil não dispõe de um banco de dados integrado entre os Estados da Federação, assim como o Paraná também não conta com informações interligadas entre as suas comarcas. Logo, não há garantia alguma de que o agente primário realmente o seja.

É corriqueiro o acusado já ter cometido crimes em São José dos Pinhais e em Curitiba voltar a delinquir sem que haja qualquer comunicação de antecedentes, mesmo tratando-se de municípios tão próximos. E a partir do momento que são considerados reincidentes somente aqueles que os arquivos atestam, os demais são tratados de modo desigual.

Diante da provável inconstitucionalidade do instituto da reincidência e da certeza da sua ilegitimidade, a doutrina atualmente se divide em dois grupos. O primeiro, encabeçado por Cirino dos SANTOS, assevera que:

a) se novo crime é cometido após a passagem do agente pelo sistema formal de controle social, com efetivo cumprimento da pena criminal, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário deveria induzir o legislador a incluir a reincidência real entre as circunstâncias atenuantes, como produto específico da atuação deficiente e predatória do Estado sobre sujeitos criminalizados;

b) se novo crime é cometido após simples formalidade do trânsito em julgado de condenação anterior, a reincidência ficta não indica qualquer presunção de periculosidade capaz de fundamentar circunstância agravante.

Em conclusão, nenhuma das hipóteses de reincidência real ou ficta indica situação de rebeldia contra a ordem social garantida pelo Direito Penal: a reincidência real deveria ser circunstância atenuante e a reincidência ficta é, de fato, um indiferente penal⁴⁷².

⁴⁷¹ 200212 – TÓXICO – REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA – ART. 61, INCISO I, CÓDIGO PENAL – FOLHA DE ANTECEDENTES – SUFICIÊNCIA PARA A SUA COMPROVAÇÃO – RECURSO DA ACUSAÇÃO PROVIDO – RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO – (...)5. A reincidência específica está devidamente comprovada nos autos por documento que possui fé pública e contém todas as informações necessárias à caracterização da circunstância agravante. (TRF 3ª R. – ACr 2002.03.99.016422-1 – MS – 5ª T. – Relª Desª Fed. Ramza Tartuce – DJU 10.12.2002.)

⁴⁷² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:...**, p. 570.

E, o segundo, representado por ZAFFARONI, vislumbra a possibilidade da abolição da agravante da reincidência e de todas as formas de maior gravidade punitiva calcadas em práticas delituosas anteriores.

Após inúmeras considerações adversas ao instituto da reincidência e a flagrante inconsistência com os ditames constitucionais, o tema chega agora na seara do Supremo Tribunal Federal. Objeto de Recurso Extraordinário⁴⁷³ interposto contra um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁴⁷⁴, questionando a inconstitucionalidade da restrição de liberdade daquele que já cumpriu pena – o agravamento da sanção com a aplicação da reincidência, por ofender o princípio constitucional da dupla valoração pelo mesmo fato.

A demanda só alcançou a Corte Suprema depois de submetida ao juízo de admissibilidade, ter reconhecida a repercussão geral⁴⁷⁵, ou seja, o interesse

⁴⁷³ O recurso extraordinário encontra previsão na Constituição Federal e tem como função precípua manter a hegemonia da lei fundamental, servindo como instrumento de controle difuso de constitucionalidade. Revela-se como recurso de fundamentação vinculada a certos pressupostos de admissibilidade quanto à decisão recorrida: a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Além da obrigatoriedade da decisão ter sido proclamada em única ou última instância e, finalmente, que tenha havido prequestionamento da matéria em grau inferior.

⁴⁷⁴ RE 591563 – 1. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim ementado: Roubo majorado tentado. Existência e autoria comprovadas. Condenação confirmada. Afastada a agravante da reincidência por ser inconstitucional. Precedentes da câmara. Pena redimensionada. Apelo defensivo parcialmente provido. Unânime. (fl. 18)

O recorrente, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, recorreu com fundamento no artigo 102, inciso III, a, alegando ofensa ao art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Aduz que o acórdão atacado, ao afastar a agravante da reincidência sob o argumento de que essa não foi recepcionada pela Constituição Federal, bem que ao entender que a reincidência faz presente o superado direito penal do autor e representa indistigível *bis in idem*, acabou por contrariar os princípios da proporcionalidade ou razoabilidade – individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. (fl. 27)

O recorrente apresenta preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, na forma do art. 543-A, § 2º, do CPC.

2. “A questão suscitada versa sobre importantíssima matéria, que demanda reflexão da Corte, acerca da admissibilidade constitucional do agravamento da pena criminal, imposta por certo fato, em virtude de o réu já ter sido condenado por fato diverso. Ou seja, trata-se de indagar se a norma de agravamento da pena por reincidência não significa autorização de dupla punição pelo mesmo fato (o réu seria punido duas vezes pelo fato objeto da primeira condenação, cuja pena já se exauriu), isto é, *bis in idem*. A questão, embora nem sempre considerada pela doutrina nem pelos tribunais, envolve o alcance de relevantíssima garantia constitucional, a cuja luz deve ser aferida a subsistência, ou não, de normas do Código Penal. Este tema tem profundo reflexo no *ius libertatis*, bem jurídico fundamental, e, como tal, transcende os limites subjetivos da causa, revestindo-lhe a decisão de repercussão geral. Brasília, 12 de setembro de 2008. Ministro CEZAR PELUSO Relator.” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/ver>> Acesso em: 27 fev.2009.)

⁴⁷⁵ O pressuposto da “repercussão geral” ao cabimento do recurso extraordinário foi inserido na legislação processual brasileira pela EC 45/04. Este dispositivo impõe ao recorrente o ônus de demonstrar a relevância das questões constitucionais discutidas no caso.

público sob o ponto de vista econômico, social, político ou jurídico que tal julgamento deve provocar não somente às partes envolvidas como aos demais cidadãos.

Em outra oportunidade o STF – Informativo 476⁴⁷⁶ – se posicionou a favor da majoração da pena em razão da reincidência sob o argumento de que sua aplicação prevista no Código Penal tem por finalidade desestimular o cometimento de novos crimes e não configuraria uma violação ao princípio do *non bis in idem*.

Novamente a Corte Constitucional se vê diante da chance de varrer definitivamente da legislação pátria esse instituto tão maligno e claramente avesso aos princípios consagradores a que se propõe o novo constitucionalismo, agora minuciado com os critérios de liberdade trazidos por Amartya SEN e comprometido com a efetivação dos direitos fundamentais dos mais frágeis, dos quais já não resta mais nada a ser negado.

⁴⁷⁶ Reincidência e *Bis in idem* - A majoração da pena resultante da reincidência não configura violação ao princípio do *non bis in idem*. Com base nesse entendimento e assentando a recepção, pela CF/88, do inciso I do art. 61 do CP ("São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência;"), a Turma indeferiu *habeas corpus* em que condenado pela prática do crime de roubo, cuja pena fora majorada em razão da reincidência, e mantida pelo STJ, sustentava que a sua utilização, como causa obrigatória de agravamento de pena, conflitaria com o aludido princípio constitucional, porquanto estabeleceria como regra a punição a fato já punido. Considerou-se que o acórdão do STJ estaria em consonância com a orientação pacificada nesta Corte. Precedentes citados: HC 73394/SP (DJU de 21.3.97); HC 74746/SP (DJU de 11.4.97). [HC 91688/RS, rel. Min. Eros Grau, 14.8.2007. \(HC-91688\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo). (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo>> Acesso em: 27 fev.2009.)

CONCLUSÃO

Esta dissertação teve por objetivo propor um conceito material de culpabilidade, sem, contudo, desprezar a evolução experimentada pelo conceito formal de culpabilidade, notadamente, um escudo protetor do indivíduo contra o poder altamente intervencionista e punitivo do Estado.

Concentrou seus estudos na liberdade de escolha do agente como variável indispensável na difícil equação da culpabilidade. E esta liberdade foi analisada historicamente e em conjunto com o Estado e suas diversas formas delineadas ao longo do tempo, passando da concepção meramente civil à concretização de direitos na ótica humanista do novo constitucionalismo.

Com base na teoria de *desenvolvimento como liberdade* de Amartya SEN, foi sugerido um conjunto de capacidades exigíveis a um indivíduo para que este possa ser considerado um agente livre e assim responsabilizado por seus atos. Estas capacidades, ou melhor, liberdades, são direitos fundamentais inerentes a todos os cidadãos que vivem sob o manto do Estado Democrático de Direito.

Não há como ignorar que tanto a sociedade como o Estado têm papéis determinantes no desenvolvimento do cidadão, mas é preciso avaliar minuciosamente em que medida as omissões ou as restrições dos direitos fundamentais podem repercutir no poder de agir dos indivíduos, e de que modo as deficiências em sua autodeterminação podem ou devem ser tributadas no momento de avaliar o grau de sua culpabilidade.

No estágio em que se encontra o Direito Penal, é prudente afirmar que somente é passível de culpabilidade e conseqüentemente de reprovação aquilo que dependa exclusivamente da vontade do agente, ficando de fora desta conta tudo que lhe escape ao domínio. Sua sanção deve ser proporcional à capacidade própria de realizar escolhas dentro da legalidade.

Vinculado ao propósito legitimador dos direitos fundamentais, é coerente supor que a culpabilidade, materialmente conceituada, impõe uma

base informacional ampla e abrangente que fornece ao processo a real situação de capacidade de atuação do agente no momento da conduta delituosa. Desse modo é possível ao julgador determinar o grau de culpabilidade do autor dependente diretamente de sua autodeterminação, num binômio liberdade/necessidade, em que quanto menores forem suas necessidades, maior será sua liberdade de agir conforme a norma e conseqüentemente sua culpabilidade.

Inexoravelmente, é preciso ainda que haja uma mudança na postura de todos os envolvidos no processo e julgamento criminal, a exigir maior comprometimento com a promoção dos direitos fundamentais.

E há mecanismos legais para isso. Basta que todos os envolvidos no processo penal tenham uma atuação mais digna, inclusive dignificando o próprio desacreditado Direito Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aplicação da pena. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 24-48, ago./set. 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudos políticos y constitucionales, 2002.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução Mauro W. Barbosa de Almeida. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

ATHAYDE, Celso; MV Bill; SOARES, Luiz Fernando. **Cabeça de porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

BACIGALUPO, Enrique. **Delito y punibilidad**. 2. ed. ampliada. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

_____. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. totalmente renovada y ampliada. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**; Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

_____. **Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da 'reintegração social' do sentenciado**. Universidade de Saarland, R.F.A.

Disponível em: < <http://www.eap.sp.gov.br/pdf/ressocializacao.pdf>> Acesso em 17 fev.2009.

BARROSO, Rosana Carrijo. A motivação das decisões judiciais. In: **Raízes Jurídicas/Centro Universitário Positivo**, Núcleo de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas. Curso de Direito. v. 3, n. 2 (jul./dez. 2007). Curitiba: UnicenP, p. 215-236.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BELING, Ernst von. **A ação punível e a pena**. Tradução Maria Carbajal. São Paulo: Rideel, 2007.

_____. **Esquema de derecho penal. [Grundzüge des strafrechts, 11. ed., 1930]** Tradução Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal: parte geral**. tomo III. Tradução Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1973.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Algumas controvérsias da culpabilidade na atualidade**. Disponível em: <<http://www.ceccrim.hpg.ig.com.br/Artigos3.htm>> Acesso em: 06 mar.2009.

_____. Evolução e revisão de alguns conceitos da culpabilidade. In: **Livro Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"** / coord. por [Luis Alberto Arroyo Zapatero](#), [Ignacio Berdugo Gómez de la Torre](#). Espanha: [Universidad de Salamanca](#) : [Universidad de Castilla-La Mancha](#), [Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha](#), v. 1, 2001, p. 809-822.

_____. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O arbítrio judicial na dosimetria penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 85, n. 723, p. 497-505, jan./1996.

_____. **Tratado de direito penal: parte geral.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 4v.

_____. **Tribunal penal internacional: pena de prisão perpétua.** Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF. Disponível em: <www.cjf.jus.br/revista/numero11/PainellV-2.htm.> Acesso em: 06 mar.2009.

_____. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito.** São Paulo: Atlas, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Tradução Carmem C. Varriale et. al.; coord. Trad. João Ferreira; rev. Geral João Ferreira e Luis Guilherme Pinto Caçais. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002.

_____. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política.** Tradução Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.

_____. **O futuro da democracia.** Tradução Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos.** Organizado por Michelangelo Bovero e tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 13. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BOCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales.** Nomos: Baden-Baden, 1993.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Tradução Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In: **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 1 ed, 2 tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRUNONI, Nivaldo. **Princípio da culpabilidade**: considerações. Curitiba: Juruá, 2008.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Magistratura e direito alternativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Reformas penais em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, José Murilo de, **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CARVALHO, Olavo. **Aristóteles em nova perspectiva**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996.

CARVALHO, Salo. **Penas e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005.

CLARKSON, CHRIS; MORGAN, Rod (org.). **The politics of sentencing reform**. Oxford: Clarendon Pres, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

Corrêa, Tatiana Machado. Crítica ao conceito funcional de culpabilidade de Jakobs. [Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo v. 12, n. 51, p. 207-235, nov./dez. 2004.](#)

CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Vol. I e II. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1971.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A constituição do crime**: da substancial constitucionalidade do direito penal.

_____. Crise do direito e do estado e educação para os direitos humanos. In : CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 115-131.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. Democracia Substancial: um instrumento para o poder político. In : CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 417-427.

_____. **O Direito como garantia**: pressupostos de uma teoria constitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

_____. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Landy, 2002.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DAMÁSIO, Antonio Rosa. **O erro de descartes**: emoção, razão e o cérebro humano; tradução portuguesa Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DIAS, Augusto Silva. **A relevância jurídico-penal das decisões de consciência**. Coimbra: Almedina, 1988.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIMOULIS, Dimitri. Estado nacional, democracia e direitos fundamentais. Conflitos e aporias. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 29-44.

_____ ; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. 4v.

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed., ver., atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FABRICIUS, Dirk; HARTMANN, Helen (org.). **Culpabilidade e seus fundamentos empíricos**. Curitiba: Juruá, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____, **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Editorial Trotta, 2001.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de direito penal: parte geral I**. 3. ed. correcta e aumentada. Lisboa: Editorial Verbo, 1988.

FERRI, Enrico. **Delinquente e responsabilidade penal**. Tradução Fernanda Lobo. São Paulo: Rideel, 2006.

FIORAVANTI, Maurizio. **La constitución de los modernos**. Tradución de Manuel Martínez Neira. Trotta, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; Tradução Raquel Ramallete. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GARDNER, John. On the general part of the criminal law. In: DUFF, Anthony. **Philosophy and the criminal law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 237.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**. Barcelona: Ariel, 1996.

GERMANO, Luiz Paulo Rosek; GIORGIS, José Carlos Teixeira (Org). **Lições de direito administrativo**: estudos em homenagem a Octavio Germano. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GIACOIA, Gilberto. Invasão à intimidade. In: **Argumenta**: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI / Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n. 1 – Jacarezinho, 2001.

_____. Retrospecto luso-brasileiro e perspectivas de estratégias repressivas sob o ponto de vista criminológico (resumo) In: **Argumenta**: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI / Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n. 1 – Jacarezinho, 2001.

_____. O poder disciplinar e a lei: um exemplo e uma interpretação. In: **Argumenta**: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI / Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n. 6 – Jacarezinho, 2006, p. 96-106.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução George Sperber Madrid; Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

_____. **Direito e democracia entre facticidade e validade.** Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Facticidad y validez.** Madrid: Editorial Trotta, 1998.

HART, Herbert L. A. **Direito, liberdade e moralidade.** Tradução Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1987.

_____. Legal determinism and excuses. In: HOOK, Sidney (org.). **Determinism and freedom.** New York: New York University Press, 1958.

_____. **O conceito de direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal.** Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HIRSCH, Andre von; JAREBORG, Nils. Gauging criminal harm: a living-standard analysis. **Oxford Journal of Legal Studies.** Oxford, v. 11, n. 1, p. 1-38, 1991.

HIRSCH, Andrew von **Censure and sanctions.** Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 33-35.

HOLLANDA, Cristina Buarque de. **Polícia e direitos humanos: política de segurança pública no primeiro governo Brizola [Rio de Janeiro: 1983-1986].** Rio de Janeiro: Revan, 2005.

HUDSON, Barbara A. Mitigation for socially deprived offenders. In: HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew. **Principled sentencing – readings on theory & policy.** 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 206. [Ed. orig. 1995]

_____. Direitos humanos e “novo constitucionalism”: princípios de justiça para sociedades divididas. In : CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 11-28.

HORCAICO, Ivan. **Dicionário jurídico referenciado.** São Paulo: Primeira Impressão, 2006.

JAKOBS, Gunther. **Derecho penal: parte general – fundamentos y teoria de la imputación.** Traducción de Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995.

_____; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo:** noções e críticas. Org. e Tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal:** parte general. 4. ed. completamente corregida y ampliada. Tradução José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993.

JORGE, Mário Helton. Direito penal: a quantificação da pena em face das circunstâncias. [Revista dos Tribunais](#). Curitiba, v. 825, p. 435-441, jul. 2004.

KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (org). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 67-107.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O problema da justiça**. Tradução João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins, 1998.

_____. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LISZT, Franz von. **A ideia do fim no direito penal**. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel, 2005.

_____. **Tratado de derecho penal**. Traducida de la 20.^a edicion alemana por Luis Jimenes de Asua y adicionado com el derecho pena español por Quintiliano Saldaña. 4. ed. Madrid: Réus S.A., 1999.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução Julio Fischer; [revisão técnica Renato Janine Ribeiro; revisão da tradução Eunice Ostrensky]. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LUCAS VERDÚ, Pablo. **O sentimento constitucional:** aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política. Tradução e prefácio Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

_____, **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

MACIEL, Katherinne de Macedo Mihaliuc. **Discrecionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados:** Estudos em face de um Paradigma Constitucional. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MALISKA, Marcos Augusto. A concretização dos direitos fundamentais no estado democrático de direito. Reflexões sobre a complexidade do tema e o papel da jurisdição constitucional. In : CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 547-558.

MANZINI COVRE, Maria de Lourdes. **O que é cidadania.** 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2003.

MARAT, Jean Paul. **Princípios de legislação criminal.** Tradução de Carmensita Ibaixe e João Ibaixe Jr., [S.l.]: Quartier Latin, [1779?].

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais:** conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAURACH, Reinhart. **Derecho penal:** parte general. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionariedade e controle jurisdiccional.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:** estudos de direito constitucional. 3 ed., rev e ampl., 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEZGER, Edmundo. **Derecho penal:** Tomo I – parte general. Traducción de la 6ª edición alemana por el Dr. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: El Foro, 1957.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho.** 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis:** as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus

parlamentarismo; Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 4. ed. melhor. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Bismael B. **Estado e segurança**: diante do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORSELLI, Élio. Função da pena à luz da moderna criminologia. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, n. 3, p. 5, ago./set. 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1998.

MÜLLER, Friedrich. Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. In : CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 45-52.

NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In : CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 79-113.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Código de processo penal comentado**. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ORWELL, George. **A revolução dos bichos**. Tradução Heitor Aquino Ferreira. 2. ed. São Paulo: Globo, 2003.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito constitucional penal**. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **O princípio da desculpa em direito penal**. Coimbra: Almedina, 2005.

PARAVINI, Massimo. **Control y dominación**: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Tradução Ignácio Muñagorri, Madrid: Siglo Veintiuno, 1998.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

PETTIT, Philip. **Republicanism. A theory of freedom and government**. Oxford: Oxford Press, 1997. (Tradução *Republicanismo. Uma teoria sobre la libertad y el gobierno*. Tradução Toni Doménech. Barcelona: Paidós, 1999.

_____. **Teoria da liberdade**. Tradução Renato Sérgio Pubo Maciel. Coord. e superv. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PIETRO SANCHÍS, Luís. **Constitucionalismo y positivismo**. México: Distribuciones Fontamara, 1999.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Elementos de direito penal** – v. 1 parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. O injusto penal e a culpabilidade como magnitudes graduáveis. [Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 128-142, jul./set. 1999.](#)

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri**: visão linguística, histórica, social e dogmática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[REALE JÚNIOR, Miguel.](#) Individualização da pena, circunstâncias legais e determinação do grau de periculosidade. **Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 15, n. 59, p.127-130, jul./set. 1978.**

_____, **Teoria do delito.** 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RÉGNIER, João Roberto Santos. **Discricionariedade administrativa:** significação, efeitos e controle. São Paulo: Malheiros, 1997.

RIVERO, Jean. In Droit Administratif. Paris: Dalloz, 1973, p. 82 apud GERMANO, Luiz Paulo Rosek; GIORGIS, José Carlos Teixeira (Org). **Lições de direito administrativo:** estudos em homenagem a Octavio Germano. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal:** a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

[ROSSETTI, Janora Rocha.](#) Reincidência e agravamento da pena em delitos contra o patrimônio: uma análise da jurisprudência do TACrimSP. [Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 77, n. 638, p. 401-403, dez. 1988.](#)

ROXIN, Claus. **Derecho penal:** parte general – Tomo I – fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal.** Lisboa: Vega, 1970.

_____. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. Tradução Luís Greco. In: ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social.** 2. ed. Tradução Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível.** 4. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

_____. **A criminologia radical.** 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito penal:** parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

SCHLINK, Bernhard. **O leitor**. Tradução Pedro Sussekind. Rio de Janeiro: Record, 2009.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. [Ed. orig. 1999]

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Circunstâncias do crime. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 67-80, jul./set. 1998.

SILVA, Eliezer Gomes. Direitos humanos como fundamento ético-argumentativo para um conceito material de crime: uma proposta de superação da teoria do bem jurídico-penal. In : CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 237-276.

_____. **Direitos fundamentais, liberdade e democracia**: aplicando a teoria de Amartya Sen na redefinição do conceito de culpabilidade, à luz das exigências do estado democrático de direito. Belo Horizonte: CONPEDI, 2007.

SILVA, Luís Vergílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. São Paulo: tese de cátedra USP, 2005.

_____. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Paulo S. Xavier de. **Individualização da pena**: no estado democrático de direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: NUNES, Antônio José Avelãs; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (orgs.). **Diálogos constitucionais Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Reflexões hermenêuticas acerca do papel (dirigente) da constituição do Brasil e os (velhos) obstáculos à concretização dos direitos fundamentais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 385-405.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TAVARES, Juarez. **Direito penal da negligência**: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2. ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. ver. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TAVOLARO, Douglas. **A casa do delírio**: reportagem no manicômio judiciário de Franco da Rocha. 2. ed. São Paulo: SENAC, 2002.

TONRY, Michael. **Sentencing matters**. New York e Oxford: Oxford University Press, 1996.

TORON, Alberto Zacharias. Razoabilidade punitiva e a garantia do devido processo legal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 83, n. 702, p. 441-443, abr. 1994.

TUCCI, Rogério Lauria. **direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VELO, Joe Tennyson. **O juízo de censura penal** (o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

VIANNA, Túlio Lima. Pena – fixação: roteiro didático. [Revista Síntese de direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 4, n. 19, p. 54-61, abr./maio 2003.](#)

VIEHWEG, Theodor. **Topica y jurisprudencia**. Tradução Díez Picazo Pence de León. Madrid: Taurus, 1964.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Punir os pobres:** a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: ICC: Freitas Bastos, 2000.

_____. Sobre a 'janela quebrada' e alguns outros contos sobre segurança vindos da América. In: **Revista brasileira de ciências criminais**. IBCCRIM, nº 46. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Parte general. 11. edición, 4. edición castellana. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Peres, p. 210/215. Inexigibilidad de conducta diversa. In: **Revista IOB Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 7, n. 38, jun/jul, 2006.

_____. **Estudios de derecho penal:** estudios sobre el sistema de derecho penal; causalidad y acción; derecho penal y filosofía. Traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2003. Colección: Maestros del Derecho Penal, Nº 6.

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

WINFRIED, Hassemer. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução Paulo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Safe, 2005.

_____. **Direito penal libertatório**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente:** exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal:** parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____; BATISTA Nilo; ALAGIA Alejandro; SLOKAR Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Tradução Vânia Romano Pedrosa & Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **O inimigo no direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

