

JOE TENNYSON VELO

O JUÍZO DE CENSURA PENAL - O PRINCÍPIO DA INEXIGI-
BILIDADE DE CONDUTA DIVERSA E ALGUMAS TENDÊNCIAS

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-
Graduação em Direito Público do Setor de
Ciências Jurídicas da Universidade Fe-
deral do Paraná, como requisito parcial
à obtenção do grau de Mestre.

CURITIBA

1991

JOE TENNYSON VELO

**O JUÍZO DE CENSURA PENAL — O PRINCÍPIO DA INEXIGI-
BILIDADE DE CONDUTA DIVERSA E ALGUMAS TENDÊNCIAS**

Dissertação aprovada como requisito parcial
para obtenção do grau de Mestre no Curso de
Pós-Graduação em Direito Público, pela Co-
missão formada pelos professores:

Orientador: Prof. René Ariel Dotti
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Luiz Alberto Machado
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Ildefonso Marques
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, 27 de novembro de 1991.

A meus pais, Marly e Osvaldo.

AGRADECIMENTOS

Desejo agradecer a algumas pessoas que foram importantes para a elaboração deste trabalho. Ao Professor René Dotti, agradeço o incentivo e opiniões. Aos Professores Jacinto Coutinho e Luiz Alberto Machado, igualmente, pelos comentários e críticas, e à advogada Valéria Borba porque, em certo período, compreendeu algumas dificuldades suportadas.

"Nenhuma busca, que não seja busca de si mesmo e, em algum grau, introspecção".

A. Besançon

SUMÁRIO

<u>RESUMO</u>	vii
<u>INTRODUÇÃO</u>	1
<u>CAPÍTULO I - O NÚCLEO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE</u>	7
SEÇÃO I - A EVOLUÇÃO DOGMÁTICA DO CONCEITO DE CULPABILIDADE	7
SEÇÃO II - A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA.....	43
SEÇÃO III - O ALCANCE DO PRINCÍPIO.....	66
<u>CAPÍTULO II - TENDÊNCIAS A RESPEITO DO JUÍZO DE CENSURA PENAL</u> 108	
SEÇÃO I - POSIÇÃO FILOSÓFICA.....	108
SEÇÃO II - BETTIOL E O "GESINNUNGSTRAFRECHT".....	124
SEÇÃO III - A CULPA PELA FORMAÇÃO DA PERSONALIDADE PARA FI- GUEIREDO DIAS.....	152
SEÇÃO IV - A TEORIA DA CULPABILIDADE PARA CLAUD ROXIN.....	169
<u>CONCLUSÕES</u>	210
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	211
<u>ÍNDICE</u>	219

RESUMO

A reflexão é importante para o jurista. Por dever estar atento, ocupado com muitos assuntos e enfrentar problemas de várias ordens, seu campo de ponderações não tem limites para a prática de sua profissão. Especialmente para aquele que estuda a Ciência Penal, além de necessitar conhecer sobre sua história, são pontos diretivos enfoques sobre ética e um preliminar ideal do que seja a culpa. A dissertação tem esta preocupação e vê o estudo do conceito material de culpa penal e do juízo a ele inerente como um problema filosófico e, desta maneira, como um bom assunto a servir para o seguinte exercício de pensamento: o juízo de censura é a exigibilidade de certa pessoa moldar e exercer a personalidade conforme valores prestigiados pelo Direito Penal. Esta é a estrutura a ser pensada e, para tanto, vale-se de um método histórico e dialético. Quer sublinhar que o cientista penal, mormente o julgador, para despertar sua consciência, não deve satisfazer sua inquietude com o mero conhecimento teórico do que o legislador lhe oferece e sim saber e assumir sem receios que o juízo de censura penal é algo complexo e difícil, pois pressupõe, antes de tudo, também uma mente reflexiva do que é o homem e seu sustentáculo espiritual: a moral. O estudo da formação da vontade criminosa foi objeto de vários pesquisadores, mas dois - Bettiol e Figueiredo Dias - distinguem-se pela integração e sensibilidade às perturbações atuais. Deve-se assinalar neste ponto que, não obstante a complexidade de abordagens que o tema pode exigir, é permitido neste sintético espaço apreciar ao menos sua importância e a presteza afeta, então, ao exercício de pensamento mencionado.

INTRODUÇÃO

Em outubro de 1987, a oitava Câmara do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo proferiu uma decisão interessante. Ao julgar um delito de estelionato, como resposta à tese da defesa, pronunciou unanimemente que "em sede de direito criminal, as causas excludentes da criminalidade ou as dirimentes da punibilidade, são exaustivamente enunciadas pelo legislador, sem margem para ampliações hermenêuticas, sem possibilidade de alargamento jurisprudencial ou doutrinário"(1).

Esta manifestação do Tribunal de Alçada Paulista, aqui tomada como emblemático exemplo, é contrária ao entendimento da doutrina penal a que a presente dissertação objetiva fazer referência.

Os estudos dogmático-penais proporcionaram uma evolução do pensamento respeitante à culpabilidade d'onde, todos sabem, transparecem três fases bem discutidas. Quando o pensamento portou em uma "culpabilidade normativa-pura" e expôs as bases científicas da doutrina da "inexigibilidade de conduta diversa", revelando-a como o verdadeiro fundamento do juízo de culpabilidade, abriu espaço para a sustentação de causas supralegais de exclusão da culpa.

O magistrado que aplica normas penais a casos individuais passa a dispor de ampla margem de apreciação. É no quadro desta

margem de apreciação deixada ao juiz criminal que é permitido atingir uma maior justiça em um número de ações concretas. Critério teórico para tanto assenta-se na doutrina da "inexigibilidade de conduta diversa".

Não é comum, no entanto, serem delineadas bases filosóficas indispensáveis para a percepção concreta de situações onde uma exculpação há de ocorrer, indiferente a qualquer previsão legal. O Egrégio Tribunal referido comportou-se, naquela ocasião, nos âmbitos desta despreocupação, quando expressamente ignorou a real importância da doutrina da culpabilidade, em que pese existir, mesmo desvinculado de alcance com profundidade filosófica como referido, um relevante número de escritos jurídicos a ela pertinentes.

Com efeito, um juízo de censurabilidade fundado em causa supralegal de exculpação é raro. Talvez consequência de costumeiro tecnicismo, ausência de suporte teórico conhecido convincente ou mesmo, numa afirmação mais atrevida, coragem da magistratura ou dos próprios advogados de defesa em valerem-se da tese.

Por isso, esta dissertação, num primeiro momento, tenciona destacar a "inexigibilidade de conduta diversa" decidindo considerá-la um sentimento inerente à condição humana, trazido à ciência penal através da teoria normativa da culpabilidade. Bem como, contestando determinada tradição, poupar o conceito de culpabilidade do conteúdo "poder-agir-de-outra-maneira". Somente a "inexigibilidade" deve ser dignificada e aferida, fundamentalmente, segundo doutrinas de Jorge de Figueiredo Dias e Giuseppe Bettiol. Procura-se no pensamento destes juristas as

atuais bases filosóficas e morais do juízo de culpabilidade normativo. Na verdade, pretende-se resgatar um prestígio ao tema "inexigibilidade de conduta diversa", dentro de uma doutrina jurídica. Considerou-se importante apontar este aspecto doutrinário, elevando-o exclusivamente, pois é compreensível ser ele o ponto de onde a evolução do pensamento jurídico-penal deve continuar.

Exposta a abordagem dogmática concebida da "inexigibilidade" ao nível de princípio de direito penal, a ocupação passa ser a de explorar as posições de Bettiol e Figueiredo Dias. Alude-se, para tanto, a um apoio filosófico, consistente no Existencialismo divulgado no período entre guerras. E parte-se do Existencialismo não no sentido de investigar uma verdade, pois, como filosofia, o Existencialismo pressupõe uma verdade. Ele é citado porque representa um pensamento atual, é a visão moderna, evoluída, do "livre-arbítrio" que certa vez o Classicismo sustentou. O Existencialismo não é a suma filosofia deste Século, mas possui algo de importante, pois verdadeiro.

Sutilizou o raciocínio de Bettiol e é apoio para a doutrina de Figueiredo Dias. Se, como escreveu Hegel, ser erudito "quer dizer ter conhecimento de coisas estranhas; e conhecer ruínas é tido ordinariamente como privilégio dos mais sábios" (2), Bettiol foi um penalista erudito quando concebeu a idéia de "atteggiamento interiore".

Quando se disserta sobre estes autores, a discussão pre-

mente volta-se a uma ética que o direito penal não pode ignorar. Diga-se o mesmo com relação à importância de conhecimentos metafísicos, não entendidos como pura abstração simbólica em contraste com a realidade, mas que desta realidade - a existência - advêm e a ela dá uma explicação. "Solo in una visione metafisica della realtà possiamo capire la colpevolezza" (3). Todas as ciências, inclusive a matemática, possuem sua metafísica. Com o direito penal não poderia ser diferente.

Os assuntos que envolvem o conceito de culpabilidade são deveras abrangentes, compreendem uma série de posicionamentos e problemas que poderiam ser trazidos ao Trabalho. Contudo, por ser dissertativo em essência, este não visou apresentar soluções a precisos problemas, derivados do tema central "culpabilidade". Preferiu ocupar-se com outro aspecto, igualmente pertinente: as subjetivações doutrinariamente expostas por Bettiol e por Figueiredo Dias. Foi uma escolha consciente e de risco não calculado.

Através da História, já se percebeu que sempre foi o conhecimento que permitiu ao estudioso superar as etapas cumpridas por cada momento e deixar, nem sempre um tributo, mas como um ponto de saída válido para o progresso da ciência, a descoberta de não poucos "mistérios". Pertine aos juristas de hoje ir ao encontro de assuntos como a "gesinnung" ou a personalidade, que não será considerada aqui através de apontamentos psicanalíticos, para extrair conclusões metafísicas, conquanto vivas e que enriquecem o espírito crítico. Haver-se-á de conceber

o mundo metafísico com a mesma realidade com que concebemos o físico, e dirigir-se ao seu encontro com total postura racional. Isto é possível mesmo nesta sede científica.

Por último, a necessidade surgida de referir algo à tendência protagonizada na Europa por Claus Roxin, que implicou radicais alternativas à então Reforma Penal, iniciada a partir dos anos sessentas na Alemanha Federal. Tal tendência representa a orientação temática mais moderna e igualmente colaboradora para a contestação do juízo de censura penal ser fundamentado através do mito do "poder-agir-de-outro-modo".

Quando se escreve sobre a culpabilidade em direito penal é sabido que se está entrando em campo minado. Portanto, todo cuidado é pouco. Tenta-se pisar firme, e assim como em toda dissertação, foi preciso manter de pé certa margem de confiança, tanto no procedimento que se emprega como no fim colimado. Também foi devido prover-se de necessária dose de circunspecção e liberdade, para que fosse enfrentado um labor de certa transcendência como o desenvolvido.

NOTAS:

¹Apelação nº 470.903/2, julgado de 8.10.87; ementa oficial transcrita no Repertório IOB de Jurisprudência, verbete nº 3/926. No mesmo sentido decidiu a 4ª Câmara do Tribunal de Justiça Criminal daquele Estado em 6 de agosto de 1990, mas não de forma unânime: "O sistema penal vigente somente admite a inexigibilidade de conduta diversa como causa excludente de culpabilidade quando expressamente prevista. Isto porque não há reconhecer lacunas na lei em matéria de dirimentes, a impor a integração ou extensão do respectivo rol com o socorro da analogia "in bonam partem" ("in" Revista dos Tribunais, 1990, 662:266-8).

²HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Introdução à história da filosofia. Tecnoprint, 1986, tradução de Euclidy Carneiro da Silva. p.19.

³BETTIOL, Giuseppe. "Gli ultimi scritti e la lezione di congedo". Pádua, 1984. p.84.

CAPÍTULO I - O NÚCLEO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE

SEÇÃO I - A EVOLUÇÃO DOGMÁTICA DO CONCEITO DE CULPABILIDADE

§1º. Introdução

Sem pretender com este início expor argumentações a respeito do método dogmático de interpretação jurídica, é seu pressuposto, à percepção de Bairros de Brun (1), que efetivamente as dogmáticas constituem conjuntos de decisões pré-fabricadas que, devido à sua autoridade, de certa forma inibem a atividade do intérprete. Igualmente é forçoso reconhecer que o Direito Penal, como ciência, não pode deixar de se servir de dogmas.

Tarefa da dogmática da ciência penal, voltada ao direito vigente, é expor "conceitualmente o conteúdo e a construção dos princípios jurídicos do Direito Penal, reordenando os singulares conceitos, assim adquiridos, em um sistema científico logicamente irrepreensível"(2). E o objeto primordial desta tarefa é o conceito de crime, que por razões meramente instrumentais - como toda divisão analítica - a dogmática partilhou, a título de auxílio em seu estudo e não como fonte de interpretação, tradicionalmente em três elementos: o crime é ação típica, antijurídica e culpável.

Característica constante e evidente de qualquer âmbito

de investigação científica, é ainda a transição dos métodos e das conclusões dos investigadores representar um progresso, um aperfeiçoamento direcionado à satisfação da existência humana. Por isso, os dogmas, na verdade, não devem ser entendidos como pontos de derradeira chegada, mas sim de apoio, patamares para o desenvolvimento de novas teorias e melhor dedicação para a compreensão de realidades. Há uma dinâmica do conhecimento; ela promove a evolução da conceituação jurídica.

Neste sentido, as dogmáticas penais, quase exclusivamente orientadas pelas doutrinas alemãs e italianas, construíram o conceito de crime nos sistemas penais modernos seguindo uma lenta e gradual evolução, dando ênfase ora ao princípio da causalidade, ora ao da finalidade ou ao da relevância social da conduta. O princípio escolhido comanda a construção do conceito e dá o caráter lógico do sistema (3). A propósito da culpabilidade, constatou Maggiore que quanto mais foi acentuado o princípio da causalidade ou naturalístico ou a função profilático-defensiva do direito penal, tanto mais foi debilitado o interesse pela sua problemática (4). A história do conceito de culpabilidade é assim toda voltada a demonstrar o abandono do princípio causalista em direção ao finalista, modernamente, porém, reprimido pelas novas posições da doutrina alemã - como com Claus Roxin - no sentido de um direito penal onde a culpabilidade deve ser apenas garantia contra a punição promovida pelo Estado, mas não supremo critério para a medida penal.

Embora ainda persistam em algumas legislações vigentes

casos de responsabilidade penal somente pelo resultado, são casos que não condizem com a evolução experimentada pelo conceito, sendo assim considerados estranhos à própria história da dogmática. A dogmática relevante, a partir do momento que estuda a vontade criminal, procura impor que a pena corresponda só ao autor que agiu com culpa. Somente esta dogmática pode ser considerada progressista.

Como lembrou Soler, no Direito Penal a evolução é caracterizada pelo abandono cada vez mais acentuado das formas de responsabilidade objetiva, ao contrário do direito privado onde o modernismo é assinalado no sentido oposto; vale dizer, há progresso com a adoção de formas objetivas e impessoais de responsabilidade, impostas à teoria jurídica pelas exigências dos grandes progressos da vida presente, que não devem ter suas atividades travadas (5).

Com raciocínio dogmático, por conseguinte, a culpabilidade pode ser entendida como 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. Este é um conceito formal de culpabilidade, importante se despreocupado com a posição psicológica ou normativa. Com efeito, o que qualifica a culpabilidade normativa ou psicológica será o "juízo de culpabilidade". Quando se formula um juízo? Ensina Miguel Reale que assim ocorre "quando emitimos uma apreciação a respeito de algo, quer negando, quer afirmando uma qualidade; juízo é a ligação lógica de um predicado a algo" (6). O juízo de

culpabilidade é a apreciação da conduta humana tipificada numa norma penal, é a atividade intelectual de apreensão e valoração dos elementos psicológicos e anímicos desta conduta e fixação da intensidade da desobediência jurídica manifestada pelos mesmos (7). As bases culturais para tal atividade podem ser somente a capacidade psicológica do autor, a prevenção geral e especial, a inadequação social da conduta ou, simplesmente, o grau de exigibilidade da conduta ter sido conforme o direito. A qualidade por ele afirmada será, assim, uma relação psíquica quando for um juízo de culpabilidade segundo o psicologismo, ou a "reprovabilidade", com a prevalência de outros fatores, quando ditado pelo normativismo. Este "juízo", portanto, coincidirá com a própria culpabilidade quando for normativo. Nesta ocasião, a culpabilidade é censurabilidade - a culpabilidade existe a "partir" do juízo; em primeira análise, ela é "criada" pelo juízo. Com o juízo psicológico, a culpabilidade pré-existe e é apenas "constatada" por ele.

No conceito do "juízo de culpabilidade" é concentrada a discussão da política criminal e dos pressupostos filosóficos, necessários à consolidação da culpabilidade.

A história do conceito de culpabilidade identifica-se, por conseguinte, com a evolução das mentalidades norteantes dos "juízos de culpabilidade". Com efeito, se os elementos psicológicos e anímicos existem concretamente no mundo real, o juízo de culpabilidade reconhecerá e dará valor a estes elementos, orientado pela mentalidade política e filosófica considerada ideal

no momento histórico.

Não existe o "valor", diz Bairros de Brun, "o que existe é o valorar como tomada de consciência de indivíduos humanos dentro de um contexto histórico" (8). A atividade "valorar" é que produz o valor ou qualifica o "ser". Inconteste que esta função no campo penal é atingida por ideologias.

Destarte, não se pode deixar de admitir que na ciência penal o progresso dos estudos é só superficialmente percebido através das construções dogmáticas. O Direito é uma ciência com evolução peculiar. Nenhum outro campo científico tem seu progresso caracterizado pelo espírito filosófico e pela política do momento com tanta veemência, circunstâncias que nem sempre foram convincentemente e de imediato apreendidas pela dogmática.

A evolução das soluções penalísticas é dirigida sobretudo pelo impulso de novas visões do mundo, de considerar o Estado, o homem, a pena e princípios de justiça material, através de novos sistemas de valores ético-políticos, que na verdade devem compor os princípios orientadores dos conceitos.

Todas as tentativas dogmáticas de elaboração de um conceito unitário de culpabilidade, por conseguinte, não devem ser vistas à margem de suas circunstâncias históricas, ou da política criminal pretendida. Afinal, todas as teorias da culpabilidade sempre procuraram o fundamento da responsabilidade penal: por que se pune?

Como verdade, pôde ser fácil ao Direito Civil modelar-se através de uma metodologia que considerava a estrutura formal da

norma jurídica como elemento fundamental da ciência jurídica. Mas não ao Direito Penal. Suas construções dogmáticas adquiriram relevante parcela de seus "status" em obediência à política e filosofia predominantes, quer direta ou indiretamente. Através desta realidade são apontadas as evoluções. Toda a concepção da culpabilidade está ligada ao seu tempo.

A teoria psicológica da culpabilidade, por exemplo, foi expressão das intenções liberais iluministas de fundamentarem eticamente a punição, condicionando a responsabilidade penal à existência de uma relação psíquica entre o autor e o fato delituoso - eliminando do campo penal a responsabilidade objetiva. Além do mercantilismo industrial comandado pela burguesia que na Europa ganhava força e liquidava os derradeiros resquícios do feudalismo, no campo intelectual a característica do liberalismo é o utilitarismo e a idéia do "contrato social" idealizado por Rousseau(1712-1778) em consonância com o racionalismo empírico. O Direito Penal passa a ser o principal garantidor deste "contrato", cujos princípios humanistas eram incompatíveis com as anteriores fórmulas de responsabilidade sem culpa coordenadas pela cultura medieval, incentivadora do sobrenatural. Se o princípio do "nullum crimem nulla poena sine legge" é a principal manifestação do direito penal liberal clássico, e que após assume evolução dogmática através do conceito de tipo penal, o conceito técnico-jurídico de culpabilidade por sua vez é justamente a tradução em noção dogmática do princípio político-filosófico da "nulla poena sine culpa", também conquista do liberalismo (9).

Nesta linha de raciocínio, o conceito de culpabilidade

parte destes ideais liberais e porta na concepção normativa, que recebeu seus significativos contornos após o final da 2ª Grande Guerra, por motivo de sensíveis subjetivações então exigidas ao Direito Penal o que certamente implicou novas dificuldades ao trabalho dogmático.

Mas notou Spencer - 1957 -, evolucionista que não desconsiderou a metafísica, que o progresso investe em todos os aspectos da realidade quer se trate do desenvolvimento da Terra, da literatura ou da ciência, e sempre, no fundo, representa uma evolução que vai do simples ao complexo, através de diferenciações sucessivas (10). A culpabilidade é um "conceito que faz parte dos instrumentos mais complexos e obscuros do sistema penal" (11). Complexidade extrema, sem dúvida, o conceito observa quando o juízo de culpa deve verificar o grau de exigibilidade de uma conduta proibida ter sido conforme o direito. Esta complexidade deve significar, como visto, um motivo para o progresso e não um obstáculo, enfrentadas suas aporias.

§29. O Psicologismo

Além de ser expressão do liberalismo, a concepção psicológica da culpabilidade recebeu influência das correntes mecanicistas das ciências da natureza dos fins do século XIX. Segundo o conceito mecanicista, o comportamento humano que modifica o mundo exterior é resultante de um liame psicológico entre o autor e o ato praticado. Representa a vertente do Positivismo Científico, que pretendeu dar uma imagem formal ao comportamento humano, excluindo da dogmática jurídica valorações fi-

losóficas ou sociológicas. Foi uma exigência metodológica - fruto do materialismo - voltada a melhor abordagem dos fenômenos físicos. O método científico, alicerçado na observação dos fatos, submetendo hipóteses explicativas aos testes dos mesmos fatos, cria nova mentalidade científica, derrubando, definitivamente, a concepção medieval caracterizada pelo idealismo e pela religião. A filosofia positivista desenvolvida por Comte, Spencer e Quételet, como ensina Hans Achenbach, foi introduzida na ciência penalística pelo discípulo de Ihering, Adolf Merkel, que considerou tarefa específica de uma verdadeira ciência, na tentativa de ultrapassar o até então tradicional idealismo, o "informar-se sobre o mundo real e sobre as forças que nele agem, assim como sobre a conformidade às leis no ligamento de suas manifestações". Esta mentalidade naturalista foi a causa filosófica da "doutrina clássica do crime" formulada por Liszt, e que compreendeu a culpabilidade entre os elementos do crime (12).

Primeiro despontou o humanismo, apreendido pela Escola Clássica do Direito Penal, cuja tarefa foi derrubar as concepções medievais. Para os principais filósofos desta Escola, o pressuposto metafísico da autonomia da vontade era suficiente para fundamentar a liberdade. O crime é entendido como "ente jurídico", segundo doutrina de Carrara, e o "princípio da imputação", agregado e o absoluto livre-arbítrio, era a base do conceito de crime e fins da pena (13).

Consumados os ideais da Revolução Francesa (1789), dando passo decisivo para a instauração de nova ordem jurídico-penal, a compreensão da conduta do homem pressupunha raciocínio mais

lógico. A teoria psicológica da culpabilidade foi uma das consequências.

Atenta Santamaria que a visão naturalista da ação dos clássicos sofre um abalo dogmático com a chegada das exigências positivistas e de garantia. A ação foi isolada como força causal, considerada ato somente físico, objetivo da vontade humana. Por conseguinte, a culpabilidade, também dentro da mentalidade positivista do liberalismo, adquire seus primeiros contornos dogmáticos na forma de um nexó psicológico entre o autor e seu ato (14).

Em seguida, a filosofia da Escola Positiva e o racionalismo que a caracterizou vem reforçar a teoria psicológica, enfatizando a presença dos fatores físicos, antropológicos e sociais à análise do nexó psicológico respeitante ao conceito (15).

O conceito de culpabilidade psicológica apareceu portanto, na dogmática penal, devido a uma exigência cultural, derivada da ideologia política de seu tempo: "o liberalismo, em que a punição do réu era concebida só por uma determinada relação subjetiva entre o sujeito e o seu ato" (16).

Neste momento histórico-dogmático, a noção de delito compreendia duas partes fundamentais: uma externa (o ato em si, mecânico, puro de valorações subjetivas), e a interna (a relação psíquica, nas espécies de dolo e culpa em sentido estrito). O postulado é a causalidade. A culpabilidade é o elemento psicológico, "constatado" no agente a partir de sua ação. "Como elemento psicológico do crime, é um dado de facto, é um 'quid' que

cai sob a alçada da experiência sensível e deve, por conseguinte, submeter-se às exigências de uma técnica naturalista de pensamento" (17). As duas únicas relações psicológicas são o dolo (vontade do resultado ilícito) e a culpa (fundada na só previsibilidade do evento).

Concomitantemente é apresentada a noção de tipo penal por Beling, que por fim impõe ao Direito Penal a função de definir objetivamente quais condutas são proibidas. A teoria do tipo foi um complemento, uma radical evolução do princípio da reserva legal. Aponta Welzel que "para acentuar a independência do tipo frente a antijuridicidade e a culpabilidade, Beling dizia que o tipo não contém 'nenhum juízo valorativo' e está livre de todo elemento subjetivo-anímico" (18). Esta criação de tipo penal e culpabilidade psicológica é a repercussão no campo penal daquilo que Maria Helena Diniz chamou de "fenômeno da positividade do direito" de um modo "legalista", ou seja, a canalização das projeções jurídicas para o endereço político exigiu, "de um lado, a centralização organizada da legislação, de outro, o aparecimento de uma série de conceitos dogmáticos elaborados pela ciência jurídica" (19).

Se por um lado, com esta construção, a dogmática penal conseguiu de imediato atender ao novo reclamo ideológico oferecido pelo liberalismo, em termos científicos merecia críticas. Logo a seguir ficou claro o erro de se compreender o dolo - elemento psicológico, intenção voltada ao evento lesivo - e a culpa consciente ou inconsciente - fruto de raciocínio normativo,

estranha à vontade do evento - em igual conceito, com bases exclusivamente psicológicas (20). A culpabilidade nestes moldes estava pressupondo juízos diversos e incompatíveis para um mesmo conceito: um juízo no âmbito da psicologia e outro de natureza ético-jurídica. Isto foi reputado produto de um equívoco dogmático.

Por outro lado, a teoria psicológica não deve ser contestada pelo fato de haver concebido a culpabilidade com um "fundamento naturalista". Como ainda notou Soler, esta expressão tem pouco sentido (21). Mesmo a concepção normativa que a sucedeu, em quaisquer de seus momentos, é evidente, deve compreender um juízo que não menospreze os elementos psicológicos. O equívoco psicológico reside na maneira como são valoradas as situações - até mesmo desconsideradas - e as atitudes internas e reais do sujeito. O ponto débil do psicologismo foi considerar a realidade psicológica razão suficiente para o juízo de culpa. Ademais, existiu outro problema que não foi resolvido. A teoria psicológica foi imposição dogmática de um liberalismo pretensioso de um direito penal que garantisse a punição somente fundada na culpa. Mas sua dogmática, em que pese tenha ao menos aparentemente conseguido este fator "garantidístico", não acrescentou elementos para que o juízo de culpa imprimisse a mais justa sanção. A falta de critérios para punição mais adequada à culpabilidade foi o alto preço decorrente da preocupação exclusiva de consolidar um direito penal fundado na culpa como queria também o positivismo naturalista. Com o psicologismo, a determinação do grau de culpa foi prejudicado.

Com isto, sintetiza Padovani (22), a doutrina psicológica mostrou-se incapaz de dar resposta a duas precisas exigências: a primeira, de cunho mais dogmático, está ligada à necessidade de elaborar um conceito unitário de culpabilidade; a segunda, é inerente à graduabilidade do conceito unitário, segundo um critério de valor, que foi seriamente prejudicado com o afastamento de noções filosóficas ou sociológicas para o juízo de culpa.

A concepção normativa constitui tipicamente a resposta a estas exigências.

Também deve ser ponderado que esta noção psicológica de culpabilidade não foi absolutamente a primeira visão a respeito do dolo, a espécie fundamental desta culpabilidade. Lembra Francisco de Assis Toledo que entre os romanos e doutores do direito canônico do medievo já existia uma construção de dolo mais rica, o "dolus malus", constituído de elemento anímico-intencional, uma valoração como algo mau, perverso. "Era, pois, um dolo valorativo, normativo, adjetivado de 'mau'" (23). Por tal razão, muitos autores vêem a teoria psicológica não como a primeira teoria sobre a culpabilidade e muito menos como representante de uma fase progressista da ciência penal, mas sim como retrocesso, "se comparada com a noção de culpabilidade desenvolvida pela teologia moral dos últimos escolásticos" (24).

Mas isto não deve ser rigorosamente assim entendido. Houve progresso se considerado o momento político que conduziu o nascimento da teoria psicológica, forçando a dogmática a cons-

truir um conceito de culpabilidade com postura mais técnica, objetiva. Evidente que mesmo em sua época não eram desconhecidos os nuances do "dolus malus". Todavia, ele pareceu inconveniente ao momento histórico. Foi necessária a teoria psicológica e as dificuldades dogmáticas que ela proporcionou para que a ciência penal retomasse certas noções da teologia moral dos escolásticos e definitivamente conformasse as mesmas com critérios de cientificidade, o que até então nunca havia sido feito. O conceito de culpabilidade não deve ser confundido com uma doutrina a seu respeito.

§3º. O Normativismo

Com a teoria psicológica iniciou-se a evolução da dogmática penal quanto ao conceito de culpabilidade. Logo no final do Século XIX, as pedras deste caminho modificaram-se por razões diametralmente opostas. Os problemas enfrentados pelo psicologismo e que antecederam os primeiros escritos sobre o normativismo apenas anunciavam que o epicentro do problema penal da culpabilidade deixava de ser a consolidação de um direito penal de culpa, praticamente conseguida com o psicologismo. O novo problema agora é o juízo de culpabilidade com eminência, a busca de um método que não deve mais se satisfazer somente com a consciência e vontade de quem praticou o ilícito.

A culpabilidade normativa também é psicológica, mas elege novos campos de visão e, ao mesmo tempo em que corrige os equívocos científicos do psicologismo, consigna o que deve ser o juízo de culpa. Este não pode consistir "na só exigência de

referências psíquicas adequadas com respeito a fatos do mundo exterior, mas sim que estes só são uma base sobre a qual é necessário agregar um elemento valorativo de procedência normativa, elemento do qual deriva o conhecimento não já do fato, mas sim de sua 'criminalidade'" (25).

Considerado isto, um importante aspecto deve ser salientado, significando um necessário parêntese a esta prefacial abordagem histórico-cultural do conceito de culpabilidade. Como já aludido, não convém identificar o conceito dogmático de culpabilidade com sua doutrina (26). Neste instante do contexto, porém, esta deve ser insinuada. Houve dificuldade. A variedade de textos e os problemas que, em vista da relatividade dos assuntos pertinentes à doutrina da culpa estão presentes, fazem com que aqueles que desejam se dedicar ao seu estudo histórico, academicamente, inclinem-se somente a empreender um trabalho de resumo. Aos autores da História, aos doutrinadores, é esperado o cuidado de narrar com detalhes os assuntos. Aos que chegam depois, com espírito analítico, cabe o esforço de expô-los em forma sintética. O autor de uma história deve aprofundar e analisar tudo, mas aquele que disserta sobre a história deve, ao contrário, condensar a narrativa e evitar particularidades para a exposição dos fatos.

A história da idéia de culpabilidade, anterior ao psicologismo, é bem mais complexa, possui raízes mais difíceis de serem concatenadas à exposição. Não é este objetivo primo.

Conquanto, deve ser dito, rapidamente voltado à doutrina da culpabilidade, que o sentimento da "não exigibilidade de

conduta diversa", essência daquilo que após o psicologismo consistiu no conceito de culpabilidade normativa, teve presença impossível de ser negada, em momentos históricos anteriores à teoria psicológica. Principalmente a obra de Scarano retrata este argumento (27).

Lembra este autor que a principal figura da Escola Clássica, Carrara, mesmo durante o domínio da teoria psicológica, já atentava sobre a improcedência de seu método, ressaltando os momentos normativos. A culpabilidade não estaria na cabeça do agente, e sim na da sociedade, expressada no ordenamento jurídico. Valendo-se do "princípio da imputação", apregoou Carrara que o juízo de culpabilidade é o resultado de três distintos juízos: o de imputação física do ato ("tu fizeste"); o de imputação moral ("tu fizeste voluntariamente"); e o de imputação legal ("tu fizeste contra a lei"). O senso de normatividade está presente quando Carrara acrescenta que a "culpabilidade não se exaure na relação psicológica entre agente e ação, mas implica ao lado do momento psicológico também um momento normativo" (28).

A preocupação de Carrara é compreensível. Sua mentalidade jusnaturalista e de admitir a responsabilidade do homem moralmente livre, impedia que reconhecesse a culpa com base em uma relação só psico-física; a causa, além de dever ser moral (voluntária) deve ser ainda reprovável, aferida, em última análise, com base em uma "lei superior". Esta a razão, por exemplo, pela qual um crime de falso testemunho em favor de um parente não deveria, segundo Carrara, ser punido, embora os requisitos do estado de necessidade ou outra excludente da ilicitude não fossem

cabíveis ao caso. Atentava Carrara ser imprescindível um juízo de censurabilidade. "O juízo de culpabilidade" portanto, mesmo pressupondo-o, não se identifica com o juízo de anti-sociabilidade operado pela norma, mas se substancia em um "juízo de censura". Carrara procurou expor os limites de juízos futuramente identificados como o de antijuridicidade e o de culpabilidade: "Tratam-se de dois juízos nitidamente distintos, que operam sobre dois planos diversos da realidade"(29).

Também, segundo alusão de Luiz Alberto Machado, ainda no Século XIX, na Alemanha, Dolmann, concluindo Berner (1898), considerou "que o estado de necessidade se fundamenta sobre um direito de necessidade ou constitui na simples causa de inculpabilidade, isto é, excluindo, 'ultima ratio', a censurabilidade pessoal do agente"(30). Principalmente a Jurisprudência alemã manifestou a necessidade da dogmática apreender este sentimento. Assim, em 23 de maio de 1897, o Tribunal Alemão - Reichsgericht - havia recepcionado a doutrina da "inexigibilidade" como fundamento de exculpação em causa não prevista pela lei. Tratou-se do célebre caso do cocheiro que em obediência a seu patrão, lhe preparou um cavalo sabidamente indócil, resultando um acidente então previsível.

Scarano escreve porém, que mesmo na Itália, Filangieri e Carmignani, também da Escola Clássica, já haviam observado que "quem age em circunstâncias excepcionais não pode ser declarado culpado"(31). A Corte de Cassação de Turim, em 1881 e logo após a de Roma, antes da clássica decisão do tribunal alemão, reconheceram a "não exigibilidade" em um caso de "falso teste-

munho", considerando inocente quem depõe falsamente se for para seu próprio benefício, porque de igual maneira estaria legalmente amparado quem depõe em favor de um parente próximo.

Outrossim, sob império do Código Zanardelli, a Corte de Apelação de Palermo, em 1906, decidiu não ser humanamente exigível que um filho denuncie o crime praticado por seu genitor, mesmo na ausência de disposição legal isentando de pena (32).

Mesmo Scarano, afirmou que a doutrina da não exigibilidade representa historicamente a reação da ciência defronte à disposição do Código Penal Alemão em torno ao estado de necessidade, julgada "muito estreita para uma matéria assim tão vasta" (33). A disposição legal aludida foi o parágrafo 54 do CP Alemão de 1871, visto como incapaz de abraçar todas as verdadeiras hipóteses de estados de necessidade, o que obrigou a jurisprudência a compreender "situações extras", através de operação hermenêutica analógica fulcrada no mesmo princípio fundamentador do estado de necessidade: a não exigibilidade de conduta diversa (34). Na versão de Baratta, esta conduta da Jurisprudência Alemã significou "um fenômeno muito comum na vida do direito, ou seja, a consolidação jurisprudencial de um princípio na formação do qual confluíram a pressão da consciência social e a elaboração doutrinária" (35).

Existiriam também outras situações, como a exemplar hipótese da "omissão de socorro", quando o agente não exerce um socorro porque não desejava expor-se a um dano ou perigo de dano para tentar salvar outrem. Era uma situação em que o parágrafo 54, que previa o estado de necessidade com seus requisitos de atualidade e inevitabilidade, apresentava-se imprestável pa-

ra a não punibilidade. A Jurisprudência Alemã, para suprir esta dificuldade, valeu-se de um princípio geral já recebido pela consciência jurídica.

Estas lembranças de Scarano a respeito de uma mentalidade que existia entre os clássicos antes e durante o período de prestígio dogmático da teoria psicológica, servem para comprovar que o sentimento de "inexigibilidade", com certo rigor, sempre esteve presente na doutrina penal. Assiste razão a Achenbach quando afirma que a teoria psicológica, em termos doutrinários, não foi o pensamento dominante durante o Século XIX, "era simplesmente a concepção sustentada pela Escola Naturalista, com Von Liszt na cabeça, do novo conceito sistemático de culpabilidade" (36).

O sentimento da "inexigibilidade", é bem verdade, foi a razão intelectual orientadora de todas as construções dogmáticas a respeito do estado de necessidade ou da legítima defesa. Sem maiores receios, Fontán Balestra afirma que "a não exigibilidade de outra conduta é, no fundo, a essência de todas as causas de justificação" (37).

A não exigibilidade representou um pensamento sustentado já pelos Clássicos, presente portanto em uma doutrina da culpabilidade que remonta até a Aristóteles, mas a formulação dogmática da teoria psicológica, e os reclamos filosófico-políticos que esta teoria visou atender, impediram seu reconhecimento sistemático. Em termos doutrinários, a "não exigibilidade" não pode ser entendida como uma conquista da ciência moderna (38), ou pós-psicologismo.

Uma vez percebida a necessidade incontornável do abandono do psicologismo, são retomadas, agora com precisa seriedade científica, as idéias sobre a "inexigibilidade de conduta diversa" já incipientes.

Foi assim que em 1927, com a influência do normativismo, já tratado, inclusive, por teorias dogmáticas, o Superior Tribunal Alemão, ao defrontar-se com casos de estados de necessidade que não se enquadravam na moldura dogmática oriunda do parágrafo 54 do Código Penal, apoiou-se na teoria denominada "balanceamento de bens" e consagrou um estado de necessidade supra-legal. O primeiro dos casos foi um aborto praticado por médico com o fim de salvar a gestante, por sua vez acometida de graves problemas mentais. O parágrafo 54 do Código Penal Alemão somente autorizava a exclusão da ilicitude em relação a quem age para salvar bem jurídico próprio ou de parente. Face a esta "lacuna", portanto, reconheceu-se o estado de necessidade supra-legal, cujo fundamento era a "inexigibilidade de conduta diversa" e a falta de "antijuridicidade material", conceito este que também fora desenvolvido pela doutrina do início do Século XX, com raízes históricas coincidentes com as da culpabilidade normativa, vale dizer, em essência a crise derivada da insuficiência em muitos setores do Positivismo Jurídico (39).

À ausência de normas principalmente a respeito de todos os estados de necessidade, como uma das causas da teoria normativa, somou a urgência de um conceito unitário de culpabilidade. Envolvendo estas duas circunstâncias científico-dogmáticas, ou-

tra, de cunho científico-sociológica, estava também presente: "o movimento do direito livre preparava ao 'Estado de Direito' burguês os meios técnicos mais delicados para superar a fratura sempre mais grave entre o ordenamento abstrato e a realidade social" (40).

Ensina Norberto Bobbio que em tempos modernos a auto-suficiência de um ordenamento jurídico positivo - "completezza" - foi considerada um dogma, consequência da estatualística do direito, ou seja, "da concepção que faz da produção jurídica um monopólio do Estado" (41).

O dogma desta auto-suficiência do ordenamento jurídico foi necessário com o advento do liberalismo francês para a manutenção do monopólio normativo estatal. Assim, as grandes codificações da França de 1804 e da Alemanha de 1900 apoiaram-se num "fetichismo da lei": "o código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e de que não se pode afastar" (42). A orientação advinha da Escola da Exegese, que não existia somente na França, mas também na Itália e na Alemanha, enfim, sempre seguindo as principais codificações européias.

A admiração incondicionada pelo aparente perfeccionismo sistêmico das codificações, segundo Bobbio, foi criticada com notoriedade pela primeira vez em 1925 pelo Alemão Eugen Ehrlich através do livro "A lógica dos juristas". Ehrlich quis primeiramente contestar a submissão do jurista ao monopólio estatualístico do direito e criador do dogma de que todo ordenamento jurídico é completo. Representou uma das principais expressões

da chamada "Escola do Direito Livre", movimento cultural de reação às diretrizes da Escola da Exegese (43).

Quais foram os motivos desta revolta? Bobbio narra serem três os principais: primeiro o envelhecimento natural daquelas codificações européias que surgiram logo após a Revolução Francesa; segundo, a rápida transformação das relações sociais resultantes da Revolução Industrial, na segunda metade do Século XIX. Antes da Revolução Industrial, as legislações haviam observado uma sociedade preponderantemente agrícola. Com a industrialização surgiram relações antes desconsideradas e exigentes de normação. Em terceiro lugar, é de se destacar o surgimento do particular desenvolvimento no Século XIX da filosofia social e das ciências sociais, críticas à intransigência da filosofia hegeliana. É o materialismo que se impõe, como por exemplo o marxismo e, no campo penal, o positivismo sociológico de Enrico Ferri.

A Sociologia é uma ciência que nasceu face às bruscas transformações sociais do Século XIX, sem dúvida comandadas pela Revolução Industrial. Esta Revolução surtiu uma gama de problemas sociais que reclamaram alterações nos mais importantes campos científicos. A partir da Sociologia aparece também a Sociologia Jurídica com o mesmo Ehrlich principalmente. Procurou-se demonstrar que o direito é um fenômeno social e que portanto o dogma do ordenamento jurídico completo, auto-suficiente, é uma falsa idéia (44).

A superação do conceito psicológico, neste contexto, não foi consequência exclusiva da necessidade de criação de um conceito unitário de culpabilidade. O decisivo consistiu num pro-

cesso: a remediação da metodologia do positivismo. "A nova tese, sustentada pela filosofia neokantiana, da independência metodológica da jurisprudência qual ciência dos valores, em contraposição às ciências naturalísticas, devia portar em mudanças também no âmbito dos conceitos sistemáticos" (45).

A corrente chamada de jurisprudência dos interesses contribuiu para esta separação metodológica. Foi eficaz principalmente para aquilo que Bettiol chamou de "liberalismo esquerdista" que levou os estudiosos também da área penal a "desviar a sua atenção do conceito para a realidade, no sentido de um enquadramento da personalidade do réu e do crime, na moldura de todas as circunstâncias concretas em que ocorreu o facto delituoso" (46).

Houve neste período, consequência natural, uma revolução na hermenêutica jurídica, um questionamento da própria dogmática como tal. As primeiras escolas hermenêuticas que estabeleceram critérios dogmáticos de interpretação perdem terreno e credibilidade. Porém, não é correto afirmar, como adverte Bettiol, que o método de interpretação sublimado por ocasião da nova sociedade que se impôs pelo advento da Revolução Industrial - a metodologia da Jurisprudência dos Interesses - fosse extremamente radical, contra a necessidade dos conceitos. Não se estabeleceu um contraste entre uma concepção exclusivamente formal e outra substancial da dogmática jurídica. As diferenças foram de métodos de interpretação dos conceitos e normas, mas vistos estes como necessários. A Jurisprudência dos Interesses revelou que uma hermenêutica, para ser jurídica, deve ser empírica; deve observar a realidade social através das exi-

gências do direito. Parte do pressuposto de que o direito não é simples complexo de normas existentes no âmbito de uma comunidade, normas que o legislador define e em virtude de sua íntima expansão lógica são capazes de regular todos os conflitos que podem surgir das relações sociais. As normas, ao invés, são manifestações da vontade do legislador para dirimir conflitos de interesses, não revelando valores estanques. Entre os vários interesses em conflito o legislador escolhe o determinante ou causal, o verdadeiro fim da norma jurídica. O intérprete, ao aplicar a norma, não deve, portanto, realizar uma tarefa de mera subsunção, processo lógico, mas deve perquirir qual o interesse que o legislador pretendeu salvaguardar através da norma. O método próprio da Jurisprudência dos Interesses não consiste assim na liberdade irrestrita da escolha de um interesse e protegê-lo, o que possibilitaria ao intérprete na pesquisa do conteúdo da norma prescindir completamente de seu conteúdo ou vontade do legislador, operando uma proteção exclusivamente casuísta. Mas, no âmbito de seu método, deve o intérprete estar ligado aos juízos de valor expressos pela ordem jurídica, juízos que são oportunos para, inclusive, auxiliá-lo a resolver problemas de lacunas, de existência inevitável, sem a necessidade de recorrer a critérios gerais de ordem sistemática.

Crítica que Bettiol ainda desenvolveu foi no sentido de que é indispensável a determinação de um critério à disposição do intérprete para a aferição de qual interesse é o predominante quando presenciar um conflito. Este critério parece não

ter sido ocupação dos seguidores da Jurisprudência dos Interesses (47). Outrossim, com relação ao direito penal, não seria possível o integral acolhimento do método proposto, porque o sustentáculo das normas penais não respeita exatamente um "conflito de interesses".

Estas foram as situações "doutrinárias" que motivaram a dogmática a assumir nova posição perante o elemento "culpabilidade".

Assim, com a teoria normativa, o conceito dogmático de culpabilidade passa a consistir numa valoração sobre elementos psicológicos e referidos a fatos do mundo exterior. Esta dialeticidade que o interior do conceito revela foi iniciativa real do Alemão Reinhard Frank, através da monografia "Über den Aufbau des Schuldbegriffs", publicada pela Universidade de Giessen em 1907.

Frank expôs que a culpabilidade está presente quando o sujeito age de modo contrário ao exigido pelo ordenamento jurídico. Introduziu no conceito um elemento normativo: a responsabilidade do ato praticado. Resolvia-se, ainda, o problema da unidade do conceito. O dolo e a culpa em sentido estrito deixavam de ser espécies da culpabilidade para serem seus elementos, objetos da valoração sobre os quais incidia o juízo. A culpabilidade passa a ser o próprio juízo de culpa, pois este "cria" a culpabilidade, não a reconhece, na precisa acepção etimológica desta palavra. Como afirmou Mezger, "só mediante um juízo valorativo de quem julga, a realidade de fato psicológica se ele-

va ao conceito de culpabilidade" (48).

Na primeira construção de Frank, os objetivos do juízo de culpabilidade são de um lado a posição do sujeito segundo as circunstâncias influentes em seu comportamento - "circunstâncias concomitantes" - e de outro a norma. Através desta construção seria viável a graduação da culpa. Frank havia percebido que, para um fato cometido com o mesmo comportamento psicológico, a pena pode ser diversa, desde que consideradas as circunstâncias concomitantes ao seu ato, algo que está fora do dolo, mas participativo de sua formação. Haverá culpa desde que reprovada a formação da vontade que culminou na ação ilícita.

A culpabilidade é "reprovabilidade" e seus elementos a imputabilidade (elemento existencial de normalidade psíquica), o dolo e a culpa em sentido estrito, elementos psicológico e normativo respectivamente, e a normalidade das circunstâncias em que o sujeito age (elemento também existencial).

A "normalidade das circunstâncias" é o elemento maleável que possibilita tanto excluir a culpa como dimensioná-la. Circunstâncias "anormais" segundo Frank, que impedissem o agente de atuar conforme o direito, inviabilizariam a punição à semelhança do que acontecia em estados de necessidade.

Não muito tempo depois, em 1911, Frank não exatamente reviu sua teoria, mas acentuou seu aspecto central. As "circunstâncias concomitantes", como dado objetivo estranho ao agente, não foram pacificamente aceitas como elemento de um conceito normativo. Para contornar a situação, Frank considerou de modo expresso a influência destas circunstâncias sobre a motivação do agente, substituindo, em suma, a "normalidade das circunstâncias"

pela "normal motivação". A formação da vontade ganha relevância pela primeira vez.

Toda a formulação dogmática proposta por Frank expressou um conceito de culpabilidade comumente denominado de psicológico-normativo. Com efeito, embora tenha iniciado os estudos sobre o elemento "reprovabilidade" dentro do conceito de culpabilidade, tratou-se de uma reprovabilidade com estreita dose de "constatação" de circunstâncias psicológicas. Frank deixou muito transparente a idéia de que sua "reprovabilidade" diz respeito à vontade ilícita que o agente deveria não ter, quando assim era "possível". Achenbach fez algumas críticas interessantes ao próprio mérito do conceito inaugurado por Frank, considerando-o excelente para definir a culpabilidade, o "estado de culpabilidade" passível de um juízo de valor, mas isolado do desenvolvimento de argumentos seguros sobre o próprio juízo de valor: quais são os fundamentos que deva respeitar? "A normatividade de seu conceito de culpabilidade é limitada ao aspecto terminológico" (49). Frank não dedicou tanta atenção ao objeto do juízo de culpabilidade, tão somente fundou um novo conceito, composto de elementos do mesmo grau. Para Achenbach, na criação de um conceito e não na fundação de uma doutrina normativa, reside o mérito de Frank (50).

Goldschmidt, Freudenthal e Mezger, ao contrário, dedicaram-se ao juízo de culpabilidade normativo, procurando seu verdadeiro conteúdo. Entretanto, não foram convincentes com suas teorias. Tanto Goldschmidt, com sua "norma de direito-norma de

dever", como Freudenthal e a inexigibilidade orientada segundo um efetivo "poder de agir conforme o direito", também terminaram compreendendo a culpabilidade num plano preponderantemente psicológico.

Talvez Freudenthal tivesse sido quase convincente, ao considerar que a culpabilidade é constatada segundo um exame sobre o "poder do agente ter agido conforme o direito", inferido por um critério de exigibilidade da conduta ter-se adequado ao ordenamento. A fórmula por ele proposta foi a de dimensionar o grau de exigibilidade segundo a "possibilidade" do sujeito, possibilidade esta que coincide com sua capacidade psicológica de sentir a força vinculante do direito (51). E por isso foi uma teoria que deixou a desejar, pois permite, por outro lado, que mesmo quando as circunstâncias exteriores sejam motivo determinante apenas por efeito da fraca resistência que o agente estava em condições de lhes opor, não incide a punição por uma injustificada "falta de possibilidade de agir de outro modo". Com efeito, o grau de exigibilidade não deve estar exclusivamente ligado a "estados de poder", que na verdade nada mais são que situações psicológicas. Estas devem ser consideradas, mas não elevadas a principal critério. Freudenthal teria concluído corretamente somente quando sublinhou que a culpabilidade é configurada porque a norma, nas circunstâncias concretas, não exigia respeito ao seu preceito. O interesse, ou fins, do ordenamento estabelece o grau de exigibilidade. Pecou, contudo, quando revelou que este interesse do ordenamento focaliza acima de tudo situações de "poder agir" segundo seus ditames, recebendo orientação de estados psicológicos com proeminência.

Mezger, por sua vez, apresentou sensíveis sinais de mudança quando dedicou estudos ao juízo normativo de culpabilidade. Afirmou que a adequação individual de valorização da conduta garantida através de um juízo de "não exigibilidade", não tem por missão alterar valorações postas pela lei positiva, mas simplesmente complementá-las, concretizar estas valorizações (52). Em suma, um juízo de "não exigibilidade" seria um princípio genérico que possibilita a adaptação individual da lei ao caso concreto, sem caracterizar, por isso, uma renúncia à natureza positiva do direito, mas simples expressão de uma necessidade lógica. Algum tempo depois, Mezger foi mais receoso em considerar a "não exigibilidade" causa da esculpação genérica e supralegal (53). Contudo, aperfeiçoou estudos sobre o juízo de "não exigibilidade", apresentando uma teoria onde a culpa pela condução da vida é o centro da questão.

Maior razão assiste, entretanto, à Padovani. Segundo o jurista italiano, Frank, em certo momento, após superar críticas à sua teoria, volta a considerar elemento do conceito de culpabilidade a "normal motivação", mas segundo a existencialidade do agente, sua "posição no mundo circundante". "Começa-se assim a perceber a evolução da "normal motivação", de dado psíquico a objeto de uma avaliação normativa desvinculada de uma relação psíquico 'real' do agente, ou puramente sintomática de tal relação" (54).

Um critério de "não exigibilidade de conduta diversa" passará a adquirir significativos contornos como escusante extralegal, no sentido de um "não poder agir" de natureza moral e

não psíquica. Assim, Frank até pode ter contribuído para o reinício da doutrina da "inexigibilidade", e significado uma das primeiras vozes do existencialismo jurídico-penal.

A teoria normativa que tomou corpo após Frank caracterizou-se, dogmaticamente, pela renúncia em construir um conceito de gênero, entendendo a culpabilidade "não mais como a abstração dos elementos comuns no dolo e na culpa, mas como um conceito normativo unitário, distinto e não reduzível a alguns de seus componentes materiais" (55).

À parte as opulências que a teoria normativa trouxe à dogmática, intenção é ressaltar que a partir dela, com a iniciativa de Frank, o direito penal "ciência" começa a dar atenção a certos postulados de justiça que sempre estiveram latentes. No primeiro decênio do Século XX, surgem movimentos que após a 2ª Grande Guerra implicariam marcante eticização do direito penal.

A concepção normativa com Frank, e após com as colaborações de Goldschmidt e Freudenthal, recriou a idéia de que toda circunstância, ou mesmo fim, é importante para a determinação e graduação da culpa penal. Seu maior mérito foi responder à exigência de "personalização" da pena, característica da evolução do direito penal da atualidade.

§4º. A Subjetivação do Direito Penal

A construção clássica do conceito de crime como ação típica, antijurídica e culpável segundo o modelo causal de Liszt e

Beling, conceito estruturado sistematicamente através do conceito de "bem jurídico", entendido como interesses sociais juridicamente protegidos, foi dominante até o advento dos movimentos intelectuais que forçaram a dogmática a elaborar o conceito normativo de culpabilidade.

Como visto, este conceito normativo possibilitava um juízo de culpabilidade que melhor compreendesse a culpa penal, requisito de medidas punitivas. A revolução operada sobre o conceito de culpabilidade foi movida pelos fracassos dogmáticos e filosóficos das teorias sustentadoras do positivismo, objeto de tantos ataques pelos pregoeiros da Escola do Direito Livre, principalmente. O pensamento científico, bem ou mal, jamais pôde deixar de lado estudos que visassem o próprio conhecimento humano. Esta diretiva estava cada vez mais acentuada.

Com a teoria normativa, a análise da culpa penal exigia atitude intelectual própria de ciência jurídica; um conhecimento teórico que, além da simples percepção das prescrições legais, requer investigação do homem como ser social, ou ainda, um conhecimento do próprio direito como fato social. Como sintetizou Mezger: "o sentido próprio da concepção 'normativa' é o de que essa teoria faz depender a culpa jurídico-penal da desvalorização da atividade espiritual do autor a respeito do ato na sua totalidade e não de quaisquer relações psicológicas entre o autor e sua ação" (56).

Operou-se a natural transposição de uma "jurisprudência dos conceitos" para uma "jurisprudência dos valores". E exata-

mente com isto, colocou-se em discussão a pureza sistemática da doutrina clássica do crime (57).

Fenômeno interessante deste processo foi o início de uma tendência à subjetivação do direito penal, vale dizer, o centro de gravidade da razão de interferência do direito punitivo aos poucos deixava para trás o "desvalor do evento" e voltava-se ao "desvalor da ação". A ofensa objetiva aos bens jurídicos começa a adquirir, em âmbito teórico, função somente secundária e limitativa, pois seriam os comportamentos lesivos a bens protegidos juridicamente que o direito penal visaria em primeiro lugar (58).

Surge uma nova concepção de crime, reflexo de uma eticização do direito penal, e que encontrou, logo após a 1ª Grande Guerra, uma propícia atmosfera cultural na Alemanha.

Destaque e consagração desta tendência foi o aparecimento da Teoria Finalista da Ação, sistematizada por Hans Welzel da Universidade de Göttingen. Influenciou seus estudos o pensamento filosófico do momento, que discutia a essência da atividade humana: o querer e o conhecer. Consistia num transcendentalismo originário em Kant ou talvez Nicolai Hartmann, mas, como o próprio Welzel fez questão de admitir, foi o filósofo Richard Höningwald através da obra "Fundamentos da psicologia do pensamento", sua verdadeira fonte de inspiração.

A doutrina de Welzel implicou verdadeira revolução na dogmática penal (59). Suas conclusões, de alcance também filosófico, no sentido de que traçaram uma sistemática abordagem da existencialidade humana, visaram desestruturar o conceito de

crime até então sustentado pelo sistema Liszt-Beling, o sistema causal. Welzel criou novo sistema, retirando o dolo do conceito de culpabilidade - que passou a ser dolo natural - qualificando a ação com sua inquestionável intencionalidade. O finalismo do comportamento humano é inerente à sua ontologia: "a ação humana é o exercício de atividade final. A ação é, portanto, um acontecer 'final' e não somente 'causal'. A 'finalidade', no caráter final da ação, se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta. A vontade final, como fator que configura 'objetivamente' o acontecer real, pertence, por isso, à ação" (60).

Ao realçar o momento da finalidade do conceito de ação Welzel acrescenta elementos subjetivos ao ilícito e, evidente, o comportamento humano passa a ser o supremo interesse do direito penal.

Enfatizou Welzel que a defesa dos bens jurídicos é finalidade "puramente negativo-preventiva, de polícia, enquanto que a tarefa central do direito penal é de natureza positiva, ético-social (...) educa o juízo ético-social dos cidadãos e reforça neles um durável comportamento de fidelidade à lei. Nesta função ético-social está a tarefa mais importante do direito penal" (61). Sem deixar de reconhecer que em grande parte dos tipos penais é considerada a lesão a um bem jurídico, Welzel apontou exceções fundamentais onde é um especial comportamento o relevante à ilicitude: é o comportamento socialmente imoral, a conduta em si, a vetada pelo ordenamento, e não o resultado de lesão ao bem jurídico que se pretende proteger (62).

Assim, a origem do conceito pessoal de ilícito está nas formulações dogmáticas e filosóficas de Welzel. Na ação é possível a identificação de aspectos subjetivos da pessoa, suas intenções. A ação deve vir considerada em primeira linha pelo ângulo visual do individual, das intenções do sujeito agente. Conseqüência disto foi a oposição do pensamento do bem jurídico, então ligado ao "dogma causal" da ação.

Através desta constatação, começa a adquirir relevância na jurisprudência alemã a conduta humana como um todo, compreendendo inclusive o que mais tarde se chamou "gesinunng" ou comportamento interior.

Deve ficar esclarecido que mesmo esta proposição do finalismo - de que é o desvalor da ação que constitui o centro do ilícito - não pretende excluir completamente a importância do desvalor do resultado, insito na violação de um bem jurídico. Não deve ainda, haver espúria infiltração de idéias a respeito de "comportamentos interiores", "características da personalidade", enfim, de elementos caracterológicos no âmbito do juízo de ilicitude (63). Estes elementos somente devem ser respeitantes ao juízo de culpabilidade. O juízo de valor sobre comportamentos individuais do sujeito, na procura de suas características e comparação aos ditames do ordenamento, concorre para a culpabilidade e não para o ilícito, vale dizer, o finalismo esteve longe de defender uma tipologia de autores. Welzel não quis estabelecer critérios para a constituição material do ilícito. Para esta tarefa prevalecem valores sobre o bem jurídico (64).

O finalismo tão-somente constatou certa realidade que a dogmática não deveria menosprezar: a conduta humana é final, impondo-se, já na investigação do caráter da ilicitude de um ato, apreciação dos fins propostos pelo autor. Conseqüência disto, é a presença do dolo no tipo, pois dolo e finalidade têm a mesma identidade: exercer a conduta prevista pelo tipo penal. O estudo dos motivos da conduta e o que revela a escolha dos mesmos pertence ao juízo de culpabilidade.

A teoria finalista da ação foi na verdade a primeira iniciativa dogmática séria pós-guerra a abraçar as novas filosofias que surgiram. Naquela época Welzel assistia na Alemanha ao renascimento, com nova roupagem, de antigas teses jusnaturalistas, de assuntos espirituais. Todas as suas posições dogmáticas - dolo natural, culpabilidade essencialmente normativa - somente tinham cabimento em nova ambiência filosófica-penal.

Para o juízo de culpabilidade normativo, a conduta humana definitivamente deveria ser o objeto principal, cuja complexidade até mesmo ilimitada não deveria ser olvidada pelo jurista. Foi assim que os autores do conceito "personalista de delito", comandados por Welzel, enriqueceram meios de valoração da conduta: o direito penal é valorador de condutas e toda sua interferência concreta pressupõe total conhecimento do comportamento humano. Os estudos nesta direção devem ser incansáveis, pois é o caminho para a consagração do espiritual, por conseguinte de moderna moral. Welzel influenciou o Direito Penal assim como Carl Jung, guardadas as devidas proporções, influenciou a Psicanálise.

Um outro enfoque ainda é necessário. Entende-se que o cenário autoritário do período das Guerras Mundiais, principalmente da 2ª Grande Guerra, não importou retrocesso cultural à dogmática e doutrinas penais, mas simplesmente abateu uma revolução de interesses ou derrocada de posições sobre ensinamentos que eram, após o nascimento do normativismo, considerados infalíveis para o progresso da ciência penal.

As limitações à liberdade e a insegurança jurídica, instrumentos de Escolas como a de Kiel, significaram um propósito e oportunista desvirtuamento de idéias. Os juristas dos regimes autoritários valeram-se habilmente de teorias penais que estavam em desenvolvimento, como a personalização do direito penal que se operava, sem que isto significasse que os teóricos penais, construtores dessas teorias, de forma unânime estivessem necessariamente de acordo.

Como a ciência penal alemã e italiana sempre foram as divulgadoras, e porque não dirigentes, da cultura penal ao resto do planeta, a história penal foi marcada pela mentalidade política dominante nestes países no período entre guerras. Se não foi exatamente mundial pelos seus agentes, a Grande Guerra foi universal pelos seus efeitos. Tudo o que foi escrito contra as tendências de subjetivação do Direito Penal, notadamente no tocante aos "tipos de autor", adveio de pessoas ainda sensibilizadas com a catástrofe social revelada pela guerra. Mas um radicalismo é prejudicial ao conhecimento.

Do mesmo modo - é um claro exemplo disto -, como procurou demonstrar Alessandro Baratta, os regimes autoritários nascentes na Alemanha após 1933 não devem ser entendidos como cau-

sa do positivismo jurídico que lhes antecedeu e que começou a ser enfraquecido pelas tendências do Direito Livre. Ao contrário, prevê o Autor, as mais importantes afirmações do positivismo jurídico - princípio da legalidade e a nítida distinção entre ciência e moral - não teriam certamente podido "impedir a violência de servir aos próprios fins do direito, mas teriam podido pelo menos colocar um dúplice limite a este processo de degeneração" (65). Mesmo não se considerando pessimista em relação ao ser humano, Baratta defendeu o positivismo jurídico, necessário à saúde social, haja vista os acontecimentos históricos como os regimes autoritários concomitantes às Grandes Guerras (66).

Em verdade, Baratta foi realmente pessimista em relação ao espírito humano. Como foi dito, os regimes autoritários do período entre guerras foram oportunistas e não conseqüências naturais de qualquer doutrina.

Tanto é verdade que, passadas as guerras, a doutrina e a dogmática penal retomaram o desenvolvimento de acordo com a propensão passada, até com maior força, devido à necessidade de julgar delitos cometidos ao tempo do totalitarismo, aperfeiçoando concepções sobre a culpabilidade, hoje inegavelmente normativa e em perfeita sintonia com o finalismo e critérios que visam acentuar a participação da ética no direito penal.

A culpabilidade normativa é assim um juízo de censura que deve ser complexo em relação à conduta humana, embora seu conceito dogmático o compreenda limitado e puro. A proposta é que este juízo, para melhor fazer uso do princípio fundamental da

"inexigibilidade de conduta diversa", procure captar e compreender a própria força interior impulsionadora de um proceder ilícito, a qualidade dos valores geradores da força vibrante e atuante do comportamento objeto de censura, enfim, procure entender, dentro das limitações hoje naturalmente impostas ao homem, também as causas da emanção espiritual prejudicial à sociedade. Por fim, a conveniência ou não de uma punição, também deve ser consideração do juízo de censura penal.

SEÇÃO II - A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

§1º. Considerações Sobre A Ilícitude

No campo da dogmática, a proposta de Frank foi a gênese da idéia de inexigibilidade de conduta diversa, embora ainda não devidamente liberta de certas premissas causalistas, pois a "inexigibilidade", mesmo nas versões de Goldschmidt e Freudhental, estava muito próxima da noção de "possibilidade de motivação normal da vontade do agente", ditada pela normalidade das circunstâncias envolventes do fato. Eles não conseguiram se desatrelar desta linha de raciocínio.

Somente com a decisão do Tribunal do Reich, em março de 1927, e o reconhecimento de uma causa extralegal de justificação, em atenção à incapacidade do parágrafo 54 do Código Penal Alemão, foi definitivamente aceito que a "inexigibilidade" era uma cláusula geral e que o legislador deveria atender as densas ocupações da doutrina.

A partir desta decisão iniciou-se uma tormentosa "caça à verdade científica". Como situar esta "cláusula geral" em parâmetros dogmáticos? É possível um meticoloso exame das principais

questões que engloba? Pode haver normação expressa a respeito?

O problema do estado de necessidade que o Tribunal Alemão julgou em 1927 - um aborto terapêutico - somente meio século após recebeu adequada expressão legal através da reforma da Parte Geral do Código Penal Alemão de 4 de julho de 1969 e que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1975. O Direito Penal Alemão, acolhendo a "teoria diferenciadora" do estado de necessidade, objeto de laboriosa discussão doutrinária, expôs que em determinadas circunstâncias, segundo a natureza dos bens postos em conflito, o "estado necessário" será motivo para a exclusão da ilicitude ou suficiente para a exclusão da culpabilidade. Enfim, criou-se um estado de necessidade justificante e um exculpante (67).

O mérito da "teoria diferenciadora" foi o reconhecimento de que o estado de necessidade tradicional, onde é justificada a lesão a bens jurídicos quando esta foi meio necessário para a salvação de outros bens jurídicos de maior interesse social, não satisfazia a todas as situações onde houvesse um conflito de bens e interesses. Assim, em hipóteses de salvamento de bens jurídicos de igual ou menor interesse social, também pode ser pertinente um estado de necessidade, analisado, entretanto, em campo da culpabilidade e segundo seu meritoso postulado da "inexigibilidade de conduta diversa", porque o direito penal não poderia permitir, a princípio, que alguém sacrificasse bem jurídico de maior relevância social a pretexto de salvar outro de menor relevância (68).

Porém, analisadas as circunstâncias de um salvamento com

esta magnitude, dever-se-ia isentar de punição o autor em homenagem à compreensão humana, à preponderância de certos motivos para a formação da vontade; em uma palavra, não se deveria punir porque inexigível conduta diversa.

Esta histórica manifestação da jurisprudência alemã foi o resultado de um efetivo e derradeiro desapontamento da ciência penal para com o positivismo jurídico. Recebeu, ademais, influência das concepções sobre a ilicitude material que, ao lado da teoria normativa da culpabilidade, surgiram no início do Século XX.

Quando a discussão volta-se a causas supralegais de exclusão do ilícito, protagonizam a cena as teorias respeitantes à ilicitude.

Miguel Reale Jr., em "Antijuridicidade concreta" (69), seguindo orientações principalmente de Ortega y Gasset e Recasens Siches ao reconhecer que os valores sociais podem possuir significado concreto e as normas que os visam proteger são formas que expressam o conteúdo histórico atualizável destes valores, disserta sobre as teorias que procuraram um fundamento jurídico para as causas de exclusão do ilícito segundo formulações do conceito de ilicitude.

Para a presente dissertação deve ser exposta uma conclusão sobre o assunto, sendo dispensável, tendo em vista seus fins, expor as teorias que envolveram a problemática da ilicitude como, aliás, já fez Reale Jr.

Neste sentido, a posição adotada é aquela de Reale Jr.,

para quem a ilicitude - por ele designada de antijuridicidade - nada mais é do que o reflexo de um determinado momento cultural, pois o "direito, os seus conceitos, os juristas, os destinatários do direito, inserem-se em uma situação cultural variável, segundo os fins últimos e os valores que o informam" (70). Sendo assim, o tipo penal compreende um juízo de valor, é a seleção das ilicitudes - por conseguinte valores sociais - que devem suportar maior punição.

Devido a motivações circunstanciais variadas, a tipicidade já revela a ilicitude, caráter próprio da ação concreta, e a tem como autêntico conteúdo. Diz Reale Jr.: "o tipo espelha o sentido da ação que o legislador considera negativo, ou seja, a posição valorativa que não pode animar a realização do comportamento objetivo descrito" (71).

As normas jurídico-penais positivam os valores fundamentais de dado momento e não perdem, por serem necessariamente objetivas, sua referibilidade histórica. Atuam em nossa vida de modo essencial. Como já foi aludido, a evolução das soluções penalísticas é sobretudo dirigida pelas visões do mundo, considerações do Estado, do homem, enfim, por valores éticos e políticos e que se modificam conforme as necessidades e o espírito de cada momento histórico. O tipo penal, também expressão dogmática, não pode deixar de ser entendido sem um conteúdo valorativo. "Desse modo, o que define o caráter antijurídico da ação é o sentido que a anima, a posição valorativa que a colora e que está abstratamente revelada no tipo" (72).

O ordenamento jurídico possui valores a serem protegidos.

Os comportamentos que agredem estes valores são considerados ilícitos e, conseqüentemente, os mais importantes são tipificados no sentido de serem devidamente precisados e criar autorizações para o Estado puni-los, resguardando-se a segurança jurídica, respeitando-se o princípio da tipicidade. Para melhor ainda assegurar a garantia de que certas condutas não desvaliosas - portanto penalmente lícitas - não sejam punidas, o legislador expressamente procura descrevê-las - legítima defesa, estado de necessidade, etc. A consciência jurídica que informa as normas que prevêm causas de exclusão do ilícito penal corresponde àquela que elegeu historicamente valores a serem protegidos pelo Direito.

O legislador fez questão de criar normas onde deve ser transparente a ausência de ilicitude. São normas que se referem a valores fundamentais, não facilmente condicionáveis, ou, pelo menos, a ordem jurídica não deseja que assim sejam. O estado de necessidade e sua excepcionalidade, a legítima defesa, revelam valores fundamentais, naturais do próprio homem. A conduta em legítima defesa não menospreza o valor que o direito quer tutelar: um bem que está sendo agredido de maneira reprovada pelo contexto cultural.

Diante dessa trajetória, há um critério doutrinário para a consagração do caráter supralegal das causas de exclusão da ilicitude, qual seja, a adequação da conduta aos valores que a ordem jurídica visa salvaguardar em um momento histórico. Quando a ação é simpática aos valores sociais, "inexiste, concreta-

mente, 'ictu oculi', o sentido negativo que o tipo revela como determinante do caráter antijurídico"(73). Tudo gira em função de valores que o ordenamento quer proteger. O conteúdo da ação não contrária ao ordenamento penal não é ilícito (74).

A ilicitude é sempre o próprio tipo, pois este permite ampla compreensão axiológica. As referências às causas de exclusão da ilicitude em verdade são causas de exclusão do tipo. Onde não há ilicitude não há tipicidade (75).

A problemática da ilicitude assenta-se, assim, pelo critério da adequação social. Se a ação concreta não é incompatível com às exigências sociais, aferidas dentro de um contexto cultural histórico, é impossível reputá-la típica, pois tipo é desvalor. Condutas não desvaliosas não podem ser típicas.

Ao lado deste entendimento da adequação social da conduta, acrescenta-se o do "balanceamento de bens", ambos suficientes para o reconhecimento de hipóteses onde não está presente o ilícito, independentemente de específica orientação através da lei, bem como para o esclarecimento teórico do conteúdo material do conceito de ilicitude penal.

Historicamente, foram idéias que, sob enfoque dogmático particular, no início do Século XX inspiraram o Tribunal Supremo da Alemanha a admitir uma causa supralegal de exclusão da ilicitude.

Inquestionável que o Tribunal Alemão, com a histórica de-

cisão de 1927, por outro lado reconheceu definitivamente a importância da "inexigibilidade de conduta diversa" que já pairava os ares da própria jurisprudência. Com efeito, não se pode esquecer o caso do "cavalo indócil que não obedece às rédeas" do final do Século XIX. Acima do critério de comparação dos bens em conflito para a caracterização do estado de necessidade exculpante, esteve a idéia, o "sentimento" da "inexigibilidade de conduta diversa".

Portanto, a solução que recebeu maior aceitação doutrinária para o problema do estado de necessidade, foi a do "balanceamento de bens e interesses", realidade que provocou primeiro a jurisprudência e, como atenção a antigos postulados doutrinários e desenvolvimentos da dogmática a partir de Frank, o próprio Direito Penal a estabelecer a respeito.

§2º. A "Inexigibilidade" Como Princípio de Direito Penal

Mas parece claro que as dificuldades ensejadas pelo tema da supralegalidade da "inexigibilidade de conduta diversa" não se limitam ao estado de necessidade ou às causas de exclusão do ilícito. Estas dificuldades representam somente uma face da problemática. A solução jurisprudencial do "balanceamento de bens e interesses" e que também de certa maneira valeu-se da doutrina da "inexigibilidade de conduta diversa", assumiu determinado caminho e através dele adquiriu desenvoltura. Por outro lado, existem outras situações, onde não há exatamente conflito de interesses ou "balanceamento de bens", situações mais ligadas às aporias inerentes à culpa penal e seu verdadeiro conteúdo ma-

terial e que também reivindicam dedicação da ciência penal.

É perfeitamente possível um estudo do alcance e conteúdo do postulado da "inexigibilidade de conduta diversa" sem a contemplação, absoluta pelo menos, das questões teóricas que participaram das discussões doutrinárias sobre os estados de necessidade (76). Ademais, o Direito Penal Brasileiro nem adota a teoria diferenciadora (77).

Resta enfrentar as objeções à supralegalidade da "inexigibilidade de conduta diversa" ou, se hoje não existem objeções unânimes a este respeito por parte da doutrina, pelo menos procurar expor, com a humildade devida, porque seu caráter supralegal jamais pode ser contestado na prática do direito. A verdade é que nem sempre os tribunais têm observado a doutrina. E assim ocorre porque as bases teóricas deste caráter supralegal talvez não estejam convincentemente clarificadas.

A "inexigibilidade de conduta diversa" é, no fundo, como já expressou Balestra, a "essência de todas as causas de justificação" (78) ou, segundo Scarano, a "inexigibilidade é a razão comum de todas as causas de exclusão da culpabilidade"(79), constatação apodídica. O Direito não pode exigir um comportamento contrário ao sentimento que lhe informou. Mas qual é este "sentimento"?

Quanto a ele, cada modelo (80) elaborado pela Ciência do Direito obedece a um. Assim, por exemplo, quanto à causa justificadora da legítima defesa, asseverou Bettiol: "(...) pela nos-

sa parte, pensamos que a legítima defesa constitui uma circunstância justificadora, porque não procede 'contra ius' quem reage para a proteção de um direito seu ou alheio, ao qual o Estado não pode, de qualquer maneira, dadas as circunstâncias do caso concreto, oferecer a mínima proteção" (81). Ainda a esse respeito, a manifestação de Soler fundamenta a legítima defesa em um "direito de necessidade": "(...) a vida é expressão mais simples e concreta da totalidade dos fins humanos; em caso de perigo, não se lhe pode negar o direito e não a simples faculdade de sacrificar o bem jurídico de outro" (82). Ou ainda quanto à manifestação de Wessels sobre o estado de necessidade justificante, que segundo ele baseia-se "sobre o princípio do interesse preponderante: aqui, a ação salvadora se funda na ponderação de valor e interesses como o meio adequado para o alcance de um fim autorizado" (83). Em todos estes exemplos, no parecer de Bettiol - "(...) o Estado não pode, de qualquer maneira, dadas as circunstâncias..." -, no de Soler - "(...) em caso de perigo não se lhe pode negar o direito (...)" -, no de Wessels - a preponderância da salvação de certo interesse -, ou segundo a fórmula que vem esclarecer a licitude de um ato porque a conduta é socialmente adequada, em todos estes casos um sentimento inspira o intérprete do Direito a impor uma conclusão jurídica lógica: não se deve exigir um comportamento que não seja o da violação de um bem jurídico. A ação deve ser considerada socialmente adequada porque em certo contexto cultural não se poderiam exigir condutas diferentes. O direito não tipifica comportamentos quando não se deve exigir que sejam diferentes. O sentimento que informa a legítima defesa, na verdade um direito, é

aquele de que alguém, quando em situação de perigo, naturalmente não se sacrificará em benefício de seu agressor. N'outras palavras, sempre que o sentimento informador da fórmula - estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de um direito, etc. - estiver presente, a conduta conforme o direito não pode ser exigível, porque tais condutas são penalmente lícitas ou atípicas.

Para uma análise de todos estes fundamentos teóricos aqui livremente designados como "sentimentos", relativos às causas justificadoras do delito ou excludentes da ilicitude e que estão expressas na lei penal, é pressuposto um delicado ingresso na história de cada uma delas e que evidentemente em nenhum momento coincidirá com os acontecimentos culminantes da teoria normativa da culpabilidade, pois esta guarda suas eventuais particularidades.

Sob um certo aspecto, entretanto, é permitida uma generalização. Assim, o "sentimento" pode-se dizer objetivo, primeiro, natural, arquétipo, inconscientemente coletivo diria talvez C. G. Jung, que acompanha o reconhecimento da legitimidade de uma defesa, ou a necessidade de uma agressão ou de obedecer uma ordem hierárquica, ou seja, de todas as causas legais de exclusão do crime ou da culpabilidade, é sempre o mesmo em essência: a inexigibilidade de conduta diversa.

Em respeito a uma ética inerente à própria condição evoluída do espírito humano, o legislador ou o estudioso do direito, sápiens de que existem situações excepcionais, elaboram

fórmulas que compreendam essas situações para satisfazer este sentimento. Estas fórmulas muitas vezes chegam ao ponto de retirar a conduta do campo da ilicitude; n'outras, a ilicitude está presente, a conduta não é socialmente adequada, ao menos sob um aspecto objetivo agride valores que o ordenamento visou proteger, mas em que pesem estas circunstâncias, não é permitida a reprovação. São as causas de exclusão da culpabilidade.

Num tema como este, seria vão aspirar a ser completo, ao mesmo tempo que pode parecer supérfluo aludir à matéria, tão evidente ela é. Acontece, porém, que o trabalho pretende exatamente deixar firmada certas evidências para, sobre elas, serem exercidas outras reflexões, diversas das tradicionais; por isso, não é inútil dedicar espaço a alguns dos seus aspectos, impedindo a superveniência de obstáculos que se opõem ao verdadeiro conhecimento.

O fundamento mais correto para explicar este sentimento geral, quando visa excluir a culpa - porque não se deve exigir que uma determinada conduta seja de acordo com o direito - possui natureza filosófica, e sua demonstração respeita ao estudo do conteúdo da própria culpa penal. Com efeito, segundo a teoria normativa, que se quer verdadeira, a censura penal é a ponderação do grau de exigibilidade de uma conduta ter sido lícita. Dizer que uma conduta ilícita é culpável, é dizer a exigibilidade de seu oposto. Como já se afirmou, a culpabilidade normativa é o próprio juízo de culpabilidade. Este foi, em síntese, o raciocínio desenvolvido por Frank e é o aceito hoje pela melhor doutrina. Inafastável disso tudo, mais tarde será frisado,

é a construção de um conhecimento do tipo filosófico.

Escrutinados estes pontos de vista, pode-se concluir que a "inexigibilidade" de uma conduta ter sido diferente comporta dois níveis de referibilidade. Referida à análise do tipo, quando, pesquisando-se a sociabilidade do fato em seu contexto histórico, o mesmo é reputado lícito ou ilícito conforme a exigibilidade de ter sido adequado aos valores amparados pela ordem jurídica. Neste caso não há graduação, uma conduta somente é ou não ilícita. E, num segundo aspecto, quando ditada está a esfera da ilicitude, pondera-se se ainda era exigível que a conduta fosse lícita, com atenção agora a elementos personalíssimos do sujeito. Nesta oportunidade determina-se o grau de culpa, o critério da inexigibilidade é flexível, permite graduação. Não se confundem, nestas circunstâncias, os conceitos de ilicitude e de culpabilidade, ao contrário do que intentou, por exemplo, Petrocelli (84).

Apenas uma visão precipitadamente ampla não vê diferenças entre o ilícito e o culpável. É possível expor um contraste geral entre estas duas realidades dogmáticas, ainda segundo o juízo que é desenvolvido a respeito de cada uma delas.

A concepção normativa da culpabilidade assumiu contornos mais precisos com o advento das idéias de Welzel sobre a ação. O Finalismo de Welzel considerou a culpabilidade um juízo acerca das motivações do dolo ou do comportamento negligente. Estes, são considerados elementos do tipo. Eles são objetos de valoração respeitante à ilicitude. O juízo de culpabilidade recai so-

bre a conduta ilícita já constatada e tem o objetivo de determinar o grau de responsabilidade do agente. Assim, não há que se confundir o juízo de culpabilidade e o de ilicitude.

Como considerou Reale Jr., quando o direito seleciona comportamentos considerando-os ilícitos penais, está impondo valores, e o desrespeito a eles, objetivamente considerados, constitui conclusão lógica, objeto do juízo de ilicitude. A ilicitude é um juízo sobre a realização do querer ilícito considerado em sua superficialidade, vale dizer, colocando de lado o sujeito que age. "A antijuridicidade é um juízo de valor acerca do comportamento, do ponto de vista objetivo da norma, a qual se põe como valor e como dever" (85).

A conduta será ilícita se o querer final do sujeito culminou na realização da conduta que a ordem jurídica quer proibir para salvar de lesão os bens jurídicos. O juízo de ilicitude é um juízo sobre a ação, no sentido de identificar esta ação, o que faz compreender o fim por ela visado.

Se a ação é atividade final, a ilicitude transparece conforme este finalismo. Outrossim, sendo valorada a conduta sob o ângulo de sua objetividade, independente das condições pessoais do sujeito, a posição está consoante às teorias objetivas da ilicitude, inerentes a um direito penal liberal.

No juízo de culpabilidade, a ação é vista por outra perspectiva, sensivelmente mais complexa. Valora-se aqui a ação sob o ângulo de quem a praticou. Considerando os aspectos pessoais do agente e sua situação existencial, 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.

O "dever" objetivo e geral imposto pela ordem jurídica para proteger valores permanece incólume neste juízo. Este "dever", cuja violação configura o ilícito, sempre existe. No juízo de culpabilidade, é questionado se para a personalidade que o desrespeitou era exigível que assim não o fizesse e o porquê disto (86).

No juízo de culpabilidade, em última análise, a exigibilidade que assume destaque é a de o sujeito ter respeitado a licitude e, para tanto, analisa-se principalmente a formação da vontade. Neste juízo, a frequência de pensamento a que o julgador deverá sintonizar é mais elevada, sensível, exigindo a reflexão inclusive.

Uma análise desta natureza, e aqui não se concorda com Reale Jr., não pode dizer respeito a um "poder" ou "não poder" do sujeito ter atuado conforme o dever, ou melhor, o juízo de culpa não se resume na averiguação deste "poder". O "poder-agir-de-outra-maneira" equivale à capacidade do sujeito, sempre presente em situações de imputabilidade. Como será ponderado adiante, o juízo de culpa, iluminado pelo princípio de inexigibilidade de conduta diversa, perquire a personalidade e seus contornos existenciais.

Por enquanto não se quer identificar este verdadeiro con-

teúdo ou objeto do juízo de culpabilidade, mas somente fazer algumas considerações como sobre o caráter geral do "sentimento de inexigibilidade"; por que ele existe, bem como qual sua relevância objetiva para o ordenamento jurídico.

Antes de ser discernido sobre o alcance deste autêntico conceito de culpabilidade segundo a estrutura do ordenamento jurídico mesmo, é conveniente erigi-lo - o "sentimento de 'inexigibilidade'" - à categoria de uma diretriz, de um princípio válido, ou critério racional para práticas decisões, sem procurar mentalizar seu conteúdo. Somente dignificá-lo como método, o mais adequado e inerente ao juízo de culpabilidade em especial.

A "inexigibilidade de conduta diversa" pode ser focalizada, neste primeiro momento, num ambiente puramente lógico.

Para esta pretensão torna-se necessário, preliminarmente, um posicionamento filosófico-ideológico. Admite-se que o "sentimento de inexigibilidade" que coordena a própria formação do direito penal é reflexo de uma "consciência jurídica". Esta consciência associa-se a uma consciência ética, cujas fontes devem ser buscadas no espírito humano. A "inexigibilidade de conduta diversa" antes de significar um critério proposto pela ciência penal para a graduação da culpa, é uma "consciência jurídica".

Ao dissertar sobre os "Fundamentos Aristotélicos do Direito Natural", o professor da Universidade Federal de Pernambuco, Vandyck Nóbrega de Araújo traz a seguinte e oportuna argumentação: "É em Platão e Aristóteles que se deve buscar a elucidação das fontes da Moral e das etapas evolutivas da eticidade no espírito do homem. Existe no ser humano uma tábua de valores que o capacita a enfrentar as atribuições do mundo circundante, e a sua

mente atuando por meio de intuições está associada ao transcendental, o que o torna diferente dos animais irracionais que possuem unicamente a força do instinto e são guiados cegamente na realização deste determinismo. O homem, ao contrário, alcança com o seu pensamento as altitudes do firmamento e as depressões mais profundas dos oceanos, e tem o poder de avaliação quanto à atuação do agir e quanto às conseqüências das ações por ele engendradas. Constatase, portanto, que o ético é típico do homem, fato incontestável que levou o filósofo Martin Heidegger a considerar que a Ética é o lar do homem. Admito a existência de uma ética natural no ser humano capaz de dirigir os atos dos homens, até mesmo os menos evoluídos no estágio da civilização mas, mesmo assim, portadores da centelha ética interna, verdadeira bússula diretora do convívio com o outro e com os outros, e ainda a sondagem sobre as formas de conduta mais adequadas à promoção da concórdia social" (87). Em que consiste esta verdadeira Ética? Segundo Nóbrega de Araújo, pertence ao domínio da Ética a capacidade do homem de avaliar e de optar entre o bem e o mau, o que lhe "possibilita atingir as dimensões da harmonia interior que permitirão a realização da vida social, ao nível de espiritualidade imanente no homem, e ao mesmo tempo contribuirá para a sua elevação à destinação concedida por Deus" (88).

Não é intenção assumir uma posição jusnaturalista específica ou identificável historicamente. Apenas pretende-se destacar que a Ciência do Direito, a "Jurisprudência", a quem este modesto trabalho quer atingir, deve admitir que há direitos procedentes da natureza humana e que permitem saber o que deve ou não ser exigido do homem. Como escreveu Luiz Carlos de Azevedo ao referir-se a Victor Cathrein - "Filosofia del Derecho", Madrid, 1950 -, "o legislador, ao estabelecer as leis para os cidadãos, deve fazê-lo de conformidade com

o Direito Natural; e se ele é um legislador autêntico, consciente de sua árdua missão, assim procederá, mesmo que não esteja cogitando do Direito Natural no momento de elaborar a lei positiva específica; porque agirá naturalmente, isto é, de acordo com aquelas tendências e inclinações da natureza humana (...); agirá imbuído de um sentimento jurídico natural que o levará a discernir o que é bom e o que é mau, para determinar, em seguida, o que é permitido e o que é proibido. E a lei positiva resultará, assim, de seu prudente critério e de sua aptidão racional; da lei natural, enfim" (89).

É verdade estar a consciência humana em constante evolução. O desenvolvimento aqui interessante é o do campo ético. É uma questão de cada vez mais ser assumida e praticada uma ética verdadeira. Uma das faces dessa evolução diz respeito à compreensão da pessoa, não no sentido da existência de estudos de variadas formas de "perdão", mas que o homem jamais deve olvidar o estudo da formação ética do ser humano. Esta deve ser analisada e estudada para serem melhor exercitados juízos de censura penal. O primeiro passo consiste em admitir a presença de uma ética padrão, a princípio verdadeira, base para futuras sínteses, raciocínio para conceituar a moral.

Importa, assim, sem entusiasmo inconseqüente, comparar a realidade desvendada por esta posição filosófica, com as mentalidades reveladas pelas legislações ou doutrinas que, em tempos modernos, não assumem relevantes atitudes incompatíveis com o próprio bom senso. Previne-se que, a fim de não querer penetrar em questões cuja transcendência para alguns, importante e clara realidade para outros mais atentos, é de difícil argumentação ao

menos neste local e momento, convém observar a realidade juríca-penal somente.

Por conseguinte, implícita entre as disposições positivas do ordenamento jurídico-penal, a idéia de que não se deve reprovar condutas quando presente um sentimento de que o justo seria a não exigência das mesmas terem sido diferentes, traduzente de uma afirmação, de uma consciência jurídica, de um sentimento de caráter geral, é o resultado de elaboração racional cumprida por um pensamento ético natural do ser humano, nos parâmetros ideologicamente expostos. Em caso de interpretação contrária, estar-se-á renunciando a veraz e exata inteligência do próprio ordenamento jurídico, além da evolução que o pensamento deve prosseguir.

Com efeito, existem regras gerais que orientam a formação do ordenamento jurídico. São princípios fundamentais do inteiro sistema. Na lição de Del Vecchio "o direito positivo tem ele mesmo, no fundo, uma certa racionalidade: que se não é até a 'ratio naturalis', é ao menos - como explicava Vico - uma 'ratio civilis', expressão parcial daquela"(90).

Através da teoria normativa da culpabilidade e toda a circunstanciariedade que lhe acompanhou e implicou, que se despertou à Ciência Penal a consciência jurídica da inexigibilidade de conduta diversa afeta à conceituação de culpabilidade, suas causas de exclusão e elementos para a graduação da culpa, enfim, despertou-se à ciência a idéia de "reprovabilidade". Tal fato permitiu um correto e amplo conceito de culpabilidade. Evidente que a construção desta "consciência" não foi trabalho artifi-

cioso de um pensador ou de uma Escola. Corresponde a uma verdadeira tradição histórica, mas intimamente conexa com a gênese das leis vigentes.

Em termos científicos, portanto, o "sentimento de inexigibilidade" assume a qualidade e natureza de um princípio de direito penal. É um princípio produto da Ciência do Direito, mas do qual o direito penal positivo deu vida através das normas respeitantes às causas de exclusão do ilícito e dirimentes da culpabilidade. Estas normas incorporam este princípio da Ciência do Direito. O sentimento da inexigibilidade está assim materializado, nem sempre expressamente, no próprio ordenamento jurídico-penal.

Mas esse mecanismo, na verdade, é apenas rotineiro na doutrina. Realmente, é comum os doutrinadores de direito penal, pelo menos no Brasil, consignarem a "inexigibilidade" como um princípio de direito penal e que dispensa previsão legal expressa (91), embora nos tribunais não haja nem mesmo divulgada discussão em torno da questão, o que dificulta, senão impossibilita, esclarecer qual o caminho que a Jurisprudência prefere. O que existem são decisões isoladas, insuficientes para fixar um posicionamento (92).

Maior desconforto ainda é sentido quando se quer situar ou definir a "inexigibilidade" segundo uma Teoria Geral do Direito.

Como já se expôs através da preliminar postura de Del

Vecchio, o ordenamento jurídico é iluminado por princípios. É necessário agora um apoio o mais exato possível sobre a concepção dos princípios gerais do direito sem, contudo, adentrar-se profundamente na discussão de difícil problema e de vasta doutrina.

Se o "sentimento de inexigibilidade" foi enfocado como orientador da ordem jurídica penal e segundo a visão ideológica também mostrada, a fim de ser coerente com esta iniciativa e de atribuir-lhe conotação mais objetiva, foi preciso olhar em volta as doutrinas disponíveis sobre o tema "princípios gerais do direito" e tentar identificá-lo com alguma construção.

Assim, seguindo Alessandro Baratta, parece ser mais convincente e coerente com as posições até aqui assumidas a concepção que vê nos "princípios gerais" do ordenamento não somente o resultado de um processo de indução e generalização do complexo das normas singulares, e nem mesmo somente uma série de normas gerais, existentes, como entende Norberto Bobbio (93), ao lado das normas particulares no ordenamento.

Com fundamento na doutrina de Betti - "L'interpretazione della legge e degli atti giuridici", 1952 -, Baratta considera os "princípios" o conjunto das orientações teleológicas ou "valores", "que são próprios de uma sociedade em um dado momento histórico e que, como tais, inspirando a formação e a interpretação das normas positivas, têm um conteúdo deontológico excedente daquele dessas normas, no senso que eles nunca se podem considerar positivados nas normas e na sua vivente interpreta-

ção" (94).

Os princípios gerais seriam, com este significado, fruto da "consciência jurídica" de uma sociedade, considerada em seu desenvolvimento histórico, em seu contexto ético-político.

Com tal percepção, os princípios gerais permitem, como diz Baratta, "não só uma contínua integração, mas também uma contínua evolução do direito vigente, que estão à base da interpretação integrativa e daquela evolutiva do direito". Os princípios gerais, reflexo da "consciência social", "adquirem o significado de princípios orientativos para a produção, para a interpretação e para a sistematização do direito vigente (...). Eles constituem as orientações ético-políticas de uma sociedade, as quais, exprimindo-se nas regras vigentes, lhe excedem sempre o conteúdo deontológico, como o pensamento excede sempre as formas nas quais se expressa" (95).

O ordenamento jurídico não se reduz ao conjunto de normas positivas, mas compreende também os princípios, os "sentimentos" que lhe inspiraram, os quais, não sendo positivados completamente nas normas, são a base de uma contínua integração entre elas (96).

O publicista Sacha Calmon Navarro Coelho sustentou muito bem raciocínio semelhante ao considerar a distinção a ser feita entre "sistema de normas" e "sistema normativo". Escreveu que "o Direito Positivo, como ordenamento jurídico, é um sistema nor-

mativo e não um sistema de normas". O sistema jurídico abriga normas e outros entes legais (qualificações, conceitos, definições e princípios) (97). Ponderou Sacha Calmon que ao lado das normas positivas de um ordenamento jurídico existem também os princípios e que se caracterizam porque "não estabelecem um comportamento específico, mas uma meta, um padrão. Tampouco exigem condições para que se lhe apliquem. Antes, anunciam uma razão para a interpretação dos casos. Servem, outrossim, como ponta para a interpretação das leis, a elas se sobrepondo" (98).

A "inexigibilidade de conduta diversa" é uma face da consciência jurídica que informa o ordenamento jurídico. Foi um ponto de destaque na trajetória evolutiva do pensamento ético-jurídico-penal.

As dúvidas e receios que certa parcela da doutrina manifesta é se o princípio da "inexigibilidade", tanto implícito quanto fundamento das normas que prevêm causas de exclusão da culpabilidade e da ilicitude, comporta eficácia de princípio geral, esteja ou não positivado.

A primeira preocupação foi esclarecer que a "inexigibilidade" é um princípio geral da Ciência Penal. Por assim ser, ele deve ser observado independentemente de norma positiva que verse a situação concreta que reclama sua aplicação.

Embora a primeira vista os princípios gerais, sendo expressão da consciência jurídica da sociedade historicamente considerada, estivessem situados fora do sistema jurídico, desta forma não ocorre. Manifestam o espírito do sistema jurídico, po-

dendo ser vistos com finalidades óbvias e instruções claras de uso para o intérprete do direito positivo.

A "inexigibilidade de conduta diversa" apresenta um aspecto da consciência social. É um princípio geral, guia do ordenamento jurídico-penal. À ordem jurídica penal foi possível reproduzir positivamente algumas situações, onde não está autorizada a punição exatamente em respeito a este espírito do sistema. Não existe, porém, uma norma positiva geral, suficiente para compreender todas as hipóteses onde a "inexigibilidade" deverá ser operante. Como consignou Baratta, as normas positivas não conseguem satisfazer plenamente todo o conteúdo deontológico dos princípios gerais.

O caráter normativo do princípio, por outro lado, não é refutado, simplesmente porque a função do princípio é normativa: orientar um comportamento. No caso do Direito Penal, o comportamento que se quer orientar concerne aos aplicadores da lei penal, no sentido de não estarem autorizados a impor a punição de alguém, se conduta conforme a licitude não lhe era exigível (99).

Também a opinião de Norberto Bobbio a respeito dos princípios conclui pela irrelevância da positivação. Esclarece Bobbio que ao "lado dos princípios gerais expressos existem aqueles não expressos, isto é, aqueles que se podem deduzir por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais". Estes seriam os princípios, designados por Bobbio como normas generalíssimas formuladas pelo intérprete quando colhe, entre

normas aparentemente diversas, "aquele que comumente se chama o espírito do sistema" (100).

O próprio legislador reconhece que o direito possui seus princípios fundamentais quando a Lei de Introdução ao Código Civil manda o aplicador do direito valer-se dos "princípios gerais do direito" se faltar previsão legal específica para a situação em julgamento. Como ainda leciona Miguel Reale, "prive-se uma ciência de seus princípios, e tê-la-emos privado de sua subsistência lógica, pois o Direito não se funda sobre normas, mas sobre os princípios que as condicionam e as tornam significantes" (101).

E a Reforma da Parte Geral do Código Penal Brasileiro de 1984, adotou, sem restrições, o princípio da culpabilidade (Exposição de Motivos, item 18). Assim, é errado admitir-se a sanção penal em hipótese de "inexigibilidade de conduta diversa", quando o sujeito agiu segundo critérios objetivos e ditados por uma situação histórica que pressupõe uma compreensão especial por parte do julgador. (102).

SEÇÃO III - O ALCANCE DO PRINCÍPIO

§1º. Introdução

Com esta qualificação de princípio de direito penal, a "inexigibilidade de conduta diversa" é a entidade jurídica dirigente para o reconhecimento de causas de exclusão da culpabilidade mesmo se não previstas por normas positivas.

Trafegando nesta área, apontamentos sobre a analogia no direito penal complementam o raciocínio.

O positivismo do Século XIX, como ensina Tercio Sampaio Ferraz, na verdade "não foi apenas uma tendência científica, mas também esteve ligado, inegavelmente, à necessidade de segurança da sociedade burguesa" (103). Com efeito, os arbítrios do Estado que ensejaram a Revolução Francesa atingiram a segurança das decisões judiciais. Com a queda daquela política de arbítrios, a exigência de sistematização do Direito para uma viável predominância do preceito legal nos julgamentos, eliminando-se a insegurança, foi idéia premente.

Logo após, contudo, as evoluções naturalmente suportadas pela sociedade, surtiram problemas a esta concepção.

Os primeiros movimentos que trouxeram a questão da analogia para o tema da interpretação do direito coincidiram por isso com aqueles que se revelaram contra a exegética de fonte iluminista. As relações sociais, as exigências econômicas desencadeadas notadamente pela Revolução Industrial que portava à Europa Central no primeiro cartel do Século XX, foram complexas o suficiente para o reconhecimento doutrinário da indispensável reformulação da idéia de sistema jurídico. Movimentos que tomaram corpo, comenta Aníbal Bruno, alargando o sentido e os métodos da interpretação "até a consideração dos motivos sociológicos da lei e a posição extremada da corrente do Direito Livre" (104).

Os problemas da integração do direito aparecem precisamente quando as necessidades de uma sociedade em estado de acentuada transição, traduzem certa decepção pelo jurista em relação ao direito vigente, que por razões de conveniência prática deve ser visto como sistema.

A partir do momento em que se deu a idéia do ordenamento jurídico como sistema, surgiu o problema da integração do direito. Colocam-se as questões da analogia, da interpretação extensiva, dos princípios gerais, como instrumentos aptos para a consecução da integração. Seja qual for o sentido metodológico que se atribua a estes instrumentos, a verdade é que uma teoria da interpretação jurídica, como posiciona-se Tercio Sampaio, deve ter "por pressuposto básico o caráter dogmático de seu ponto de partida, que se expressa, modernamente, pelo postulado do domínio da lei e do corolário da certeza" (105).

A norma sempre está presente, quer textualmente ou através de seu espírito. Por outro lado, a idéia da certeza do direito, segurança jurídica no sentido de pré-fixação dos comportamentos exigíveis, é ainda hoje especial fundamento. A presença do espírito do ordenamento em todos os momentos é uma verdade, pressuposta, mas insuficiente a satisfazer os ânimos do intérprete do direito, que sempre deve supor estar trabalhando com objeto certo.

Neste contexto, Tercio Sampaio considera que as doutrinas sobre o conceito de lacunas no direito têm função argumentativa, ou seja, são um recurso hermenêutico da ciência jurídica cuja função é permitir-lhe o caráter de procedimento persuasivo, libertador do intérprete dos limites da positividade autêntica, para que possa sempre adequar o ordenamento às exigências da equidade.

Ainda com razão, diz Tercio Sampaio - evidentemente não com a conotação política do final do Século XIX - que na atua-

lidade ainda vigoram de forma enérgica exigências de certeza e de predomínio da lei como fonte básica para o intérprete. O recurso a postulados do Direito Natural ou a princípios gerais é visto com desprezo. A Ciência do Direito, diante destas circunstâncias, sempre presentes, confere então ao jurista a possibilidade de valer-se especialmente da analogia, um dos critérios extrapositivos, como se fosse positivo ou positivável: "O conceito de lacuna alarga o campo da positividade a partir dele próprio; é uma construção da ciência jurídica imanente ao direito positivado que assegura a eventuais critérios transcendentos uma coloração positivante, que dá força à argumentação do intérprete" (106).

Por conseguinte, o conceito de lacuna no direito guarda sentido retórico e atua como regra de natureza permissiva: "em casos de lacuna pode o intérprete (...)".

Voltando ao campo penal, quando presente uma situação típica e que deve prevalecer um juízo de inexigibilidade da conduta ter sido lícita, não existindo norma positiva que assim contemple, o procedimento argumentativo, retórico, exposto pela Ciência do Direito, é a constatação de uma lacuna, o que permite a observação do princípio da "inexigibilidade" através de uma forma de analogia, passando a ser visto como expressão positiva do próprio ordenamento.

Tudo o que se dissertar sobre a analogia para a justificação da aplicabilidade do princípio da "inexigibilidade" tem, portanto, função retórica. O cientista do direito procura elementos persuasivos para impor uma realidade, resguardando o má-

ximo que pode a tão reclamada segurança do direito. Talvez um dia isso não seja mais necessário. É uma singela aspiração, e não ambição.

Por ora, o conceito atual de sistema jurídico não deve compreendê-lo como um simples conjunto ordenado de normas onde a ausência de lacunas é indispensável sob pena de insegurança jurídica; a idéia de sistema como alicerce de um positivismo radical.

Sistemática é uma maneira de se estudar o direito. Porém, ele, o direito, na esteira das lições de Maria Helena Diniz, não é sistemático, mas realidade dinâmica, perpétuo movimento em razão das vicissitudes sociais, hoje tão rápidas quanto constantes (107). O direito é constituído através de fatos e tem sentido axiológico. Se o direito penal "realidade" for estudado e disposto sistematicamente, os problemas inerentes ao mesmo serão mais facilmente contornados.

§2º. Analogia

Norberto Bobbio, em 1938, através da obra "L'analogia nella logica del diritto" é o autor moderno mais notável sobre o assunto "analogia" (108). Para ele a questão central do procedimento analógico consiste em indicar a "ratio" da norma jurídica, ou seja, o motivo necessário e suficiente, em que a norma, como fato histórico, encontra a justificação da própria existência, ou o "fundamento" em que a norma como "juízo", encontra a "justificação de sua verdade" (109). Destarte, o procedimento analógico deve incidir quando, "na falta de uma norma jurídica expressa, quem interpreta o direito (jurista ou juiz) estende

ao caso ou à matéria a regular, a disciplina jurídica prevista por uma norma expressa para um caso ou para uma matéria semelhante" (110).

Ocorrendo esta "semelhança" entre situações, uma prevista pela norma positiva e a outra não, é permitido identificar-se a "ratio" da norma expressa e integrá-la à norma não expressa. Para que se possam atribuir as mesmas consequências jurídicas de um caso regulado a outro não regulado porém semelhante, acrescenta Bobbio que não é condição a existência de qualquer semelhança, mas indispensável uma "semelhança relevante", vale dizer, a existência de uma qualidade comum a ambos os casos, uma "razão suficiente" para que nos dois casos as consequências jurídicas devam ser idênticas. Por "razão suficiente", Bobbio entendeu o que tradicionalmente se chama "ratio legis", a razão de ser da norma. É necessário que os dois casos, o regulado e o não regulado, tenham em comum a "ratio legis". Esta "ratio" é o núcleo central da norma, objeto da interpretação (111).

A interpretação para Bobbio é atividade voltada a individualizar a "ratio" da norma ou, "é criação assim como é criação toda atividade espiritual, que não renova nunca mecanicamente um ato precedente, mas refazendo-o o renova, repensando-o o desenvolve, recriando-o o modifica" (112). A interpretação não extrapola o sistema jurídico, mas contribui para seu aperfeiçoamento. Como esclarece Patrizia Borsellino, foi em conexão com uma concepção historicista do direito, que Bobbio propôs uma teoria que parece "superar a alternativa entre declaratividade e criatividade da interpretação, e que, nesta, compreende toda

a atividade intelectual dirigida à elaboração do ordenamento, e portanto não somente a explicação mas também a integração da norma" (113).

Foi assim, com atenção à teoria de Bobbio de 1938, que Luigi Scarano dedicou quase toda sua obra "La non esigibilità nel diritto penale" - 1948 - a demonstrar a viabilidade da analogia para o reconhecimento prático do princípio.

Segundo Scarano, o princípio que governa o estado de necessidade e as outras causas de exclusão da culpabilidade pode ser aplicável às situações não expressamente previstas pelo legislador via o recurso da analogia, exatamente porque este princípio é a "ratio" daquelas normas (114). Toda norma jurídica ou conjunto de normas assenta-se em um princípio superior. A analogia é o procedimento que objetiva determinar o princípio da norma e assim realizar a aplicação do mesmo a casos semelhantes não expressamente previstos. Para a solução de situações onde o princípio da "não exigibilidade" deve ser aplicado, parece evidente percebê-lo das normas relativas ao estado de necessidade e de outras causas de exclusão da culpabilidade. O estado de necessidade é uma circunstância onde, humanamente, não se pode exigir comportamento diverso e esta "não exigência" é a razão da norma, também comum às causas legais de exclusão de culpabilidade. Raciocina o autor: "(...) também na coação moral (art. 54), de fato, diferentemente que no constrangimento físico, o agente escolheu entre o perigo grave à sua pessoa e a agressão de quem é protegido pela lei, o menor risco: a ação se determi-

nou com consciência e vontade. Isto que induz o legislador a escusá-lo é o fato que não teria podido humanamente assumir um comportamento diverso". Também aqui se deixa impune a ação, porque se julga que não é razoável exigir do agente comportamento diverso (115).

Escreveu com equívoco, porém, Scarano, ao apoiar incondicionalmente sua tese no modelo bobbiano de analogia de 1938. Em verdade, quando Bobbio escreveu sobre o tema naquele ano, não considerava a aplicação dos princípios gerais do direito para regular situações não previstas positivamente, como resultado de interpretação analógica. Ele via imprópria a denominação "analogia juris". Entendia que este procedimento não tem nada a ver com aquele inerente à analogia, pois "entre o caso a regular e o princípio geral em base ao qual o caso vem regulado, não intercorre nenhuma relação de analogia, qual intercorre somente entre dois particulares, mas somente uma relação de subsunção, qual intercorre entre um particular e um universal" (116).

Somente mais tarde Bobbio mudou de opinião, como percebe-se quando escreveu "Principi generali del diritto" ao *Novissimo Digesto Italiano* em 1966 (117).

Scarano, sustentou, em suma, que é possível a aplicação analógica das normas relativas ao estado de necessidade ou causas de exclusão da culpabilidade a hipóteses não previstas pela lei positiva. A "inexigibilidade" é um princípio que governa as causas legais de exclusão da culpabilidade e o estado de necessidade sendo, com este sentido, a "ratio" daquelas normas. Por outro lado, por força da lei de validade da analogia, representa nos casos não expressamente previstos pelo código, uma enti-

dade normativa (118).

Definitivamente, Scarano esforçou-se em apresentar solução ao problema do caráter supralegal da "inexigibilidade" nos âmbitos do ordenamento jurídico, extremamente preocupado em atribuir e sustentar um método, ou melhor, uma técnica possível.

Sua pretensão central residiu nesta tarefa incômoda: quebrar o até então receio da doutrina em retomar a eticização do direito penal iniciada pouco antes da 2ª Grande Guerra.

Assim também propôs Mezger, ao admitir um estado de necessidade supralegal, "com função eximente da antijuridicidade, e a eficácia do pensamento genérico da não exigibilidade para excluir a culpabilidade" (119). As normas que excluem a ilicitude e aquelas que prevêm hipóteses onde a culpabilidade é afastada, trazem em seu íntimo o "sentimento da inexigibilidade" que animou o legislador a criá-las.

O recurso cuja retórica é mais convincente, sem dúvida atribui à "inexigibilidade" a natureza de "ratio" das normas definidoras de causas de exclusão da culpabilidade ou do ilícito, apontando lacunas no ordenamento se sobrevierem hipóteses não positivadas e que reclamem a aplicabilidade desta "ratio" por razões de justiça. A analogia é nesta oportunidade a solução.

Pensamento adequado a esta problemática pode ainda ser exposto de outra maneira, conquanto perca em eficácia persuasiva. A tese é no sentido de que o ordenamento jurídico, ao estabelecer tipos penais, traz ao direito penal condutas ilícitas,

fazendo-o em obediência a valores e interesses considerados fundamentais. O ordenamento jurídico é um conjunto de orientações teleológicas, próprias da sociedade de um tempo e que, como afirmou Baratta, além de inspirar a formação do direito, contribuem para a interpretação das normas positivas, de maneira que estes interesses e valores nunca estarão completamente positivados (120).

Mais que identificável com a "ratio" das normas que prevêm causas de exclusão do ilícito, o que na verdade confirmaria o procedimento conhecido como "analogia legis", a "inexigibilidade" orienta todo o ordenamento jurídico-penal; é um princípio geral com este significado, compreendido portanto através da técnica da "analogia juris" (121).

Mas, como se disse, isso é apenas retórica. Como sintetizou também Baratta, em ambos estes procedimentos - analogia "legis" ou "juris" - "se procura um elemento normativo, o qual excedendo os limites da 'fattispecie' da matéria (analogia legis) ou do inteiro ordenamento (analogia juris), se apresenta como capaz de fornecer a máxima de decisão para casos não diretamente previstos pelo legislador" (122). A eficácia normativa que terá a analogia, quer "legis" ou "juris", é a mesma: "em ambos os casos ela não é criada pelo ato interpretativo, mas é somente reconhecida como um princípio, cuja singular norma ou complexo de normas são uma parcial explicação" (123). Com estes procedimentos não se estará acrescentando algo ao ordenamento jurídico posto, mas, ensinou ainda Aníbal Bruno, a analogia é um

processo que visa cobrir uma lacuna, "não pela criação de nova lei, mas pela aplicação de lei que regule casos semelhantes ou, melhor, subindo até os princípios que informam esta lei, para fazer derivar deles a regra aplicável ao caso vertente"(124).

Foi com esta mentalidade - ligada à analogia "juris" - que o Tribunal Superior da Alemanha no caso clássico de 1927, inspirado pelos princípios axiológicos comuns à ordem jurídica e à ordem ética, reconheceu um estado de necessidade supralegal. Naquela ocasião admitiu-se uma supralegalidade em relação às causas de exclusão do próprio ilícito.

Admitindo-se o procedimento da analogia "juris" de certa forma estará o jurista libertando-se da nociva separação entre o mundo dos conceitos e o da realidade. A analogia "legis" possui contornos silogísticos que, embora não perniciosos quando "bonam partem", em sede doutrinária parecem prender o jurista a uma lógica que deve ser entendida ultrapassada. Hoje ainda é necessário o jurista conservar critérios formais voltados à certeza do direito, mas a passagem do século deve ser marcada por uma nova lógica jurídica. Lógica do razoável, renovada teoria da argumentação, pensamento tópico-retórico, lógica jurídica concreta, como expôs Luiz Fernando Coelho ao referir-se à metodologia jurídica voltada à realidade e à concreção, "dados esses reunidos na compreensão do direito como fato"(125). É indispensável uma nova tomada de consciência; refletir sobre novos referenciais epistemológicos; assumir uma postura mais pluralista, mais democrática ou antidogmática como descrevem, por exemplo, o que se convencionou chamar de teorias críticas do Direito.

De maneira semelhante destaca-se, na Itália, a iniciativa de Luciano Pettoello Mantovani - "Il valore problematico della scienza penalistica, 1961-1983, contro dogmi ed empirismi" - ao pretender instaurar percucientemente uma tensão legislativa e integrativa entre o direito e a realidade (126). Somente uma lógica concreta é capaz de viabilizar a moderna penalística. O dogmatismo, tal qual a tradição o define, já dá mostras de ineficácia. O próprio dogma jurídico está hoje em difícil posição, não devendo representar obstáculo ao aperfeiçoamento científico que se compreende como direcionado à realidade: "O dogma jurídico não atinge atualidade e soluções: é pensamento pensado e não pensante" (127). Mantovani valoriza no direito penal um espaço a componentes extrajurídicos, ontológicos, quais sejam, os substratos da sociabilidade e do existencial.

Os dogmas devem ser repensados sempre. Este é um importante problema penalístico: traçar atualidade ao direito penal, torná-lo compatível com a realidade existente e não existida ou dogmatizada ao extremo.

Quando é tratado do tema "inexigibilidade de conduta diversa", o pensamento do jurista, particularmente o do juiz, não deve estar, portanto, apegado a dogmas que venham dificultar a busca do que é o justo consciente. A dogmática, quer como sistematização de conceitos, quer como método de interpretação, não deve dificultar a aplicabilidade de um princípio. Considerou Mantovani que "o penalista deve, ao contrário, convencer-se, sobre o plano da substância, que o só modo de dar vida ao direito - o que não é um paradoxo - é aquele de dar ouvido à realidade.

E isto em ambos os momentos em que o direito se manifesta: no momento criativo - aquele da lei - não menos que no momento aplicativo - aquele do juiz" (128). Com efeito, as construções dogmáticas correm o risco de rapidamente serem de "outrem", de serem vistas como prisioneiras de uma dimensão formal que as tornem mudas à sociabilidade e ao existencial, porque privadas do fato. O aspecto sociológico dos fatos, a captação da realidade influente, da consciência jurídica, deve ser considerada no momento da interpretação (aplicação) do direito. Se a realidade ontológica - existencial - e social for desconsiderada no momento legislativo, a fase interpretativa deve considerá-la, combinando direito penal e realidade. Este é o contexto em que deve ser elaborada a dogmática e considerada a lógica jurídica. O cientista penalista sofre grande atração para dar maior atenção a bases epistemológicas muito antigas, como o formalismo e o positivismo, justificáveis à época da consolidação do estado liberal. Inclina-se a entender estar nas normas positivas toda a realidade. Mas este é um proceder artificial e ingênuo neste momento. A mentalidade estruturalista radical não deve prevalecer.

Nem sempre ocupados em tomar partido sobre o conteúdo do princípio da "inexigibilidade", os doutrinadores que se mostraram expressivos não são uníssonos quanto à supralegalidade de causas de exclusão da culpabilidade. A favor deste caráter aparecem, por exemplo, Paulo José da Costa Júnior, Frederico Marques, Francisco de Assis Toledo, Aníbal Bruno, Francisco Olios da Silveira, Luiz Alberto Machado, Pietro Nuvolone, Gimenez de

Asúa e Eduardo Correia (129).

A imposição de um critério limitador da aplicabilidade deste princípio não é concebível. Por significar um princípio ou parte da consciência jurídica inerente ao ordenamento, o reconhecimento de causas de "inexigibilidade de conduta diversa" está livre de qualquer pré-fixação de situações, mesmo se genéricas. Cabe confiar na intelectualidade dos julgadores que não tendem a indiscriminadamente aplicar o princípio, proporcionando, dada a excepcionalidade da medida, um enfraquecimento da ordem jurídica. Comentou Aníbal Bruno que "excepcional é, na realidade, o aparecimento de casos em que, de fato, fora da tipificação da lei, se possa dizer que, razoavelmente, e tendo em vista os fins do Direito Penal, não era exigível do agente comportamento conforme à norma" (130). Do mesmo modo, por ser um princípio e não mero critério regulativo, não se pode limitar sua aplicação aos crimes culposos. Situação excepcional justifica medida excepcional, mas esta excepcionalidade modernamente estará em sintonia com mentes julgadoras que conhecem os limites da segurança jurídica, ou procuram orientação neste sentido. Então argumenta-se com Alcides Munhoz Neto, para quem, embora contrário à supralegalidade da medida, a realização da justiça é valor jurídico superior à segurança jurídica; o respeito a seus imperativos, sensibiliza o autor, "constitui uma necessidade social mais relevante do que a própria eficácia repressiva das normas penais" (131).

Concluindo, o juiz deve deixar de se debater entre a es-

cravidão de moldes mentais vindos do texto legal e as ânsias de saber, sem outra alternativa que a de pensar o estritamente necessário dentro da ordem legal. É preciso saber dar ao princípio da "inexigibilidade de conduta diversa" o lugar preponderante e verdadeiro que deve ocupar dentro do direito.

§3º. O Conteúdo do Princípio

Consignado o caráter supralegal do princípio da "inexigibilidade de conduta diversa", expressão de uma idéia que pode ser sistematicamente defendida segundo a singularidade ética, cultural, própria do ordenamento jurídico e essencial diretriz para o juízo de culpabilidade, ainda deve ser argumentado sobre o conteúdo deste princípio. Qual o objeto do juízo de culpabilidade fundamentado no princípio da "inexigibilidade", ou seja, na culpabilidade normativa?

Para o psicologismo o conteúdo da culpa penal consistia no próprio dolo, um nexó psicológico-naturalista. Entretanto, quando se admite que o critério-princípio da "inexigibilidade" é a grande descoberta a receber dedicação científica para o desenvolvimento do juízo de culpa, consistente em censurabilidade, surge a questão de precisar qual é a alma deste princípio diretor que não pode ser resumido na fórmula psicológica-naturalista.

Para concluir algo sobre o conteúdo do princípio da "inexigibilidade" devem ser descartadas as teorias que insistiram em confundir a "inexigibilidade" com a "possibilidade-de-agir-de-

outro-modo", traduentes em expressões como "possibilidade de motivação normal da vontade, segundo as circunstâncias" à moda de Frank e seus sucessores mais próximos. Em tempos modernos, alguns autores ainda vêm a culpabilidade segundo a linha originariamente puxada por Frank.

Assim, Paulo José da Costa Jr., para quem a culpabilidade desaparece quando as circunstâncias "se apresentam de modo tal, que qualquer um teria agido como agiu o autor", ou quando condiciona o juízo de desvalor da culpabilidade a um poder do agente ter atuado conforme o direito (132). Também Aníbal Bruno, ao versar sobre a "inexigibilidade", em alguns momentos equipara-a à "possibilidade de motivação normal da vontade do agente, em consequência da normalidade das circunstâncias concomitantes ao fato" ou que o comportamento conforme ao direito tem de condicionar-se ao poder do sujeito, físico ou moral, de acordo com as circunstâncias (133). Diga-se o mesmo com relação a Reale Jr. que em certa ocasião considerou a culpabilidade uma qualidade da ação antijurídica, "porque o agente possui o poder de optar pelo valor emanado do direito. Culpável é a ação antijurídica que podia ter sido omitida" (134). Outrossim, Eduardo Correia, sustentando certas referências, chega a considerar que as situações ambientes podem conduzir uma disposição exterior das coisas para o fato ilícito, tornando-o possível ou facilitando exteriormente sua execução. Isto é inegável. Contudo, não se pode concordar com Correia quando admite que estas circunstâncias podem configurar-se de tal maneira a "arrastar irresistivelmente o agente à sua prática, roubando-lhe toda a possibili-

dade de se comportar diferentemente" (135), impondo a não punibilidade em respeito à eticização do direito penal.

O pensamento comum na doutrina é apontar o "poder-agir-de-outro-modo" a situação objeto-imediato do juízo de culpabilidade normativo. Recebe maior prestígio a corrente de penalistas optantes pela denominada "culpabilidade do fato", sendo aquele "poder-agir" uma realidade inerente ao sujeito que atua, fundamento do juízo de censura. O que não significa afirmar que os partidários da "culpabilidade do fato" considerem exclusivamente o fato praticado, isolado do agente, como o único elemento a ser valorado, mas sim ser este objeto o supremo elemento e a "inexigibilidade", critério para a determinação da culpa, exercida envolta com esta idéia de "possibilidade".

E por que isso? Para responder pode-se arriscar o seguinte argumento: o não desenvolvimento prático do critério teórico da "inexigibilidade de conduta diversa" é consequência de uma mentalidade reducionista que caracteriza muitos escritos de Direito Penal. Um número de juristas, fiéis a uma técnica-formal dogmática sempre mais presente, em muitas ocasiões não se deixam sensibilizar por pensamentos críticos-dialéticos que doutrinas não tradicionais oferecem. As raízes desta maneira de agir são identificáveis. Desde o Século XVII, a Física tem sido o exemplo brilhante de uma ciência bem estruturada, "exata", servindo como modelo para outros campos do saber. Durante dois séculos e meio, os físicos se utilizaram de uma visão mecanicista do mundo para desenvolver e refinar a estrutura conceitual do que é conhecido como Física Clássica. Suas idéias foram baseadas na teoria matemática de Isaac Newton, na filosofia de René

Descartes e na metodologia científica divulgada por Francis Bacon. A atitude desses estudiosos, caracterizada como "reducionista", ficou tão arraigada e teve tanta influência na cultura ocidental, que, ainda hoje, e mesmo na área do Direito, tem sido com frequência assumida como método científico. Vale dizer, outras ciências "não exatas", como o Direito Penal, a Psicologia, a Economia, aceitaram os pontos de vista mecanicista e reducionista da Física Clássica como um caminho promissor para a descrição de realidades. O Estruturalismo Jurídico é uma prova disto. Enquanto a própria Física há tempos já concebeu a idéia de "relatividade", e está voltada a outras visões, em outros setores do conhecimento ainda existem freios inconscientes em se retomar a evolução; em se desamarrar das orientações da época de Bacon ou do Estruturalismo Jurídico que, com este contexto, representa um mal.

Por conseguinte, quando o jurista penalista não vê com "bons olhos" a praticabilidade da teoria da "inexigibilidade de conduta diversa", ou confunde tal critério com um "poder-agir-de-outro-modo", ele está exercendo uma herança reducionista; está se preocupando em justificar seu raciocínio com respostas que seriam mais adequadas ao pensamento do físico ou do químico. Ora, isto é errado. O campo de ponderações do jurista de Direito Penal não deve ficar vinculado a conclusões lógicas, seu campo é o da ética, da filosofia, da reflexão sobre as decisões humanas.

O pior é que entendendo um "poder-agir-de-outro-modo" como o objeto-imediato do juízo de censura penal, acaba-se repudiando o próprio princípio da "inexigibilidade", porque ele assim pensado, evidentemente, decorreria de um postulado inde-

monstrável, uma vez que nenhum juiz poderia aferir, no caso concreto, o que significa "poder-agir-de-outra-maneira" (136).

Deve-se condicionar a exigibilidade de uma conduta ser lícita a situações de "possibilidade-de-agir-de-outro-modo", mas não confundi-la com esta possibilidade. O "poder-agir-de-outro-modo" é uma questão física e um sujeito totalmente impossibilitado fisicamente ou psicologicamente de atuar conforme o direito é inimputável ou não praticou ação alguma. Na sede deste assunto, a expressão "poder" é inadequada e deve ser afastada, portanto.

A problemática da culpabilidade que agora interessa não abrange aquela da inimputabilidade, ou ao menos não se quer atingir esta seara, mas respeitar à "inexigibilidade de conduta diversa". A conjuntura referente a este princípio não se restringe à simples liberdade. Com efeito, ela não compreende somente a questão de saber sobre a capacidade que o sujeito dispunha para atuar conforme o direito, ou ainda se esta capacidade é reflexo da liberdade de vontade. Não basta a presença da liberdade para a consagração do princípio da culpa, é preciso, igualmente, ser determinada a medida desta culpa, exercício que pressupõe teoria que reúne muito mais dificuldades.

O juízo de censura penal deverá incidir sobre a formação da vontade, quais os valores que a impulsionaram. A vontade em si, no plano jurídico, está livre em todas as circunstâncias onde presente também está a imputabilidade. O "poder-agir-de-outro-modo", afastadas as situações de não ação, é circunstância sempre presente quando há imputabilidade.

Bem considerou Alberto Machado, que em todas as hipóte-

ses legais onde a culpabilidade deve ser excluída ou em estados de necessidade, "o agente atua com liberdade de optar entre sofrer um mal ou agir injustamente. Há, pois, aquele mínimo de liberdade necessário à existência da vontade e, ao mesmo tempo, incensurabilidade por não exigibilidade de conduta adequada à norma" (137).

O "poder-de-agir" deve em todas as hipóteses ser referido normativamente e, por isso, a expressão mais correta para substituí-lo e definitivamente evitar equívocos é "inexigibilidade". O juízo de culpabilidade não se completa com um ponto de vista naturalístico, mas tem função deontológica, fruto de avaliação expressa do ordenamento jurídico. A conduta, a liberdade analisada, é uma personalidade que, mesmo sendo mutável, receptiva de circunstâncias, se efetiva a tipicidade poderá ser reprovada segundo o espírito do ordenamento jurídico e a consciência social ou, também por estas razões, não receber reprovação.

O juízo de censura penal não alude, portanto, somente às possibilidades humanas de alguém diante de circunstâncias excepcionais e aferidas segundo regras de determinada experiência. É análise de uma personalidade e segundo exigências da ordem jurídica.

Este raciocínio pode ser demonstrado através de um exemplo: o Código Penal Brasileiro de 1969 e que não entrou em vigor estabelecia a não punição do excesso de legítima defesa, embora a conduta fosse passível de punição a título de delito culposos, desde que ele resultasse de determinados estados de ânimo, como o medo, a surpresa ou a genérica "perturbação", escusáveis em

face da situação. Evidente que o legislador assim definiu a não punição do excesso, fundamentado no conceito de culpabilidade normativa e inexigibilidade de conduta diversa, mas valorando negativamente outros estados de ânimo como a "cólera" ou a "paixão" que, embora influentes para a "anormalidade da circunstância" ou ao "não-poder-agir-de-outro-modo" em igual força como o medo ou a surpresa, não deveriam autorizar a isenção de pena.

Enfim, em todas estas situações - cólera, paixão, medo ou surpresa - pode-se dizer que não ocorre "normal motivação" do agente, ou ainda, usando a inadequada expressão, que devido a estas situações de ânimo o agente não poderia agir de outra maneira. Contudo, por que a norma somente autorizava a isenção de pena quando "determinados" estados de ânimo, como o medo ou a surpresa, estivessem presentes? Exatamente porque nestas circunstâncias o que importa não é o efeito do estado de ânimo ou pelo menos este efeito não é o essencial, mas sim a qualidade ética da personalidade do sujeito expressada como medo, surpresa, etc. Estes ânimos podem desculpar, enquanto que o "ódio" ou a "cólera", mesmo que representem a mesma força psicológica motivante para o excesso de legítima defesa, não desculpam, pois são qualidades más, desaprovadas.

O juízo de censura penal quando valora circunstâncias como estas, não pesquisa se o agente pôde alguma coisa contra elas, ou se podia, apesar delas, ter-se motivado conforme o direito. Jorge de Figueiredo Dias resume este raciocínio quando escreve que o que "desculpa não é o estado 'psicológico' de afecto, como tal, mas a qualidade 'ética' da personalidade em que ancora. Assim, a 'perturbação' só desculpará se aparecer como efeito

estranho e exogenamente condicionado relativamente ao valor da personalidade" (138). Certamente que circunstâncias exógenas podem facilitar sobremaneira a prática do ilícito. Mas o grau deste comprometimento jamais chegará às raias de excluir a liberdade de atuação. E somente se esta liberdade ficasse excluída seria correto afirmar a respeito do "não-poder-agir-de-outro-modo". Deverá, porém, ser analisada de acordo com a personalidade do sujeito que atuou, mesmo que para isso seja necessário considerar uma personalidade de "tipo médio", ou aquela exigida pela ordem jurídica.

Sob este aspecto a doutrina de Eduardo Correia é importante. Segundo Correia, quando alguém exerce conduta ilícita, o faz porque não respeitou os valores ou interesses que a ordem jurídica quer preservar, podendo ser censurado por não ter modelado a sua personalidade de modo a obedecer as exigências do direito (139). A "inexigibilidade de conduta diversa" tem exatamente este conteúdo: a construção da personalidade em harmonia com os valores assumidos pelo direito.

Um juízo de censura penal que observe tal concepção, deverá investigar a personalidade do sujeito em sua existencialidade, ou seja, paralelamente à consideração dos interesses que o ordenamento expõe ao intérprete do direito, deverá o juiz reconhecer os valores acolhidos como influentes no proceder do réu, verdadeiros sustentadores da personalidade deste e assim estabelecer o grau de exigibilidade de diverso comportamento (140). São os primeiros delineamentos de uma teoria da culpa pela for-

mação da personalidade.

Para traçar-se as linhas mestras do raciocínio que envolve o princípio da "inexigibilidade", é imprescindível um posicionamento sobre o próprio conceito material de culpa penal. A partir deste conceito poder-se-á esclarecer alguns pontos, aqueles basilares do juízo de culpabilidade.

Há de se concordar com Figueiredo Dias que as teorias psicológica e normativa da culpabilidade nada disseram sobre qual seja o conteúdo da culpa penal ou sobre a valoração em que se traduz (141). Estas teorias não expuseram bases filosóficas seguras para se aplicar com exatidão o princípio da "inexigibilidade" ou aquele maior, o gênero, o princípio da culpa.

A liberdade do homem, não pode ser negado, é o âmago da solução deste problema. Fundamento e justificativa de todas as condutas humanas é a raiz ontológica da culpa penal devendo assim ser necessária, mas como pressuposto, para a definição de culpa. A liberdade é o verdadeiro campo de pesquisa para a identificação e graduabilidade 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.

Um juízo de censura penal, portanto, que seja ético, tem na liberdade do homem seu objeto de pesquisa, seu material indubitavelmente autêntico. Tradicionalmente, seu problema decisivo consiste em perceber quando na situação concreta o sujeito agiu livremente e em que medida. Neste momento é que intervém o

princípio da "inexigibilidade de conduta diversa", como resultante da idéia de que somente pode haver punição na presença da culpa.

Desde já, como se disse, a "idéia de liberdade" a ser considerada no juízo de censura penal deve desvincular-se das considerações a respeito da "normalidade das circunstâncias" ou "poder-agir-de-outro-modo", porque obsoletas. Postura moderna, consoante uma visão ética dos comportamentos humanos, não pode estar arraigada a sentimentalismos naturalistas. Conta-se ainda com a indemonstrabilidade prática de um tal "poder" na situação concreta, como nota Figueiredo Dias (142). A liberdade deve assim ser tomada como pressuposto certo, e qualificável através dos valores que animaram a ação.

Ademais, o problema não reside somente em saber "quando" ocorreu este "poder", mas, como também foi dito, ainda em estabelecer em que medida ele foi desenvolvido. Isto não equivale a negar a teoria normativa da culpabilidade como observou Enrique Gimbert Ordeig (143), mas utilizar sua construção dogmática através de uma perspectiva da culpa penal que ficou estranha a seus idealizadores. Para a aceitação ideal da construção da "inexigibilidade de conduta diversa" a visão do estudioso deve ser holística, total - pressupõe estudos e considerações de várias ordens, enfim, pressupõe um abandono explícito do método dogmático técnico-formal de índole reducionista.

Não parece aceitável o raciocínio desenvolvido na década de 70 por Reale Jr., no sentido de ser praticável apreender o "poder-agir-de-outro-modo" através de um "processo simpaté-

tico mediato" desenvolvido pelo julgador. Segundo o mestre de São Paulo, baseado em ensinamentos de Bagolini, o juiz, através de uma reconstrução imaginária, pode determinar a subjetividade do agente, percebendo, assim, a possibilidade de sua opção. O juízo de culpabilidade quando vale-se do princípio da "inexigibilidade" promove a valorização da opção ilícita realizada. O juiz se colocaria, imaginariamente, na situação do agente, julgando sua opção e apreendendo, enfim, suas condições pessoais. Por fim o juiz valora se seria possível exigir-se do sujeito que omitisse sua ação (144).

Com efeito, a inexigibilidade não pode ser dimensionada em razão daquilo que o magistrado mediatamente sentiu ao, teoricamente, transpor-se na situação em que o agente atuou, simplesmente porque a personalidade do juiz é absoluta, tanto quanto evidentemente, singular; compreende valores que são próprios dele, juiz. Há uma simpatia e apreensão de certas motivações segundo valores personalíssimos. Será mais concebível o juiz analisar a personalidade do sujeito manifestada pela conduta típica e, através dela especialmente, estabelecer - e não imaginar - a exigibilidade da mesma ter sido lícita.

As teorias psicológica e normativa da culpabilidade até hoje estiveram ocupadas em delinear os contornos dogmáticos do conceito de culpabilidade. Ao psicologismo, flagrantemente influenciado pela política de seu tempo, é atribuído o mérito de dogmatizar o princípio da culpa penal. O normativismo soube, também em campo dogmático, atentar para o "sentimento" da inexigibilidade, contribuindo para a definição do conceito de culpabi-

lidade como censura.

Contudo, quando chega o momento de argumentar sobre o conteúdo material do conceito de culpa, sobre o objeto do juízo de culpabilidade que, por ser normativo, não é mera constatação, mas compreensão do que é a culpa mesma, a dogmática não comporta movimentos convincentes. Percebe-se que a visão se inclina para outro campo do saber: o filosófico.

NOTAS:

¹BRUM, Nilo Bairros de. Requisitos retóricos da sentença penal. p. 30.

²WÜRTEMBERGER, Thomas. "La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania", p.5: "Compito della dogmatica penalistica (interamente rivolta al diritto vigente) é afferrare concettualmente il contenuto e la costruzione dei principi giuridico del diritto penale, riordinando i singoli concetti, così acquisiti, in un sistema scientifico logicamente irreprensibile".

³TAVARES, Juarez. Teorias do delito. p.11.

⁴"apud" SANTERO, José Antônio Saiz. "El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de 'no exigibilidad'", in Anuário de Derecho y Ciencias Penales. v.13. 1960. rodapé da p.421.

⁵SOLER, Sebastian. Culpabilidade real e culpabilidade presumida, in Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal. nº 4 de 1964. p.7.

⁶REALE, Miguel. Filosofia do direito. p.59.

⁷Segundo Aníbal Bruno (Direito Penal, Tomo II, p.45.), pressuposto específico para um juízo com este significado é a imputabilidade ou maturidade ou normalidade psíquica que rende a um sujeito possibilidade de entender a importância de sua ação no mundo dos valores sociais. Enquanto a culpabilidade é expressão de um ato, a imputabilidade é um estado. É a capacidade do agente entender a ilicitude de sua ação e de autodeterminar-se segundo esta ação.

⁸BRUM, Nilo Bairros de. Ob.cit. p.97.

⁹REALE JR., Miguel. Estados de Necessidade. p.14. Até os fins do Século XIX gozou prestígio o direito penal liberal através dos postulados da Escola Clássica - responsabilidade moral e pena com fins de prevenção geral pela retribuição. Após, ensina Aníbal Bruno, por razões não meramente doutrinárias, mas práticas de combate ao crime que até então não estavam sendo satisfeitas pelo classicismo, começaram a aparecer códigos penais com nova postura ideológica: "As novas idéias causal-explicativas do crime, com suas consequências, que o positivismo criminológico desenvolvera e sistematizara,

iam iniciar novo período. Com o positivismo criminológico acolhe-se a concepção sintomática do crime e ao lado da culpabilidade com a pena retributiva, surge o critério de fundo naturalista consistente na perigosidade, corolário das medidas de segurança" (Direito Penal, Tomo I, p.48).

¹⁰"apud" ABBAGNANO, Nicola. Diccionario de filosofia. p.376.palavra "evolucionismo".

¹¹HASSEMER, in "Einführung", "apud" EUSEBI, Luciano. "L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza", in Rivista di Diritto e Procedura Penale. fasc.4 de 1983. p.1.315.

¹²ACHENBACH, Hans. "Riflessioni storico-domatiche sulla concezione della colpevolezza di Reinhard Frank", in Rivista di Diritto e Procedura Penale. fasc.3 de 1981. p.844: "Merkel considero invero come compito specifico di una vera e propria scienza 'l'informase sul mondo reale e sulle forze che in questo agiscono, così come sulla conformità alle leggi nel collegamento delle loro manifestazioni'".

¹³Ensina Juarez Tavares que na concepção dos clássicos, a "ação não desempenhava qualquer papel, como conceito isolado. Operava-se, então, quase que unicamente, como princípio de imputação, que servia para fundamentar a responsabilidade do homem pelo delito que praticasse" (Teorias do delito. p. 8.).

¹⁴Ao escrever sobre a culpabilidade psicológica, Bettiol diz que a respeito dela tanto os partidários da Escola Clássica quanto os da Escola Positiva estiveram de acordo. (O problema penal. p.146.).

¹⁵SANTAMARIA, Dario. "Colpevolezza", in Enciclopedia del diritto. v. VII, 1960. p.649: "L'azione che era stata originalmente configurata nel concetto di imputazione, quando viene isolata come forza causale tra volontà e fatto, assume un suo ruolo autonomo nella sistematica del reato e postula accanto a sè un concetto che comprenda il contenuto della volontà: questa azione è assegnata alla colpevolezza".

¹⁶SANTAMARIA, Dario. Ob.cit. p.650: "il liberalismo, in cui la punizione del reo era concepita solo per un determinato rapporto soggettivo tra il soggetto e il suo fatto".

¹⁷BETTIOL, Giuseppe. O problema penal. p.146.

¹⁸WELZEL, Hans. "El nuevo sistema del derecho penal". p.49: "Para acentuar la independencia del tipo frente a la antijuricidad y la culpabilidad (en el sentido que tenían antes), Beling decía que el tipo no contiene 'ningún juicio valorativo' y está libre de todo elemento subjetivo-anímico". (tradução de José Cerezo Mir).

¹⁹DINIZ, Maria Helena. Conflicto de normas. p.5.

²⁰SANTAMARIA, Dario. Ob.cit. p.652.

²¹SOLER, Sebastian. Ob.cit. p.13.

²²PADOVANI, Tullio. "Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza", in Rivista di Diritto e Procedura Penale, 1973. p.556.

²³TOLEDO, Francisco de Assis. Principios básicos de direito penal. p.208.

²⁴TOLEDO, Francisco de Assis. Ob.cit. p.210.

²⁵SOLER, Sebastian. Ob.cit. p.15.

²⁶ACHENBACH, Hans. Ob.cit. p.839, rodapé: "é innegabile che il concetto sistematico di colpevolezza si é sviluppato indipendentemente dalla decisione relativa all'idea della colpevolezza, il che non solo legittima ma impone per entrambi una trattazione storico-dogmatica differenziata".

²⁷SCARANO, Luigi. "La non esigibilità nel diritto penale". Napoli, 1948.

²⁸CARRARA, Francesco. "Programma di diritto penale", "apud" Scarano, Ob.cit. p.16-17: "E ciò perché - aggiunge il Carrara per il quale, come si é visto, la colpevolezza non si esaurisce nella relazione psicologica fra agente e azione, ma implica accanto al momento psicologico anche un momento normativo - 'la legge dirige l'uomo in quanto é un essere moralmente libero: onde a nessuno può chiedersi conto di un evento quale sia stata causa puramente fisica, senza esserne menomamente causa morale. Ciò basta alla imputazione morale. Ma di più l'azione, che vuole rinfacciarsi all'uomo come delitto, oltre ad essere a lui moralmente attribuibile come atto volontario, deve poterglisi rinfacciare come atto biasimevole".

²⁹CARRARA, Francesco, "apud" SCARANO, Luigi. Ob.cit. p.18: "Il giudizio di colpevolezza dunque, pur presupponendolo, non si identifica col giudizio di antisociabilità operato dalla norma, ma si sostanzia in un giudizio di biasimo (...). Si tratta di due giudizi nettamente distinti, che operano su due piani diversi della realtà". Segundo esta interpretação do pensamento de Carrara, não é possível concordar com Odín Americano quando afirma que apesar de Carrara concluir que para existir a reprovação de um fato instável, além da força física, a moral, basta, no entender do italiano da Escola Clássica, o liame psicológico para integrar a culpabilidade (Da culpabilidade normativa, in Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria. p.330.).

³⁰MACHADO, Luiz Alberto. Direito criminal. p.138.

³¹SCARANO, Luigi. Ob.cit. p.6: "Tutto ciò non costituisce per noi una novità. Già il Filangieri aveva osservato che chi agisce in circostanze eccezionali non può essere dichiarato colpevole".

³²Excluindo esta decisão da Corte de Palermo, os apontamentos de Scarano contradizem a maioria dos estudos históricos sobre o tema. Estes, apontam o clássico episódio do "Leinenfänger" (cavalo indócil que não obedece às rédeas), julgado pelo Reichsgericht em 23.5.1897, como o primeiro julgamento que se ocupou da inexigibilidade como causa de exculpação. Neste sentido lembra o professor Luiz Alberto Machado (Direito criminal. p.138.), bem como CANTERO, José Antônio Saiz ("El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de 'no exigibilidad'". p.433-4).

³³SCARANO, Luigi. Ob.cit. p.2-3: "La dottrina della non esigibilità rappresenta storicamente la reazione della scienza di fronte alla disposizione penale tedesco intorno allo stato di necessità, ritenuta 'troppo angusta per una materia così vasta'".

³⁴Scarano afirma que a jurisprudência penal alemã foi buscar esta nomenclatura em outros ramos do direito, notadamente no civil e no processo civil. Estes ramos utilizavam a expressão "Zumuntbarkeit" para significar a capacidade do homem normal de satisfazer a pretensão da outra parte: "il giudice deve indagare e decidere quando, per l'intervento di circostanze eccezionali, non era umanamente esigibile la soddisfazione del credito da parte del debitore" ("La non esigibilità...p.2, rodapé). Acrescenta que no pará. 141 era disposto "che la parte é esente dall'obbligo di comparizione quando

per ragione importanti non si può esigire l'osservanza di termini" (ob. e p. cits.). Também o parág. 1.568 BGB faz referência ao princípio quando possibilita o pedido de separação matrimonial quando não mais exigível uma vida em comum.

Citando Reichel, observa ainda Scarano, que somente com a aceitação da "não exigibilidade", por exemplo, pôde a cláusula "rebus sic stantibus" ser reconhecida como princípio de direito contratual. ob. e p. cits.).

³⁵BARATTA, Alessandro. "Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza". p.18: "certo siamo qui in presenza di un fenomeno abbastanza comune nella vita del diritto, quello del consolidamento giurisprudenziale di un principio nella formazione del quale confluiscono la pressione della coscienza sociale e l'elaborazione dottrinarial".

³⁶ACHENBACH, Hans. Ob.cit. p.845: "Era semplicemente la concezione sostenuta dalla scuola naturalistica, con Von Liszt in testa, del nuovo concetto sistematico di colpevolezza".

³⁷BALESTRA, Carlos Fontán. "Derecho penal". p.283: "La no exigibilidad de otra conducta es, en el fondo la esencia de todas las causas de justificación". O autor, ao assim escrever - 1957 -, quis adaptar a doutrina da "não exigibilidade" com a posição do Código Penal Argentino, que adotava a teoria psicológica da culpabilidade e portanto dificultava o reconhecimento daquele princípio apresentado pelo normativismo. Para doutrinar a importância penal da "não exigibilidade", Balestra considerou a mesma como causa geral e supralegal, inclusive de exclusão da ilicitude: "A nuestro juicio, dentro de la concepción psicológica de la culpabilidad, que ha seguido nuestra ley, esa institución estaría acaso mejor situada en el grupo de las causas que excluyen la antijuricidad y como un caso de justificación supra legal, sobre todo si nos atenemos a la tesis del 'interés y del deber preponderante' (Jimenez de Asúa, Tratado, Tomo III, p.926, nº 1.279)"(ob. e p. cits.).

³⁸SCARANO, Luigi. Ob.cit. p.11:"Lo aveva avvertito in tempi remoti esatamente Aristotele - 'Etica Nicomachea', Leipzig, 1912, I, 12, 11016. E appunto perciò, contrariamente a quanto concordemente si afferma, non costituisce né può costituire una conquista recente della scienza moderna".

³⁹REALE JR., Miguel. Estados de necessidade. p.74; BARATTA, Alessandro, "Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza". p.17: "Qui il principio del 'bilanciamento dei beni o dei doveri', che presiedeva alla teria dei conflitti, attribuiva una netta prevalenza alla vita della madre, secondo l'orientamento dominante nella coscienza sociale; mancava però una norma positiva che ne legittimasse l'applicazione". REALE JR., Miguel. Antijuridicidade material. p.105: "O cerne do problema, ou seja, a antijuridicidade material como caráter anti-social do crime, em seu conteúdo contrário aos fins da ordem jurídica, surge em virtude de meditação sobre dois problemas: o estado de necessidade, e a ação hoje denominada socialmente adequada".

⁴⁰BARATTA, Alessandro. "Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza". p.18-9: "il movimento del diritto libero apprestava allo 'Stato di diritto' borghese i mezzi tecnici più delicati per superare la frattura sempre più grave tra l'ordinamento astratto e la realtà sociale".

⁴¹BOBBIO, Norberto. "Teoria dell'ordinamento giuridico". p.132: Nei tempi moderni il dogma della completezza é diventato parte integrante della concezione statualística del diritto, cioè di quella concezione che fa della produzione giuridica un monopolio dello stato".

⁴²BOBBIO, Norberto. Ob.cit. p.133: "Il codice è per il giudice un prontuario che gli deve servire infallibilmente e da cui non può scortarsi".

⁴³BOBBIO, Norberto. Ob.cit. p.135: "Ebbene i sostenitori della nuova scuola affermano che il diritto costituito è pieno di lacune, e per riempirle bisogna affidarsi principalmente al potere creativo del giudice".

⁴⁴BOBBIO, Norberto. Ob.cit. p.139: "I rapporti tra scuola del diritto libero e sociologia giuridica sono molto stretti: sono due facce della stessa medaglia. Se il diritto era un fenomeno sociale, un prodotto della società (nelle sue molteplici forme) e non soltanto dello stato, il giudice e il giurista dallo studio della società, della dinamica dei rapporti tra le diverse forze sociali, e dagli interessi che queste rappresentavano, dovevano ricavare le regole giuridiche adeguate ai nuovi bisogni, e non dalle regole morte e cristallizzate dei codici".

⁴⁵ACHENBACH, Hans. Ob.cit. p.846: "La nuova tesi, sostenuta dalla filosofia neokantiana, dell'indipendenza metodologica della giurisprudenza quale scienza dei valori, in contrapposizione alle scienze naturalistiche, doveva portare a dei cambiamenti anche nell'ambito dei concetti sistematici".

⁴⁶Bettiol considerou a "jurisprudência dos interesses", as correntes do "direito livre", a necessidade de libertar o juiz de qualquer vínculo formal, como idéias que encontraram logo acolhimento no âmbito do marxismo do final do Século XIX (O problema penal. p.195.).

⁴⁷BETTIOL, Giuseppe. "Scritti giuridici". Tomo I. p.334-5 e 337: "Interesse e criterio per la misura dell'interesse sono quindi concetti relativi, ma concetti che devono essere tenuti tra di loro distinti. Ed è per non avere saputo distinguere i due concetti che taluni hanno abbandonata la corrente della giurisprudenza degli interessi, affermando che questa designa unicamente il compito della attività giurisprudenziale senza offrire dei criteri di misura".

⁴⁸MEZGER, Edmund. Tratado. v.2. p.45, "apud" TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. p.212.

⁴⁹ACHENBACH, Hans. Ob.cit. p.853: "La normatività del suo concetto di colpevolezza è limitata all'aspetto terminologico".

⁵⁰ACHENBACH, Hans. Ob.cit. p.855: "In questo, e non nella fondazione di una 'dottrina normativa' sta la sua vera importanza".

⁵¹Sobre Freudenthal escreveram SANTAMARIA, Dario ("Colpevolezza", Enciclopedia del Diritto. v.VII, 1960. p.654-5.) e CANTERO, José Antonio Saiz ("El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de 'no exigibilidad", in Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. v.13, 1960. p.436-7.).

⁵²Escreve Mezger: "A lei descreve determinados fatos nos quais intenta exprimir a relação entre o fato e a personalidade do autor, em que precisamente tínhamos visto a essência da culpa. Mas estes fatos isolados, considerados como tais, constituem uma parcela, e somente uma valoração 'normativa' ulterior obtém o seu sentido e configuração definidos. Nisto se funda o valor específico do conhecimento teórico que nos permite a viragem para a concepção normativa". (A culpa no moderno direito penal, in Revista "Justitia", 1966. v.54. p.16.).

⁵³CANTERO, José Antonio Saiz. Ob.cit. p.441-2.

⁵⁴PADOVANI, Tullio. Ob.cit. p.567: "Si comincia così a percepire l'evoluzione della 'normale motivazione', da dato 'psichico' ad oggetto di una valutazione normativa svincolata da un rapporto psichico 'reale' con l'agente, o puramente 'sintomatica' di tale rapporto".

⁵⁵PADOVANI, Tullio. Ob.cit. p.558-9: "Un punto va tuttavia messo in evidenza: che fin dalla sua prima elaborazione, nel noto saggio di Frank de 1907, quest'ultima si staccò nettamente dalla concezione psicologica, perché rinunziò a costruire la colpevolezza come concetto di genere, mas si sforzo di intenderla non più come l'astrazione degli elementi comuni nel dolo e nella colpa, ma come un concetto normativo 'unitario', distinto e 'non riducibile' ad alcune delle sue componenti 'materiali'".

⁵⁶MEZGER, Edmundo. A culpa no moderno direito penal, in Revista "Justitia", 1966. v.54. p.16.

⁵⁷Cabral de Moncada distinguuiu a jurisprudência dos conceitos e a jurisprudência dos interesses, ou dos valores legais: "a primeira consiste na interpretação das leis sob critério exclusivamente logista; por isso, preserva o culto da lei e representa o resultado estrito da vontade do legislador. Prepondera o formalismo jurídico. Para a jurisprudência dos valores - como método de interpretação e aplicação do direito - a dedução lógica dos conceitos é insuficiente. Com efeito, o juiz deve questionar os interesses que o legislador realmente visou proteger. Estes interesses devem coincidir com os fins e valores pertencentes ao meio social" ("apud" AZEVEDO, Luiz Carlos de. Função da jurisprudência nos conflitos entre a lei natural e a lei positiva, in Caderno de Direito Natural. v.1. p.33.).

⁵⁸BRICOLA, Franco. "Teoria generale del reato", in Novissimo Digesto Italiano. v.XIX, citando Fiore, p.63: "i termini dell'incriminazione non concretano semplicemente nel divieto della lesione di un bene, ma essenzialmente nel divieto di un 'certo tipo di comportamento' lesivo del bene, ovvero che, a differenza di quanto accade nel diritto civile, nel diritto penale (...) la protezione dei beni giuridici e la responsabilità la loro lesione sono concepiti unicamente come reazione dell'ordinamento 'ad una specie particolare di condotta lesiva del bene'".

⁵⁹Como relata Hans Welzel, Dohna, na Alemanha, contribuiu sensivelmente para a compreensão do conceito normativo de culpabilidade consignando o juízo de culpabilidade como "valoração". Dohna separou o juízo de culpabilidade - "valoração" - de seu objeto, o dolo. Destacou-se dos demais autores que, apesar dos esforços, não haviam conseguido esclarecer a pureza que deve ser inerente ao juízo de culpa normativo. Foi seguindo o caminho proposto por Dohna que a doutrina da Ação Finalista após situou dogmaticamente o dolo como elemento subjetivo do tipo. O Finalismo veio consolidar a purificação do conceito de culpabilidade. Culpabilidade é a censura sobre a vontade final, ou seja, um juízo sobre a formação desta vontade, se ela podia ter-se formado conforme o direito: "El supuesto 'vaciamiento del concepto de la culpabilidad' es, en realidad, su depuración de elementos extraños" (WELZEL, Hans. "El nuevo sistema del derecho penal", tradução de José Cerezo Mir. p.84.).

O Código Penal Brasileiro - Lei nº 7.209 de 1984 - acolhe a teoria finalista da ação no que concerne à culpabilidade. Assim o faz quando versa sobre o erro, reconhecendo-o sobre elementos do tipo para excluir o dolo e permitindo a condenação pelo resíduo culposos da conduta se a punibilidade for permitida. Admite, igualmente, o erro de proibição para excluir, somente, a culpabilidade. Culpabilidade de acordo com o finalismo reúne, como principais critérios para a formulação do juízo, a imputabilidade, o potencial conhecimento da ilicitude e, em suma, a exigibilidade de conduta diversa.

⁶⁰WELZEL, Hans. "El nuevo sistema del derecho penal". p.25-6: "La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer 'final' y no solamente 'causal'. La 'finalidad', o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede

prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta. La voluntad final, como factor que configura 'objetivamente' el acontecer real, pertenece, por ello, a la acción" (tradução de José Cerezo Mir).

⁶¹WELZEL, Hans. "La posizione dogmatica della dottrina finalista dell'azione", in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, de 1951. p.3.: "La semplice difesa dei beni giuridici ha una finalità puramente negativo-preventiva, di polizia, mentre il compito centrale del diritto penale è di natura positiva, etico-sociale (...) educa il giudizio etico-sociale dei cittadini e rafforza in loro un duravole atteggiamento di fedeltà verso la legge. In questa funzione etico-sociale sta il compito più importante del diritto penale".

A participação do direito penal no mundo da cultura em tempos modernos, deve trazer esta contribuição aventada por Welzel. Agora, em campo de execução da pena, é muito difícil, face todas as experiências passadas e tentativas atuais, o direito punitivo visar uma reeducação do criminoso através de terapêuticas medicinais ou pedagógicas. Melhor dizendo, se a punição concreta objetiva também a educação, esta deve ser encarada como mero efeito seu, e não exatamente como um fim do direito penal. Como pensou Bettiol, a pena retributiva não pode idealizar um "terror", antes deve pretender educar, "este aspecto pedagógico não é, porém, considerado um fim precípua da pena retributiva. Ela não pode estabelecer fins a si mesma sem se renegar, pois que é nela própria que encontra a sua razão de ser; mas justamente por ser 'retributiva', ela informa por si a consciência individual e educa, assim, a massa dos cidadãos". (O problema penal. p.181.). Em suma, a educação não é um fim que a pena deva a todo custo procurar atingir, mas um efeito de seu modo de ser retributivo.

O sistema de execução penal, resguardando as condições necessárias para que a vivência carcerária não afete outros direitos do condenado a não ser sua liberdade - no caso de pena de prisão -, deve ser ético com este significado. Nas palavras de Carlos Adalmyr Condeixa da Costa: "A eticização do direito penal e a colocação da ciência na normatividade, propiciarão, sem demagogias e sentimentalismos, a reação contra o crime com justa retribuição pelo mal causado ao meio social àqueles cuja personalidade criminosa precisam ser submetidos a um tratamento prisional capaz de amolecer seus hábitos e suas tendências delituosas. Enfim, dá-se novo sentido ao direito penal que se volta intensamente à personalidade moral e ao caráter dos homens". (Presupostos existenciais do crime. p.43.).

⁶²CONDEIXA DA COSTA, Carlos Adalmyr. Dolo no tipo. p.62: "Será até uma demasia afirmar não dever ser a valoração do resultado o mais relevante para o Direito Penal, senão que o juízo deve recair sobre o desvalor da ação praticada pelo agente. Tudo porque a relevância penalística está em valorar e desvalorar a ação humana, como verdade de razão lógica e ontológica".

⁶³Também em relação à ilicitude é desenvolvido um juízo mas "que surge quando o facto material é referido às exigências de tutela da norma jurídica". (BETTIOL, Giuseppe. O problema penal. p.150.). O juízo de ilicitude e de culpabilidade possuem o mesmo objeto, a conduta típica, entretanto, observam este mesmo objeto por ângulos diferentes. O juízo de culpabilidade é ainda mais complexo, investiga os motivos determinantes da conduta.

A princípio, pode ser afirmado que o juízo de ilicitude coincide com o de tipicidade. Entre nossos juristas, Miguel Reale Jr. através de substancial trabalho, sustentou que o juízo de tipicidade e o de antijuridicidade são idênticos em conteúdo, inexistindo a própria adequação típica quando ocorre uma causa de justificação: "a ação típica é antijurídica, pois se a função do direito é impor valores e defendê-los, a antijuridicidade consiste

no ajuizamento de que foi a ação animada por um desvalor, isto é, realizada de modo típico, a revelar sua contrariedade ao valor tutelado. Constituem um mesmo momento o juízo de tipicidade e o de antijuridicidade, correspondendo à culpabilidade como juízo de valor, significar a reprovabilidade da ação injusta". (Antijuridicidade concreta. p.48-50.). Com semelhante raciocínio Luiz Alberto Machado escreveu que no Direito Penal o "injusto é típico, referindo-se, portanto, tanto ao tipo como à 'antijuridicidade'. Tipo e 'antijuridicidade' formam, verdadeiramente, uma só e única estrutura". (Direito Criminal. p.119).

⁶⁴De maneira contrária entendeu WÜRTEMBERGER, Thomas. "La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania". p.81-94.

⁶⁵BARATTA, Alessandro. "Positivismo giuridico e scienza del diritto penale". p.15: "Con il principio di legalità e la netta distinzione tra diritto e morale, con queste che sono tra le sue più importanti affermazioni, il positivismo giuridico non avrebbe certo potuto impedire alla violenza di asservire ai propri fini il diritto, ma avrebbe almeno potuto porre un duplice limite a questo processo di degenerazione".

⁶⁶BARATTA, Alessandro. "Positivismo giuridico e scienza del diritto penale". p.21: "È questo un insuperabile pessimismo? Non lo è e non vuole esserlo. Ma per superare questa visione disincantata della realtà umana non basta certo 'superare' con generosi tratti di penna, o con idee ancora più generose, il positivismo giuridico, che da questa visione discende: occorre prima aver cambiato la realtà che in essa si rispecchia".

⁶⁷TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. p.165. RODRIGUES DE SOUSA, Adalberto R. R. Estado de necessidade, introdução. p.XVIII.

⁶⁸RODRIGUES DE SOUSA, Adalberto R. R. Estado de necessidade. p.46. O Código Penal Brasileiro de 1969 que não chegou a entrar em vigor, acolhia em seu artigo 25 o estado de necessidade excludente da culpabilidade.

⁶⁹São Paulo, 1974. Neste trabalho Miguel Reale Jr. faz referência, por exemplo, às doutrinas de Von Liszt (através da noção de bem jurídico formulada por Binding, Liszt distinguiu por primeiro o que seria formal e materialmente ilícito), de Graf zu Dhona (com base na filosofia de Stammler, considerou que a ação é ilícita quando a conduta não se propôs a atingir os fins pretendidos pelas instituições jurídicas, ou seja, o meio empregado não se voltou a fins justos), de Mayer (conduta ilícita é a contrária à norma de cultura reconhecida pelo Estado) e à de Sauer e Mezger, todos influentes na Alemanha. Alude ainda às doutrinas de Antolisei (Realismo) e Bettiol (Teleologismo), que foram as repercussões italianas contra o tecnicismo de Rocco, expressão maior do positivismo jurídico na península.

⁷⁰REALE JR., Miguel. Antijuridicidade concreta. p.6.

⁷¹REALE JR., Miguel. Antijuridicidade concreta. p.134-5.

⁷²REALE JR., Miguel. Antijuridicidade concreta. p.136.

⁷³REALE JR., Miguel. Antijuridicidade concreta. p.136.

⁷⁴Ao propor uma nova dogmática ao conceito de crime, Hans Welzel, mesmo sustentando que o delito é ação final, típica e culpável, na edição de 1961 da obra O novo sistema de direito penal, admite a concepção da adequação social da conduta como exclusão da tipicidade. Para Welzel o tipo não é uma descrição desvalorativa, mas a seleção de condutas que supõem infrações graves, condutas vetadas pela ordem ético-social e que por isso devem ser

punidas com maior severidade. Diz o mestre de Göttingen: "En la función de los tipos de presentar la 'muestra' de la conducta prohibida se pone de manifiesto que las formas de conducta seleccionadas por ellos tienen, por una parte, un carácter social, es decir, se refieren a la vida social, pero, por otra parte son inadecuadas a una vida social ordenada. En los tipos si advierte la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del Derecho Penal: indican las formas de conducta que suponen una infracción grave de los órdenes históricos de la vida social (...). La adecuación social es en cierto modo la falsilla de los tipos penales: representa el ámbito 'normal' de la libertad de acción social, que les sirve de base y es supuesto 'tacitamente' por ellos. Por esto quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas aunque pudieran ser aún subsumidas en ellos - según su tenor literal" ("El nuevo sistema del derecho penal". p.53 e 56, tradução de José Cerezo Mir).

Apesar disso, não considera que as normas que prevêem as excludentes da ilicitude sustentem condutas adequadas socialmente: "como ámbito normal de libertad de acción social se diferencia la adecuación social de las causas de justificación porque éstas conceden también una 'libertad' de acción, pero de naturaleza especial; se trata de un 'permiso especial', de una 'autorización' para realizar acciones típicas, es decir, socialmente inadecuadas". p.56.

Welzel não vê a causa de justificação como atípica mas somente lícita porque procura atacar a chamada doutrina das "circunstâncias negativas do tipo". Esta doutrina, segundo ele, não reconhece a relevância que deve ser considerada à distinção entre o que é "juridicamente irrelevante" e o que é "juridicamente permitido". As causas de exclusão do crime prevêem permissões especiais onde o tipo pode ser realizado. Diz Welzel que "la doctrina de las circunstancias negativas del tipo es un brote tardío de la antigua teoría de los imperativos que desconocía la significación independiente de las autorizaciones". ("El nuevo (...)". p.58.).

Esta posição de Welzel consistiu apenas uma maneira própria de conceber analiticamente o crime.

⁷⁵ REALE JR., Miguel. Antijuridicidade concreta. p.53: "Mas toda ação típica é antijurídica? A nosso ver, sim. E as causas de justificação? Ocorrendo a causa de justificação não há a adequação típica. Ao atuar em legítima defesa, o agente quer, por exemplo, matar o agressor, mas não age, pressupõe o legislador, em função de um menosprezo ao valor vida, mas em função de um outro valor, cuja positividade também é tutelada por outros modelos jurídicos, qual sejam os valores vida, integridade física, honra, patrimônio, segurança do estado".

⁷⁶ Como já alertou Luiz Alberto Machado "in" Estado de necessidade e exigibilidade de outra conduta, Revista de Direito Penal. n97/8, 1972. p.37.

⁷⁷ Embora a interpretação do artigo 20 do Código Penal permita alcançar a orientação desta teoria quando o agente tenha atuado somente com culpa.

⁷⁸ BALESTRA, Carlos Fontán. "Derecho penal". p.283.

⁷⁹ SCARANO, Luigi. "La non esigibilità nel diritto penale". p.70

⁸⁰ Considerou a jurista italiana Patrizia Borsellino que modelo é hoje uma expressão muito difundida e pode ser entendida como um "schema, una struttura che riprocede in forma semplificata un fenomeno o un procedimento reale, e che, grazie all'evidenza accordata agli aspetti e agli elementi maggiormente rilevanti, può risultare utile sia, da un punto di vista cognitivo, per meglio rappresentare il fenomeno o il procedimento, sia, de un punto di vista pratico-operativo, per consentirne una valutazione ed eventualmente una

modificazione". (L'analogia nella logica del diritto: un contributo di Norberto Bobbio alla metodologia giuridica", in Rivista Internazionale di Filosofia, janeiro/março de 1985. p.4.).

⁸¹BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra, 1970. p.226.

⁸²Segundo versão de JARDIM LINHARES, Marcelo, "in" Legítima defesa. p.129.

⁸³WELSSELS, Johannes. Direito Penal - Parte Geral. p.65.

⁸⁴PETROCELLI, Biaggio consignou que a antijuridicidade e a culpabilidade não podem ser tratadas como valores distintos, pois o ilícito é um desvalor único: "ma ciò che bisogna avvertire, per cogliere una delle deficienze fondamentali della dottrina normativa, è che la necessità di un tale rapporto non riguarda in modo speciale la colpevolezza, bensì il fatto giuridico nella sua totalità". ("La colpevolezza". p.104-5.). Para Petrocelli o ilícito é um desvalor único, todo o culpável baseia-se numa referência à norma jurídica. Se há distinção, a mesma é justificada somente por razões metodológicas. Enfim, se a culpabilidade é normativa, um desvalor ao ordenamento jurídico, ela se identifica com a própria ilicitude.

⁸⁵REALE JR., Miguel. Estados de necessidade. p.38. Com ponderação, ainda escreveu DOTTI, René Ariel, que "a ordem jurídica de um Estado é formada por uma pluralidade de normas através das quais se procura fixar o 'dever ser' da existência em sociedade e essa pretensão do 'dever ser' da vida social é referida através de valores, valores esses que são instituídos pelas normas jurídicas e, no que diz respeito ao nosso tema, pelas normas penais". (Aspectos da antijuridicidade, in Revista do Ministério Público do Paraná, 1976, 6:171.).

⁸⁶REALE JR., Miguel. Estados de necessidade. p.39: "Na antijuridicidade, a norma que se opõe como valor, para cujo desrespeito é indiferente à posição axiológica do agente. Na culpabilidade muda-se a perspectiva, não mais do geral ao particular, mas um conflito entre os dois valores, o que se põs como motivo do agir e o valor do direito como dever ser".

⁸⁷NÓBREGA DE ARAÚJO, Vandyck. Fundamentos aristotélicos do direito natural. p.64.

⁸⁸NÓBREGA DE ARAÚJO, Vandyck. Fundamentos aristotélicos do direito natural. p.68.

⁸⁹A função da jurisprudência nos conflitos entre a lei natural e a lei positiva, in Caderno de Direito Natural, nº 1. p.35.

⁹⁰DEL VECCHIO, Giorgio. "Sui principí generali del diritto". p.22-3: "Il diritto positivo ha pur esso, nel fondo, una certa razionalità: che se non è addirittura la 'ratio naturalis', è almeno - come spiegava il Vico medesimo - una 'ratio civilis', espressione parziale di quella".

Ainda doutrina Del Vecchio que "il nesso tra le dottrine generali intorno al diritto, dominanti nel pensiero di un certo tempo, e le statuizioni legislative maturate nel tempo medesimo, potrà essere più o meno facile da scoprire: ma non può mancare, ci è verò che 'questo mondo civile certamente è stato fatto dagli uomini, e pero i suoi principí si debbono ritrovare nella nostra medesima mente umana': se è vero, in altri parole, che lo stesso spirito umano genera il diritto e come fenomeno e come idea" (p.25.).

⁹¹É comum os escritores de direito penal no Brasil, consignarem a "inexigibilidade" como um princípio de direito penal e que assim dispensa pre-

visão legal expressa. Assim, Assis Toledo (Princípios básicos de direito penal. p.316), Aníbal Bruno (Direito penal. Tomo II. p.106.), Alberto Machado (Direito criminal. p.147.), Oliosí de Oliveira (Da inexigibilidade de outra conduta. p.99-111.).

⁹² Julgamentos que admitiram a "inexigibilidade de conduta diversa" como princípio de direito penal, em juízos de censura penal, tem-se: TACrim. - SP-JUTACrim. 96/106; TACrim. - SP - Ac. 504.9/0-2; TACrim. - SP - JUTACrim. 91/375. Contra esta posição, por exemplo, TJMG 74/187 ("in" SILVA FRANCO, Alberto et alii. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. p.87-8.).

⁹³ BARATTA, Alessandro. "Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza". p.70-1: os princípios jurídicos são "l'insieme di quegli orientamenti teleologici o 'valori' che sono propri di una società in un dato momento storico e che, come tali, ispirando la formazione e l'interpretazione delle norme positive, hanno un contenuto deontologico eccedente quello delle norme positive stesse, nel senso che essi mai completamente si possono considerare positivizzati nelle norme e nella vivente interpretazione di esse".

⁹⁴ BARATTA, Alessandro. "Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza". p.72-3: "Sono di fatti i principi generali che permettono, non solo la continua integrazione, ma anche la continua evoluzione del diritto vigente, che sono alla base dell'interpretazione integrativa e di quella evolutiva del diritto". "(...) i principi generali del diritto acquistano il significato di principi orientativi per la produzione, per l'interpretazione e per la sistemazione del diritto vigente (...). Essi costituiscono gli orientamenti etico-politico di una società, i quali, esprimendosi nelle regole vigenti, ne 'eccedono' sempre il contenuto deontologico, come il pensiero eccede sempre le forme nelle quali esso si è espresso (...)"

Raciocínio semelhante demonstrou Paulo José da Costa Jr. ao dizer que através dos princípios gerais far-se-á a integração e a evolução do direito. Os princípios gerais se antepõem mesmo às normas consubstanciadas na lei. Consta Costa Jr. as normas de cultura ou de civilização, que não podem servir a este fenômeno, pois "uma coisa é decidir extra-legalmente à luz de valores, que são objetivos, apreendidos (e não criados) pela sensibilidade valorativa. Outra é fazê-lo sob o critério das diretrizes culturais, que, por estarem à mercê da opinião pública, estão impregnadas de fluidez e de uma certa consistência (Considerações em torno da supra-legalidade no direito penal, in Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, nº 6, 1964. p.24.).

⁹⁶ BARATTA, Alessandro. "Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza". p.74-5: "L'insieme delle norme positive (ordinamento giuridico in senso stretto, staticamente considerato) non è il 'diritto' che viene applicato quotidianamente e che vive e si evolve storicamente: questo è costituito dalle norme 'e' dai 'principi generali', i quali, non essendo positivizzati del tutto nelle norme, sono la base di una continua integrazione del contenuto di esse e la ragione del loro evolversi nella prassi".

Acentuou Norberto Bobbio que esta posição de Baratta - seguidor da doutrina de Betti - representou uma revolta a comum opinião ancorada ao dogma do positivismo. Escreveu que Baratta e Betti sustentaram a tese da "funzione etero-integrativa dei principi generali, attribuendo loro 'una forza di espansione, non meramente logica, ma assiologica...tale da trascendere il mero diritto positivo'". Representa, inegavelmente, uma valorização pela doutrina da função criativa do juiz ("Principi generali di diritto", in Novissimo Digesto Italiano. v.XIII. p.892.).

⁹⁷ NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. Teoria geral do tributo. p.48.

⁹⁸ NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. teoria geral do tributo. p.53. A

base doutrinária de Navarro Coêlho foi Hart ("El concepto del derecho", Buenos Aires, 1968), para quem "(...) nos sistemas em que a lei é uma fonte formal do direito, os tribunais ao decidirem os casos estão obrigados a tomar em conta uma lei pertinente, ainda que, sem dúvida, tenham uma considerável liberdade para 'interpretar o significado da linguagem legislativa'. Mas às vezes o juiz tem muito mais que liberdade de interpretação. Quando considera que nenhuma lei ou outra fonte formal de direito determina o caso a decidir, pode fundar a sua decisão, por exemplo, em um texto do 'Digesto' ou obra de algum jurista francês (...)". (Ob.cit. p.52.).

⁹⁹ Os destinatários das normas penais são os entes públicos, se aqui for concebida a teoria Kelseniana sobre as normas jurídicas primárias. Para Kelsen as normas primárias seriam aquelas que prescrevem penas pelo emprego da força, por exemplo: "matar, pena x". As normas secundárias seriam lógicas derivações das primárias. Exemplo: "é proibido matar". Isto porque o direito vale-se da "técnica indireta de motivação", onde a norma jurídica utilizaria-se de castigos para punir a conduta inversa da desejável.

Através do enunciado da norma primária, segundo Kelsen é possível extrair por derivação o enunciado da norma secundária. Em razão desta construção, Kelsen considerou que destinatários das normas primárias seriam os juizes e funcionários estatais. Estas normas primárias, ainda, poderiam valer-se de qualquer dos modais deonticos "obrigatório", "proibido", ou "permitido" (Teoria pura do direito. v.I. "apud" Navarro Coêlho. Ob.cit. p.19-20.).

No caso das normas penais tipos, o modal deontico da norma primária seria o "obrigatório" e o "permitido". Das normas primárias, que descrevem as excludentes da ilicitude por exemplo, o modal seria o "proibido".

Neste sentido foi a doutrina de Ihering (1884), como noticia Norberto Bobbio: "Lo Ihering partiva da una rigida dottrina statualistica e coazionistica del diritto, in base alla quale definiva il diritto come 'il complesso delle norme coattive vevoli in uno stato'. Di qua discendeva le norme giuridiche propriamente dette, cioè quelle che costituivano un ordinamento normativo fondato sulla coazione, erano quelle diretti agli organi dello stato" ("Teoria della norma giuridica". p.144.).

Estas concepções podem ser aceitas em princípio e formalisticamente em relação às normas penais, havendo sérias restrições se observadas as demais normas do ordenamento. D'outro lado, é preferível afirmar que efetivamente as normas penais se dirigem "primeiramente" aos órgãos do Estado, mas não menosprezando a função orientadora das normas penais com relação aos cidadãos. Se aproximado o direito penal da teoria geral do direito, tornam-se convenientes as considerações de Ihering e Kelsen.

Assim, a tipificação de condutas nada mais significa que uma resposta à exigência constitucional de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei (inciso II do artigo 5º). A tipificação cumpre a tarefa de autorizar os destinatários da norma primária a punir, esclarecendo os limites do permitido e do proibido.

As normas positivas que definem excludentes da ilicitude ou dirimentes da culpabilidade têm a função de alertar este destinatário da norma de que, nas hipóteses que contemplam, a punição não está autorizada, é proibida. Quanto à exclusão da culpabilidade, na verdade traduzem um princípio da Ciência do Direito Penal, de que em certas situações, excepcionais em primeira análise, em relação ao sujeito que pratica a conduta típica, não se pode exigir comportamento conforme o direito.

¹⁰⁰ BOBBIO, Norberto. "Teoria dell'ordinamento giuridico". p.183: "Accanto ai principi generali espressi vi sono quelli inespressi, cioè quelli che si possono ricavare per astrazione da norme specifiche o per lo meno non molto generali: sono principi, ovvero norme generalissime, che vengono for-

mulate dall'interprete, il quale cerca di cogliere, comparando norme apparentemente diverse tra loro, quel che comunemente si chiama lo spirito del sistema". Considera também o autor: "Per me non c'è dubbio: i principi generali sono norme come tutte le altre". (Ob.cit. p.181.).

¹⁰¹ REALE, Miguel. Filosofia do direito. p.62. Reale sustenta que o "jurista não precisaria estar autorizado pelo legislador a invocar princípios gerais, aos quais deve recorrer sempre, até mesmo quando encontra a lei própria ou adequada ao caso. Não há ciência sem princípios, que são verdades válidas para um determinado campo do saber, ou para um sistema de enunciados lógicos". (Ob. e p. cits.).

¹⁰² Neste sentido decidiu a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça Criminal em 23 de maio de 1990, com destaque para o voto do Min. Assis Toledo ("in" Revista dos Tribunais, 660:358-65).

¹⁰³ SAMPAIO FERRAZ, Tercio. Ciência do direito. p.32.

¹⁰⁴ BRUNO, Aníbal. Direito penal. Tomo I. p.216.

¹⁰⁵ SAMPAIO FERRAZ, Tercio. Ciência do direito. p.84.

¹⁰⁶ SAMPAIO FERRAZ, Tercio. Ciência do direito. p.85.

¹⁰⁷ DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. p.11: "'Sistema' significa 'nexo', uma reunião de coisas ou conjunto de elementos, e 'método', um instrumento de análise. É o aparelho teórico mediante o qual se pode estudar a realidade. É, por outras palavras, o modo de ver, de ordenar, logicamente, a realidade, que, por sua vez, não é sistemática".

¹⁰⁸ Demonstrando séria preocupação em oferecer uma técnica que dificultasse todo arbítrio do julgador, Bobbio, então professor na Universidade de Camerino, criou um modelo ao procedimento de interpretação analógica. Para ele esta interpretação deve ser desenvolvida totalmente com fundamento, mesmo que indiretamente, em norma posta pelo legislador. Como nota Patrizia Borsellino, pesquisadora no Instituto de Filosofia e Sociologia do Direito na Universidade de Milão ("L'analogia nella logica del diritto: un contributo di Norberto Bobbio alla metodologia giuridica", in Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1985, 1:3-39), esta extrema preocupação de Bobbio naquele período - 1938 - é perfeitamente compreensível. Bobbio estava influenciado pela revolta que se desenvolvia contra a liberdade do jurista e do juiz, firmadores do caráter criativo de suas atividades. Explica Borsellino que "di tale romanticismo, caratterizzato de una forte 'reazione contro la sovranità della legge e lo stato di diritto', e da una indiscussa fede nella 'supremazia dei fini politici dello stato sulla sua struttura legale', a Bobbio parevano, in quegli anni, costituire delle espressioni emblematiche ed estreme la dottrina nazionalsocialista e la dottrina sovietica". (Ob.cit. p.14.).

¹⁰⁹ BORSELLINO, Patrizia. "L'analogia nella logica del diritto...". p.12.

¹¹⁰ BORSELLINO, Patrizia. "L'analogia nella logica del diritto...". p.3: "Si denota il procedimento con cui, in mancanza di una norma giuridica espressa, chi interpreta il diritto (giurista o giudice) estende al caso o alla materia da regolare la disciplina giuridica prevista de una norma espressa per un caso o per una materia simili".

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. "L'analogia nella logica del diritto". p.133: "L'interpretazione é creazione così come é creazione ogni attività spirituale, che non ripete mai meccanicamente un atto precedente, ma rifacendolo lo rinnova, ripensandolo lo sviluppa, ricreandolo lo modifica".

¹¹² BOBBIO, Norberto. "L'analogia nella logica del diritto". p.135 e "Teoria dell'ordinamento giuridico". p.175.

¹¹³BORSELLINO, Patrizia. "L'analogia nella logica del diritto: un contributo di Norberto Bobbio alla metodologia giuridica", in Rivista Internazionale di Filosofia, 1985, nº 1. p.18: "(...) superare l'alternativa tra dichiaratività e creatività dell'interpretazione, e che in questa, ricomprende tutta quanta attività intellettuale diretta all'elaborazione dell'ordinamento, e quindi non soltanto la spiegazione, ma anche l'integrazione della norma".

¹¹⁴SCARANO, Luigi. "La non esigibilità nel diritto penale". p.65.

¹¹⁵SCARANO, Luigi. "La non esigibilità nel diritto penale". p.70: "Anche nella coazione morale (art. 54), infatti, a differenza che nel costringimento fisico, l'agente ha scelto fra il pericolo grave alla sua persona e l'aggressione di chi è protetto dalla legge, il minor rischio: e si è determinato all'azione con coscienza e volontà. Ciò che induce il legislatore a scusarlo è il fatto che non avrebbe potuto umanamente assumere un contegno diverso".

¹¹⁶BOBBIO, Norberto. "L'analogia nella logica del diritto". p.152: "(...) non ha niente a che vedere col procedimento per analogia, posto che, tra il caso da regolare e il principio generale in base al quale il caso verrà regolato, non intercorre nessun rapporto di analogia, quale intercorre soltanto tra due particolari, ma soltanto un rapporto di sussunzione, quale intercorre tra un particolare e un universale".

¹¹⁷Nesta ocasião Bobbio afirmou que "se i principi generali vengono intesi esclusivamente (...) come stratti da norme particolari, il ricorso ai principi generali non si distingue in nulla dal ricorso all'analogia: (...) procedimento analogico e ricorso ai principi generali (in questo significato ristretto) indicano (...) un procedimento di sussunzione di un caso particolare in un principio generale, pur restando ferma una differenza, che non va trascurata e che giustifica la distinzione terminologica, tra la sussunzione diretta, propria del ricorso ai principi generali, e la sussunzione indiretta, cioè attraverso il caso simile, propria dell'analogia" (Novíssimo Digesto Italiano. v.XIII. p.895.).

¹¹⁸SCARANO, Luigi. "La non esigibilità nel diritto penale". p.75: "È un'argomentazione logica e una giustificazione etica che lo impone. Il termine 'non esigibilità' quindi se da una parte serve ad esprimere il principio che regge lo stato di necessità e le cause di esclusione di colpevolezza, previste dal codice, dall'altra, appunto perché legge di validità del procedimento analogico, acquista nei casi non espressamente previsti, per via dell'analogia juris, entità normativa".

Contra esta posição de Scarano foi Petrocelli ("La colpevolezza". p. 144-5.), para quem o critério da "inexigibilidade" é o fundamento, em muitos ordenamentos jurídicos, das normas que excluem a ilicitude, mas desta admissão, a considerar que se trata de uma "ratio" que, por analogia, estenda-se a hipóteses não legalmente previstas, existe uma grande diferença. Enfim, Petrocelli impôs a especialidade das normas definidoras de excludentes da ilicitude a não autorizar qualquer extensão do conteúdo das mesmas.

¹¹⁹"apud" BRUNO, Aníbal. Direito penal. Tomo I. p.223.

¹²⁰BARATTA, Alessandro. "Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza". p.71.

¹²¹Assim compactua Paulo José da Costa Jr. quando escreve que a ultra-legalidade "não implica considerações transcendentais extra-jurídicas ou meta-jurídicas. Pelo contrário: atende plenamente aos limites imanentes do

direito e do ordenamento jurídico (...). Não se trata da coexistência de dois mundos distintos, o das normas (dever ser) e o dos fatos (ser), mas de dois aspectos de uma realidade homogênea. Os valores, portanto, estão identificados com a realidade, incrustados no mundo naturalístico, e não dele divorciados". (Considerações em torno da supra-legalidade no direito penal, in Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, 1964, 6:25-6).

¹²²BARATTA, Alessandro. "Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza". p.74: "(...) si ricerca un'elemento normativo, il quale eccedendo i limiti della fattispecie della materia ('analogia legis') o dell'intero ordinamento giuridico ('analogia juris'), si presenta come capace di fornire la massima di decisione per casi non direttamente previsti dal legislatore".

¹²³BARATTA, Alessandro. "Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza". p.74: "(...) in entrambi i casi essa non è 'creata' dall'atto interpretativo, ma è soltanto riconosciuta come un principio, di cui la singola norma o il complesso delle norme sono una 'parziale' esplicazione".

¹²⁴BRUNO, Aníbal. Direito penal. Tomo I. p.222.

¹²⁵COELHO, Luiz Fernando. Lógica jurídica e interpretação das leis. p.3.

¹²⁶Mantovani caracterizou suas convicções como a necessidade, expressa já pelo título de seu trabalho, "di conferire alla scienza penalistica un valore problematico in mancanza del quale, viene meno alle nostre indagini la stessa loro idoneità a operare scientificamente, e su tale via quella capacità di acquisire il sociale che è passaggio obbligato per pervenire al diritto". ("Il valore problematico della scienza penalistica, 1961-1983 contro dogmi ed empirismi". p.14.). Procurou-se destacar que os dados ontológicos do direito penal, o existencial e o social, sempre devem estar relacionados, desde o momento legislativo e não somente no interpretativo, aos dados deontológicos, a culpabilidade e a antijuridicidade.

¹²⁷MANTOVANI, Luciano Pettoello. "Il valore problematico della scienza penalistica, 1961-1983 contro dogmi ed empirismi". p.21: "Il dogma giuridico non raggiunge attualità e soluzioni: è pensiero pensato e non pensante".

¹²⁸MANTOVANI, Luciano Pettoello. "Il valore problematico della scienza penalistica (...)". p.23 e 22: "il penalista deve al contrario convincersi, sul piano della sostanza, che il solo modo di dare vita al diritto - non si tratta, ripeto, di un paradosso - è proprio quello di dare ascolto alla realtà. E ciò in entrambi i momenti nei quali il diritto si manifesta: nel momento creativo - quello della legge - non meno che nel momento applicativo - quello del giudice". "Perché la logica, qui, non esaurisce le difficoltà, anzi non le sfiora neppure. Logica sistematica, dogmatica sono invero il manifestarsi esteriore di una decisione presa ben prima".

BETTIOL, Giuseppe, já havia manifestado semelhante preocupação, quando considerou que a "lógica da vida individual é uma lógica concreta, no sentido de que as categorias lógicas, que enquadram a vida de cada um, não são procuradas fora dele, mas se encontram dentro dele". Para a filosofia moral - a que Bettiol atribuiu relevância - e para o direito penal, quando se fala de existencial ou de personalidade moral, "deve sempre ter-se em atenção a personalidade do homem individualmente considerado, daquele indivíduo empírico que, embora negado e desprezado como tal, continua sempre a ser o marco miliário e a pedra angular de qualquer discussão jurídica e moral". (O problema penal. p.29-30.).

¹²⁹Respectivamente nos trabalhos Considerações em torno da supra-le-

galidade no direito penal (in Rev. Bras. de Criminologia e Direito Penal, 1964, nº 6); Tratado de direito penal. v.II. p.227; Princípios básicos de direito penal. p.316; Direito penal. Tomo II. p.106; Da inexigibilidade de outra conduta. p.103; Estado de necessidade e exigibilidade de outra conduta (in Rev. de Direito Penal, 1972, nº 7/8. p.56); A concepção jurídica italiana da culpabilidade (in Rev. do Ministério Público do Paraná, 1979, nº 8. p.24); Tratado de derecho penal. v.VI. p.227; Direito criminal. v.1. p. 453 e segs.

Contrários ao caráter supralegal mostraram-se CIRINO DOS SANTOS, Jua-rez (Direito penal - a nova parte geral. p.114), PIMENTEL, Manoel Pedro (A culpabilidade na reforma penal, in Rev. dos Tribunais, 1986. v.605. p.263), MUNHOZ NETO, Alcides (A ignorância da antijuridicidade em matéria penal. p. 141), ABREU, Waldyr de (Direito penal do trânsito. p.9).

Na Alemanha, o autor mais expressivo, contrário à supralegalidade, foi Hans-Heinrich Jescheck. Segundo ele, duas ordens de obstáculos não autorizam a supralegalidade do princípio: primeiro porque o Código Penal Alemão atual prescreve que nos delitos dolosos o autor não pode se beneficiar de outras causas de exculpação a não ser aquelas previstas pela norma escrita. Ademais, sustenta que as hipóteses legais representam, conforme clara sistemática da lei, preceitos excepcionais não susceptíveis de aplicação extensiva. Aduz também que "en las situaciones difíciles de la vida, la comunidad debe poder reclamar la obediencia al Derecho aunque ello suponga exigir al afectado un importante sacrificio. La inexigibilidad constituye en ciertos supuestos un 'principio regulativo', pero ni siquiera entonces puede entenderse como una causa general de exculpación supralegal" ("in" "Tratado de derecho penal - parte geral". v.1. p.688, tradução de Mir Puig).

Como verdade, o Código Penal Alemão expressamente vetou a aplicação do princípio aos ilícitos dolosos. Contudo, a posição de Jescheck não é consentânea à real significação que ao princípio deve ser reconhecida.

¹³⁰ BRUNO, Aníbal. Direito penal. Tomo II. p.103. Ainda consigna que a "inexigibilidade" responde "a essa espécie de apelo da consciência jurídica atual por um ajustamento mais humano da prática punitiva à realidade dos fatos da vida e a um sentimento mais flexível de justiça" (Ob.cit. p.102).

¹³¹ MUNHOZ NETO, Alcides. A ignorância da antijuridicidade em matéria penal. p.72-3.

¹³² COSTA JR., Paulo José. Direito penal da culpa, in Revista Ciência Penal, 1975, 1:73.

¹³³ BRUNO, Aníbal. Direito penal. Tomo II. p.97.

¹³⁴ REALE JR., Miguel. Estados de necessidade. p.40. Neste sentido decidiu, por exemplo, o Tribunal de Bologna em sentença de 5.11.65: "Perché una azione possa dirssi colpevole, non basta che un soggetto abia per visto e voluto un dato evento, ma occorre che la sua volontà si sia potuta determinare normalmente all'azione: tale determinazione normale si può richiedere quando le condizionale de fatto nelle quale l'individuo opera sono tale da rendere impossibile o molto difficile la formazione di un valore imune da difetti, posto che in tale ipotesi - date le condizioni dell'operare - non si può esigere dal soggetto agente un comportamento diverso da quello effettivamente tenuto" (citação de Giuliano Marinio, "Non colpevolezza dell'agente per non esigibilità dell'azione conforme al precetto o errore su elemento normativo del fatto?", in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, 1966, 3:1028).

¹³⁵ CORREIA, Eduardo. Direito criminal. v.1. p.444-5. TOLEDO, Francisco de Assis ("Princípios básicos (...)") p.315-6) é uma excelente exceção

a este tipo de raciocínio.

- ¹³⁶ ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Direito penal e criação judicial. p. 34.
- ¹³⁷ MACHADO, Luiz Alberto. Direito criminal. p.143.
- ¹³⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa, direito penal. p.208.
- ¹³⁹ CORREIA, Eduardo. Direito criminal. v.1. p.450.
- ¹⁴⁰ Acrescenta Eduardo Correia, considerando a ordem jurídica portuguesa, que "sempre se pode e se deve considerar a não exigibilidade como um pensamento que, de maneira mais ou menos consciente, dominou o nosso legislador ao fixar as disposições que regulam os 'valores limites' da responsabilidade e, portanto, como uma idéia que deve iluminar e orientar a interpretação". (Direito criminal. v.1. p.452.).
- ¹⁴¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa, direito penal. p. 233 e segs.
- ¹⁴² Diz Figueiredo Dias: É hoje porém reconhecido, por parte de círculos cada vez mais amplos, que este caminho não pode ser prosseguido com êxito. A afirmação de uma concreta capacidade de escolha na situação - quando não seja contraditória com a própria idéia de liberdade - é absolutamente verificável e por ninguém poderá ser avançada de forma responsável". (Liberdade, culpa, direito penal. p.245-6).
- Bettiol, referindo-se a Alessandro Baratta, igualmente anotou: "Diz-se - veja-se Baratta - que no passado não há liberdade; facto passado é um facto encerrado, irrepetível, necessitado, morto. A respeito do passado, não pode pôr-se o problema do seu reexame, para ver se o sujeito de hoje, que vai ser julgado - e que é diferente do de ontem, que actuou -, se encontrava, naquele momento, em condições de poder agir diversamente da maneira como agiu. Fala-se, a tal respeito, de um mistério, de um enigma, que nunca poderá ser esclarecido. (O problema penal. p.257.).
- ¹⁴³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "El sistema del derecho penal en la actualidad", in Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, 1973, "apud" CUNHA LUNA, Everardo. A culpabilidade, in Revista Ciência Penal, 1976, 4:61: "(...) os pressupostos, que servem de base à doutrina normativa da culpabilidade, devem ser rechaçados, uma vez que o juízo pessoal de censura requer, para poder ser pronunciado, que o juiz chegue a constatar que o sujeito havia sido capaz de atuar de maneira diferente de como atuou, ou seja, a constatar o livre arbítrio concreto de uma pessoa determinada, tarefa essa que, cometida pela doutrina normativa ao magistrado, excede o limite das possibilidades humanas".
- ¹⁴⁴ REALE JR., Miguel. Estados de necessidade. p.48-9.

CAPÍTULO II - TENDÊNCIAS A RESPEITO DO JUÍZO DE CENSURA PENAL

SEÇÃO I - POSIÇÃO FILOSÓFICA

§1º. Culpa Penal, Um Problema Filosófico

Quando o objetivo é desenvolver um estudo sobre o juízo penal, a reflexão surge como atividade inevitável, porque as idéias de liberdade e culpa são os temas centrais pertinentes.

A História do direito penal confirma serem os problemas filosóficos a base para a sistematização conceitual dos principais aspectos jurídicos. Antes de ser ciência dogmática o direito penal é, ou foi, uma filosofia. Como ciência, comporta conceitos complexos a exigirem do observador apreciação das relações que constituem sua base, estando presentes, dentre estes conceitos, o de liberdade, fundamento ético da "culpa".

Toda solução determinante na história do pensamento penalístico moderno, sintetiza Alessandro Baratta, "não é nunca amadurecido pelo só efeito de causas de desenvolvimento conceitual insitos no sistema legislativo e naquele dogmático que o reflete, mas também e sobretudo por impulso de novas visões do mundo" (1). Foi preocupado com esta busca de uma resposta de essência caracteristicamente comprometida com o raciocínio reflexivo, que se desenvolveu, mesmo modernamente, o conceito de cul-

pa penal.

Um tal conceito, contudo, é difícil, senão impossível, formular imediatamente. Tem-se em mira a preliminar idéia de que a conduta, objeto do juízo de censura penal, não significa uma mera objetividade ao direito, mas é o reflexo da personalidade do autor. Assim o então professor da Universidade de Munique, Edmundo Mezger, tentou captar o verdadeiro conteúdo da culpa jurídico-penal. A virtuosidade de suas conclusões resumem-se na expressão "a culpa envolve relação subjetiva com a personalidade do autor", ponto de vista amadurecido pela recente doutrina do jurista português Jorge de Figueiredo Dias.

O conceito de culpa, relacionado com essas premissas, não pode ser positivado, ele sempre será fruto de um raciocínio mais reflexivo, de um conhecimento do tipo filosófico, embora sempre voltado ao aperfeiçoamento científico.

Por outro lado, durante muito tempo, noticia Bettiol, os métodos formais de estudo da teologia medieval foram transportados para o campo jurídico, o direito consistiu em uma teologia secularizada, contribuindo para uma obra progressiva de verdadeira atrelagem, tanto formal quanto substancial, do direito à teologia (2).

É compreensível que a primeira idéia de culpa tivesse tudo a ver com a de pecado, com a do comportamento contrário à moral ou ética católica, mesmo porque, o misticismo a que foi conduzido o homem durante a Idade Média somente com as primeiras pulsões do humanismo passou gradativamente a ser substituí-

do por certa razão. Embora mesmo naquele ambiente de mistérios já não bastasse, ensina Aníbal Bruno, a realização prática, objetiva, do fato proibido, a "(...) esta realização externa devia corresponder um ato interno de vontade, que fizesse do agente a causa moral do resultado" (3). Mas o aspecto que se quer destacar é que no começo, desde que o direito penal venceu a objetividade de suas origens, a religião orientou o conceito de culpa com predominância, usando suas versões, dispostas pela, pode-se dizer, Cristandade.

Hoje, é claro, não se confunde a participação da religião ao mentalizar-se a "culpa". A filosofia é muito bem destacada e assume o encargo de orientar a ciência penal (4). A religião guarda sua importância, mas não será ela propriamente que estabelecerá as diretrizes da Ciência. O homem deve questionar; a procura é fundamental à evolução, ou melhor, é a evolução mesma. É verdade que expressões como busca, pesquisa, não combinam muito com religião, pelo menos com a entendida tradicionalmente, com bases numa fé oriunda de cânones irracionais.

A religião é o conhecimento adquirido pela intuição dos valores supremos: do homem, do mundo e da vida. É a compreensão de realidades superiores. Estes valores existem. Deus e a imortalidade do espírito são os principais deles. Valores conhecidos através da intuição; autênticos "instintos" do ser inteligente.

A filosofia, por sua vez, além de ainda ocupar-se com um "mundo real", a nível de pensamento inicia onde a ciência posi-

tiva termina, onde findam "as possibilidades de observação imediata e concreta, e nosso conhecimento prossegue pela pura reflexão e pelo esforço da razão"(5).

Nesta sede, a liberdade inerente à "culpa penal" é e deve ser hoje representada em primeira atitude: uma idéia proveniente de exercícios filosóficos. Não é este o momento para conclusões a respeito da responsabilidade penal, outro setor da problemática penal e que, segundo determinadas vertentes atuais da ciência, inclina-se com primazia para a consecução de objetivos político-criminais colocados, por um lado, com total desprezo a ideais filosóficos, considerando os mesmos, em atitude "nihilista", como verdadeiros mitos. Deverão ser objeto deste capítulo as aporias envolvidoras das três mais relevantes doutrinas quando tocam o conceito de culpa em direito penal.

Ressalta-se aqui que quando se escreve sobre a culpa penal filosofa-se, faz-se um exercício de pensamento, pois se acredita que o direito penal, ao discernir a culpa, alia-se à filosofia devido à própria natureza deste objeto. Não se nega o caráter jurídico que o tema também deve tomar. Mas é fatal ao estudar o problema sob um ponto de vista geral, compreender que, neste caso, a questão tem, decisivamente, natureza filosófica. Deve-se vê-la sob este enfoque, porque é resolvido com base em critérios de razão, com soluções que pretendem ter caráter e valor universal.

Por motivos de íntima persuasão, os pensamentos e estudos interessantes à dissertação são os de Jorge de Figueiredo Dias

e de Giuseppe Bettiol respeitantes, sobretudo, à culpa penal. Os dois juristas, este último já falecido, percorrem com destacada filosofia a problemática da culpa. Figueiredo Dias com sua "culpa pela formação da personalidade" e Bettiol com seu "diritto penale dell'atteggiamento interiore", colocam o homem e sua liberdade como os principais alicerces para um direito penal fundado em uma ética. A filosofia por eles assumida é perfeitamente justificável e de fácil percepção.

§2º. O Existencialismo

O suporte filosófico de Bettiol e Figueiredo Dias, ao tratarem a culpabilidade, é o existencialismo, representante de uma tentativa de recuperação do humanismo e de nova responsabilização da razão. O existencialismo é importante além de sua significativa manifestação histórica, malgrado todos os seus procedimentos herméticos.

Bettiol, em especial, é personagem relevante ao estudo devido à qualidade de seus pontos de vista respeitantes ao juízo de culpa penal. Foi com maior aproximação que a essência de seus argumentos sobre a censura penal observaram atenção aos implicantes pensamentos existencialistas, sobretudo os desenvolvidos por Heidegger (6). Por esse motivo, é pertinente uma abordagem inicial sobre o existencialismo e algumas de suas consequências no âmbito do Direito Penal.

Bettiol conciliou sua educação jurídica com uma nova visão ética da culpabilidade, influenciada por um existencialismo;

demonstrando que retribuição e censurabilidade pela opção realizada pelo agente são momentos de uma única verdade insofismável: a autodeterminação da pessoa humana.

Pensamento neo-clássico, valorizador de acepções éticas aferidas à culpabilidade, Bettiol compreende a personalidade moral ou a individualidade do homem como os sustentáculos de uma verdadeira filosofia ao Direito Penal: "(...) a realidade em que o homem vive e age não é a realidade naturalística, mas a realidade moral. Realidade moral de que nos apercebemos através do modo como o homem reage à realidade naturalística que o circunda"(7). Para tanto, Bettiol atribui importância à filosofia do existencialismo, pois a mesma teria conseguido restaurar o humanismo então perdido com o cientificismo que se instalou no pensamento ocidental por ocasião da crescente "morte do humanismo", cujas origens datam até mesmo da Revolução Francesa. Com o existencialismo há um regresso ao homem, colocando-o como figura principal, centro do pensamento penalístico, contra as versões lógicas transcendentais ou formalísticas que o haviam desprestigiado como entidade espiritual (8).

No campo da Filosofia, o existencialismo representou reação ao idealismo das correntes hegelianas ou ao positivismo do último século, onde o homem era apenas valorizado em um sistema e portanto esquecido como "ser concreto", "existencial" ou "individual" (9). Assim, o existencialista Soran Kierkegaard (1813-1955) propôs a noção de "existência" dirigida contra o idealismo absoluto (ontológico ou metafísico) de Hegel, ao en-

tendê-lo como comprometedor da importância que à individualidade humana deve ser reputada em todos os juízos. Hegel foi o representante do ideal humano. O idealismo absoluto via o homem como ser, algo definido e acabado. A noção de existência exaltada por Kierkegaard propõe a possibilidade. O homem não possui um destino a ele previamente traçado, mas seu destino é potencial, é possível. A vida humana seguirá este ou aquele curso dependendo das opções realizadas. A vida é um risco, o que, desgraçadamente, gera a angústia do existir (10).

A "existência" - "soren" - é a subjetividade de cada um, sua alma neste mundo e responsável diante de todas as coisas. Talvez por isso, concluiu Bettiol, o próprio existencialismo teria sido deturpado, pois não faltaram "tendências existencialistas que, interpretando unilateral e exageradamente as exigências individuais, chegaram a um radical individualismo que rejeita toda a limitação de ordem moral heterônoma e todo o vínculo social"(11). Deste lado do existencialismo situam-se os representantes mais polêmicos, como Jaspers e Sartre. Bettiol, contudo, soube reconhecer e utilizar o aspecto bom do existencialismo, consistente na elevação da pessoa humana como entidade moralmente livre. O existencialismo válido para Bettiol é aquele que sempre enfoca o homem e sua situação espiritual em dado momento histórico. Esta situação espiritual deve ser interpretada, conhecida e então, a partir dela, será igualmente percebido o direito que deve ser aplicado ou formulado.

É comum os escritores de filosofia não entenderem o exis-

tencialismo como filosofia de conteúdos ou um sistema completo de idéias, mas sim como certa maneira peculiar de pensar, de encarar o mundo, ou uma nova visão sobre a sociedade e a posição nela ocupada pelo homem.

Preliminarmente é preciso expor algumas circunstâncias históricas, causas do pensamento existencialista, o que vem justificar não se tratar tão-só de uma simples maneira peculiar de pensar. Quando a classe dita burguesa na Europa dá o golpe político de 1789, o humanismo, a liberdade da razão, assume grande destaque. Esta crença diminui a partir do momento que os revolucionários marginalizam os menos favorecidos economicamente e não pretendem prosseguir, aos extremos, os ideais blaterados pela Revolução. Com isso inaugurou-se uma tensão entre o liberalismo econômico e político da Revolução e as tendências socialistas que procuravam prosseguir, a seu modo e interesse, com a concretização dos ideais iniciais. Colaborou com esta tensão a industrialização das nações européias, que por fim acentuaram o estado de escravidão do proletariado. No Século XX, a livre concorrência e a política internacional que se desenfreou, provocaram a Primeira Grande Guerra. A bem da verdade, o ideal de "fraternidade" apresentado pela Revolução Francesa jamais foi desenvolvido; em seu lugar assumiu a "soberania nacional". A nacionalidade então considerada sofre sensível abalo com a guerra; são imbutidas fundadas dúvidas nos pobres espíritos que imaginavam, no final do século anterior, ter atingido seu apogeu. O ideal humanista de racionalidade e de liberdade entrou em crise. A filosofia do século XX vai repensar este humanismo, excluindo

do aquilo que é otimismo infundado. O existencialismo insere-se neste contexto.

A peculiar maneira de pensar teria, modernamente, nascido na Alemanha entre as duas Guerras Mundiais - por volta de 1930 -, quando a consciência européia estava à beira do aniquilamento absoluto, o que faz compreensível o pensamento existencialista ser marcado pela revolta com a própria existência ou com a tendência naquele momento histórico de massificação do homem. Neste sentido, naturalmente contribuíram também para esta rebelião intelectual, sem dúvida, os paradigmas da Escola de Kiel para quem o povo, a comunidade, é uma unidade cujo espírito penetra e abraça todos os indivíduos que a compõe. Esta realidade não impediu que o jusfilósofo Norberto Bobbio qualificasse o existencialismo de decadente corrente do pensamento (12).

Ao discutir-se hoje o existencialismo, é comum fazer menção aos nomes de Nicolai Hartmann, Martin Heidegger, Karl Jaspers, Edmundo Husserl, Gabriel Marcel, Jean-Paul Sartre ou até mesmo E. M. Cioran ou A. Moravia e não raro se esquece o precursor, a mente gênese do raciocínio pessimista que foi a de Frederico Nietzsche (1844-1900). Este filósofo, de espírito sensívelíssimo, pressentiu em 1888 o porvir de uma guerra mundial, acrescentando que todas as suas angústias e desprezos seriam melhor compreendidos em um futuro não muito distante: "Eu serei compreendido só depois da grande guerra européia" (13).

Quando o pensamento existencialista é considerado no Século XX, representa além de tudo o instrumento reflexivo efi-

ciente para um "desafogo intelectual", necessário face a ambiência trazida pelas guerras mundias; propõe um "naufrágio final" à situação medíocre em que o homem se viu na história.

Passadas as Grandes Guerras, nasceu ainda na Europa a chamada "crise do positivismo jurídico", aquele entendido como a redução do direito ao direito positivo, expressão da vontade do Estado (14). A certeza e a segurança do direito naquele momento cultural, ainda devido àquela procura de um novo humanismo, passaram a ceder lugar à exigência de justiça, renascendo o problema do direito natural, "com a função de corrigir orientações, apontar à norma positiva um conjunto de valores éticos que se apresentavam como imperativos absolutos" (15). Bettioli reconhece então a "visão existencialista do homem" como a concepção do direito natural tendente a salvaguardar a liberdade individual perturbada pelas doutrinas jurídicas sustentadoras dos poderes totalitários da Europa de 1933 a 1945. Aliada à antropologia filosófica, a filosofia do existencialismo trouxe novamente à baila certas influências jusnaturalistas. Deu nova significação ao direito natural ao colocar o homem e sua missão como pontos centrais de toda sistematização jurídica.

Mas é praticamente impossível, enfim, apreender a essência dos pensamentos existencialistas através de um só de seus representantes característicos. Apesar de tudo, não há uma filosofia existencial "pura" (16).

Filosofia ou não, a verdade é que o existencialismo tornou-se atraente ao direito penal após a Primeira Grande Guerra,

quando suas abstrações são tomadas seriamente. Conseqüências penais foram proporcionadas e tocaram, em especial, as idéias de Bettiol.

O direito penal moderno pode ser visto como humanista. Valora o comportamento humano preocupado com sua dimensão quer espiritual ou psicológica. O existencialismo contribuiu para isso, em que pese toda sua faceta decadente como asseverou Bobbio.

É extremamente difícil, porém, como bem ressalva Fernando Gonçalves Raro (17), face o caráter difuso e aleatório ou mesmo dúbio do conteúdo da filosofia existencialista, aliado ainda ao fato de que nenhum de seus corifeus foi jurista, de forma clara e precisa determinar as conseqüências jurídicas de sua manifestação.

Diante dos objetivos jurídicos que se visa, é possível e conveniente somente uma argumentação genérica, mas base para o restante da dissertação. Assim, o existencialismo é considerado como a filosofia - ou corrente de pensamento para alguns - caracterizada por duas básicas premissas: "a essência é precedida pela existência" e a "moral da liberdade", ou seja, o homem, primeiramente existe e, depois, segundo o exercício de sua liberdade, se torna uma certa personalidade. "O indivíduo se faz: é obrigado a exercer, inexoravelmente, a sua liberdade absoluta de escolha de sua essência, constrói sua própria lei moral, sob a pressão de circunstâncias que o impelem e compelem sempre a eleger uma entre determinadas situações dilemáticas ou alternativas" (18). A verdade ontológica, por exemplo em Heidegger, é a exis-

tência do homem. Para ele, o homem é originalmente livre, cria a si mesmo e sua maneira de pensar, assume uma responsabilidade. O homem é o que é porque assim quis ser.

Esta liberdade é para Sartre um sentimento privilegiado, entretanto assumido unicamente em momentos especiais da vida: quando se atua com consciência de ser livre, com a consciência de que o ato que se pratica depende tão-somente da possibilidade de ser livre e que seria vão todo intento de iludir a responsabilidade decorrente da liberdade. Sartre dá a sentença ao homem, condenando-o como ser livre em todos os sentidos, a não ser o de deixar de ser livre (19). A liberdade faz parte do homem, embora também devam ser reconhecidas as limitações do "ser".

Para o existencialismo, infelizmente o homem está "jogado no mundo", o que impede ou dificulta que ele exerça sua autenticidade, em que pese toda a liberdade a ele também inerente. Embora limitado - pois está condenado a viver no mundo - o homem também observa, por condenação e lamentação, a liberdade.

Ora, estas reflexões foram utilizadas como suporte axiológico para formulações jurídico-penais. Principalmente em Sartre, suas ponderações sobre o sentido da responsabilidade e da liberdade mostraram-se aproveitáveis para a própria dogmática penal (20), e Ripolles, com singular perspicácia, conseguiu reunir as principais implicações do existencialismo no direito penal.

Muitas foram as consequências, fundamentais em dois momentos: devido à crise dos absolutismos científicos, no campo

jurídico o existencialismo colaborou para a suplantação definitiva das concepções positivistas pelas ontológicas - a Teoria da Ação Finalista é bom exemplo disto - abominando as alterações e a ficção jurídica. O normativismo rígido é substituído por uma visão ontológica da justiça.

Em segundo lugar e por conseguinte, o existencialismo foi importante para a aplicação do direito ao propor um amplo e humano arbítrio judicial, quando este deve observar o indivíduo em sua existência: "substituição pela criação viva a abstração racionalista, automático-mecânica" (21). Neste momento, as novas noções sobre a culpabilidade são desenvolvidas, o delito, ao ser visto concretamente, pressupõe, inevitavelmente, uma dupla tarefa do julgador, porque a tipicidade não o cria, ainda que o torne provável, mas requer ainda uma antijuridicidade e uma culpabilidade. Processa-se o fenômeno da integração da culpabilidade, última criação do direito judicial. Permite-se a "análise do delito", a valoração de cada um de seus elementos. O enfoque do crime como um todo, como um conjunto, e à moda dos penalistas de Kiel, é assim criticada veementemente.

A negação da noção de responsabilidade e da liberdade, afastando-as do homem como pessoa e substituindo-as por conceitos ultra-pessoais de herança, meio, ambiente, raça ou sociedade, idéias mestras do positivismo criminológico, cederam à ameaça da posição existencialista ao ver o homem "o senhor soberano de seus destinos; o homem nada é, sendo ele próprio quem logo se faz bom ou mau, conforme afirme ou negue a sua liberdade" (22).

Do mesmo modo, o existencialismo de certa forma também

recolocou em destaque as idéias retribucionistas ao repudiar a lógica utilitarista dos positivistas, revalorizando a culpabilidade moral e idealizando uma justiça. Foi então que Bettiol, na Itália, e Maurach e Welzel, na Alemanha, apontam a idéia de retribuição como o centro da manifestação do direito penal.

No Brasil, destaca-se Condeixa da Costa que elaborou, por volta de 1970, o interessante trabalho "Pressupostos existenciais do crime", tendo a teoria Ecológica de Cossio e a teoria Finalista da Ação de Welzel, bem como todas as construções oferecidas pelo existencialismo, em especial as de Kierkegaard, como alicerces. Inspirado também pela necessidade de uma eticização do direito penal, assevera Condeixa que mesmo o estudo dos elementos do crime deve ser realizado com vistas ao homem dentro de sua existencialidade, o que faz realizável com os fundamentos lógicos, ontológicos e axiológicos dados pelo existencialismo (24). O direito penal é conduta que se reconhece mediante normas e trata-se de uma operação com bases fenomenológicas, de fenomenologia existencial e reflexiva. É o "ser-aí" existenciário, agente de delito, segundo um seu comportamento, que tem de ser visto em um julgamento. Todo o problema do direito penal gira, assim, em torno dessa captação da realidade existenciária do homem. O conceito de delito é constituído de dois termos: o "objeto" e a "valoração do objeto". Aquele é a conduta humana, este é o "juízo de culpabilidade". Se a essência do tipo penal é a conduta humana, o trabalho judicial (juízo de culpabilidade) é essencialmente fenomênico, "máxime uma intercomunicabilidade e uma intersubjetividade de aporções feitas pelo juiz em re-

lação ao réu. Nesta coexistenciabilidade encontra-se a segunda etapa constitutiva do conceito de delito, denominada "valoração do objeto" (25).

Todo o raciocínio de Condeixa é voltado assim a impor a necessidade do juízo de culpabilidade - "valoração do objeto" - compreender a vida existenciária do agente, sua vida plenária. A operação de estudo, captação da realidade existencial do réu, consiste na "valoração do objeto", qual seja, o juízo de culpabilidade; a sentença deve traduzir uma consequência à realidade existenciária do agente. E a fenomenologia existencial vem a ser o homem e a maneira como se comporta diante das vicissitudes sociais, especialmente o direito penal e suas leis (26).

Para uma visão existencialista, a liberdade está embutida na autonomia ética do ser humano. O ser humano é um "ser-aí", sempre circunscrito em dada situação. Este "ser-aí" é a realidade, a liberdade a ser analisada pelo juízo de culpabilidade; é a "conduta humana existencial".

O livre-arbítrio, resume Condeixa, é um dos suportes da culpabilidade - cuja essência tem como pressuposto o existencialismo -, e constitui a autonomia ética do ser humano, "a qual não pode ser conotada atendendo a critérios doutrinários absolutos pelo indeterminismo, nem pelo determinismo. A conciliatória fórmula consiste em adotar relativamente o indeterminismo" (27).

São todos estudos a revelar uma nova visão sobre a li-

berdade humana, entendida como um "a priori", mas com postura particular a cada pessoa e circunstância o que faz implicar, sempre, considerações e juízos próprios. A capacidade de culpabilidade e a liberdade são "pressupostos existenciais do crime", e não dados psicossomáticos ou psicológicos tradicionais.

Em Figueiredo Dias, a posição existencialista é assumida. Sua tese a respeito da culpa penal tem sempre presente esta visão "existencial" da personalidade humana, o verdadeiro fundamento das atitudes. Para ele, a personalidade, compreendida através de suas ações pode gerar a responsabilidade penal que se torna, sem mais nada, um responder por aquilo que se é. A culpa, expressão existencial, reside na totalidade da personalidade do sujeito, que fundamenta o ato praticado porque ele se deu por ocasião do uso da liberdade pessoal, vale dizer, devido à posição da pessoa perante exigências da ordem jurídica (28).

Duas palavras para terminar. Na história da essência da filosofia, dois elementos são apontáveis: "a concepção do eu" e a "concepção do universo", ora sendo saliente um, ora outro. O extremismo de um provoca o aparecimento do outro. "A história da filosofia apresenta-se como um movimento pendular entre estes dois elementos", constata Hessen (29).

O existencialismo, reação à extrema "concepção do universo", voltou a filosofia para a "concepção do eu". Revalorizou as idéias da responsabilidade humana inclinando a ciência penal para uma vertente que, poderá também ser observado, novas políti-

cas criminais desejam novamente superar.

SEÇÃO II - BETTIOL E O "GESINNUNGSSTRAFRECHT"

§1º. Introdução

Dentre os doutrinadores do Direito Penal desses últimos quarenta anos, o professor das Universidades italianas de Urbino, Cagliari, Triesti e Pádua, Giuseppe Bettiol, representa sem dúvida o espírito mais saliente em estudos sobre a culpa penal. Em relação ao Direito Penal, mais do que ninguém Bettiol valorizou postulados filosóficos, acentuando uma quase perfeita identidade entre filosofia e ciência penal (30).

"O direito penal é uma filosofia" (31), afirma Bettiol quando inicia seus escritos sobre "O Problema Penal", elaborados durante os conturbados anos de 2ª Grande Guerra na Europa. Para construir todo seu pensamento doutrinário foi fundamental, além de sua "pregação" universitária, o posicionamento perante questões espirituais, muitas vezes com conotação religiosa mesmo. Considerou a importante participação desenvolvida pela Escolástica quando ela afirmou que o Direito deriva da moral, imbutindo a noção de ética ao Direito Penal (32). A ética é o caminho para toda fundamentação jurídico-penal; o âmago da ciência penal sempre deverá ser influenciado por uma ética e a verdadeira ética é a cristã. Não lhe escapava o fato de que uma posição cristã a respeito de todas as relações desempenhava um decisivo papel no momento da determinação e ponderação da culpa penal. Por isso, entendeu correto atribuir relevância à função retributiva da pena, única capaz de adequadamente atingir o espírito. Mas embora envolto pelas idéias da moral cristã, inter-

pretou a sanção como retribuição pelo mal cometido, de um ponto de vista jurídico penal, limitando conscientemente as fronteiras com os escopos teológicos.

Com efeito, Bettiol era católico - conquanto não um canonista -, e sem deixar transparecer qualquer hesitação por sua religião, simplesmente e com convincente postura filosófica e científica, procurou valer-se dos ensinamentos cristãos em suas formulações. Nisto reside seu grande mérito como filósofo do Direito Penal.

A moral, por conseguinte, é idéia importante para os principais assuntos do Direito Penal, quais sejam: a culpa e a pena.

Após a 2ª Grande Guerra e conseqüente falência dos regimes totalitários na Europa Ocidental, um direito penal democrático volta a ser objeto de estudo, mas já não fundamentado nas velhas concepções do direito penal liberal, reflexo da Escola Clássica. Neste liberalismo, a interpretação da lei não era prestigiada face à necessidade da segurança; o princípio da legalidade era o postulado racional mais preocupante: tratou-se de um direito penal "objetivamente orientado", pois todos os elementos afetos ao crime foram objetivados de alguma maneira, dada a premência do equilíbrio político então exigido. O ambiente é diverso com o direito penal dito democrático. Neste, a pessoa humana recebe nova feição. "O caráter de 'pessoa' é essencial ao homem, e esse caráter é função de uma qualificação moral do próprio indivíduo" (33). Apresenta-se uma concepção moral da personalidade humana.

É com esta historicidade e sob os fluxos do pensamento

existencialista que Bettiol logra criar sua doutrina.

Reconhece a importância que adquire o direito penal cristão, apresentado por ele como um tipo ideal de direito, "como uma necessidade, como um valor, que deve ter-se presente nos limites daquelas necessidades que historicamente, se apresentam à atenção do legislador" (34). Ou, como em seus "ultimi scritti": "um pensamento cristão em campo penal não pode nada mais ser do que uma forte instância de garantia dos direitos da pessoa humana, considerados valores invioláveis porque tutelados pelo direito natural" (35).

Assim, para Bettiol, a moral é "a expressão de um dever ser que o ânimo humano sente vibrar em si mesmo do momento em que toma consciência de um 'absoluto' que faz da sua existência o valor primitivo de que tudo o resto deriva" (36). O homem primeiro deve adquirir consciência daquilo que representa em seu meio; deve situar-se como "ser", reconhecendo ser construtor responsável por seu destino.

Além da característica cristã existencialista de Bettiol, seus pensamentos também revelam então a marca deixada pelas participações políticas que foram predominantes no Direito Penal, muito bem apreendidas por ele. Foi assim que criticou com ênfase o direito penal liberal anti-teleológico de fonte iluminista, pernicioso pela abstração exagerada; a oposição política a esse liberalismo que culminou com o positivismo criminológico comprometedoramente observador do "homem delinqüente" como ser biológico e não moral; constatou igualmente as identidades so-

ciológicas entre o nascimento do marxismo e os ensinamentos da Escola Positiva (37); a utilização da "vontade" pelo direito penal nazista ("Willensstrafrecht"), onde o "dever de fidelidade" era supremo ao Estado e por consequência à sociedade: "todo crime é de opinião e de infidelidade". No direito penal nazista também havia uma moral, mas biológica, de defesa da raça; uma moral sociológica utilitarista.

Com este farto material histórico, Bettiol facilmente pôde elaborar seus escritos voltados a um direito penal democrático-cristão. Foi utópico? Não. Talvez Bettiol estivesse um pouco a frente deste tempo. Sua ideologia só na aparência era exclusivamente resultado de induções; não era "romântica". Um "romantismo" ele apontou em outras orientações penais, a exemplo da "Nova Defesa Social" originária em Marc Ancel, esta sim emotiva e sentimental, sustentadora de medidas preventivas "ante delictum", previstas por normas penais não ligadas a um crime, mas somente a um modo de ser da pessoa inclinada ao delito. Rebateu todas as tendências de um "direito penal de tratamento", caracterizado por ilogicidade ou irracionalidade (38).

Quando, a partir de 1940, disserta sobre o "problema penal" com relação ao mito da reeducação do criminoso, expõe sua postura existencialista ao dizer que a ciência jamais poderá satisfazer totalmente o homem. Mesmo que fosse capaz de livrar a existência humana de seu principal limite, a morte, não faria mais que prolongar indefinidamente uma existência miserável. O Estado, por seu lado, não deve impor a virtude, mas apenas criar condições para o homem poder levar uma vida virtuosa. Enquanto

existir o homem, haverá o crime, manifestação de algo a ele inerente: a liberdade.

Em suma, a doutrina que Bettiol defendeu veicula a atmosfera de seu universo espiritual, revelando as vivências políticas e culturais de uma pessoa para a qual o espírito, o interior, sempre significou a realidade mais autêntica. Seus derradeiros trabalhos compreenderam principalmente este aspecto interior, considerando-o mais digno de atenção para as tarefas de elaboração do Direito Penal e de sua aplicação.

§2º. O "Atteggiamento Interiore"

Não se tem por objetivo uma dissertação que exalte todo o pensamento do mestre de Pádua. Interessa sua investigação deontológica do Direito Penal que, propositalmente, diz respeito à culpa penal. E escrever sobre a culpa em Bettiol é referir-se ao "Gesinnungsstrafrecht".

O raciocínio que importe desconsideração à personalidade moral não é solução válida aos problemas penais. Deste pressuposto ideológico, Bettiol passa a reconhecer a importância de uma tendência filosófica nascente na Alemanha.

A Era Contemporânea tem os estudiosos alemães como criadores das idéias mais importantes para o mundo. Como verdade, no campo jurídico-penal, os principais sistemas brotaram na Alemanha e foram incorporados à cultura latina através dos italianos principalmente. A culpabilidade não foi exceção, a exemplo dos demais conceitos concernentes à análise dogmática do crime.

Bettioli, assim, desenvolve e expõe a seu modo a idéia de "gesinnung" dando-lhe a versão de "atteggiamento interiore" (39). Esta é a "tacada final" de Bettioli como penalista-filósofo.

Como noticia Morselli, a noção de "gesinnung" parece haver surgido pela primeira vez com Fran Von Liszt em seu "Lehrbuch des deutschen Strafrechts", 24ª edição em 1922. Liszt considerou que a "conclusão de sistemático significado da ação culposa com respeito à particularidade do autor, produz o conteúdo material da ação de culpa; esta particularidade situa-se na reconhecível anti-social mentalidade do autor, oriunda do ato pretendido" (40). Ele deu valor à "mentalidade interior" do autor da ação ("innere gesinnung") (41). Portanto ponderava a respeito de uma "mentalidade anti-social"; uma conduta criminosa qualificada pelo prejuízo à sociedade, antes que "agressora de bens jurídicos". O grau dessa "prejudicialidade" seria a base para a punição. Mas o importante seria que esta "gesinnung" de Liszt assume significado de uma característica permanente, e por isso determinante da personalidade do delinqüente. Neste sentido, embora a noção dada por Liszt não fosse tanto espiritualista como depois afeiçoou Bettioli, mas biológica-psicológica, compreendia a atitude interior do agente como fonte da danosidade criminosa ou perigosa. Pode-se nesta "gesinnung", por conseguinte, serem identificados "momentos interiores" característicos de alguém e passíveis de valoração e significado para a determinação da pena (42).

Nesta linha de raciocínio inaugurada por Liszt, percor-

reram após outros doutrinadores alemães como E. Wolf, Gallas, Schmidhäuser, Jescheck, Welzel e Bockelmann.

Não podia ser diferente; as reflexões sobre a existência da "gesinnung" representaram o ponto de saída para as formulações posteriores sobre a tipologia de autores - haja vista a obra de Paul Bockelmann sobre o "Täterstrafrecht" - o que naturalmente propiciou várias críticas a essa inclinação dogmática tão ao gosto de mentalidades à moda da Escola de Kiel, a orientadora jurídico-penal do regime nacional socialista da Alemanha.

Mas uma vez afastados aqueles tormentos do regime nazista e seu "direito penal da vontade", pretendo defensor do "são sentimento do povo alemão", os juristas, em reação necessária quanto natural, passaram a criar a denominada "doutrina do ilícito personalíssimo" onde o essencial deixa de ser o bem jurídico protegido, que cede lugar ao desvalor da ação. O bem jurídico é importante, mas o centro de atenção é deslocado para a conduta e o que ela traz em si. O próprio Bettiol em um de seus últimos escritos ("Colpevolezza normativa e pena retributiva oggi", 1982), reconhece ter sido um dos que considerou a primazia do bem jurídico produto da "orgia" que se deu sobre o elemento objetivo do crime (43). Em outras palavras, pode ser dito que primeiro existiu um primado do direito penal liberal com os princípios da legalidade e da tipicidade, esta com Beling e a teoria do tipo, após, passada a 2ª Guerra Mundial, inicia o reinado da antijuridicidade e dos problemas conexos à sua dogmática: o bem jurídico é o mais importante. A evolução prosseguiu e culminou com a supremacia da culpabilidade no final entendida

como censura, cujo elemento essencial hoje, seria a noção moderna de "gesinnung" dada por Bettiol (44).

Isto representou, como ensina Würtenberger, uma corrente espiritual com origem na dogmática penalística alemã "na qual se atuou a passagem do objetivo ao subjetivo na determinação do conteúdo material do ilícito" (45). Welzel e sua teoria da ação finalista, como já salientado no capítulo anterior, foi decisivo para esta variação doutrinária. Suas subjetivações em torno do conceito de ação contribuíram para o reconhecimento de elementos subjetivos da antijuridicidade e do tipo, e portanto para o destaque da ação não mais vista como manifestação somente mecânica mas cheia de sentimentos, em detrimento do "direito penal do resultado".

Este panorama rapidamente descortinado visa atentar para o fato de que os argumentos em favor do "gesinnunssfratrecht" advieram da crise que o objetivismo jurídico, considerado imprescindível ao direito penal do pós-guerra, estava deflagrando na dogmática. O "direito penal da vontade", mal filosoficamente usado pelos regimes totalitários de 1930-40, deixou péssima impressão cultural, mas não impediu que novas pesquisas o retomassem, agora com outras perspectivas. A "gesinnung" foi uma dessas perspectivas, ao pretender indicar que o comportamento interior de consciência, desenvolvido pelo homem, a respeito da natureza de certo bem jurídico e de sua violação ou formas de violação, não deve ser esquecido pelo legislador ou pelo julgador. O comportamento, em todos os seus elementos, deve ser plenamente valorizado para que se faça uma imputação o máximo possível pes-

soal. A "gesinnung" nada mais representa do que o depósito dos valores que conformam a existência, ou melhor, a essência, objeto fundamental do juízo de censura penal.

Com o primado da culpabilidade foi-se então definido na Alemanha a idéia de "gesinnungsstrafrecht", um direito penal do comportamento interior ou estado de consciência do agente perante um bem jurídico. Com ela e por ela renasceram as construções que dão importância ao elemento subjetivo da conduta, elevando-se a personalidade moral - e não criminológica - do agente. Deve desde já ser esclarecido que "gesinnungsstrafrecht" importa "direito penal da atitude interior", estranho ao "direito penal de tipos de autor".

Bettioli assumiu posição exatamente neste momento. Valeu-se da doutrina mais espiritualística de que Schmidhäuser era defensor, elogiou os livros de Bockelmann sobre o "direito penal do autor" (46) e passou a elaborar sua idéia de "gesinnung" através de sucessivos trabalhos. O primeiro deles e portanto divulgador da doutrina na Itália, apareceu em 1971 num ensaio denominado "Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore", transcrição de uma conferência proferida na Universidade de Parma em novembro de 1970. Depois vieram "Stato di diritto e 'gesinnungsstrafrecht'" (1973), "Colpa dal'autore e certezza del diritto" (1977), "Colpevolezza giuridica e Colpevolezza morale" (1980) e uma série de outras manifestações reunidas no volume "Gli ultimi scritti" de 1984 (47), livro que transpira toda a vivência de sentimentos políticos, filosóficos e pesquisas científicas de Bettioli.

A sua "gesinnung" atenta para certas características não psicológicas ou antropológicas de alguém, mas sim características existenciais personalísticas. Por meio delas, professa Bettiol, pode-se melhor conhecer a consciência do réu, a qual comporta avaliações de toda ordem diante de bens jurídicos. A atitude interior "precede ao ato de vontade com a sua motivação e serve para designar as avaliações internas que uma pessoa exprime com respeito ao bem tutelado e o significado que ele "sujeito" atribui às coisas do mundo que o circunda. Tudo isso concerne à fisionomia moral do sujeito agente, ou seja, às suas avaliações de consciência"(48). Sem dúvidas, uma visão espiritualística que, de certa maneira, é também espírita.

Um tal direito penal viabilizaria a constatação de relevantes circunstâncias para a criação da norma ou interpretação da conduta típica. O agir com "crueldade", "com desprezo", "por motivo torpe", "fútil", são qualidades de comportamentos que demonstram os valores dispostos na consciência do agente. Correspondem a uma criação prévia do sujeito; primeira decisão, opção ou disposição para receber valores a ele apresentados pela sociedade. Estes sinais trazidos com a conduta devem ser a própria essência de um juízo de culpabilidade que se quer normativo e ético.

O homem é posto diante de valores apresentados durante sua vida. Conforme apresente-se ou imagine-se em relação à esses valores, cria sua própria escala de valores de uma ou de outra forma. A prévia disposição pode, e geralmente é, determinada "lato sensu" por alguns meios como o ambiente social ou a here-

ditariedade, motivos, em última análise. Contudo, estas influências não são decisivas, não convém assim serem postas, porque os valores são recepcionados de uma maneira, mas ponderados por outra exclusivamente própria do agente, ou seja, ele opta livremente por uma consciência (49).

Bettiol refere-se a um "centro pessoal de responsabilidade", núcleo central e espiritual da personalidade humana, que a faz responsável. Nisto reside toda a eticidade do comportamento humano. É impossível, assim, negar a responsabilidade humana pela maneira como ela recebe e valora outros valores, aqueles que a sociedade lhe apresenta ou impõe. Em torno deste "centro pessoal" gravita o "porquê" da ação voluntária, as atitudes de consciência selecionadoras das motivações da ação (50).

Bettiol pretendeu acentuar a conveniência do juízo de culpabilidade, além de valorar os motivos da ação, o dever seguir mais além e penetrar o interior, a razão da escolha dos motivos. Esta escolha representa uma atitude interior tão importante quanto à vontade, pois esclarece a personalidade do agente, seu "ponto de vista" em relação à própria vida.

Quando Bettiol escreveu em 1980 sobre a "Concezione della pena in Aldo Moro", deixa ver que embora tenha buscado suas fundamentais conclusões sobre a "gesinnung" em autores alemães, convenceu-se das mesmas ao respeitar as posições do filósofo Aldo Moro, um dos mentores da Constituição Italiana. Para Moro, a moral é o fundamento do Direito Penal e suas obras filosóficas

a respeito da "liberdade", "justiça" e especialmente o livro "Antijuridicidade penal" de 1947, tocaram os pensamentos de Bettiol, não para considerar Moro um sustentador da "gesinnung", mas como fonte para as bases desta filosofia (51). A Constituição Italiana, com efeito, prevê que a "responsabilidade penal é pessoal". Com fundamento neste dispositivo constitucional, Bettiol reconheceu a consagração de sua "gesinnung" no sistema jurídico italiano, orientado, então, para o caráter essencialmente retributivo da pena. Destacou também, o art. 133 do Código Penal Italiano quando este prevê a "capacidade para delinquir" como elemento importante à discricionariedade a ser exercida pelo juiz ao quantificar a pena (52). Bettiol criou uma doutrina e com esforço procurou identificá-la em posições do ordenamento da Itália.

Novos códigos lhe deram razão. Na Alemanha Federal, o recente Código Penal (1975), em seu parágrafo 46, II, quando afirma que "die Gesinnung die aus der Tatspricht" (53), definitivamente consolida as pesquisas sobre a "gesinnung" iniciadas com relevância dogmática dez anos antes. Ou o Código Penal Austríaco de 1974 quando o parágrafo 32 refere-se a um comportamento interior do sujeito com respeito aos valores tutelados. Em verdade, todos os códigos que traduzem um chamado "direito penal da culpa" não podem negar a "gesinnung".

Em nosso Código Penal, momentos da "gesinnung" podem ser apontados no art. 59 sob a expressão "à personalidade do agente" (54), bem assim nas circunstâncias agravantes do inciso II, do art. 61, que são previsões sobre estados de ânimo a serem sope-

sados para a dosagem da pena.

O que deve ser entendido e aceito neste momento é a importância que a filosofia da "gesinnung" em Bettiol representa para o juízo de censura penal. Muitos códigos penais são elaborados indiferentemente às concepções sobre o "comportamento interior", o que não impede, é evidente, das mesmas serem consideradas pelo julgador quando ele analisar a culpabilidade. O que a doutrina acima de tudo propõe é uma metodologia ao juízo de censura penal; direcionar, enfim, o conhecimento jurídico para momentos espiritualísticos.

A "gesinnung" é hoje a essência da estrutura da culpabilidade. O objeto do juízo de censura penal deve ser a atitude interior passível de responsabilidade. Jescheck, quando comenta o direito penal alemão, é preciso: "o que vem reprovado é naturalmente o fato e não a "gesinnung". Porém o fato recebe seu próprio conteúdo de valor ou desvalor somente através da "gesinnung", de onde advém. Portanto, a "gesinnung" consiste na razão pela qual o fato vem reprovado ao autor segundo o grau de maior ou menor gravidade" (55).

A influência existencialista nisto tudo é clara. Não aquela face decadente do existencialismo, repugnante, e esposada até pela maioria de seus filósofos. Mas sim naquilo que lhe atribui verdade, ou seja, a posição do homem no mundo como ser responsável e livre em todos os sentidos e não como um ser perdido e sem salvação. "A filosofia existencialista é, em essência, uma colocação de consciência no sentido de que o persona-

lismo em torno da qual ela gravita só pode encontrar seu ponto de referência numa atitude espiritual do sujeito agente a respeito dos problemas da vida e do mundo que o circunda" (56).

§3º. As Críticas

A culpabilidade é assunto polêmico, matéria perigosa, porque inevitável ao seu estudo comentários de ordem subjetiva, tão incômodos e até vistos com preconceitos. Mas muitos deles merecem devida ponderação, ao menos sob uma simples forma de exercício de reflexão.

Do mesmo modo, o pensamento jurídico-penal de uma nação mais do que outro pensamento, revela o momento histórico-político desta nação. Por isso, quando o sistema jurídico-penal nazista deixou de vigorar, os efeitos de seus ensinamentos constituíram o primeiro dos exemplos de como não deve ser elaborado um direito penal: sem bases de garantia em razão do menosprezo ao princípio da tipicidade.

Infelizmente, foi no atropelo de serem rechaçados todos os estudos que serviram a este direito penal, que certas pesquisas de grande valor científico terminaram enfraquecidas. Cita-se o caso comentado por Bettiol a respeito das obras de Bockelmann sobre o "Täterstrafrecht", que alguns anos antes do fim da guerra elucidavam estudos promissores. O governo alemão do pós-guerra, no entanto, achou por bem censurar a circulação das obras "a expensas de um direito penal que mergulhava as suas raízes no liberalismo conservador dos primeiros decênios do século e que reconhecia o primado à antijuridicidade do fato típico e ob-

jetivamente ilícito" (57). Uma vez vencida a ideologia nazista, atitude sensata seria com cuidado repensar alguns dos estudos jurídicos que significaram evolução científica, e não com indiferença marginalizá-los adjetivando-os de "maus".

O direito penal mais próximo da perfeição, ponto de vista da maioria dos tratadistas, conserva maior objetividade e é traducente de bem elaborada lógica-dogmática. O objetivismo com certeza é importante, entretanto, não fundamental. O Direito Penal nunca deverá marginalizar realidades psicológicas e morais; a autonomia e dignidade da pessoa humana não podem evaporar em momentos da elaboração metodológica das categorias jurídicas (58). O Direito Penal evoluído deverá conciliar as subjetivações com as necessidades da lógica concreta.

E foi natural que críticas visassem a "gesinnung" de Bettiol. Como já escrito, a má impressão cultural deixada pelo "Willensstrafrecht" criou ambiente hostil a uma criação doutrinária do porte da "gesinnung".

Logo no ano seguinte à publicação do "Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore", que despertou certa atenção também na América, sobrevieram críticas, a maioria delas comentadas e respondidas por Bettiol no escrito de 1973, "Stato di diritto e 'gesinnungsstrafrecht'" (59).

Dirigiu Santoro, partidário da Escola Positiva Italiana, crítica peculiar. Considerou falta de originalidade nos argumentos de Bettiol, pois já teriam sido valorizados pelo positivis-

mo criminológico.

Contudo não existem coincidências entre positivismo e o direito penal da atitude interior. A "personalidade humana" considerada pela "gesinnung" não é enquadrada em esquemas naturalistas como pretendeu o positivismo. Em sede de "gesinnung" nada pode ser categorizado "a priori", face à idéia de que o homem é ser existencial, cria sua personalidade conforme valores que recepciona, podendo recriá-la conforme promova nova seleção de valores. A personalidade, para a "gesinnung", é uma realidade em movimento: "concretiza-se e individualiza-se sob o impulso das motivações e das forças éticas" (60).

O positivismo entende a "personalidade", o "homem" em termos estáticos, incapaz perante a existência. Já o "gesinnungsstrafrecht" vê o homem como criador e potencial modificador de sua essência; a "existência precede a essência", como quis Sartre.

Outrossim, a noção de perigosidade trazida pelo positivismo, mesmo sendo uma categoria personalística, para Bettiol é mesmo antítese da "gesinnung". A perigosidade do positivismo vê o homem "coisa". "Para o positivismo o único valor ontológico é o homem como puro e simples fragmento do cosmos, não existe - repetimos - uma abertura de um modo finalisticamente interpretado mas só causalmente entendido" (61). Em última análise, para o positivismo o homem é perigoso porque é, devendo o Direito atuar com objetividade considerando esta "situação", e tentar impedi-la de manifestação. Para o "gesinnungsstrafrecht" o ho-

mem é perigoso porque assim escolheu "ser", dispôs-se moralmente em ser perigoso, e também através de seu próprio proceder poderá deixar de sê-lo. O Direito Penal somente deverá atuar se culpabilidade deste "existir" for manifestada. Destarte, o "ser perigoso" exige para Bettioli maior intervenção penal, mas com ressonância retributiva e não preventiva. Esta perigosidade é entendida nos limites de estados mentais normais, evidentemente. A inimputabilidade está fora deste comentário.

Ainda, por muito tempo a predisposição criminal para o positivismo foi uma degenerescência de origem física e não moral. Faltou ao criminalista italiano Lombroso um passo para subir da evolução puramente humana à evolução espiritual. Bettioli concluiu que o estado moral do criminoso, a sua predisposição a valores, antes de ser causa é efeito. De quê? De sua existência.

Mas as críticas mais contumazes viram na metodologia de Bettioli ameaça à segurança inerente ao Direito Penal, que hoje jamais pode ser colocado alheio a um Estado de Direito. Em outras palavras, o "gesinnungsstrafrecht" foi equiparado a um impertinente direito penal da personalidade ou de "tipos de autor", em que pese os críticos não apontarem Bettioli como seguidor do "direito penal da vontade" de cunho irracionalista e útil ao totalitarismo.

São críticas improcedentes. O conceito de crime como ação típica e culpável, fundamental para um direito penal de garantia, não é incompatível com o "gesinnungsstrafrecht". Este não propõe a leveza irracional do "Willensstrafrecht", mas um enriquecimento metodológico que vê diversamente do pensamento mais co-

mum a pessoa humana e só adquire importância no momento da análise de sua culpabilidade. Não se logrará a punição do réu pelo seu "modo de ser" ou por sua "conduta de vida", mas pelo seu ato, acima de tudo típico. Em atenção aos critérios metodológicos de pesquisa e interpretação do "estado de consciência" do agente, poder-se-á, contudo, de melhor modo impor a punição.

Isto poderia ainda ser refutado porque, nesta situação, o juízo jurídico seria idêntico ao juízo moral. Mas o que é juízo jurídico se não um juízo moral fundado em normas positivas?

D'outra parte, o direito penal da atitude interior não serve apenas à maior punição do estado de consciência perverso exteriorizado na conduta, mas poderá captar estados onde a punição deve ser amenizada. É a consciência que faz o homem, ou seja, "a possibilidade de sentir e de exprimir um juízo de valor sobre os motivos e sobre as razões da ação e portanto sobre o significado moral da mesma com respeito aos valores tutelados" (62).

Torío, na Espanha, e Bricola (63), na Itália, foram os primeiros a acusar o "direito penal da atitude interior" como enfraquecedor do Estado de Direito. Algum tempo depois, mesmo Mantovani, também na Itália, acrescentou que o deslocamento do centro de gravidade do crime da ofensa ao bem jurídico, para a "gesinnung" ou "culpa do autor", contradiz o princípio da ofensividade do crime previsto pela Constituição Italiana, cujo mérito teria sido o de ancorar o Direito Penal em um sistema de incriminações de "fatos ofensivos" e não a "tipos de autor". Mas Bettiol, é bem verdade, não escreveu contra um direito penal voltado a "condutas lesivas" e sua metodologia não tende a en-

fraquecer esta linha penalística (64). Somente alertou que a "gesinnung" deve ser enfocada no momento da graduação e estabelecimento da culpa, vale dizer, para melhor ser entendida a conduta típica concretizada. Direito Penal é mentalidade. Se a mentalidade totalitária não está presente, não há motivos para receios. O perigo, por outro lado, não justifica a paralisia intelectual.

No Brasil, crítica interessante advém de Miguel Reale Jr. Argumenta que, na "gesinnung" de Bettiol, "a culpabilidade é um juízo de censura pela consciência ética caída, cerne de uma personalidade que decidiu mal sobre si mesma" e que a "remissão à uma decisão prévia, como objeto da culpabilidade leva a uma noção anárquica de liberdade, pois retira do momento da opção, a circunstancialidade concreta que envolve o optante" (65). Procura afirmar, assim, ser perniciosa qualquer investigação ou conclusão respeitante ao passado do momento em que a vontade de cometer o delito é formada; a culpabilidade somente deve ser aferida a partir deste momento concreto, pois ele é o único importante ao juízo de culpa, ou ainda: "o erro está em procurar diagnosticar a opção por um sentido de vida, reduzindo-se a culpabilidade a um juízo sobre a direção imprimida pelo agente sobre seu próprio ser, quando ele deve implicar uma e outra valoração, a do ato em si mesmo e a do que ele significa no sentido total da existência do agente" (66).

Os escritos de Bettiol, ao que parece, pelo menos os mais divulgados, não compreenderam essas críticas do mestre de São

Paulo. Com modéstia, porém, pode ser dito que o direito penal da atitude interior não prejudicaria a consideração da "opção do agente concretamente situado" (67) a que Reale Jr. atribui fundamental relevância no juízo de culpa.

A culpabilidade de um ato abrange toda a história do agente (68), os criminólogos estão aí para provar isto também. Bettiol não disse que o juízo de culpa deve se "preocupar" exclusivamente com a "opção pelo modo de vida", mas que ele deve se "ocupar" com esta opção, também. A situação concreta, as circunstâncias da opção do agente serão importantes desenganadamente, mas também convém não menosprezar que a interferência dessas circunstâncias concretas na opção para a prática do ato foram recepcionadas pelo agente em respeito a uma outra opção, anterior a ela, devendo assim ser constatada para melhor ser entendida e julgada a opção concreta.

A significatividade da "opção prévia", ou "gesinnung" na "opção concreta", será então ponderada para melhor graduação da culpa e até mesmo para seu reconhecimento. Neste contexto, parece inexistir aquela redução da culpabilidade "a um juízo sobre a direção imprimida pelo agente sobre seu próprio ser" argüida por Reale Jr.

O direito penal da atitude interior proposto não propugnou um direito penal que tipifique tipos psicológicos ou ético-existenciais. A evolução apontou os "tipos de fatos". Todavia, uma mesma evolução não nega a oportuna consideração da conduta praticada revelar maior ou menor intensidade de desprezo aos bens ou valores cuja tutela foi pretendida com a tipificação.

§49. A Posição de Morselli

Como visto, Bettiol procurou dar conotação moral ao juízo de censura penal ao considerar a "gesinnung" essencial à percepção do estado de consciência de alguém diante de valores juridicamente protegidos. Pode-se dizer que esta posição de Bettiol coincide com o conceito de "gesinnung" utilizado hoje na Alemanha para a estruturação do conceito normativo de culpabilidade.

Mesmo na Itália, Elio Morselli, por seu turno, vê a "gesinnung" de outro ângulo. Para ele a "gesinnung" serve para destacar o conceito de dolo à moda dos antigos romanos, ou seja, o dolo "malus". O estudo da "gesinnung", neste sentido, não reside no juízo de culpa, mas no próprio dolo e, conseqüência de precária aceitação dos postulados da Teoria Finalista da Ação, para a determinação da figura típica mesma.

A diferença com a teoria de Bettiol é mais de método que de conteúdo. Com efeito, tanto em Bettiol quanto em Morselli a "gesinnung" é o comportamento interior consistente em um "animus", na predisposição perante valores e que não deve ser desconsiderada pelo Direito Penal. Mas enquanto Bettiol sustentou a observação desta atitude interior para o momento do juízo de censura penal, para que o mesmo represente um juízo com primazia ética, Morselli assim não recomenda: "Para nós ela 'gesinnung' deve, ao invés, servir para colocar em foco o 'conceito naturalista do dolo', levando-o a constituir o 'background' não já da culpabilidade, bem assim do elemento psicológico do fato, e destacando tal elemento da culpabilidade para integrá-lo ao tipo"(69).

Para Morselli a inconveniência de ser compreendida a "gesinnung" na culpabilidade antes existe porque representa autêntico retrocesso científico depois que, a partir de Welzel, a culpabilidade foi "esvaziada" de elementos psicológicos. A tendência evolutiva representadora de progresso nesta área é a culpabilidade isenta de toda consideração psicológica, e a "gesinnung" nada mais é que o reconhecimento de liames psicológicos. O juízo de culpa, hoje, deve reservar-se a considerações sobre a "inexigibilidade de conduta diversa", esta é o centro, exclusivo, da censura penal, por sua vez estranha à "gesinnung" (70).

Antes de tudo, Morselli procura dar relevância à sistemática lançada pelo Finalismo que Hans Welzel apresentou logo após o fim da 2ª Grande Guerra (71). Em terreno científico, o Finalismo ainda representa marco de um progresso, em dois sentidos: primeiro, porque provocou definitivamente a "purificação" do conceito de culpabilidade, consagrando o conceito normativo; em segundo lugar, ao dar nuances à ação, vendo-a como final, permitiu que a ciência penal se tornasse perceptiva de formulações trazidas pela Psicologia, principalmente a psicanalítica (72). Assim, a psicologia de profundidade demonstra ser a origem do fenômeno criminoso a falta ou insuficiente controle do "Eu consciente" sobre impulsos anti-sociais inerentes a todo ser humano. "À base de todo crime está portanto, uma disfunção geral da personalidade. Se revela o crime como produto de uma carência funcional do Eu, em um descontrole e da distribuição dinâmica das pulsões biológicas" (73).

Não seria a vontade, o livre arbítrio puro e simples o

impulsionador da ação, mas como que a falta de um tal mecanismo. O "Eu consciente" deixa de exercer um controle sobre os impulsos de natureza anti-social, inerentes à pessoa e sempre prestes a exteriorizar-se. Este processo equivale ao dolo: o Eu aceita e impulsiona as instâncias negativas, representa uma decisão, uma escolha ou adesão ao impulso. Na culpa em sentido estrito, por outro lado, o Eu "deixa-se levar", "não percebe" os impulsos, e por isso também merece reprovação, mas que deve ser explicada pela psicologia de profundidade e não por deduções filosóficas (74). O dolo não é um problema de consciência ou de finalidade tão-somente, sempre é qualificado; dolo é "animus", é "gesinnung".

Destarte, o dolo no tipo com suas variações é hoje, segundo Morselli, imprescindível ao estudo científico-penal. Somente com a distinção de "animus" pode-se compreender o tipo e a ação praticada. Contudo, mesmo sendo este um mérito de Welzel, ele teria pecado por um excesso de raciocínio reflexivo. Morselli então não concorda com o "dolo natural" de Welzel, pois este tem a "vontade e a consciência" como seus alicerces, que são insuficientes para solucionar certas dificuldades como, dentre outras, aquela do dolo eventual. Welzel não teria convencido quando afirma que quem quer os fins quer também os meios, ou seja, quando o agente assume os riscos para atingir certos objetivos - essencial à definição de dolo eventual -, também acaba aceitando e querendo os efeitos que esses riscos podem proporcionar, pois eles seriam meios aos fins primeiros. Morselli considera este um modo artificioso de raciocinar; "uma coisa é considerar

qualquer coisa como um meio necessário para conseguir um intento, e bem outra é 'aceitar o risco' de uma sua consequência que não é desejada, e que continua mesmo sendo estranha ao fato protegido" (75). Neste caso dolo não existiria, mas somente vontade do evento. Por isso, o dolo não deve possuir natureza cognitiva, pois esta é inviável, mas natureza axiológica. Em suma, dolo não deve ser "dolus naturalis", mas "dolus malus".

Ademais, lembra Morselli das hipóteses de "excesso de legítima defesa", onde o sujeito age com perfeita vontade e consciência, porém sua conduta pode ser entendida como culposa. Ou ainda a questão da intensidade do dolo: "a finalidade existe ou mesmo não existe; em base a que se pode medir sua intensidade? Somente é possível determinação adequada do dolo se considerada a emotividade que acompanha a ação, o "animus nocendi", equivalente à "gesinnung" (76). Conclui Morselli que o mal tanto da teoria finalista da ação como daquela tradicional - causal-naturalista - consiste em considerar o "dogma da vontade" o centro de toda a ação; a ação como a vontade de produzir o evento. Para a teoria causal o crime é produção de evento ilícito, e para a finalista é a ilícita produção de um evento, ambas apoiadas no dogma da vontade.

A solução para tudo isso está no reconhecimento do elemento intencional do dolo. Este elemento é o "comportamento interior", inerente a toda ação (77).

O dolo é a "atitude interior" de consciente adesão aos

impulsos anti-sociais. Neste caminho Morselli reconhece a "gesinnung" anti-social prevista pelo Código Penal Alemão então Federal, o elemento psicológico do fato, devendo ser entendido em sede de "conduta humana" identificável pela psicologia de profundidade, e não em sede de culpabilidade ou princípio ético.

Das duas construções, qual merece mais credibilidade? A de Bettiol, sentimental, de performance reflexiva e que põe em destaque a realidade moral, íntima do homem, objeto do juízo de culpabilidade, ou a de Morselli, preocupada com certos problemas que o finalismo de Welzel não teria conseguido solucionar, e de parceria com a Psicanálise?

Este lugar não pretende ser técnico ao tratar do problema do dolo e assim não deve ser preenchido pelos conflitos que a teoria finalista teria provocado na dogmática penal. Mesmo porque, são conflitos somente aparentes. Pertine, entretanto e tão-somente, afirmar que Morselli em muitas ocasiões parece confundir o "objeto valorado" com a "valoração do objeto" afetos ao juízo de censura penal.

A conduta é o objeto do juízo de censura. Mas esta conduta deve ser tomada em toda sua "existencialidade". De maneira alguma se estará regredindo cientificamente ou lesando o conceito de culpabilidade normativa se o juízo de culpa visar também a "gesinnung". Afinal, mesmo se o dolo for considerado "malus", não escapará do juízo de culpa. O critério teórico da "exigibilidade de conduta diversa" somente será aperfeiçoado se com-

portar também a "gesinnung", seja ela explicada ou não pela moderna psicologia.

Quando foi dito no início que a construção de Morselli diferenciava-se da de Bettioli mais por razão de método não se considerou ser só por este motivo. Com efeito, ao entender Morselli a "gesinnung" como o "animus", a obediência do "Eu consciente" para com impulsos anti-sociais inerentes à personalidade, a vê como uma característica de quem age, atualizada no sujeito concreto, mas não considera esta característica como qualidade, por natureza inseparável da pessoa. Por tal motivo, não vê a importância de "gesinnung" ser elemento para a graduação da culpa, além de considerar este procedimento perigoso, pelas mesmas razões já apontadas por Torío e Bricola. Aí está seu erro e conseqüente êxito de Bettioli.

Mesmo sendo sentimental e não querendo firmar conclusão de psicologia, Bettioli abordou muito bem qual realidade deve informar o juízo de censura penal. A "gesinnung" pode até ser um "animus" ou "adesão a impulsos anti-sociais" como pretende Morselli, mas esta qualidade da personalidade, em respeito talvez à conclusão do precursor da idéia que foi Von Liszt, é uma qualidade permanente, uma predisposição do agente resultante de uma opção prévia sua em consideração aos valores impostos no momento pela sociedade. É uma característica que estava ali, presente quando a conduta típica foi praticada. Pode ser que após desapareça, e isto é possível - a terapia psicanalítica poderá até resolver o problema -, mas estava presente. Neste sentido

ela é permanente.

Esta predisposição, evidentemente, deve ser objeto do juízo de censura penal que não deixará, por isso, de ser normativo. O material abordado pelo juízo de culpa é uma realidade consistente na "conduta humana existencial". "Existencial" não reduzido a um aqui e agora, mas compreensivo também de um passado que informou este aqui e agora, devendo, sem receios, ser abordado pelo juízo ético de censurabilidade. Isto tudo serve também para se expressar que os estudos de Direito Penal, igualmente, devem ser caracterizados pelo abandono de um reducionismo científico que infelizmente ficou bastante arraigado em nossa cultura. O Direito Penal é expressão política, mas, nem por isso, deverá ser estudado como se fosse uma realidade passível de compartimentalização. Como alerta Fritjof Capra ("O ponto de mutação"), se mesmo a física - moderna - está hoje estabelecendo contato com assuntos espiritualísticos, o Direito, mormente o criminal, deve começar a seriamente deixar de lado todo reducionismo e mecanismo dogmático, e aceitar concepções holísticas, que são também cientificamente válidas. O conceito de "gesinnung" guarda este sentido.

Quanto à dificuldade da captação da "gesinnung": a atitude interior é um aspecto do ser humano muito mais complexo e inacessível que o próprio caráter. Poder-se-ia dizer que se trata de algo inexistente senão na medida em que dele se toma consciência. Ao juiz seria exigido uma formação muito longa e profunda e uma cultura geral que pouquíssimos possuem. Uma persona-

lidade de tal maneira evoluída e compatível com considerável auto-conhecimento a permitir e possibilitar o conhecimento do outro. Por isso, o juiz penal deve estudar sempre, refletir sobre a vida em sua totalidade ética e biológica (78). Mas isto não diminui em nada o fato de que a "gesinnung" representa a posição prévia, existencialisticamente angariada pelo sujeito, diante de certos valores. As dificuldades práticas não podem chegar ao ponto de comprometer a veracidade ou validade teórica de um assunto. Ciência e prática, como se sabe, movem-se em dois planos que bem dificilmente coincidem, ainda porque, e aqui assiste razão a Morselli, "o papel da pesquisa 'científica' é aquele de mover-se numa dimensão completamente diversa daquela da prática, a qual obedece só a exigências de imediata funcionalidade de resultados e de corrente praticabilidade, com a incessante necessidade de compromissos e de aproximações" (79). Os problemas práticos não eliminam uma realidade. Sabe-se a seu respeito, embora seja difícil identificá-la em sua plenitude. Se uma idéia surge, se oferece como plausível, tal qual a de "gesinnung" ora apresentada, deve-se dedicar-lhe atenção. Quem estuda o Direito Penal deve mesmo ter bastante audácia para edificar uma concepção a seu respeito, mesmo que permaneça para muitos ou por muito tempo como uma hipótese impossível de ser verificada consoante correntes critérios de utilidade imediata.

Entretanto, fruto de pesquisa científica, arrisca-se afirmar que a nova visão da "gesinnung" pode ser adotada a partir de enunciados normativos já definidos e incorporados às legislações. Basta serem postos sob consideração hermenêutica mais per-

cuciente, compreendedora de realidades mais vastas do que apenas a conduta ilícita e sua manifestação censurável, eventualmente concretizada.

SEÇÃO III - A CULPA PELA FORMAÇÃO DA PERSONALIDADE PARA FIGUEIREDO DIAS

§1º. Introdução

As conclusões do jurista português Jorge de Figueiredo Dias sobre a culpa penal compactuam em linhas gerais com as idéias de Bettiol. O escritor de Pádua deu atenção especial a uma característica existencial-personalística do homem, a "gesinnung", ou anterior e consciente postura sobre valores protegidos pelo Direito Penal. Figueiredo Dias, com maior amplitude, dirigiu estudos na busca do conteúdo material da culpa penal para a formulação de um conceito.

Em Bettiol a resposta a esta questão não é captada de forma tanto direta. Considerando o seu "existencialismo", pode-se dizer que para ele a culpa está presente quando o homem livremente pratica de um ato ilícito-típico como "senhor" de seu destino, responsável por sua essência. Em verdade não pretendeu sistematizar critérios filosóficos para concluir quando realmente está presente a indispensável liberdade de escolha para a prática do ato. Apenas - embora tenha sido convincente segundo os fins doutrinários propostos - apreendeu os ditames do pensamento existencialista quando este, com veemência e até embebido de certa revolta contra as filosofias passadas, enlevou ao mundo a indeclinável liberdade de que toda pessoa goza.

Figueiredo Dias, igualmente, não nega que as ilações em torno da problemática da culpa guardam paralelo com o existir humano em seu todo, "e conseqüentemente é em relação a ele - e não em relação a qualquer estrato - que tem de pôr-se e resolver-se o problema da liberdade"(80). A liberdade é o "íntimo pressuposto" comum a toda consideração material em tema de culpa. Mais que uma característica da ação, enfatiza, "é uma característica do ser que age, com o que se põe em causa os fundamentos do seu ser espiritual e se busca a apreensão da essência já não do agir, mas do próprio existir humano"(81).

Mas seus principais escritos sobre o tema - "O problema da consciência da ilicitude em direito penal" (1969) e "Liberdade, culpa, direito penal" (1981) - foram de maior alcance e visaram a questão teórica de saber explicar se a vontade humana é livre e a questão prática de "como" e "quando" está presente a vontade livre na situação. Só com a resposta destas questões poderá ser dada validade concreta e efetiva ao juízo de culpabilidade normativo. Com efeito, a concepção prévia de que o ser humano é essencialmente livre, comumente só adquire validade no campo jurídico, e assim para fundamentar um seu conceito de culpa penal, se interligada a um critério ético, a um elemento teórico orientador da culpabilidade normativa: o "poder-agir-de-outro-modo" é o critério reconhecido pela generalidade da doutrina penal. Se o princípio da culpa constitui ilimitada validade e indiscutível pressuposto para toda investigação ou construção penal, problema preliminar e fundamental é descobrir o que é a culpa; qual seu conteúdo. Como já aventado no início do capítulo, a questão é filosófica.

Por conseguinte, Dias descarta a possibilidade da pura psicologia da vontade ou qualquer outro ramo da ciência experimental resolver o problema teórico (82), bem como de ser possível, no plano da fatilidade real-concreta, resolver-se esta questão. O problema prático do "poder-agir-de-outro-modo" é indemonstrável na realidade. Vale-se principalmente dos ensinamentos de Karl Engish conclusivos de que "o poder concreto de agir de outra maneira só poderia comprovar-se experimentalmente se fosse possível tornar a pôr a mesma individualidade na mesma situação, para observar então se se produziria uma ação diferente da que deu ensejo à experiência; uma tal experiência é porém impossível, porque já não poderia voltar a ser a mesma nem a individualidade, nem a situação" (83).

O "poder-agir-de-outro-modo" é uma antinomia presente em toda a concepção de Figueiredo Dias: este poder real não é critério prático, válido para a constatação da liberdade e da culpa. Imbuído nestas questões preliminares, Dias entrega-se à filosofia. Somente num contexto sobretudo ético-filosófico antes que psicológico-empírico, a problemática da culpa será solucionada ou ao menos adequadamente direcionada. A liberdade é um conceito originalmente ético-filosófico. A partir deste enfoque é elaborada a doutrina da culpa "pela formação da personalidade", o ideal substrato a que se deve ligar o juízo de censura penal normativo.

§2º. O Juízo de Culpa Segundo Este Critério

A "culpabilidade pela condução da vida" de Mezger foi a primeira tentativa de repercussão no Direito Penal quanto à ela-

boração de um conceito de culpa com este colorido (84). Segundo Mezger, os maus hábitos e as falsas noções de valores conduzem à indisposição ao direito. A culpa do agente "reside pois na aquisição de componentes culposos do próprio caráter: ela não se dirige a um 'modo de ser' como tal, empiricamente dado em certo momento, antes sim a uma 'aquisição' de um certo modo de ser" (85).

Mas Mezger teria errado ao considerar também a existência de certas predisposições e tendências contra as quais a vontade seria indelével. A exteriorização dessas predisposições não acarretaria responsabilidade, impondo o problema insolúvel de que tais distinções revelam-se impossíveis de percepção pelo juiz. Incide esta "culpa do caráter", na exclusiva dependência do poder individual e concreto de agir-de-outro-modo - quando o agente poderia vencer o caráter e responder por ele, e quando não podia assim fazer e não é responsável? -, o que, em termos práticos, é indemonstrável (86). Postulados do naturalismo ainda estavam presentes.

D'outra parte, esta teoria a seu tempo foi reputada paliativa para resolver um problema ligado ao dolo. Mezger entendia o dolo como aquele "malus", diversamente do proposto pelo sistema welzeliano. Como tal dolo exige para sua configuração o atual conhecimento da ilicitude do ato, Mezger teria procurado contornar a ausência de tal consciência compreendendo que a conduta seria ainda dolosa, se o agente era ignorante devido a má formação de seu caráter, resultante de uma "cegueira jurídica". Imputou-se a Mezger a tentativa de criar uma "ficção de dolo"

(87). A solução não deveria seguir este caminho, dado que o sistema finalista era o que mais satisfazia à formulação científica.

Mas a fonte que Figueiredo Dias dá atenção é a teoria de Eduardo Correia. Dele advieram as idéias de uma "culpa pela formação da personalidade" mais consentânea à solução dos problemas inerentes ao juízo de culpa normativo.

Para Eduardo Correia a teoria da culpa "pela formação da personalidade", ao menos em seus pontos principais, centra-se não em um "poder" do homem orientar sua personalidade conforme o direito, mas em um sentido de "dever" assim realizá-la. O "poder" não é critério da culpa, mas um mero postulado ou pressuposto, indispensável à configuração de um juízo ético. Ademais, este "poder" tomado como pressuposto não equivale a uma circunstância natural afeta ao homem, um livre-arbítrio sem fronteiras, mas um poder respeitante à personalidade ética do homem (88).

Vale dizer, o direito exige que as pessoas se eduquem, criem hábitos, em respeito aos valores por ele protegidos. Cria um dever neste sentido. O "poder-agir-de-outra-maneira" recebe, neste âmbito, novas delimitações. Ele sempre será analisado de acordo com a disposição que a personalidade angariou. Ou ainda, a conduta não será propriamente vista conforme um "poder" de agir de maneira diversa, pois a ausência deste "poder" extrapola o problema para o campo da inimputabilidade, mas antes será visto segundo uma "exigibilidade" de agir de outro modo, sentida em acordo com a personalidade que se apresenta. Ponto de apoio para isto seria a personalidade de um "homem médio" (89).

Eduardo Correia ainda considerou que as exigências do di-

reito são sempre "passíveis de respeito", pois mínimas, não dominadas somente nas hipóteses de "inimputabilidade referida à formação da personalidade" (90). Quis assim, o autor lusitano, antes colocar a "personalidade ética", repudiando a "naturalista", como o substrato material da culpa na formação da personalidade. Entendimento, percebe-se, coerente com as idéias mestras de Giuseppe Bettiol.

Figueiredo Dias respeitou esta linha de raciocínio acrescentando seus reais pressupostos filosófico-jurídicos que, a toda prova, coincidem com o existencialismo.

Começa por definir a "personalidade ética". Ela é diferente do "caráter". Enquanto este é essencialmente naturalístico, equivale ao conjunto das disposições que residem na pessoa, a personalidade é algo mais abrangente e complexo no sentido de que "engloba, através do ser livre, todos os elementos singulares que constituem o caráter em um momento dado, e 'ainda' todos os atos concretos do decurso de uma vida, plasmando-os em uma forma onde está inscrita a unidade de um existir". A personalidade é o caráter mais aquilo que o supera, a opção fundamental do homem, sua essência (91). A filosofia existencial, de tal forma, explica a manifestação da personalidade que deverá ser a base do juízo de culpa. Exercendo vasto estudo sobre os conceitos existencialistas, Figueiredo Dias conclui que a liberdade é uma característica do ser que age, não em sede de um "livre arbítrio" abstratamente imposto, indutivo, irracional, mas uma liberdade inerente ao "existir humano", condição e razão da presença da própria existência, resultado de reflexões (92), pas-

sível de compreensão e análise o que também permite, em termos teóricos, o exercício de juízos de exigibilidade sobre a mesma. Com efeito, a personalidade nada mais é do que o resultado, a moldura final - conquanto maleável - deixada pela decisão do homem sobre sua própria vida.

Estudos de antropologia-existencial afirmam que ao lado dos caracteres biológicos também influentes no agir humano, existe uma outra categoria de impulsos, igualmente irrenunciável e mais participativa no existir. Trata-se de uma "tendência" que "irrecusavelmente vive no homem para a sua realização própria" (93). A liberdade, portanto, não é somente sinônimo de independência de impulsos do caráter ou de forças ambientais (liberdade negativa), mas é antes a dependência de si próprio, uma resposta à essência (liberdade positiva), o exercício da autenticidade de que fala Heidegger ou da singularidade segundo Jaspers (94). Nota-se que são considerações de certo modo coincidentes com as de Welzel ou de Morselli sobre a constituição psíquica da pessoa. Ambos falam de impulsos, "capas profundas", etc. A diferença é que Figueiredo Dias não dá valor aos estudos de psicologia ao fazer referência a estes elementos, e sim a resultados filosóficos. Ele considerou a liberdade com outra postura, a partir de outras premissas.

Esta "liberdade existencial" não é absoluta, como conotavam os clássicos. O homem vive em sociedade, sendo a ele cotidianamente impostos valores e diretrizes que podem limitar sua autenticidade, mas não a impedir.

Sendo assim, a liberdade tão procurada pelos penalistas

só será então atraída concretamente - referindo-se não ao "homem", mas a "certo homem", em "certa situação concreta" (95).

A partir destas considerações, Figueiredo Dias prepara uma conclusão final ao modo dos existencialistas: o homem não "está no mundo", mas ele "é no mundo"; dá-se a si mesmo a sua própria conformação, pois, antes de tudo, ele exerce uma "opção existencial"; molda um caminho para formar sua essência, utilizando suas tendências inerentes. Quando pratica certa conduta existem todas as chances de que ela condiz com uma preferência segundo valores pré-escolhidos. "A ação é completamente determinada pelo motivo e pelo sentido nele contido; mas o motivo só é determinante no contexto de uma opção fundamental - da decisão existencial do homem sobre si mesmo. Nesta reside a autêntica liberdade pessoal do homem, a sua irrenunciável característica; este, no seu concreto existir, é sempre ser livre" (96).

A responsabilidade infere-se deste postulado: "é o ter de responder pelo comportamento no fundamento do seu existir, cuja essência é o ser livre" (97).

Adverte Figueiredo Dias que esta culpa existencial não radica na "culpa ontológica", pois ela deve ser entendida segundo o exercício de uma existência, no fático existir do homem.

Como mencionado, este "existir" tem de ser desenvolvido segundo valores. Ora, o Direito Penal reúne os principais valores que devem ser observados para a condução de uma existência. "Culpa jurídica (jurídica-penal) é, assim, a violação pelo homem do dever de formar o seu existir por forma a que, na atuação

da vida, não viole ou ponha em perigo bens juridicamente (jurídico-penalmente) protegidos" (98).

Outrossim, a personalidade da pessoa, a "personalidade total", segundo ensinamentos de Guardini ("O mundo e a pessoa"), compreende todos os seus estratos, é um efeito da liberdade. Um ato é, por consequência, expressão da personalidade. "Através da liberdade a pessoa e o seu facto são uma e a mesma coisa, a expressão de uma vida onde o 'eu' e o mundo são pertença do mesmo existir. Por isso a liberdade realizada no facto é, afinal, idêntica à liberdade da pessoa: ela é o seu modo de ser. Se o conceito jurídico-penal de culpa tem de ser, como todos concordam, 'pessoal', a culpa só pode ser dada, materialmente, como culpa da pessoa. A culpa jurídico-penal realizada é afinal, materialmente, o ter que responder pela personalidade que fundamenta um facto ilícito-típico" (99).

Aí está a "culpa pela formação da personalidade", repudiada por muitos, defendida por Figueiredo Dias.

O "poder-agir-de-outro-modo", conceito material visto pela maioria da doutrina como fundamentador do juízo de censura, de certa forma é abandonado por Dias, indigitado de indemonstrável. Em seu lugar posiciona a culpa ético-existencial.

O juízo de culpa penal deve questionar o "dever" de uma personalidade respeitar os ditames apresentados pelo ordenamento jurídico (100). A censurabilidade está ligada - e dimensiona a

culpa - a um maior ou menor dever da personalidade do agente responder às definições oferecidas pelo mundo jurídico. O correto juízo não é o "tu deves na medida em que tu podes", mas "tu deves na medida em que se exija que devas". Na análise da culpa deve-se refletir se a personalidade, preponderantemente à outra característica da pessoa ou circunstância, foi a principal causa impulsionadora do agir típico. E ainda, até qual momento ou em que grau incide uma reprovabilidade; uma exigibilidade jurídica a este estágio da personalidade, objeto de apreciação.

É uma subjetivação de acordo com a proposta por Bettiol através de seu "direito penal da atitude interior". Nesse âmbito do discurso Figueiredo Dias e Bettiol guardam relações muito mais estreitas com as propostas de uma nova concepção de juízo de censura penal. Com efeito, Dias deixa claro que uma "atitude pessoal" do agente desenvolve seu existir responsável. O homem decide sobre si mesmo por meio de "opções prévias" onde é observada "uma direção da pessoa no sentido de determinados valores, positivos ou negativos, que justifica, ao nível mais profundo, que seja o valor ético da atitude pessoal, ou o seu tipo de valor ou desvalor, a fundamentar em último termo o valor, o desvalor ou o tipo de valor ou desvalor do actuar"(101). Acaba, por fim, reconhecendo Figueiredo Dias que "Bettiol fala hoje, em sentido idêntico ao que ficou caracterizado no texto, de todo um 'direito penal da atitude interior'"(102).

Como verdade, Bettiol somente foi mais específico e aconselhador ao apontar a "gesinnung" como importante ao juízo de

culpa. Figueiredo Dias acabou corroborando a tese de Bettiol, pois este também vê a "gesinnung" com estrutura ético-existencial e não puramente caracterológica como quer, por exemplo, Morselli (103).

§39. Críticas a Esta Posição

A tese de Figueiredo Dias reabriu campo para um relevante número de debates e refutações. Mas uma coisa parece certa - na falta de soluções realmente práticas, muitos escritores estão sendo atraídos para a defesa de causas pequenas, sem conteúdo científico ou filosófico.

As críticas direcionadas à "culpa pela formação da personalidade", principalmente a consideram inconveniente por significar um retrocesso no conceito de culpabilidade. Possibilitaria juízos de reprovação cujo aspecto central seria a constituição do ser, seu caráter ou personalidade.

As respostas a estas críticas coincidem com as que defendem a concepção de Bettiol sobre a "gesinnung", ou sejam, o fato típico é na verdade a causa primeira do juízo. Nunca será admitido que uma tal concepção chegue a marginalizar totalmente um direito que vê a "culpabilidade do fato". A idéia, porém, não desconsidera também o agente-do-fato, ao contrário, concede maior relevo a ele no sentido de melhor solucionar os problemas do juízo de culpa. A mentalidade de Figueiredo Dias, como todas as outras relevantes que propuseram uma maior subjetivação do Direito Penal, não sustenta um direito penal de "tipos de autor".

Apesar disto, Francisco de Assis Toledo, para ficar nos li-

mites de nossa doutrina - bem representada -, formula substancial crítica à teoria de Dias (104). Vê impraticáveis as conclusões da teoria porque as mesmas pressupõem um "Estado ideal, utópico ou a-histórico" (105). Admite que a má formação do caráter e da personalidade devem conduzir a uma má postura perante o direito; contudo, também reconhece que "nenhum delinqüente consegue atingir, na sociedade moderna, um certo grau relevante de 'cronicidade' sem cumprir necessárias etapas de aprendizado empírico, durante o qual os envolvimento com a polícia, juízo de menores e justiça criminal tornam-se muito freqüentes" (106). Acrescenta, ainda, que se o "poder-agir-de-outro-modo" é de difícil verificação, a personalidade de alguém exteriorizada no fato, devido à sua complexidade, é inverificável com maior razão; a tentativa de verificar se o homem é livre conduz à velha aporia do determinismo ou livre-arbítrio, e o "poder-agir-de-outro-modo" é extraído facilmente do mundo da cultura vivida (107).

Mas são críticas que além de confundir a teoria de Figueiredo Dias com a falsa alternativa filosófica que foi o debate entre a Escola Clássica e a Positiva, não lograram atingir os suportes filosóficos, e até mesmo científicos que Figueiredo Dias apresentou em "Liberdade, culpa, direito penal". Ou, estas críticas revelam comportamentos que insistem em ser agnósticos.

O erro dos autores que formularam críticas com este conteúdo foi o de não apreciar com acuidade toda a fundamentação filosófica por Figueiredo Dias descrita. É impossível se negar hoje o relevante conteúdo reflexivo proposto pelo Existencialis-

mo a partir do fim da 2ª Guerra, corroborados em muitos setores pela própria psicologia ou outras filosofias.

A "culpabilidade do fato" é incontestável, mas não se admite, teoricamente, que o juízo de culpa deve cingir-se a captação de uma mera capacidade ou "poder-agir-de-outro-modo". Primeiro e evidentemente, porque a questão envolvente não diz respeito à presença ou não do "poder-de-agir", mas sim do grau de exigibilidade do exercício deste "poder", e para tal exercício é impossível não considerar a "conduta de vida".

O básico pressuposto oferecido pelo Existencialismo é o de que o homem é detentor desta capacidade. Isto na verdade é a admissão de um livre-arbítrio, mas não deve ser identificado com o tradicional, de feição clássica. É um livre-arbítrio inerente ao homem e explicado segundo uma antropologia filosófica que descreve - e não demonstra - uma nova concepção do "eu" da consciência. Figueiredo Dias debruçou-se sobre toda uma gama de escritos referidos ao tema para sistematizar seu pensamento. As fontes principais foram os escritos de Handgrebe, Karl Marx, L. Feuerbach, Nietzsche, Dilthey, Baptista Machado, Husserl, Max Scheler, K. Jaspers, Heidegger e Würtenberger. São pensamentos que entendem o homem como um ser dotado de um espírito passível de ser estudado pela moderna filosofia. "Pôde ver-se com clareza que o 'lugar' da liberdade concreta e pessoal do homem reside na mais originária e radical das 'realidades': o 'existir humano'" (108).

Poder-se-ia ainda argüir que o dever de conformar a personalidade conforme valores impostos pelo direito merece contestação porque o direito é dinâmico - uma ordem jurídica de ho-

je, amanhã poderá não existir.

A ordem jurídica vista em aspectos isolados, segundo fins bem individualizados e muitas vezes até incompatíveis com a seriedade que normas penais devem ter, pode consolidar esta consideração. Entretanto, a ordem jurídica é intelectualidade e, neste terreno, ela sempre condiz - ou assim deve ser - com as exigências da própria moral. Neste momento encaixa-se uma postura ideológica já percebida no trabalho e impossível de ser abandonada.

O Direito deve ser visto como o produto de uma mentalidade voltada à ordem social e conseqüente moral (109), que dignifique e proteja a vida. Para tanto, exige que todas as mentalidades individuais sejam com ele congruentes, ao menos em relação aos valores protegidos, fundamentais à coletividade, como lembrou Eduardo Correia.

Indiscutível que a mentalidade em referência é a liberal-democrática. Não é necessário ser denominada de "perfeita" ou "ideal", pois estas palavras fazem lembrar utopias; basta ser chamada de moderna, situada em uma época em que os socialistas do oriente libertam pensamentos, e, mesmo com os males das guerras mundiais ainda não esquecidos, as duas Alemanhas são unificadas e o então Primeiro Ministro da RDA, Lothar de Maiziére, ao tomar posse no dia 12 de abril de 1990, faz um discurso abrangente pedindo perdão aos judeus de todo o mundo pelos sofrimentos impostos em nome do nacional-socialismo, bem como apresenta desculpas à Tchecoslováquia pelo desrespeito ao Pacto de Varsó-

via em 1968 e, por fim, reconhece a inviolabilidade da fronteira ocidental da Polônia. É claro, muito ainda deve ser feito e estudado, mas já existe um ambiente cultural na Europa e Américas, propício à admissão da doutrina da "culpa pela formação da personalidade".

§4º. Considerações Finais

O Código Penal Brasileiro na verdade autoriza o acolhimento pelo juiz da doutrina da culpa pela formação da personalidade quando no art. 59 apresenta que "o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime (...)" estabelecerá a pena a ser aplicada. Quando o Código Penal manda o juiz considerar estes aspectos, está evidentemente impondo um exame da existência do próprio condenado; está ordenando que a formação da personalidade seja analisada.

O Código Penal de 1969 e que não chegou a vigorar era mais enfático quanto a isto. Dispunha em seu art. 52 que o juiz deveria examinar, além dos elementos que o código atual descreve, "a atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime". Ou o parágrafo 3º, do art. 64 desse mesmo Código, quando apontava o "criminoso por tendência" como sendo o que, pela perigosidade, motivos determinantes e meios e modos de execução do crime, revela extraordinária torpeza, malvadez ou perversão, qualidades pessoais de propensão à prática criminosa. Não era um criminoso incorrigível ou nato, mas com inclinações criminosas devido a fatores morais propriamente. Àquela época, embora os estudiosos que pensaram o código na verdade estives-

sem acima de tudo preocupados com a prevenção criminal, tentou-se impor relevância a uma predisposição particular do sujeito ao crime; a uma índole caracterizadora (de certa forma). Ora, isto nada mais significa do que a tentativa de definir um critério para a própria aferição da "gesinnung" do criminoso diante do delito que praticou.

Faltou, entre os comentadores daquele Código, alguém que assumisse esta doutrina para justificar a previsão legal dos "criminosos por tendência"? Não exatamente. Com efeito, Alcides Munhoz Netto escreveu, considerando, como já consignava a Exposição de Motivos do Código Penal de 1969 haver inspirado-se o diploma nas idéias de Eduardo Correia, que a criminalidade "por tendência" referida por aquele Código era imputável à culpa do autor (110). O Código de 1969 previa um "estado perigoso culpável", ao qual correspondia uma agravação da pena, a título de maior retribuição. Não houve referências ao "comportamento interior", mas a personalidade "por tendência" foi entendida, segundo sua essencialidade, em sintonia com esta doutrina.

O ponto de vista sobre a personalidade criminosa agora dissertado segue este entendimento. Não é propugnado nesta ocasião um estudo da personalidade a nível terapêutico, em que o juiz deve analisar a personalidade do autor de uma conduta típica com vistas a estabelecer um tratamento voltado à ressocialização, uma vez que a questão se limita à repressão e prevenção. Não foi intenção expor critérios de criminologia clínica, mas apontar os aspectos morais, éticos, também afetos à problemática em foco. Mesmo porque, a própria concepção de liberdade

e personalidade em linhas gerais desenvolvida, é incompatível, ao nível de suas premissas, com a idéia de ressocialização frutífera de tratamentos.

Como poderia a personalidade do agente ser devidamente relevada no juízo de culpabilidade? Um estudo a ser feito sobre uma realidade criminosa deve ser criminológico. Já escreveu Dotti "que as formas de personalidade perigosa como manifestações rebeldes aos valores jurídico-criminais, são todas elas entidades mensuráveis através de meios e métodos científicos postos a serviço pela Criminologia, uma vez que o método do direito penal não permite análise realística do sujeito quer para a constatação de perigosidade, quer para a aferição da natureza da culpa" (111). A Criminologia, neste contexto, contribuiria de modo decisivo para a individualização da pena. E esta Criminologia deve ser crítica sem ser radical. Entretanto, é impossível fugir da regra exposta na seção anterior, ou seja, o exame dos elementos existenciários que o Código Penal refere para a demonstração da culpa deve ser realizado com hegemonia pelo próprio juiz da causa, podendo receber auxílio de outros cientistas, e no curso de todo o processo, sem qualquer fragmentação, tal como alude o Projeto nº 633/75 do Código de Processo Penal, quando prevê o instituto denominado "exame criminológico", de índole revolucionária para o Processo Penal Brasileiro em termos de cognição da culpa. Como verdade, a Lei de Execução Penal trazida com a Reforma Penal de 1984, prevê o "exame criminológico" sob a modalidade de perícia e para fins classificatórios voltados unicamente à execução penal. Foge, o atual "exame cri-

minológico", do âmbito de apreciação da culpa ou análise da liberdade. Sua mentalidade é diversa da aqui explorada. Este instituto teria como finalidade a pesquisa dos antecedentes pessoais e familiares do réu, seus aspectos físico, psíquico, moral e ambiental para a aferição da personalidade e do estado de perigosidade do criminoso.

Se um exame criminológico deve ser realizado, deve ser presidido e concluído pelo juiz, que utilizará, como dados existenciários primários recomendáveis, sem exclusão de outros dispostos sob o modo de auxílio, a experiência de vida, o saber jurídico, a consciência jurídica, a primazia de sua moral.

SEÇÃO IV - A TEORIA DA CULPABILIDADE PARA CLAUS ROXIN

§1º. Introdução

Nesta oportunidade a filosofia pertinente ao juízo de censura penal cede um espaço.

O método proposto pelo "gesinnungsstrafrecht", de verdadeiro cunho investigatório que não é refinada ficção porque elaborado sobre um fundo de verdade, não é hoje assunto ultrapassado na Alemanha. Entretanto, é válido apontar uma outra face da ciência, originária também na Alemanha, sobre o juízo de censura penal. Manifestações preocupadas com a política criminal, adversárias da tradicional dogmática que se apoia no sério inconveniente de pretender constatar a culpa penal na liberdade de agir ontológica.

O princípio da culpabilidade merece, segundo esta tendência, nova conotação, em obediência a exigências político-criminais que devem impor-se na elaboração dogmática.

Com efeito, a partir da década de sessenta, alguns cientistas alemães intensificaram pesquisas sobre como deveria ser o direito penal moderno, coerente com os ideais do liberalismo democrático e Estado de Direito. Novakowski, e logo em seguida Claus Roxin, através de uma série de trabalhos tiveram a comum e fundamental idéia de que uma lógica penal-utilitarista-preventiva racional, não pode admitir a punição quando a ameaça penal dirigida ao réu estava excluída porque ele era insensível a ela ou porque a consciência jurídica não foi afetada de modo algum com o delito (112). Já em 1962, apareceu um Projeto de Código Penal apresentado pelo governo da Alemanha Federal. Deste Projeto do Governo, Claus Roxin encabeçou outra proposta científica, o chamado Projeto Alternativo, divulgador, em especial, de importantes pensamentos de política criminal. Foi este Projeto que exerceu e vem exercendo grande influência na evolução do direito e doutrina penais da Alemanha e proporcionando comentários nos principais países da Europa, porque nem mesmo o advento de um Código Penal Alemão em 1975 fez cessar as discussões iniciadas pelos idealizadores daqueles dois Projetos.

A experiência dos estudiosos do Direito na Alemanha sempre mereceu atenção, notadamente no que respeita às doutrinas penais. Os estudos alemães têm importância internacional tanto no campo da dogmática como no filosófico. Por conseguinte, os discernimentos sobre as problemáticas doutrinárias referentes à culpa penal ou sobre a dogmática do conceito de culpabilidade, não deverão terminar sem a exposição desta talvez mais recente e inovadora doutrina apresentada por Claus Roxin, ademais, porque, com senso próprio, o Projeto Alternativo também pregou a

não sustentação válida do princípio da "inexigibilidade" fundado num "poder-agir-de-outro-modo".

Em Roxin, a culpabilidade não é mais vista como categoria metafísica e adquire versão de "responsabilidade". O direito penal da culpa, em linhas gerais, cede grande terreno a um direito penal da "responsabilidade", sem que isto implique prejuízo à segurança de direitos fundamentais (113).

A idéia mestra do PA, como diz o próprio Roxin, "é de que o direito penal moderno consiste na realização de uma síntese entre o Estado de Direito e uma prevenção especial ressocializante, por um lado, e as exigências imprescindíveis da prevenção geral, por outro" (114). A prevenção geral é o objeto do Direito Penal, ocupação central da ciência e assim tem de determinar a dogmática.

Preparando terreno para expor uma concepção não exatamente sobre o que é a culpa penal, mas como ela deve ser utilizada pelo direito penal moderno, Roxin questionou a validade das filosofias que versaram sobre a punição: as teorias absolutas e relativas sobre a pena.

As correntes que refletiram sobre a "pena retributiva", historicamente resultantes da convergência da filosofia idealista e da tradição cristã, simplesmente pretenderam esclarecer que a idéia de justiça exigia a punição sem visar quaisquer fins, ao menos fins determinados por uma ciência. A idéia retributiva assenta-se no pensamento cristão de que a um mal deve corresponder outro de caráter expiatório do primeiro, mesmo diante da certeza da não repetição daquela conduta errante. Além do in-

conformismo de Roxin para com este critério fundamentador metafísico da pena, seu principal argumento contra a idéia retributiva reside exatamente na indemonstrabilidade prática da liberdade de vontade, tradicionalmente o fundamento ético da punição. Estando a liberdade fundada em critério metafísico, por conseguinte indemonstrável, não pode justificar a punição.

Esta concepção retributiva de que a um mal sempre deve seguir uma pena, se isenta de um aprofundamento de estudos éticos compatíveis com o pensamento atual, realmente é inconcebível. Mas hoje, convém dizer desde já, não existem as mentes que entenderam a punição como na Idade Média. O Estado moderno não é vingador, a sociedade não pune simplesmente, mas visa proteger valores e interesses fundamentais. Ao criticar a teoria retributiva da pena e considerá-la neste seu extremo de mera vingança social, evidentemente Roxin não penetra o conteúdo filosófico do que deve ser a culpa hoje. Tão-somente faz "vistas grossas" a qualquer proveito prático de uma formulação retributiva.

Quanto às teorias sobre a prevenção especial, justificacão da pena na prevenção de novos delitos do sujeito, que em tempos modernos foi objeto dos movimentos da "Nova Defesa Social" comandados por Marc Ancel após haver surgido pelas mãos de Von Liszt e sua escola (115), também não oferecem, segundo Roxin, justificacão ao poder punitivo do Estado. A idéia de ser o criminoso correccionável não possibilita uma delimitacão adequada do poder punitivo ou, pelo menos, uma tal idéia, para ser coerente, deveria entender a não delimitacão temporal da inter-

venção estatal mediante penas pré-fixadas em seu máximo, além de que, se constatado o não perigo de reincidência - também para uma coerência do pensamento - graves delitos deveriam ficar impunes.

Por fim, Roxin procura colocar em "xeque" a legitimidade da sociedade obrigar, através do Direito Penal, uma minoria a educar-se segundo suas regras, protetoras dos interesses ou valores que acolhe: "de onde nos vem o direito de poder educar e submeter a tratamento contra a sua vontade pessoas adultas?" (116).

Repulsa foi feita ainda, com relação às teorias que pretenderam justificar a punição na prevenção geral, em efeitos intimidativos que a pena deve proporcionar às pessoas inibindo-as à criminalidade. A intimidação geral, para Roxin, tende ao terror estatal, pois "quem pretender intimidar mediante a pena, tenderá a reforçar esse efeito, castigando tão duramente quanto possível" (117). Exemplo disto foram os fins alentados no período da 2ª Grande Guerra. Sem contar também com a questionável eficácia das penas de acentuada função intimidadora perante certa categoria de delinqüente, exatamente aquela onde a pena deveria ser perceptível e temida.

A principal objeção de Roxin contra a tradicional "prevenção geral" reside, entretanto, neste argumento: como pode ser justificada uma severa punição do criminoso, de conotação evidentemente exemplar para ser extrapolada a eficácia da pena para além do punido, simplesmente em consideração a imaginárias

possíveis condutas das demais pessoas? Tal instrumentalização do homem seria inadmissível em sociedade culta. Destarte, somente estará justificada a aplicação da pena se houver harmonia entre sua necessidade ao bem da comunidade jurídica e a autonomia da personalidade do delinqüente.

Este é o resumo das questões que aguçaram os juristas do PA ao Código Penal da Alemanha. Pontos de vista que refletiram a impossibilidade de justificação do poder punitivo do Estado de ameaçar, impor e executar as penas, segundo teorias tradicionais, em verdade vertentes unilaterais de determinados aspectos do Direito Penal.

O PA relevou a prevenção geral e especial como fundamento da punição, mas uma prevenção com nova roupagem, ou seja, a prevenção que a atividade de punir pretende não toma a gravidade ou qualidade da sanção como primordial instrumento, voltado à intimidação, mas considera que o fim da aplicação da pena é assegurar a eficácia do próprio ordenamento jurídico. A sanção não visa a intimidação propriamente dita ou só esta consequência de forma direta, mas através dela - sanção - pretende-se algo de maior significatividade; visa-se a salvaguarda da ordem jurídica, a respeitabilidade dos interesses e valores amparados pelas normas que são imposições inteligentes da consciência social.

Os estudos do PA compreenderam um repensar de toda a teoria do Direito Penal, desde a pergunta "o que pode o legislador punir?" até a proposição de critérios para a execução da medida penal. São elaborações que não podem ser globalmente considera-

das, mas pressupõem análise que, certamente, para ser completa, exige um dedicado e exclusivo trabalho. Por tal motivo e uma vez mais delimitando o tema agora proposto, cabe dizer que são estudos que partiram de um posicionamento todo especial em relação à culpabilidade, devendo ser focado singularmente este ponto reitor.

§2º. As Relações Entre Culpabilidade e Prevenção

Para a tradicional doutrina, hoje ainda não totalmente abandonada, pois a verdade que encerra é forte o suficiente para ser conservada em alguns sentidos, o princípio da retribuição, da expiação da culpa, é também um dos fundamentos da punição. Ninguém nega que, a princípio, a presença da culpa requer a punição. O Direito Penal evoluído em qualquer situação somente pune quando há culpa e necessariamente, porque há culpa. A responsabilidade objetiva em sede penal é marginal à evolução relevante. Consagração disto é o secular princípio da culpabilidade.

Contudo, também é tradicional que não se pune pela só necessidade do castigo. Mesmo se entendida a retribuição como fim da pena, este fim não pode ser o mero castigo, mas o estabelecimento de uma certa prevenção geral e especial. Geral, para a manutenção da ordem jurídica abalada com o ilícito, e especial no sentido de proporcionar ao delinqüente, no mínimo, oportunidade de refletir sobre as conseqüências pessoais que seu ato gerou. A tendência científica inaugurada principalmente por Roxin procura expor nova perspectiva às funções da pena, tentando eli-

minar a mentalidade que entende a pena como castigo (118).

Suas questões surgiram por primeiro na obra "Política criminal e sistema de direito penal" de 1970, quando examinou com maior proximidade o processo que conduziu parte da doutrina a interpretar em conformidade com as exigências de política criminal do ordenamento os elementos que compõem o conceito analítico do crime, sobretudo o conceito de culpabilidade (119).

Como visto, a culpabilidade, antes de receber tratamento científico, significava uma idéia a servir de fundamento ideológico à punição. Considerada através de um conceito, representou, além de fundamento ideológico, também um critério, um princípio limitativo à configuração da responsabilidade penal. A concepção normativa hodierna e tradicional apresenta uma boa formulação a esta função limitativa: o critério da inexigibilidade de conduta diversa. Sintetizando, o princípio da culpabilidade vem exercendo duas básicas funções: dar justificação à retribuição penal - neste sentido ele é uma desvantagem ao acusado se reconhecida a culpa -, em segundo lugar a culpabilidade serve de limite à intervenção punitiva, pois a medida da culpabilidade determina o limite superior da pena. Nesta ocasião o princípio funciona como protetor do delinqüente, não autorizando que seja punido além de sua culpabilidade (120). Esta segunda função do "princípio" foi aperfeiçoada pelas investigações científicas dos normativistas, enquanto que a primeira foi mérito do psicologismo.

Pois bem, a dificuldade que se impõe e foi objeto de considerações dos juristas alemães a partir do PA, consistiu em

conciliar esta consagrada dupla de funções do princípio de culpabilidade com um direito penal que se diz modernamente preventivo.

A tese que Roxin fez prevalecer naquele Projeto considera que o conceito de culpabilidade como fundamento da retribuição penal não tem mais razão de existir, devendo ser mantido somente o aspecto do conceito de culpabilidade que representa um princípio limitador da imposição penal que deve ser sempre, e exclusivamente, voltada à prevenção.

Por que este argumento? Roxin questiona o conceito tradicional de culpabilidade como uma censura pelo poder do sujeito de ter agido conforme o direito. O não exercício deste "poder" - equívoco entendimento do princípio da "inexigibilidade" - gera a culpa que requer a punição. Tradicionalmente, a pena é retribuição de um mal pelo não prevalecimento deste "poder".

O juízo de censura penal, neste contexto, defronta-se com um problema que já é ocupação de muitos doutrinadores: como constatar na prática o "poder-agir-de-outro-modo"? A liberdade do sujeito com este significado é realmente verificável?

Segundo doutrina de Figueiredo Dias, como já aludido, esta liberdade é entendida através da filosofia existencial ou, como desejam alguns, é produto de irrenunciável livre-arbítrio - conquanto discutível e ponderável - presente em situações de imputabilidade. Por ser conceito metafísico, empiricamente é inócuo querer apontar a liberdade do homem. O problema não residiria, portanto, no desconhecimento pelo homem de processos micro-físicos do cérebro humano. As dificuldades do juízo de censura penal são de ocasião, ou seja, não versam sobre métodos de

perceber se o sujeito na situação concreta "poderia ter agido de outro modo". A problemática deve ser deslocada desta "procura" do "poder agir" para a "resolução" da exigibilidade do "ter atuado", na teoria de Figueiredo Dias, precisamente "ter formado a personalidade em desobediência ao direito".

Roxin não entende o princípio da inexigibilidade exatamente desta maneira, mas admite a indemonstrabilidade de um "poder-agir-de-outro-modo" e considera esta circunstância motivo para o repensar do princípio da culpa (121). Impossível, com segurança, determinar se um sujeito em concreto, quando praticou a ação típica, poderia ter agido de outra maneira. O tradicional conceito dogmático de culpabilidade comporta uma premissa insustentável.

Sendo assim, se a culpabilidade não pode segundo este critério ser demonstrada, é impossível servir de fundamento à punição. "Se, para admitir a culpa, se está a pressupor um substrato empírico que em princípio não pode ser comprovado, a consequência deveria ser, em conformidade com o princípio 'in dubio pro reo', a absolvição" (122).

Por outro lado, a retribuição de índole "absoluta", do ponto de vista da teoria do Estado moderno evidentemente não mais se concebe. O "jus puniendi" somente deve ser consentâneo a fins preventivos; "a execução da pena só pode ter êxito enquanto procure corrigir as atitudes sociais deficientes que levaram o condenado ao delito" (123). A relatividade na punição é

hoje assertiva pacífica e por tal motivo, o princípio da culpabilidade também não deve lhe servir como fundamento. Vale dizer, mesmo que aquele "poder-agir-de-outro-modo" fosse verificável, sozinho não pode ser justificativa para a sanção penal. O Estado não tem o direito de retribuir a culpa, se exigências preventivas faltarem, mesmo que ela fosse passível de demonstração através de processo empírico (124).

Roxin nada mais assevera do que o domínio de uma teoria relativa da pena de conotações peculiares. O Estado deverá punir segundo um critério prevalente, de prevenção, antes que de retribuição. Nada significa o abandono total do princípio da culpabilidade, mas, como será visto, foi inevitável fazer-se uma crítica a ele, e fidelista. Roxin relaciona o fenômeno do "poder-agir-de-outro-modo" ao desabamento de uma dogmática havida como perfeita.

A culpabilidade deve continuar um pressuposto necessário, entretanto não suficiente à punição. Com efeito, a efetiva punição é subordinada não à verificação da "normalidade das circunstâncias" sobre o ânimo do sujeito, mas à necessidade da pena do ponto de vista da prevenção geral e especial. A categoria dogmática tradicionalmente denominada "culpabilidade" deve pretender dar resposta se sob pontos de vista penalísticos uma sanção seja necessária a determinado sujeito.

Ademais, admitir que o critério do "poder-agir-de-outro-modo" é imprestável ao juízo de culpa não significa, para Roxin, que a liberdade do homem decorre de indiscutível livre-arbítrio. Ele contorna este problema de formidável maneira. Tal qual ocorre com a idéia de igualdade entre as pessoas, a liberdade deve

ser entendida em plano jurídico e não no mundo do ser. Considere que, quando a ordem jurídica reconhece o princípio da igualdade entre os homens, impõe que todos recebam da lei e de seus aplicadores um tratamento igual, circunstância que não revela o reconhecimento de que todos os homens sejam iguais. Tal ambiência deve ser reportada à idéia de liberdade. "A posição a assumir, num plano jurídico, sobre o direito penal da culpa não depende, pois, de a liberdade e a responsabilidade do homem serem susceptíveis de demonstração filosófica ou psicológica, mas sim exclusivamente, de saber se é adequado, dum ponto de vista teleológico, que o homem seja tratado como livre e responsável. Ora, isto deve ser afirmativamente respondido sem hesitação" (125).

Indemonstrável a culpa na situação concreta, mas sendo indispensável à atuação sancionatória do Estado com vistas à prevenção geral e especial, para que o Direito Penal não se restrinja a prever medidas de segurança ilimitadas, para que o Direito Penal não se transforme em terapia, o princípio da culpa tem a função única de fixar um limite à atitude punitiva-preventiva do Estado. A idéia de culpabilidade neste momento é interessante ao criminoso, servindo de limite à punição; alguém só deve ser punido até onde é culpado. Somente para esta dignidade deve ser mantido o princípio da culpabilidade (126).

Este foi um dos postulados ou teses do PA: o princípio da culpabilidade é essencial não para a retribuição penal, mas como limite ao poder de punir. Roxin vê o juízo de censura penal com revolucionária utilidade, compreendedor de "algo mais" com relação à dogmática tradicional. Ele defende não o "pune-se porque pecou", mas que a censura de uma conduta típica, necessária

para a salvaguarda da ordem comunitária, deve reprovar até o limite da culpa, e somente deve assim ser procedido se uma política criminal exigir. Há um critério objetivo, semelhante ao já exposto, ou seja, a culpabilidade de um atuar típico não é aferida através do conhecimento do "poder agir conforme o direito", mas resulta de uma exigibilidade destituída deste conteúdo. Um "poder agir" - politicamente na formulação de Roxin, e filosoficamente para este trabalho - tomado como presente.

O "algo mais" está em que Roxin ainda propõe que esta "exigibilidade" possui como conteúdo material, ou ao menos como elemento preponderante, não a "culpa pela formação da personalidade", mas um interesse social de diverso nível, uma política criminal preventiva. Enquanto a culpa só limita a intervenção punitiva, "em contrapartida, por si só não pode fundamentar a pena. Uma conduta culposa somente justifica sanções jurídico-penais quando estas sejam necessárias por razões de prevenção geral ou especial" (127).

Com efeito, doutrina Roxin que o Direito Penal através de seus tipos visa esclarecer à sociedade valores que devem ser respeitados, com isso motivando-a ou educando-a para um respeito aos mesmos. As normas penais são autênticos modelos de motivação popular e de aperfeiçoamento das relações sociais.

Assim, em ocorrendo violação às normas, o instrumento motivador em que consistem perde eficácia, credibilidade, sua respeitabilidade. Conseqüência imediata, mas não necessária disto, é o impendente menosprezo pelas pessoas, dos próprios valores fundamentais ao convívio social. Neste sentido, se a prática de

um delito por sua vez não venha, e isto é possível, implicar esta desconsideração ou diminuição da eficácia da ordem jurídico-penal, não há porque ser imposta a sanção. É a política criminal sobrepondo-se a qualquer outra coisa.

O exemplo básico para esta assertiva é o caso da inimputabilidade. Quando um inimputável pratica uma conduta típica a intervenção penal impondo a pena é inútil, pois, além de não se esperar dessas pessoas inimputáveis uma recuperação de respeito aos valores sociais através do sancionamento, "quando elas violam a lei não destróem alguma expectativa social; e a consciência jurídica da generalidade dos cidadãos não é abalada" (118). Somente se o sujeito que pratica o ilícito for sensível aos apelos normativos deve ser tratado como livre. E ainda só será punido se a consciência social ou a credibilidade na força das ordens jurídicas forem abaladas. Além de querer justificar com sentido próprio à punição, Roxin não descarta a possibilidade de também atos típicos de imputáveis não requisitarem punição. Nesta mesma trilha de raciocínio, o PA propôs a desconsideração penal para vários delitos em que a repercussão social não subsiste. Por motivos de política criminal, nem sempre à ilicitude deve seguir a punição, ao menos a de privação da liberdade.

Através deste pensamento, na verdade, não é possível identificar novo conteúdo material à culpa penal. A culpa ainda pode até continuar a ser aquela pela "formação da personalidade" ou qualquer outra. Entretanto, a responsabilidade penal passa a ser mais exigente, o juízo de censura penal recebe novo significado. A culpa com seu tradicional conteúdo ético deixa de ser

suficiente à responsabilidade criminal, que pressupõe aquele "algo mais" - uma necessidade de prevenção ditada pela política criminal dominante. A fórmula resume-se no seguinte: não pode existir punição sem culpa (ao menos a tradicional), mas pode ocorrer isenção de pena mesmo se presente a culpa (129).

Abandonando-se a função bilateral do princípio da culpabilidade - fundamentar e limitar a punição -, ele relaciona-se reciprocamente com o critério da prevenção: "a culpa põe um limite às necessidades estaduais de prevenção, mas as necessidades de prevenção, por seu lado, também limitam a pena correspondente à culpa" (130).

§3º. O Conceito de Culpabilidade

Segundo esta perspectiva, se a responsabilidade penal pressupõe "algo mais" além da culpa, a primeira vista não é, portanto, impróprio substituir o conceito de "culpabilidade" pelo de "responsabilidade". Percebe-se esta inclinação na moderna doutrina alemã, que aos poucos molda a dogmática a assimilar os efeitos desta política criminal.

Inaceitável a sustentação da inexigibilidade pelo critério do "poder-agir-de-outro-modo" em concreta situação, o fundamento da culpa penal continua a pressupor a liberdade, no entanto entendida não como fato real, mas um assunto normativo, em dimensão jurídica pura. Roxin não quis penetrar, como dito, no problema do conceito material da culpa. Contornou a situação, expondo um critério jurídico purificado de filosofias.

Considerando este posicionamento dogmático, três afirma-

ções fundamentais podem ser resumidas, como percebeu Tullio Padovani (131): a) no pensamento de Roxin a culpa, deixando de lado a tradicional base do princípio da "inexigibilidade" ("poder-agir..."), consiste na motivabilidade através das normas, obediente a diretrizes de política criminal. Com efeito, a liberdade esclarecida segundo um apelo normativo equipara-se à situação da "motivação do sujeito segundo as normas penais"; b) a culpabilidade é necessária para limitar o poder punitivo do Estado; c) não é a culpabilidade ainda suficiente para a interferência punitiva, na medida em que esta é legítima se exigências preventivas existirem. Estas exigências são diretrizes político-criminais.

Então, mesmo não querendo apontar o conteúdo material da culpa penal, mas procurando relevar só a política criminal voltada à prevenção geral e especial para expôr uma dogmática da culpabilidade, Roxin acaba de certo modo defrontando-se com aquele conteúdo e suas aporias. Em sua dogmática há uma suposição de que os imputáveis podem ser motivados pelas normas penais até prova em contrário, pois, isto é evidente, o legislador não pode condicionar a eficácia da prescrição penal à condição de uma motivabilidade efetiva do sujeito em situações ilícitas concretas. A culpa penal é a conduta típica livre, portanto de um sujeito motivável pela norma, que pressupõe uma punição porque a política criminal assim exige. O juízo de censura penal - ou a própria culpabilidade - é, assim, ainda normativa no pensamento de Roxin. É a censura de exigibilidade da conduta ter sido conforme o direito, exigibilidade intimamente conexa a critérios de prevenção geral, que pressupõem uma liberdade, jurídica exclu-

sivamente. Para este trabalho, ao contrário de Roxin, a exigibilidade tem como critério fundamental a "formação da personalidade conforme exigências da ordem jurídica" e que pressupõe uma liberdade captada pela reflexão; uma liberdade jurídico-filosófica. Compactua-se com Figueiredo Dias.

O conceito de culpabilidade em Roxin incorpora a exigência de prevenção geral e especial. A culpabilidade é a atuação livre, de que se exigia comportamento diverso por força da política criminal. Esta exigência da política criminal é o conteúdo do conceito de culpa penal. São exigências preventivas que condizem com a intocabilidade do caráter autoritário da ordem jurídica.

O juízo de culpa, todavia, não é somente avaliação de fins preventivos. Roxin não quer torná-lo expoente de um utilitarismo absoluto. Contudo, será atividade completa e ideal se considerar os fins da pena ao lado da liberdade do sujeito. Não é totalmente correto, acredita-se, afirmar que para Roxin a noção de culpabilidade deve ser substituída pela de "responsabilidade". É mais adequado dizer que a responsabilidade, a consequência penal do juízo de reprovação, somente incide se consideradas exigências de política criminal.

Segundo Roxin, a função político-criminal da responsabilidade também consiste em um limite ulterior da punibilidade. A responsabilidade não subsiste quando exigências preventivas não imporem a punição, não obstante uma "culpabilidade em sentido estrito". A culpabilidade, "em sentido amplo", compreende as exigências político-criminais (132).

Não é conveniente, em terminologia dogmática, substituir

"culpabilidade" por "responsabilidade", mesmo se destacada a exigência de integrar à culpabilidade tradicionalmente entendida, os requisitos de prevenção geral e especial. Embora Roxin tenha explicado que nas hipóteses das excusantes da culpabilidade a culpa persiste, conquanto não a responsabilidade pelas razões político-criminais, na verdade o que ocorre é um dilatação do próprio conceito de culpabilidade normativa, que passa a compreender um elemento novo, qual seja, a exigência político-criminal de prevenção geral e especial.

De certa maneira Roxin não é bem preciso ou se contradiz, quando afirma que a realização, com culpa, de um fato típico não conduz automaticamente à punição, ou que a culpa não é a razão suficiente para a punição.

Com efeito, o que na verdade aparece é um novo conceito de culpabilidade. Roxin chegou a admitir na palestra que realizou no ano de 1983 na Universidade de Coimbra, que se a punição só surge quando exigências preventivas estiveram presentes, a necessidade preventiva de punição acresce a própria culpa, muito embora prefira a expressão "responsabilidade" em vez de "culpa" à categoria jurídico-criminal que assenta no fato ilícito (133). Mas qual é exatamente esta culpa a que à responsabilidade junta-se para constituir um novo conceito, amplo, de culpabilidade? Esta culpa não deve ser entendida segundo a política criminal. Na verdade, a este aspecto de um conceito, Roxin não deu total atenção.

§4º. As Excusantes da Culpabilidade Para Esta Tendência

Sendo o conceito de culpabilidade formulado com os ele-

mentos "motivabilidade" e "exigibilidade pela necessidade político-criminal de punição", as causas de exclusão da culpa para esta tendência da doutrina são as hipóteses em que estes elementos não estão presentes.

Assim, por exemplo, quando alguém atua em estado de necessidade para salvar um bem jurídico de menor ou igual valor àquele agredido, Roxin sustenta que o legislador renuncia a responsabilizar o sujeito por sua conduta. "O legislador faz essa renúncia porque a punição não é necessária, do ponto de vista preventivo. O agente está socialmente integrado e não existe perigo de repetição devido à raridade das situações de estado de necessidade" (134).

Situação inversa ocorre nos casos em que o perigo deve ser suportado. Para bombeiros ou policiais, outro exemplo, em situações de perigo, a ordem jurídica exige, por razões de prevenção geral e especial, que enfrentem a situação perigosa. O mesmo ocorre com o excesso de legítima defesa. No Código Penal Alemão (parág. 33), este excesso não é punido se o agente obrou em decorrência de certos estados de ânimo, como a "perturbação", o susto ou o medo. Nestas hipóteses, o Estado deve renunciar à punição exatamente porque ela não é necessária do ponto de vista preventivo. Por outro lado, se o excesso advier de ânimos caracterizados como "cólera" ou "furor", a punição se impõe, para que não se incremente "na população em geral a tendência para fazer justiça pelas próprias mãos, o que é muito perigoso para a paz social" (135).

O problema da supralegalidade das causas dirimentes tam-

bém pode ser reafirmado através deste conceito de culpabilidade. A inexigibilidade de comportamento conforme a norma recebe conteúdo das determinações da política criminal, sempre orientada a prevenir geral e especialmente a prática de delitos. Se esta exigência de prevenção não está presente, renuncia-se a punição e exclui-se a culpa pela inexigibilidade, independentemente de previsão legal expressa. O Poder Judiciário neste caso representaria o Estado em seu ato de renúncia à punição.

Diga-se que significaria incontestável incoerência condicionar a "renúncia de punição" nos moldes propostos por Roxin, à positivação das causas de exculpação. Simplesmente voltada ao interesse geral, nesta altura do pensamento jurídico a política criminal é quem dita as coordenadas.

A "inexigibilidade de conduta diversa" mesmo assim representa uma "consciência jurídica", mas, é claro, com perspectiva muito diversa da dissertada nos itens anteriores. Aqui a consciência que anima o princípio não tem origem em um sentimento de compreensão humana, mas num pensamento puramente finalista, segundo o qual, na categoria sistemática que incide à da ilicitude, não deve se tratar da "inexigibilidade de agir diversamente" em consideração à personalidade ou à "gesinnung" revelada no ato ou, pelo menos, não se reduz a tais elementos, mas de saber se e em que medida o legislador pretende, de um ponto de vista jurídico-penal, chamar à responsabilidade o indivíduo em função de seu ato. Daí porque a tentativa roxiniana de substituir a idéia de culpa pela de "responsabilidade".

§59. Comparação com a Concepção de Figueiredo Dias e Algumas Críticas

A doutrina elaborada por Claus Roxin admite o princípio da culpabilidade para limitar a intervenção punitiva do Estado, a impedir que a mesma desencadeie um sistema de medidas preventivas sem freios na tentativa de destigmatizar a sociedade por ocasião de condutas criminosas praticadas. E também, é de se supor, este lado do conceito de culpa é constituído por elementos preventivos: a culpa existe até onde é necessária a punição, por ordem de um critério finalista de prevenção geral e especial respeitador da dignidade humana.

Na Conferência que realizou na Universidade de Coimbra no ano de 1983, Roxin esforçou-se para delinear pontos de contato entre suas formulações e a concepção de Jorge de Figueiredo Dias a respeito da culpa "pela formação da personalidade" ou, pelo menos, afastar incompatibilidades entre elas. O paralelo é feito através de dois exemplos. No primeiro deles, concernente à inexigibilidade de conduta diversa nos casos de estado de necessidade, Roxin tenta explicar que a "culpa pela formação da personalidade" não vê reprovável a conduta necessária porque esta revela comportamento que não corresponde à personalidade do agente. Mesmo escrevendo Roxin que na verdade isto não ocorre, porque a personalidade "ainda se exprime na sua reação em situações de perigo", também afirma que tanto a posição de Figueiredo Dias quanto a sua não vêm a necessidade de punição de atos como este porque partem do pressuposto de que o "agente, tendo em conta a sua personalidade global, não praticaria nas situações normais da vida, para as quais o direito penal é criado, um acto

como o que cometeu em estado de necessidade" (136).

Considera-se, contudo, que esta comparação não procede. Antes de tudo porque Figueiredo Dias não chega a admitir que os "estados de necessidade" estorvam a personalidade do sujeito ou o levam a agir anormalmente. O atuar em estado de necessidade revela um comportamento normal - para a situação -, porém não reprovável porque é uma manifestação de personalidade admissível, e não exatamente porque fins de prevenção geral ou especial assim orientam. Da pessoa que atua em estado de necessidade, num plano ético-jurídico preponderante, a ordem jurídica não deve exigir comportamento diverso.

A resposta é a mesma para a exculpação dos excessos de legítima defesa, consumados por manifestações de medo, susto ou "perturbação" (hipóteses previstas pelo Código Penal Alemão) então o segundo exemplo apontado por Roxin. Embora também considere a personalidade do agente, Roxin fundamenta sua não punição através de razões de prevenção geral e especial. Figueiredo Dias assim faz como resultado exclusivo de uma censura sobre as qualidades ético-jurídicas da pessoa, o que constitui a personalização do conceito de culpa. As atitudes de medo ou susto importadoras de excesso de legítima defesa não revelam personalidade passível de reprovação porque são admissíveis, não desvaloradas. Esta é a razão ética que sobressai na doutrina de Figueiredo Dias.

A concordância entre o pensamento de Roxin e o de Figueiredo Dias, embora ambos cheguem a idênticas conclusões para muitos problemas dogmáticos, é portanto somente aparente. Enquanto o jurista português formula sua idéia de culpa a partir do que

considera "a essência da liberdade pessoal do homem e do seu lugar perante o dever-ser ético-existencial, retira-a Roxin de puras exigências político-criminais de prevenção geral e especial"(137). As perspectivas são diferentes.

A maior importância que Roxin atribui às exigências político-criminais impõe à integração do conceito de culpa a categoria da "responsabilidade". A culpa, somente com o conteúdo material que a tradição lhe considera, é insuficiente para justificar a punição, cabendo-lhe acrescentar a exigência de prevenção conforme prescrição de específica política-criminal, o que importa a moldagem de novo conceito. A principal objeção que Figueiredo Dias faz a esta dogmática é no sentido de que Roxin não enfrenta o problema de qual é o conteúdo e o critério da liberdade que também deve fundamentar a culpa. Dizer que esta liberdade é "jurídica" revela um casuísmo ou ficção que não satisfaz o jurista mais persistente.

Como verdade, Roxin não encara o problema tal como fêz Figueiredo Dias, só considera que a liberdade deve ser aceita não "como 'comprovações entitativas', mas apenas como postulados 'político-criminais dirigidos ao juiz', como 'princípios normativos de regulamentação de caráter generalizante'"(138). Há de ser enfrentado o problema da fundamentação da punibilidade previamente à luz da culpa material, antes de considerar sua posição diante de critérios indicadores da "responsabilidade". Com efeito, a suposta capacidade de autodeterminação não deve ser absolutamente avessa a uma meditação sobre o verdadeiro conteúdo da culpa penal. Ao que acresce ainda a dificuldade extrema

"em compreender como possa a culpa servir de limite à medida da pena, se naquela se trata só de algo cuja exigência se presume em função de um padrão generalizante ou de um postulado político-criminal" (139).

Padovani também faz objeção à teoria de Roxin. Considera que "induzir o juízo de culpabilidade a exigências preventivas significa instrumentalizar de qualquer modo a pessoa do réu, transformando-o em 'ocasião' de uma 'política' que passa sobre a sua cabeça", o que contraria aquele apelo para o homem ser tratado como ser livre e responsável" (140). As finalidades preventivas são incapazes de assegurar um limite, não propriamente efetivo, mas convincente à função estatal de punir. Na realidade, "se é verdade que a pena desenvolve uma função preventiva, não é menos verdade que ela não exaure a sua realidade em uma função, não é somente meio para um fim; é um 'meio' que representa um conteúdo particular, o qual - não se pode esquecê-lo - é de caráter aflitivo: do ponto de vista material, a pena consiste em um sofrimento legalmente infligido" (141). D'outra parte, a imposição penal deve realizar-se como um "desvalor" que atinge o sujeito em aspectos essenciais de sua personalidade, "o seu aperfeiçoamento não poderá prescindir da idéia de que o réu seria 'merecedor' de uma resposta sancionatória de conteúdo aflitivo, que ele seja, justamente por isso, 'culpável'". O juízo de censura penal deve implicar uma reprovação à pessoa do réu, e que legitime axiologicamente o sofrimento imposto (142).

Fiandaca, igualmente, considera a crítica de que ao juiz não seria possível distinguir com rigor os casos em que a não punição de um inimputável coloca em perigo a observância das

normas por parte dos cidadãos dos casos em que, ao invés, permanece íntegra a confiança institucional (143).

Roxin não dedicou espaço às aporias que encerram o conteúdo material da culpa penal, ou pelo menos não o fez diretamente. Relegou-os ao campo filosófico ou ao naturalístico, expondo um conceito de culpabilidade puramente jurídico-político-criminal.

A discussão está aberta em torno da eficácia técnico-jurídica de sua posição. Uma conclusão pressupõe questões que a doutrina penal terá de enfrentar e resolver, bem como debater em campos exclusivos. A doutrina penal brasileira não quis ainda se manifestar a respeito.

NOTAS:

¹BARATTA, Alessandro. "Filosofia e diritto penale", in Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1972. p.30:"(...) non é mai maturata per solo effetto di germi di sviluppo concettuale insiti nel sistema legislativo e in quello dogmatico che lo riflette, ma anche e soprattutto per impulso di nuove visione del mondo (...)"

²BETTIOL, Giuseppe. O problema penal. p.109.

³BRUNO, Aníbal. Direito penal. Tomo II. p.23.

⁴VAN ACKER, Leonardo, ao questionar a presença de fundamentos éticos do direito, ensina que entre filosofia e a teologia em geral há uma separação metodológico-científica, cujos princípios de tal demarcação foram claramente expostos por Tomás de Aquino. Em resumo: "ambas as disciplinas são metodologicamente diferentes, tanto pelo objeto próprio, como pelo modo de argumentar e a disposição ou ordem das matérias. Na teologia o objeto próprio é Deus revelado pela Escritura Sagrada: na filosofia são os seres enquanto seres. Na teologia, o modo de argumentar próprio e decisivo é pela revelação, sendo o argumento filosófico impróprio e não decisivo, mas quando muito subsidiário. Ao passo que na filosofia, o único modo de argumentar é pelas causas e princípios próprios dos seres (por ex. a essência e a existência; a matéria e a forma). Na teologia, a ordem das matérias é basicamente sintética, descendente de Deus para as criaturas. Na filosofia, o método

é basicamente analítico, ascendendo das criaturas para Deus. ("Haverá fundamentos éticos do direito?", in Revista Brasileira de Filosofia, 1983,129:68).

⁵ZANLORENZI, Ivo. Lições de filosofia. p.7.

⁶A filosofia existencialista de Heidegger compreende que o "ser-no-mundo" pode "dipendere da una previa opzione fondamentale dell'uomo nella scelta di vita che egli ha fatto tra il giusto e l'ingiusto" (BETTIOL, Giuseppe. "Gli ultimi scritti e la lezione di congedo". p.106. WÜRTEMBERGER, Thomas, viu mérito no existencialismo pelo fato do mesmo "porre come punto centrale, con estrema immediatezza, l'uomo con i compiti, le esigenze e le difficoltà del suo esistere ('existentielles Dasein'); cioè l'uomo che, in un periodo di crisi, ha conosciuto, per averla vissuta, la finitezza e la labilità dell'essere ("La situazione spirituale della scienza penalística in Germania". p.34.)).

⁷BETTIOL, Giuseppe. O problema penal. p.27.

⁸BETTIOL, Giuseppe. O problema penal. p.13.

⁹BETTIOL, Giuseppe. Instituições de direito e processo penal. p.21.

¹⁰LARA, Tiago Adão. Caminhos da razão no ocidente. p.110: "Kierkgaard critica Hegel, justamente porque esse acaba com a liberdade, suas opções e seus riscos, para integrar o indivíduo numa totalidade toda lógica, que é o espírito. Ora, é a dimensão do indivíduo que Kierkgaard tenta recuperar, e de um indivíduo que, no seu relacionamento com o mundo, consigo mesmo e com o Absoluto, nada encontra de firme. A existência é, assim, algo incerto e inseguro".

¹¹BETTIOL, Giuseppe. Instituições de direito e processo penal. p.23

¹²BOBBIO, Norberto. "El existencialismo". p.25-6: "El decadentismo, soberano primeiro en la esfera de la literatura, por último, cuando ya parecía agotado, llega a contagiar la vida misma de la filosofía oficial (...) el existencialismo alemán, en sus ambiciones y en su rápido éxito, es el producto tardío, el fruto póstumo del decadentismo en el campo del pensamiento reflexivo. (...) El decadentismo, pues, ya en los umbrales de su disolución, ha encontrado el camino para su afirmación teórica. Este camino es el existencialismo, el qual se presenta como aquella filosofía que, consciente y abiertamente, a la esperanza opone la desesperación (...) en suma a la fe en el espíritu creador del hombre, que es propia del idealismo y del positivismo, la incredulidad y la voluntad de destrucción".

¹³NIETZSCHE, Frederico. "apud" A genealogia da moral. p.10.

¹⁴BETTIOL, Giuseppe. Instituições de direito e processo penal. p.16.

¹⁵BETTIOL, Giuseppe. Instituições de direito e processo penal. p.16-

7.

¹⁶BOLLNOW, Otto Friederich. Filosofia existencial. p.9: "De fato, é da essência da Filosofia existencial o não poder ninguém ficar parado dentro dela; o não ser possível completá-la no todo de um sistema filosófico senão saindo fora dela. Uma tal filosofia só pode servir de porta de entrada, ou de trampolim, para uma concepção mais profunda acerca do que seja filosofar".

¹⁷RIPOLLES, Antônio Quintano. Possíveis consequências penais do existencialismo, in Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, 1965,11:52.

¹⁸RIPOLLES, Antônio Quintano. Possíveis conseqüências penais do existencialismo, in Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, 1965. p. 53.

¹⁹BOBBIO, Norberto. "El existencialismo". p.110-11: "Por lo que concierne a Sartre pensador, ya se ha observado que su significación consiste en haber tratado de construir la más radical filosofía de la libertad que hasta hoy haya aparecido en la historia de la filosofía. (...) No hay normas o valores anteriores a cada hombre singular: éste es norma para sí mismo, es él mismo creador de sus propios valores. Es, en suma, elección originaria. Lo único que el hombre no ha elegido sino que le ha sido dado (por quién?) es la libertad: en otras palabras, el hombre es libre en todo salvo en lo de ser o no libre".

²⁰RIPOLLES, Antônio Quintano. Possíveis conseqüências (...), in Rev. cit. p.28.

²¹RIPOLLES, Antônio Quintano. Possíveis conseqüências (...), in Rev. cit. p.35.

²²RIPOLLES, Antônio Quintano. Possíveis conseqüências (...), in Rev. cit. p.28. Acentua Bettiol que o mérito do existencialismo foi justamente o de ter sabido "individualizar e personalizar o juízo de reprovação penalisticamente relevante, eliminando esquemas e fórmulas das quais se serviam amplamente os sistematizadores do classicismo e do positivismo". (Direito penal da atitude interior, Revista dos Tribunais, 1972, 442:317).

²³RIPOLLES, Antônio Quintano. Possíveis conseqüências (...), in Rev. cit. p.51

²⁴CONDEIXA DA COSTA, Carlos Adalmyr. Pressupostos existenciais do crime. p.19.

²⁵CONDEIXA DA COSTA, Carlos Adalmyr. Pressupostos existenciais do crime. p.49.

²⁶CONDEIXA DA COSTA, Carlos Adalmyr. Pressupostos existenciais do crime. p.29.

²⁷CONDEIXA DA COSTA, Carlos Adalmyr. Pressupostos existenciais do crime. p.194.

²⁸FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa, direito penal. p.184.

²⁹HESSEN, Johannes. Teoria do conhecimento. p.13.

³⁰CATTANEO, Mário A. "Ricordo di Giuseppe Bettiol", in Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1983. n.º 1. p.143: "Giuseppe Bettiol era infatti, fra i giuristi e in particolare fra i penalisti italiani, certamente il più dotato di una viva sensibilità e di una vasta cultura filosofica".

³¹BETTIOL, Giuseppe. O problema penal. p.15.

³²BETTIOL, Giuseppe. O problema penal: "A primeira vista, a lei jurídica é a especificação da lei ética (...) sob um segundo aspecto, a idéia de culpa jurídica baseia-se nos mesmos elementos em que se radica a culpa moral; e ainda sob um terceiro, a pena é a expressão daquela idéia de castigo que tem atrás de si a violação da lei moral e da lei divina. p.22.

³³BETTIOL, Giuseppe. O problema penal. p.68.

³⁴BETTIOL, Giuseppe. O problema penal. p.71.

³⁵BETTIOL, Giuseppe. "Gli ultimi scritti e la lezione di congedo". p.10: "Un pensiero cristiano in campo penale non può che essere una forte istanza garantistica dei diritti della persona umana, considerati inviolabili perché tutelati dal diritto naturale".

³⁶BETTIOL, Giuseppe. "Gli ultimi scritti (...)". p.64: "La morale è l'espressione di un dover essere che l'animo umano sente vibrare in se stesso del momento in cui prende coscienza di un 'assoluto' che fa della sua esistenza il valore primigenio da cui tutto il resto deriva".

³⁷BETTIOL, Giuseppe. "Gli ultimi scritti (...)". p.25: "La 'sociologia criminale' di Ferri, tutta pervassa dall'idea dominante che la causa del reato è una disfunzione sociale, non può che andare d'accordo con una concezione come quella marxista, che vede nel reato l'espressione di uno squilibrio proprio al sistema capitalistico, destinato a scomparire con l'avvento di un regime di giustizia sociale quale il socialismo (...) È così che il concetto di 'pericolosità sociale', elaborato 'scientificamente' dal positivismo criminologico, è servito al marxismo (...)".

³⁸BETTIOL, Giuseppe. "Gli ultimi scritti (...)". p.101.

³⁹Em português é traduzido como "atitude interior". Na língua alemã, "gesinnung" expressa "modo de pensar", "mentalidade", "ânimo", "caráter" ou "moral", conforme "DerSdrach - Brockhlaus: deutsches Bildwörterhush, Wisbaden", 1984. "Gesinnungsstrafrecht" pode ser traduzido como "direito penal da atitude interior".

⁴⁰LISZT, Von. "Der Schluss aus der symptomatischen Bedeutung der schuldhaften Handlung auf die Eigenart des Täters ergibt den 'materiellen Inhalt des Schuldbegriffs': er liegt in der 'aus der begangenen Tat (dem antisozialen Verhalten) erkennbaren' asozialen anzi Gesinnung des Täters", "apud" MORSELLI, Elio. "Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato". rodapé da p.56.

⁴¹LISZT, Von. "Strafrechtliche Ausätze und Vorträge", 1985. Tomo II. p.88, "apud" MORSELLI, Elio. "Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato". rodapé da p.56.

⁴²MORSELLI, Elio. "Il ruolo dell'atteggiamento (...)". rodapé da p. 56.

⁴³BETTIOL, Giuseppe. "Gli ultimi scritti (...)". p.97: "La colpevolezza adqquista così particolare significazione e postula un approfondimento di ogni contenuto, significato, profondità, estensione, dopo la grande 'orgia' degli ultimi decenni sull'elemento oggetivo del reato, del bene giuridico della lesività, cui anch'io ho partecipato finendo però col convincermi che la più seria e solita garanzia per la persona humana è la colpevolezza".

⁴⁴BETTIOL, Giuseppe. "Gli ultimi scritti (...)". p.96: "Ci sono voluti cinquant'anni per entrare nel cuore di questi problemi. Ed è proprio l'interesse per questi problemi che mi ha spinto a accentuare oggi la colpevolezza come entità dotata di un primato tra tutte le altre che lo studio penale presenta". COSTA JR., Paulo José, considera este "primado da culpabilidade": "mercê da subjetivação hodierna do direito penal, pode-se sem dúvida, afirmar que o primado cabe à culpabilidade, embora a antijuridicidade continue a desempenhar função precípua". (Direito penal da culpa, Revista Ciência Penal, 1975. v.1. p.71.).

⁴⁵WURTENBERGER, Thomas. "La situazione spirituale dela scienza pena-

listica in Germania". p.74.

⁴⁶BETTIOL, Giuseppe. Culpa do agente e certeza do direito, na Revista da Ordem dos Advogados de Lisboa, 1978. nº 38. p.416-7.

⁴⁷Respectivamente publicados em Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale de 1971, nºs. 1-2, p.3-17 (artigo traduzido no Brasil pelo Professor Paulo José da Costa Jr. e publicado na Revista dos Tribunais em 1972. v.422. p.315-323); L'indice Penale nº 3 de 1973, p.448 e segs. (artigo traduzido no Brasil pelo Professor Luiz Alberto Machado e publicado na Revista de Direito Penal nº 15/16, 1974, p.7 e segs.); Rivista di Diritto e Procedura Penale de 1977, p.417-26 (artigo também publicado em 1978 pela Revista da Ordem dos Advogados de Lisboa, p.415 e segs., com tradução do Professor Costa Andrade); Rivista di Diritto e Procedura Penale de 1980, nº 4, p.1.007-14 e "Gli ultimi scritti e la lezione di congedo", Pádova, 1984. MORSELLI, Elio, acrescenta que na literatura jurídica da Itália o primeiro escrito que se ocupou com a "gesinnung" foi de Zuccallà, "L'infideltà nel diritto penale" de 1961. Também Morselli considera haver escrito sobre o tema antes de Bettiol, quando em 1966 escreveu "Coscienza e volontà nella teoria del dolo". Bettiol e Zuccallà, desenvolveram uma visão espiritualística-normativística da "gesinnung", enquanto Morselli inclinou-se a uma perspectiva inspirada pela psicologia de profundidade ("Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato". p.60 e rodapé da p.90.).

⁴⁸BETTIOL, Giuseppe. "Sullo spirito del diritto Canonico dopo il Concilio Vaticano II", na Rivista di Diritto e Procedura Penale de 1971, nº 4, p.1091: "(...) precede l'atto di volontà con la sua motivazione e serve a designare le valutazioni interne che una persona esprime riguardo al bene tutelato e al significato che egli attribuisce alle cose del mondo che lo circonda. Tutto ciò attiene alla fisionomia morale del soggetto agente cioè alle sue valutazione di coscienza".

⁴⁹Mesmo uma recente manifestação da Psicologia, através de Keller, traduz semelhante ponto de vista. Diz Keller: "os motivos só nos determinam na medida em que eu me deixo determinar por eles, isto é, na medida em que os deixo ser 'determinantes' para mim" ("apud" FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa, direito penal. p.29.).

⁵⁰BETTIOL, Giuseppe. Sobre o direito penal da atitude interior, Revista dos Tribunais, nº 442 de 1977. p.318.

⁵¹BETTIOL, Giuseppe. "La concepcione della pena in Aldo Moro", em "Gli ultimi scritti (...)". p.37: "Non è che con ciò io intenda inserire Moro nella schiera dei sostenitori di un 'gesinnungsstrafrethct'. Il fenomeno in termini sostanziali è opera dei nostri giorni, ma la base più sicure le troviamo nella filosofia del personalismo di Aldo Moro".

⁵²Alguns autores italianos como Pietro Nuvolone, não vêem no "juízo sobre a capacidade para delinquir" de que fala a 2ª parte do art. 133 do Código Penal Italiano, pertinência ao juízo de culpabilidade. Escreve Nuvolone: "Não estamos tampouco de acordo com aqueles que afirmam que também o juízo sobre a 'capacidade para delinquir' faz parte do juízo da culpabilidade. Da capacidade para delinquir fala o art. 133, segunda parte, do Código Penal, dispondo que no exercício do poder discricional para a aplicação da pena, o juiz deve considerar também a capacidade para delinquir do agente deduzida (...). Trata-se de um dos institutos mais controvertidos. De qualquer modo, segundo a opinião mais aceitável, a capacidade para delinquir é uma característica da personalidade do sujeito, ainda que fora do fato histórico que constitui matéria da reprovação jurídico-penal: ela deve ser enten-

dida como 'atitude pessoal para cometer crimes', pelo que é preciso considerar em função da dimensão da pena, não já do castigo, mas como instrumento de defesa social. Ela não pertence, portanto, à perspectiva da norma entendida como comando, mas da norma entendida como garantia. Como tal não pode ser considerada um elemento do juízo de culpabilidade" (A concepção italiana da culpabilidade, na Revista do Ministério Público do Paraná, nº 8, 1979. p. 19.).

⁵³"A medida da culpabilidade é determinada também pelo comportamento interior que o fato exprime".

⁵⁴Artigo 59. "O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...)"

⁵⁵"apud" MORSELI, Elio. "Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato". p.61.

⁵⁶Sobre o direito penal da atitude interior. RT 442. p.317.

⁵⁷Culpa do agente e certeza do direito. Revista da Ordem dos Advogados de Lisboa, nº 38. p.416-7.

⁵⁸O mestre de Pádua ainda escreveu que "não é possível - como fez o tecnicismo - reduzir a pessoa humana (o eu empírico) a um simples substrato materialístico da imputação, para considerar o homem normativisticamente, como simples ponto de referência de relações jurídicas (...). A imputação jurídica é meio de um conceito, tal conceito deve encarnar-se naquela suprema realidade moral, espiritual e biológica que é a pessoa humana". (Objetivismo e subjetivismo no âmbito da noção de delito, na Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, nº 9, de 1965. p.26.).

⁵⁹L'indice Penale nº 3 de 1973. p.447-60.

⁶⁰Sobre o direito penal da atitude interior. RT 442 de 1972. p.319.

⁶¹L'indice Penale nº 3 de 1973. p.450: "Per il positivismo l'unico valore ontologico è l'uomo como puro e semplice 'frammento del cosmo' (...). Non c'è - ripitiamolo - una apertura su di un mondo finalisticamente interpretato ma solo causalmente inteso".

⁶²L'indice Penale nº 3 de 1973. p.460.

⁶³"In" Novissimo Digesto Italiano. v.XIX. "Teoria generale del reato". p.7-93.

⁶⁴"Colpevolezza normativa e pena retributiva oggi", em "Gli ultimi scritti (...)". p.107.

⁶⁵Concepção existencial de Bettiol, na Revista Ciência Penal de 1974. v.2. p.230-1.

⁶⁶Concepção existencial de Bettiol, na Revista Ciência Penal de 1974. v.2. p.232-3.

⁶⁷Concepção existencial de Bettiol, na Revista Ciência Penal de 1974. v.2. p.233.

⁶⁸BETTIOL, Giuseppe. "Stato di diritto e 'gesinnungsstrafrecht'", L'indice Penale, nº 3 de 1973. p.455: "L'uomo non è pura natura, ma è storia in quanto opera e si muove per dei valori, nel quadro degli stessi e invisita degli stessi".

⁶⁹MORSELLI, Elio. "Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato". p.61: "(...) per noi esse deve invece servire per mettere a fuoco il 'concetto naturalistico del dolo', portandolo a costituire il 'background' non già della colpevolezza, bensì dell'elemento psicologico del fatto, e staccato tale elemento dalla colpevolezza per integrarlo nella fattispecie".

⁷⁰MORSELLI, Elio. "Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato". p.63-4: "Ciò però equivale a dire che essenza e parametro della colpevolezza non è l'atteggiamento psicologico del soggetto, bensì unicamente il criterio 'normativo' dell'esegibilità: un soggetto è tanto più (tanto meno) colpevole quanto maggiormente (quanto meno) il fatto è socialmente esigibile".

⁷¹A teoria finalista da ação criada por Welzel propôs um redimensionamento das relações entre fato jurídico e culpabilidade. Em termos de analítica do conceito de crime, o fato típico desde Beling era visto mecanicamente, destituído de elementos subjetivos então pertencentes à culpabilidade. A alteração básica proposta por Welzel foi transferir o estudo dos "elementos subjetivos do crime" - o dolo e a culpa em sentido estrito - da culpabilidade ao tipo penal, sustentando que dolo é o "dolo natural", vale dizer, a vontade incondicionada do agente praticar a conduta descrita pelo tipo. A censura dessa vontade respeita ao juízo de culpabilidade.

⁷²MORSELLI, Elio. Ob.cit. p.20: "In definitiva, occorre vedere se il nuovo modo di concepire la tipicità e la fattispecie, nel quale si tiene conto, come principale criterioguida, dell'elemento soggettivo, costituisca o meno un progresso per lo sviluppo scientifico del diritto penale. Sta di fatto che il progresso sembra andare, per l'appunto, in codesta direzione. Ciò per la ragione che le scienze sociali sono oggi sempre più influenzate della conoscenza dei fatti umani sotto la prospettiva psicologia, ed in particolare, da quella psicologia dinamica, o del profondo, la cui strada è stata aperta, come si sa, da Sigmundo Freud".

⁷³MORSELLI, Elio. Ob.cit. p.43: "In effetti, il concetto corrente di 'volontà' sta a rappresentare, in ultima analisi, una funzione di controllo e di direzione da parte dell'Io sui propri impulsi antisociali; mentre 'il coefficiente psichico fondamentale della criminalità consiste, proprio al contrario, nel mancato o insufficiente controllo dell'Io cosciente, su tali pulsioni'".

⁷⁴MORSELLI, Elio. Ob.cit. p.46: "Pertanto tale 'cosciente adesione ai propri dinamismi antisociali' e proprio il 'quid pluris' che caratterizza il dolo rispetto alla colpa".

⁷⁵MORSELLI, Elio. Ob.cit. p.24-5: "Senochè questo è un modo artificioso di ragionare; un conto è considerar qualcosa come un mezzo necessario per conseguire un intento, e ben altro è invece 'accettare il rischio' di una conseguenza che non è desiderata, e che rimane pur sempre estranea al fatto progettato".

⁷⁶MORSELLI, Elio. Ob.cit. p.30: "E qui evidente che il metro di riferimento deve essere individuato in qualcosa d'altro, e precisamente nella carica emotiva che precede e accompagna l'azione, vale a dire nell'animus nocendi".

⁷⁷MORSELLI, Elio. Ob.cit. p.40: "Il 'novum' è ora ciò: un reale concetto unitario di condotta si rende possibile, oltre che utile, solo nel

momento in cui si renuncia a fondarlo sul dogma della volontà, per calarlo nella dimensione psicologia che gli è propria, vale a dire al di là della sfera cosciente e volontaria, in quella zona dell'atteggiamento interiore che sottostà ad ogni sua concreta manifestazione".

⁷⁸ Considerou um grande estudioso, Carl Gustav Jung (Memórias, sonhos, reflexões, Círculo do Livro, 1989. p.298), mesmo perplexo com o "misticismo" percebido na história, que "quem desejar encontrar uma resposta ao problema do mal, tal como é colocado hoje em dia, necessita em primeiro lugar de um conhecimento de si mesmo, isto é, de um conhecimento tão profundo quanto possível de sua totalidade (...). Tal conhecimento é necessário, pois só em função dele pode-se atingir aquela camada profunda, aquele núcleo da natureza humana no qual se encontram os instintos. Estes são fatores dinâmicos, presentes 'a priori', dos quais dependem, em última análise, as decisões éticas de nossa consciência". Cada pessoa possui uma história que deve ser investigada. Só a cultura, a leitura, a relação, permite tal empreendimento. Eis a filosofia do momento.

⁷⁹ MORSELLI, Elio. Ob.cit. p.103: "(...) il ruolo della ricerca 'scientifica' è quello di muoversi in una dimensione del tutto diversa da quella della prassi, la quale obbedisce solo a esigenze di immediata funzionalità di risultati e di corrente praticabilità con la incessante necessità di compromessi e di approssimazioni".

⁸⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa, direito penal. rodapé da p.51.

⁸¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O problema da consciência da ilicitude em direito penal. p.179-80.

⁸² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa, direito penal. p.31: "A resposta que acaba de dar-se ao nosso problema parece-nos ficar fora, porém, do alcance de pura psicologia. Não naturalmente, no sentido de que a psicologia não possa (ou não deva mesmo) trabalhar na base da aceitação de um ser livre e actuante, que está por detrás de cada acto de vontade e ilumina a sua compreensão. Mas no sentido de que, ultrapassado o plano do ser anímico, e posta a pergunta pela essência e fundamento do existir humano, cessa a competência da psicologia: esta pode aceitar uma certa concepção e operar na sua base, mas não pode com legitimidade pretender impô-la".

Figueiredo Dias é coerente. Não se nega a relevante contribuição que a psicanálise legou às demais ciências biológicas e sociais: a noção de "consciente dinâmico".

Até o fim do século passado o "subconsciente" ou "inconsciente" era considerado pela tradicional psiquiatria como "um mero repositório de experiências passadas, mais ou menos esquecidas e que, sob a forma de 'lembranças', periodicamente, de uma forma inteiramente arbitrária, e por mecanismos desconhecidos, poderiam aflorar ao campo da consciência". Sigmund Freud revolucionou este conceito estático, "postulando que o inconsciente é constituído de vivências reprimidas e que ao contrário do que até então se supunha, estão bem vivas e atuantes; e mais, a todo instante podem forçar passagem para a consciência. Foi mais longe o mestre vienense, ao mostrar que o comportamento humano muitas vezes é ditado ou motivado não pelas razões conhecidas e apontadas e que estão mais ou menos à vista e, sim, por causas inconscientes". (VIEIRA, Carlos Leal. As motivações inconscientes do crime, in Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, nº 10 de 1965. p. 143-45).

Que pelos conhecimentos sobre a personalidade do criminoso apresentados pela psicanálise, a anatomia do crime pôde ser melhor estudada é ine-

gável, como se disse. Contudo, o máximo que a psicanálise fez foi firmar considerações sobre a estrutura do subconsciente e sua participação em determinados comportamentos. Agora, por que um subconsciente comporta esta ou aquelas "vivências reprimidas"; qual a origem das "motivações" inconscientes do crime, ela não consegue ser convincente. Como pensou Bettiol, "il diritto penale è paradossalmente il diritto della 'solitudine'. Diritto della solitudine che vuol significare rientrare in noi stessi per ricercare le ragioni ultime dell'azione le quali non sono psicologiche in senso naturalistico, ma sono 'moralì'". ("Stato di diritto e gesinnungsstrafrecht", in L'indice Penale, nº 3 de 1973. p.455.).

⁸³FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Ob.cit. p.35.

⁸⁴Em fins do Século XIX o grande problema penal era oferecer à cultura um critério objetivo que demarcasse com clareza os campos do lícito e do ilícito, consolidando novo propósito político, que afastasse os anteriores arbítrios do Estado. Era o liberalismo que despontava. Na Alemanha, Binding então advertia "que um particular acontecimento da vida, uma noção instantânea - acaso de todo excepcional no estilo de vida até então mantido pelo agente - fê-lo responsável, não pelo seu caráter, não por seu constante temperamento, não por uma conduta anterior ou subsequente à ação" ("Die Normen und ihre Ubertretung". v.II, 1ª parte. p.283. "apud" SOUZA, Alberto Rodrigues de. Revista "Justitia". v.80, 1973. p.68.).

Toda tentativa de subjetivação ou eticização do direito penal era vista com intenso receio. Beling (1906) apresenta a noção restrita do tipo, isento de caracteres ligados à pessoa do agente. Tipo passa a ser a descrição precisa e objetiva da conduta criminosa. Para acentuar esta noção, menosprezou-se todo elemento valorativo do tipo. Além do liberalismo e da doutrina da tipicidade de Beling, o naturalismo contribuiu para o conceito psicológico de culpabilidade, como já dissertado.

As circunstâncias políticas e culturais do começo do século, por conseguinte, exigiram critérios teóricos no campo jurídico-penal de menosprezo às considerações pessoais do agente criminoso: a culpabilidade é a do fato isolado.

Mas radicalizações nunca firmaram culmes de evolução. Com efeito, a tipicidade de Beling e a culpabilidade "mecânica" ensejaram a Teoria Finalista da Ação, consolidando o juízo normativo de culpa, e as considerações sobre a personalidade do agente, sua "conduta de vida", retomam corpo.

Além de Mezger, o italiano Silvio Ranieri da Escola Positiva, pode ser apontado como um dos primeiros a entenderem o crime como o reflexo da personalidade, mas sendo a mesma importante não para o juízo de culpabilidade e sim de perigosidade. ("Colpevolezza a personalità del reo", 1933; "Il Problema della colpevolezza e l'avvenire del diritto penale", na Revista La Scuola Positiva, 1964. p.169-88). Mesmo não definindo com segurança científica o que seja "personalidade", é enfático ao dizer que a culpabilidade "non esprime soltanto la relazione soggettiva di carattere psicologico fra autore e reato, come non rende unicamente possibile il riferimento di questo a quello per i fini che il diritto penale prosegue, ma per essa la personalità del delinquente si riflette nel reato e il reato è espressione anti-giuridica della personalità del suo autore". Ou: "l'essenza della colpevolezza è caratterizzata, oltre che da un atto cosciente di volere, dalla conformità del reato alla personalità del suo autore". ("Colpevolezza e personalità del reo". p.74-5). Realisticamente, consignou Ranieri que "la personalità della quale il reato è rivelazione è data dal complesso delle condizioni bio-psicologiche del suo autore (condições morfológicas, fisiológicas e psíquicas), per quanto possa trovarsi rivelata nel reato in modo piú

o meno spiegato a seconda della qualità del reato stesso, delle modalità della sua esecuzione e della gravità del dano o del pericolo prodotto. In breve: la personalità revelata nel reato è la generale personalità bio-psíquica del suo autore" (Ob.cit. p.92). A personalidade ainda revela através do crime as disposições anti-sociais permanentes ou temporárias inerentes ao autor, e que requer do direito penal uma intervenção preventiva além de regressiva. Contudo, Ranieri advertiu não dever ser confundido o juízo de culpabilidade - que contempla somente a capacidade de entender e de querer e a presença da vontade - com o juízo de perigosidade - contemplador da "capacidade para delinquir": "Dalle quali nozioni si deriva che gli elementi sui quali si fonda il giudizio di colpevolezza non sono quegli stessi sui quali si fonda il giudizio di pericolosità" (Ob.cit. p.122). Percebe-se aqui um paradoxo na tentativa de Ranieri. Com efeito, se para ele a culpabilidade não se resume no nexó psicológico entre autor e crime, mas também guarda propósito com a personalidade deste autor, refletida pela conduta criminosa, não é possível separar o juízo de culpa do juízo de perigosidade, apontando as premissas ontológicas de cada um deles. Coerente seria entender que o juízo de culpa é abrangente inclusive de sua "capacidade para delinquir", pois, esta é a mais íntima e séria expressão de sua "personalidade".

Embora Ranieri estivesse no caminho certo, não trilhou adequadamente este caminho.

Reale Júnior, viu outra contradição na construção de Ranieri: "Temos absolutamente impossível conciliar, no conceito de culpabilidade de Ranieri, dois aspectos tão diversos: o relacionamento psicológico entre autor e evento e a análise dos motivos da ação e das condições internas do agente. Se a culpabilidade é entendida, em sentido natural, como causalidade psicológica, não pode ser referida à personalidade do agente" (Dos estados de necessidade. 1971. p.16.).

Welzel, ao analisar o problema da personalidade apresentou soluções interessantes. Ele parte de pressupostos essencialmente antropológicos: "el hombre, como ser determinado a la responsabilidad, está existencialmente en condiciones de encauzar finalmente (conforme a sentido) la dependencia causal de los impulsos". ("El nuevo sistema del derecho penal". Barcelona, 1964. p.93.).

Em atenção a modernas investigações antropológicas e caractereológicas, considerou o homem composto de camadas com diferentes níveis, e um desses níveis, a "capa da personalidade" ou "caráter adquirido", compreende certos valores pré-concebidos e que podem caracterizar uma culpabilidade de autor: "Las decisiones fundamentales de la conducta social que han encontrado allí acogida, la dirección de los intereses más importantes y las aversiones, el fomento o la represión de las pasiones, dirigen aquí ya en lo inconsciente, en gran medida, la conducta de la persona. La culpabilidad puede tener ya, por ello, su raíz en la falta, o en estructura defectuosa, de esta capa de la personalidad, como base determinante de la acción antijurídica". (Ob.cit. p.97.). Assim Welzel considera as hipóteses de delinquência habitual, ou do autor passional ou do negligente ou imprudente temerário, todas personalidades fruto de uma "educação" da "capa da personalidade".

A concepção de Welzel pode ser identificada com a doutrina acolhida pelo Direito Penal Alemão Federal de ao menos até a metade dos anos sessentas, cuja raiz axiológica era a filosofia do idealismo tendo o livre arbítrio como base ontológica. Como verdade, Johannes Wessels, ao comentar o direito penal alemão, escreve que "como nem a tese do clássico 'indeterminismo', com o postulado de 'liberdade absoluta da vontade', nem os reparos do determinismo, com o princípio especulativo da 'legalidade causal' do comportamento humano, são comprováveis de modo cientificamente exato, o Direito Penal deve se dar por satisfeito com o reconhecimento de que o 'princípio da

responsabilidade' do homem, psiquicamente são e moralmente maduro, é uma 'realidade inabalável de nossa experiência social"', aceitando um "centro do Eu" como uma instância psíquico-mental de controle dos impulsos da pessoa. "O objeto da censura de culpabilidade é a defeituosa posição do autor para com as exigências de conduta da ordem jurídica, manifestada no fato antijurídico" (Direito penal. 1976, tradução de Juarez Tavares para a Editora Fabris. p.83-4.). Estas idéias advieram principalmente dos estudos de Bockelmann - "culpa na decisão da vida", um aprimoramento das idéias iniciais de Mezger. Para Bockelmann a culpa surge de uma decisão vital "através da qual se imputaria ao agente todo o seu caráter desvalioso na base de uma decisão livre de deixar vencer o seu 'eu' mau sobre o bom (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa, direito penal. p.102.). Para tal raciocínio, Bockelmann socorre-se a uma "ficção do poder de agir de outra maneira em relação ao caráter". Assim procedendo, a culpa não é admitida como resultante de um modo de ser propriamente dito, mas de um "fazer", uma decisão anterior. A culpa é de um fato, estando desde já evidente a dificuldade de ser precisado este fato, esta decisão. Do mesmo modo, estando a teoria lastreada em uma "ficção" de poder agir, uma censura que se quer ética surte comprometida. Estas são, em síntese, as críticas que o próprio Figueiredo Dias traça ao pensamento de Bockelmann (Liberdade, culpa, direito penal. p.104-5.).

Miguel Reale Júnior, quando escreveu em 1971 a tese Dos estados de necessidade, não era averso à teoria da culpa "pela formação da personalidade" e, conseqüentemente, às subjetivações de Bettiol, o que mais tarde parece haver se modificado como depreende-se através de seu trabalho A concepção existencial de Bettiol, já aludida neste capítulo. Assim, naquela obra considerou que "o modo de ser, a tendência, o caráter do agente, a sua vida, interessam ao juízo de reprovação, pois o comportamento se funda numa mesma escolha e, ao atuar, o homem opta por um valor que constitui o motivo do agir mesmo" (p.50.).

Não estaria certo, todavia, ao entender que a teoria de Figueiredo Dias coloca a "formação da personalidade" num plano superior, que descure o momento efetivo e concreto da opção revelada pelo comportamento em dada situação (Dos estados de necessidade. p.51.). O juízo de culpabilidade proposto por Dias é um juízo que não deve se restringir à apreciação da "direção imprimida pelo agente sobre seu próprio ser". Deve, porém, observar esta direção como um parâmetro, como um ponto de onde é observada a conduta concreta. Só assim será conservada a conjuntura ética indispensável: a de saber se a atitude conforme o direito era exigível e, se o era, em que grau.

⁸⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa, direito penal. p.92.

⁸⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa, direito penal. p.93.

⁸⁷ MEZGER, Edmundo. "Kurzlenhrbuch", "apud" SOUZA, Alberto Rodrigues de. Da culpabilidade no novo código, Revista "Justitia". v.80 de 1973. p. 70. E "Dar deutsche Strafretch", "apud" TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. p.227.

⁸⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa, direito penal. p.114.

⁸⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa, direito penal. p.110: "Critério da culpa jurídico-penal não é aquilo que o homem 'deve fazer' (esse será o critério do ilícito típico), tão pouco aquilo que o homem 'pode fazer', mas sim aquilo que ele 'deve ser' para o direito, as exigências que por este são feitas à sua própria pessoa e a que ele tem de responder".

⁹⁰ CORREIA, Eduardo. Projeto. p.27 e segs. "apud" FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa, direito penal. p.111.

⁹¹Figueiredo Dias referiu-se aos ensinamentos de Scheler em "Formalismo". Este psicólogo ainda ensina: "a personalidade é mais do que o caráter, no mesmo sentido em que o plano ético-existencial é algo mais e algo de diferente do plano psicológico-naturalista. Assim se justifica que a referência ao caráter do homem tenha natureza meramente explicativa e não compreensiva das suas ações e seja, por isso, sempre inadequada quando posta como objeto de um juízo ético". (Liberdade, culpa, direito penal. p.170 e rodapé da p.171.).

⁹²FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa (...). p.139: "A essência do homem não reside em algo substancial, que lhe seja assinalado previamente por uma sua natureza, antes é algo que ele tem de cumprir agindo, é dizer, realizando-se no seu concreto existir; é neste contexto que há-de ser procurada e encontrada a sua liberdade concreta, a sua liberdade pessoal ou - como lhe chama Max Müller - neste preciso sentido ("Saatslexikon". III. p.530) 'existencial'".

⁹³FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa (...). p.141: "Neste sentido, uma tal 'pulsão' tem de atribuir-se ao homem como (não genética mas constitutivamente) originária: a minha existência - a existência que 'eu sou' - é-me tão própria que 'eu tenho' que a realizar".

⁹⁴BOBBIO, Norberto. "El existencialismo". p.74-5.

⁹⁵WÜRTEMBERGER, Thomas, fez lembrança assim importante: "se l'uomo è un soggetto agente, deve vivere in situazioni determinate, che egli si trova davanti un modo sempre nuovo. Se il primo indice della finitezza umana è il fatto che l'uomo non si sottrae mai a situazioni concrete, anche nella via spirituale, il secondo indice di tale finitezza è che l'uomo deve decidere incessantemente. Decidere nei confronti di situazione concrete significa sempre scegliere fra più possibilità opposte. Questo non vale soltanto per l'intero ambito della vita umana, ma anche e soprattutto per l'agire umano nella ragione del diritto". O mérito do existencialismo foi, em sua visão, demonstrar com convincentes provas, a necessidade interior da livre e autônoma decisão do homem, não "soltanto nel senso della teoria della conoscenza, ma anche sul terreno di una severa analisi della realtà dell'essere". ("La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania". p. 37).

⁹⁶FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa (...). p.147-8 e O problema da consciência da ilicitude em direito penal. p.186 e segs.

⁹⁷FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa (...). p.152.

⁹⁸FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa (...). p.160-1.

⁹⁹FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa (...). p.165.

¹⁰⁰FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa (...). p.176.

¹⁰¹FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa (...). p.179.

¹⁰²FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa (...). rodapé da p. 179.

¹⁰³Bettiol, em 1940, quando escreveu O problema penal, assim acentuou que a ação "é um modo de manifestação da personalidade humana e, por conseguinte, a manifestação do caráter de uma pessoa, não no sentido de ela ser um mero sintoma do caráter de um sujeito (que constitui o coração de qualquer investigação penalística), mas no de que só através da manifestação do ca-

râter ela pode ser plenamente iluminada e compreendida" (p.84 e 87). Bettiol naturalmente errou ao tomar como sinônimas as expressões caráter e personalidade, pois cientificamente elas não o são. Mais recentemente - "Sulla colpevolezza dell'autore" - enfatizou que "colpevolezza e personalità sono termini correlativi (...). Non c'è colpa d'autore per il semplice modo di essere di una persona, ma per il suo modo di operare". ("Gli ultimi scritti (...)" p.89).

¹⁰⁴ ASSIS TOLEDO, Francisco de. Princípios básicos de direito penal. p.229 e segs. e Culpa da personalidade, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. v.47 de 1977. p.39-45.

¹⁰⁵ ASSIS TOLEDO, Francisco de. Princípios básicos (...). p.230.

¹⁰⁶ ASSIS TOLEDO, Francisco de. Princípios básicos (...). p.230. Censura de igual teor formulou Everardo da Cunha Luna em Revista Ciência Penal, nº 4 de 1976: "Que a conduta de vida, a personalidade como tal, seja fundamento do juízo de culpabilidade, é afirmativa muito discutível e praticamente improvável (...) é punir a quem já paga o mais alto preço pelo desvalor dessa personalidade, ou seja, a efetiva inaptidão para atingir valores importantes (...) valores morais, sociais, ou de qualquer outra natureza" (A culpabilidade. p.70-1.).

¹⁰⁷ ASSIS TOLEDO, Francisco de. Princípios básicos (...). p.232-3.

¹⁰⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa (...). p.258.

¹⁰⁹ Mais uma vez é pertinente a lembrança feita por Thomas Würtenberger sobre a decisão do Superior Tribunal Federal Alemão logo após a 2ª Grande Guerra, quando já se pronunciavam novas saliências jusnaturalistas. Decidiu aquele Tribunal: "Nella coscienza di tutti i populi civili, nonostante tutte le differenze che gli ordinamenti giuridici nazionali rilevano in loro singole parti, esiste un certo ambito fondamentale del diritto, che, secondo un'opinioni giuridica generale, non può esser lesa da alcuna legge né da alcuna altra misura delle autorità. Tale nucleo comprende certi principi del comportamento umano, considerati intangibili, che presso tutti i populi civili si sono andati formando nel corso del tempo sulla base di coincidenti concezioni morali fondamentali e che valgono come giuridicamente vincolanti". ("La situazione spirituale (...)" p.45-6.).

¹¹⁰ MUNHOZ NETTO, Alcides. Criminosos habituais e por tendência, in Revista de Direito Penal, 1974, 15/16:31.

¹¹¹ DOTTI, René Ariel. O exame criminológico no projeto de reforma, in Revista de Processo, 1976, 4:252 e 257: "O exame da culpa em atenção à personalidade ou em função do caráter ou, ainda, pelo estilo de vida, é um exame de natureza 'integral' do homem pois a culpa não pode ser aferida somente em atenção ao isolado fato típico". Entretanto, hoje, DOTTI mudou de pensamento ao ressaltar a absoluta importância da "culpa do fato".

¹¹² FIANDACA, Giovanni. "Considerazioni sul colpevolezza e prevenzione", in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, 1987, 4:842.

Ressurgiu naquela época na Alemanha, uma retomada aguda pelas preocupações de política criminal. Como escreve Santiago Mir Purig, a razão desta evolução "se halla vinculada, sin duda, a varios factores, entre los cuales seguramente habría que tener en cuenta el espíritu crítico y de revisión global de valores que caracterizó a la segunda parte de los años sesenta - mayo francés, primavera de Praga, movimiento hippy, etc. -. Pero un factor inmediato de la nueva orientación hacia la Política Criminal fue en Alemania la necesidad de enfrentarse a la reforma del Derecho Penal". ("Política criminal y reforma del derecho penal". p.VII).

¹¹³TAVARES, Juarez. Teorias do delito. p.103.

¹¹⁴ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. p.13.

Roxin ainda considerou que o Projeto Alternativo, observando a História, deu atenção a Von Liszt, que no início do Século XX apresentou importantes trabalhos de política criminal ao Direito Penal Alemão. A relativa coincidência com Liszt deu-se quanto ao seu perfil científico e modo de trabalho (Ob.cit. p.51.).

¹¹⁵ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. p.20.

¹¹⁶ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. p.22.

¹¹⁷ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. p.23.

¹¹⁸Relata FIANDACA, Giovanni, que a idéia de serem expostas conexões entre a culpabilidade como elemento do crime e a prevenção criminal é antiga dentre as concepções utilitarísticas que se desenvolveram no pensamento anglo-saxão. Assim, Bentham, célebre representante do utilitarismo já propunha que "l'inflizione di una sanzione che comporta in sè un male, è giustificata solo nella misura in cui tende a impedire un male maggiore (...)". A utilidade estaria presente somente quando a ameaça penal fosse interveniente no espírito do sujeito; quando os fatos proibidos fossem previsíveis e evitáveis, razão pela qual não deveriam ser punidos os doentes mentais. ("Considerazioni sul colpevolezza e prevenzione", in Riv. di Diritto e Procedura Penale, 1987, 4:840-1).

¹¹⁹"Kriminalpolitik und Strafrechtssystem", "apud" PADOVANI, Tullio. "Teoria della colpevolezza e scopi della pena", in Riv. di Diritto e Procedura Penale, 1987, 4:802 (rodapé) e 804.

¹²⁰ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena, in Revista de Direito Penal, 1973, 11/12:8.

¹²¹Com efeito, Tullio Padovani alerta sobre a revolução européia em torno do conceito tradicional de culpabilidade, qual seja, o fundado na "exigibilidade" orientada pelo "poder" do agente ter agido conforme o direito: "Una parte della dottrina non esita in effetti a rispondere che questo spazio non esiste più, prospettando la necessità che il diritto penale si ristruttururi per intero in termini preventivi, consegnando il concetto di colpevolezza agli archivi della storia". ("Teoria della colpevolezza e scopi della pena", in Riv. di Diritto e Procedura Penale, 1987, 4:799).

Claus Roxin não chega a pregar o abandono do princípio da culpabilidade por inteiro, mas procura mostrar que uma de suas funções deve ser abandonada; a função de fundamentar o poder punitivo. O princípio da culpabilidade "limitador" desta função tem de, contudo, como conquista histórica, ser preservado, caso contrário haveria um retrocesso político-científico altamente prejudicial. Em suma, a pena exige sempre a culpabilidade, mas a culpabilidade não é suficiente para a punição.

MIR PUIG, Santiago ("Función de la pena y teoria del delito en el Estado social y democrático de derecho", in "Política criminal y reforma del derecho penal". p.67 e segs.) na Espanha e BRICOLA, Franco ("Rapporti tra dommatica e politica criminale", in Riv. di Diritto e Procedura Penale, 1988, 1:3-35) na Itália, aderiram a corrente de penalistas que pensam como Roxin.

¹²²Em Conferência na Universidade de Coimbra no ano de 1983, Roxin ainda consignou que na Alemanha é pacífico que "nenhum perito em psicologia ou psiquiatria pode, com conceitos empíricos, demonstrar a possibilidade de o agente concreto actuar, na altura do facto, de modo diverso daquele que

agiu" (Acerca da problemática do direito penal da culpa, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1983. p.6.). O texto desta Conferência também foi publicado pela Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale de Milão em 1984, nº 1. p.16-34, com o título "Sul problema dil diritto penale della colpevolezza".

Roxin joga com esta indemonstrabilidade prática para fazer valer sua tese. A tese deste trabalho, porém, menospreza esta problemática, porque o assunto penal da "inexigibilidade" não deve dizer respeito à psicologia ou à psiquiatria, mas à filosofia, ao conhecimento transcendental que, se hoje é escasso ou pobre, é decorrência da falta de maior seriedade ou interesse científico neste campo. Figueiredo Dias deve ser considerado a maior expressão da ciência jurídica nesta área. Seus estudos sobre a "culpa pela formação da personalidade" são de considerável nível logossófico.

¹²³ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena, in Revista de Direito Penal, 1973, 11/12:9.

¹²⁴ROXIN, Claus. Acerca da problemática do direito penal da culpa, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1983. p.8.

¹²⁵ROXIN, Claus. Acerca da problemática do direito penal da culpa, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1983. p.16.

¹²⁶ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena, in Revista de Direito Penal, 1973, 11/12:11-12: "Nem sequer é necessário admitir que o legislador, ao empregar a medida da culpabilidade para limitar a faculdade de intervenção estatal, estaria pronunciando um juízo que não lhe compete sobre a liberdade da vontade humana. Não se trata, neste caso, de uma afirmação sobre o ser, mas que de um postulado de política criminal dirigido ao juiz: 'Vocês devem tratar o cidadão por sua inclinação à liberdade individual como um homem capaz de uma decisão autônoma e responsável, enquanto a motivação normal de seu fazer não esteja excluída por perturbações espirituais'".

¹²⁷ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. p.46.

O PA. no parág. 59, 2., dispunha que "apenas se aplicará integralmente a medida da culpa determinada pelo fato, quando a reintegração do sujeito na comunidade jurídica ou a proteção dos bens jurídicos requeiram". "O juiz deve permanecer abaixo da medida da culpa na aplicação da pena, tanto quanto o permitam as exigências de proteção especial e geral". (Ob. e p. citados).

¹²⁸ROXIN, Claus. "El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo", in "Política criminal y reforma del derecho penal", p.11: "El que el fin y la justificación de la pena no residía en la retribución, es decir, en el saldo de la culpabilidad, constituyó la idea básica teórico-criminal. Tal principio se ha visto totalmente realizado en la República Federal. Característico de esta radical inversión, que significa el abandono de una tradición filosófica secular, lo es, por ejemplo, el gran tratado de Maurach (4ª edición, de 1971)".

Afirma ainda Roxin que o Supremo Tribunal Federal Alemão abandonou a forma da idéia de uma retribuição destituída de fim (Ob.cit. p.12.). Ainda, Acerca da problemática do direito penal da culpa, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1983. p.18.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez, em 1974 escreveu um artigo endossando a tendência da doutrina alemã. Na ocasião asseverou ele: "o núcleo básico da matéria da proibição é o bem jurídico. A necessidade de proteção desses valores essenciais da comunidade sócio-política fundamenta e delimita o ambi-

to das proibições sociais. O conjunto desses bens jurídicos (valores de proteção) constitui a ordem jurídica (...). Aqui está o limite e o fim do Direito Penal: proteger os bens jurídicos contra lesões (...). A pena só é justificável como instrumento de encausamento final do comportamento social (...). A consequência imediata dessa conceituação é a dispensa da liberdade ínsita no poder concreto que fundamenta a reprovabilidade (a idéia de liberdade é desnecessária à aplicação de medidas fundamentadas exclusivamente na necessidade social)". (Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico, in *Revista de Direito Penal*, 1974, 15/16:61-3).

¹²⁹ROXIN, Claus. Acerca da problemática do direito penal da culpa, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1983. p.19: "Se a pena não deve ser aplicada para contrabalançar a culpa, mas sim, exclusivamente, para fins preventivos, e se, apesar disso, está ligada à culpa do agente, então a realização, com culpa, de um facto ilícito típico constitui uma condição necessária mas não suficiente da pena". Roxin também considera que o Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (BGHSt 24,42) já se pronunciou neste sentido. "Sul problema del diritto penale della colpevolezza", in *Riv. di Diritto e Procedura Penale*, 1984, 1:27.

¹³⁰ROXIN, Claus. Acerca da problemática do direito penal da culpa, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1983. p.21. "Sul problema del diritto penale della colpevolezza", in *Riv. di Diritto e Procedura Penale*, 1984, 1:28.

¹³¹PADOVANI, Tullio. "Teoria della colpevolezza e scopi della pena", in *Riv. di Diritto e Procedura Penale*, 1987, 4:818.

¹³²PADOVANI, Tullio. "Teoria della colpevolezza e scopi della pena", in *Riv. di Diritto e Procedura Penale*, 1987, 4:816: "Segundo Roxin, la funzione politico-criminale della 'responsabilità', consiste in un limite 'ulteriore' della punibilità. Essa non consente infatti 'di punire nonostante l'impossibilità di agire diversamente', ma, al contrario, impone di rilevare 'che le esigenze preventive, in molti casi, non richiedono alcuna pena, 'nonostante la sussistenza della colpevolezza'. In questo senso, la 'responsabilità, finisce appunto col circoscrivere l'ambito punitivo in una dimensione più ridotta di quella prospettabile invece in rapporto alla mera 'colpevolezza'".

¹³³ROXIN, Claus. Acerca da problemática do direito penal da culpa, in *Boletim* citado p.23. FIANDACA, Giovanni. "Considerazione su colpevolezza e prevenzione", in *Riv. di Diritto e Procedura Penale*, 1987, 4:852: "Per sottolineare l'esigenza di integrare la colpevolezza in senso tradizionale con l'ulteriore requisito della necessità preventiva di pena, Roxin propone l'introduzione di una nuova categoria sistematica definita 'responsabilità' ('Verantwortlichkeit') (sotto un profilo strettamente terminologico nulla impedirebbe, ovviamente, di usare una etichetta equivalente come ad es colpevolezza 'in senso lato'".

¹³⁴ROXIN, Claus. Acerca da problemática do direito penal da culpa, in *Boletim* citado. p.22: Esta punição é dispensável do ponto de vista da prevenção geral e especial, porque "devido ao caráter excepcional da situação, o comportamento do agente não põe em causa, aos olhos da generalidade das pessoas, a validade da norma nos casos-regra". Também FIANDACA, Giovanni. "Considerazioni su colpevolezza e prevenzione", in *Riv. di Diritto e Procedura Penale*, 1987, 4:853.

¹³⁵ROXIN, Claus. Acerca da problemática do direito penal da culpa,

in Boletim citado. p.23.

¹³⁶ROXIN, Claus. Acerca da problemática do direito penal da culpa, in Boletim citado. p.28.

¹³⁷FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa, direito penal. p. 168 (rodapé).

¹³⁸FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Liberdade, culpa, direito penal. p. 253.

¹³⁹FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. liberdade, culpa, direito penal. p. 253.

¹⁴⁰PADOVANI, Tullio. "Teoria della colpevolezza e scopi della pena", in Riv. di Diritto e Procedura Penale, 1987, 4:826: "In ogni caso, piegare il giudizio di colpevolezza ad esigenze preventive significa strumentalizzare in qualche modo la persona del reo, trasformandolo in 'occasione' d'una 'politica' che passa sopra la sua testa".

¹⁴¹PADOVANI, Tullio. "Teoria della colpevolezza e scopi della pena", in Riv. di Diritto e Procedura Penale, 1987, 4:827: "se è vero che la pena svolge una funzione preventiva, non è men vero ch'essa non esaurisce la sua realtà in una funzione, non è soltanto mezzo per uno scopo; è un mezzo che presenta un contenuto particolare, il quale - non si può dimenticarlo - è di carattere afflittivo: dal punto di vista materiale, la pena consiste in una sofferenza legalmente inflitta".

¹⁴²PADOVANI, Tullio. "Teoria della colpevolezza e scopi della pena", in Riv. di Diritto e Procedura Penale, 1987. p.829: "Fin tanto che la pena si concretarà in un preciso disvalore che attinge il soggetto in aspetti essenziali della sua personalità, il suo fondamento non potrà prescindere dall'idea che il reo sia 'meritevole' di una risposta sanzionatoria a contenuto afflittivo, ch'egli sia, per appunto, 'colpevole'".

¹⁴³FIANDACA, Giovanni. "Considerazione su colpevolezza e prevenzione", in Riv. di Diritto e Procedura Penale, 1987, 4:856.

CONCLUSÕES

1. A censura penal pode ser excluída em hipóteses de "inexigibilidade de conduta diversa", independentemente das mesmas não estarem previstas expressamente na lei, porque a "inexigibilidade" é um princípio de Direito Penal.

2. O conceito material de culpa penal revela uma omissão ao dever de desenvolver uma personalidade que se torne apta a respeitar os valores prestigiados pela ordem jurídica penal.

3. O juízo de censura penal deve considerar o "comportamento interior", segundo a versão dada por Bettiol.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. 2.ed. São Paulo, Mestre Jou, 1982. Tradução de Alfredo Bosi.
- 2 ABREU, Waldyr de. Direito penal do trânsito. 1.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- 3 ACHENBACH, Hans. Riflessioni storico-domatiche sulla concezione della colpevolezza di Reinhard Frank; in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, lug-set., 1981, Dott. A. Giuffrè Editore, fasc. 3:838-56.
- 4 AMERICANO, Odin. Da culpabilidade normativa; in Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria. Rio de Janeiro, Forense.
- 5 ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Dimensão humana e direito penal. Revista Ciência Penal, São Paulo, 1974, Ed. José Bushatsky, 2:193-223.
- 6 _____. Direito penal e criação judicial. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.
- 7 ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. Fundamentos aristotélicos do direito natural. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- 8 ASÚA, Luis Jiménez de. Tratado de derecho penal. Buenos Aires, Editorial Losada, 1961. Tomos IV,VI.
- 9 AZEVEDO, Luis Carlos de. Função da jurisprudência nos conflitos entre a lei natural e a lei positiva; in Caderno de Direito Natural. Belém, CEDUP, 1985. v.I.
- 10 BALESTRA, Carlos Fontán. Derecho penal. 3.ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot (Introducción y Parte General), impresión de 1957.
- 11 BARATTA, Alessandro. Antinomie giuridiche e confliti di coscienza. Milão, Giuffrè Editore, 1963.
- 12 _____. Filosofia e diritto penale; in Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Milão, Giuffrè Editore, 1972. p. 29-54.

- 13 _____ . Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Milão, Giuffrè Editore, 1966.
- 14 BETTIOL, Giuseppe. Colpa d'autore e certezza del diritto; in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1977. p.417-26.
- 15 _____ . Colpevolezza giuridica e colpevolezza morale; in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1980. ott-dic, 4:1007-14.
- 16 _____ . Culpa do agente e certeza do direito; in Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 1978, 415-27.
- 17 _____ . Direito Penal. Coimbra, Coimbra Editora, 1970. Tradução de Fernando Miranda.
- 18 _____ . Gli ultimi scritti e la lezione di congedo. Pádua, Cedam, 1984.
- 19 _____ . Instituições de direito e processo penal. 1.ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1974. Tradução de Manuel da Costa Andrade.
- 20 _____ . O problema penal. 1.ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1967. Tradução de Fernando de Miranda.
- 21 _____ . Objetivismo e subjetivismo no âmbito penal; in Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, Rio de Janeiro, 1965, 9:23-34. Tradução de Armida Bergamini Miotto.
- 22 _____ . Scritti giuridici. Pádua, Cedam, 1966. Tomo I.
- 23 _____ . Sobre o direito penal da atitude interior; in Revista dos Tribunais, São Paulo, 1972, 422:315-323, RT. Tradução de Paulo José da Costa Jr.
- 24 _____ . Stato di diritto e "gesinnungsstrafrecht"; in L'indice Penale, 1973, set./dez., 3:447-60.
- 25 _____ . Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore; in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, Giuffrè Editore, 1971, 1-2:3-17.
- 26 _____ . Sullo spirito del diritto canonico dopo il concilio Vaticano II; in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, 1971, fasc.4:1089-1098.
- 27 _____ . Verso un nuovo romanticismo giuridico; in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1979. p.369-77.
- 28 BOBBIO, Norberto. El existencialismo. Cidade do México, Fondo de Cultura Económica, 1949.

- 29 _____ . L'analogia nella logica del diritto. Turim, Istituto Giuridico della Regia Università di Torino, 1938.
- 30 _____ . Princìpi generali di diritto; in Novíssimo Digesto Italiano, Turim, UTET, 1966. v.III. p.887-96.
- 31 _____ . Teoria dell'ordinamento giuridico. Turim, G. Giappichelli, 1960.
- 32 _____ . Teoria della norma giuridica. Turim, G. Giappichelli, 1958.
- 33 BOLLNOW, Otto Friederich. Filosofia existencial. São Paulo, Saraiva, Coleção Studium, 1946. Tradução de Cabral de Moncada.
- 34 BORSELLINO, Patrizia. L'analogia nella logica del diritto: un contributo di Norberto Bobbio alla metodologia giuridica; in Rivista Internazionale di Filosofia, Milão, jan./mar. de 1985. p.3-39.
- 35 BRICOLA, Franco. Rapporti fra dommatica e politica criminale; in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, Giuffrè Editore, 1988, 1:3-35.
- 36 _____ . Teoria generale del reato; in Novíssimo Digesto Italiano, Turim, 1966. v.XIX. p.7-93.
- 37 BRUM, Nilo Bairros de. Requisitos teóricos da sentença penal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.
- 38 BRUNO, Aníbal. Direito Penal. 3.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978. Tomo I.
- 39 _____ . Direito Penal. 3.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1967. Tomo II.
- 40 CANTERO, José Antonio Saiz. El desenvolvimiento historico-dogmático del principio de "no exigibilidad"; in Anuario de Derecho Penal y Ciências Penales, 1960, 13:419-53.
- 41 CATTANEO, Mário A. Ricordo di Giuseppe Bettiol; in Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Milão, Giuffrè Editore, jan./mar. de 1983, 1:143-58.
- 42 COELHO, Luiz Fernando. Lógica jurídica e interpretação das leis. 2.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- 43 COELHO, Sacha Calmon Navarro. Teoria Geral do Tributo e da exoneração tributária. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.
- 44 CORREIA, Eduardo. Direito criminal. Coimbra, Livraria Almedina, 1968. v.I.

- 45 COSTA, Carlos Adalmyr Condeixa da. Dolo no tipo. Rio de Janeiro, Lider Juris, 1989.
- 46 _____. Pressupostos existenciais do crime. Brasil, Editora Evolução Ltda., 1970.
- 47 COSTA JR., Paulo José da. Considerações em torno à suprallegalidade no direito penal; in Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, jul./set. de 1964, Instituto de Criminologia da Universidade da Guanabara, 6:19-38.
- 48 _____. Direito penal da culpa; in Revista Ciência Penal, São Paulo, Convívio, 1975, 1:66-82.
- 49 CURY, Enrique. Culpabilidade e criminologia; in Revista de Direito Penal, Borsoi, jan./mar. de 1972, 5:18-24.
- 50 DIAS, Jorge de Figueiredo. Liberdade, culpa, direito penal. 2.ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1983.
- 51 _____. O problema da consciência da ilicitude em direito penal. 3.ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1987.
- 52 DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. São Paulo, Saraiva, 1987.
- 53 DOTTI, René Ariel. O exame criminológico no projeto de reforma; in Revista de Processo, RT, out./dez. de 1976, 4: 249-60.
- 54 _____. Aspectos da antijuridicidade; in Revista do Ministério Público do Paraná, de 1976, 6:171-179.
- 55 ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO. Colpevolezza. Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1960. v.VII. p.646-66.
- 56 EUSEBI, Luciano. L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza; in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, ott-dic. de 1983, fasc.4, 1315-57.
- 57 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Ciência do direito. 2.ed. São Paulo, Atlas, 1982.
- 58 FIANDACA, Giovanni. Considerazioni su colpevolezza e prevenzione; in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, Giuffrè Editore, 1987, 4:836-880.
- 59 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Introdução à história da filosofia. Rio de Janeiro, Tecnoprint, 1986. Tradução de Euclidy Carneiro da Silva.
- 60 HESSEN, Dohannes. Teoria do conhecimento. 7.ed. Coimbra, Armênio Amado Editora, 1980. Tradução de Antônio Correia.
- 61 JESCHEK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal. Barcelona, Bosch, Casa Editorial S.A., 1981. Tradução de Santiago Mir Puig.

- 62 JUNG, Carl Gustav. Memórias, sonhos, reflexões. São Paulo, Círculo do Livro, 1989. Tradução de Dora Ferreira da Silva.
- 63 LARA, Tiago Adão. Caminhos da razão no ocidente. Petrópolis, Vozes, 1988.
- 64 LINHARES, Marcelo Jardim. Legítima defesa. 2.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- 65 LUNA, Everardo da Cunha. A culpabilidade; in Revista Ciência Penal, São Paulo, Convívio, 1976, 4:56-74.
- 66 MACHADO, Luiz Alberto. Direito criminal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.
- 67 _____. Estado de necessidade e exigibilidade de outra conduta; in Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, Forense, jul./dez. de 1972, 7/8:37-57.
- 68 MANTOVANI, Luciano Pettoello. Il valore problematico della scienza penalistica, 1961-1983, contro dogmi ed empirismi. 2.ed. Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1983.
- 69 MEZGER, Edmund. A culpa no moderno direito penal; in Revista "Justitia", São Paulo, 1966, 54:11-25.
- 70 MORSELLI, Elio. Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato. Pádua, Ediz. Cedam, Collana di Studi Penalistici, 1989. v.IV.
- 71 MUNHOZ NETO, Alcides. A ignorância da antijuridicidade em matéria penal. 1.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- 72 _____. Criminosos habituais e por tendência; in Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, jul./dez. de 1974, 15/16:18-33.
- 73 NIETZSCHE, Frederico. A genealogia da moral. Rio de Janeiro, Tecnoprint. Tradução de A. A. Rocha.
- 74 NUVOLONE, Pietro. A concepção jurídica italiana da culpabilidade; in Revista do Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, 1979, 8:17-26. Tradução de Luciano Branco Lacerda.
- 75 ORDEIG, Enrique Gimbernat. Introducción a la parte general del derecho penal español. Madri, Universidad Complutense, 1979.
- 76 PADOVANI, Tullio. Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza; in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1973. p.554-69.
- 77 _____. Teoria della colpevolezza e scopi della pena; in Ri-

- vista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, 1987, 4:798-835.
- 78 PETROCELLI, Biagio. La colpevolezza. Pádua, 1955.
- 79 _____. Reexame dos elementos do crime; in Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, jan./mar. de 1965, Instituto de Criminologia da Universidade da Guanabara, 8:19-77.
- 80 PIMENTEL, Manoel Pedro. A culpabilidade na reforma penal; in Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986, 605:257-66.
- 81 PUIG, Santiago Mir. Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho; in "Política Criminal y Reforma del Derecho Penal", Bogotá, Temis Editora, 1982. p.67-117.
- 82 RANIERI, Silvio. Colpevolezza e personalità del reo. Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1933.
- 83 _____. Il problema della colpevolezza e l'avvenire del diritto penale; in La Scuola Positiva, Milão, 1964. Dott. A. Giuffrè Editore. p.169-88.
- 84 REALE, Miguel. Filosofia do direito. 9.ed. São Paulo, Saraiva, 1982.
- 85 REALE JR., Miguel. Antijuridicidade concreta. São Paulo, José Bushatsky Editor, 1974.
- 86 _____. Concepção existencial de Bettiol; in Revista Ciência Penal, São Paulo, José Bushatsky Editor, 1974, 2:225-33.
- 87 _____. Estados de necessidade. São Paulo, José Bushatsky Editor, 1971.
- 88 RIPOLES, Antônio Quintano. Possíveis conseqüências penais do existencialismo; in Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, Instituto de Criminologia da Universidade do antigo Estado da Guanabara, out./dez. de 1965, 11: 27-58. Tradução de Dr. Fernando Gonçalves Raro.
- 89 ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena; in Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, jul./dez. de 1973, 11/12:7-20. Tradução de Fernando Fragoso.
- 90 _____. Acerca da problemática do direito penal da culpa; in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1983. p.1-29. Tradução de Manuel Cortes Rosa.
- 91 _____. El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo; in "Política Criminal y Reforma del Derecho Penal", Bogotá, Temis Editora, 1982. p.5-27.

Tradução de J. Queraltz.

- 92 _____ . Problemas fundamentais de direito penal. Lisboa, Vega, 1986. Tradução de Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz.
- 93 SANTAMARIA, Dario. Colpevolezza; in Enciclopedia del Diritto, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1960. v.VII. p.646-66.
- 94 SANTERO, José Antônio Saiz. El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de "no exigibilidad"; in Anuário de Derecho y Ciências Penales, 1960, v.13:419-53.
- 95 SANTOS, Juarez Cirino dos. Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico; in Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, jul./dez. de 1974, 15/16:51-64.
- 96 _____ . Direito penal - a nova parte geral. Rio de Janeiro, Forense, 1985.
- 97 SCARANO, Luigi. La non esigibilità nel diritto penale. Nápoles, Casa Editrice Labraria Humus, 1948.
- 98 SILVA FRANCO, Alberto et alii. Código penal e sua interpretação jurisprudencial. 3.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.
- 99 SILVEIRA, Euclides Custódio da. Inexigibilidade de outra conduta; in Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, out./dez. de 1965, 11:117-18.
- 100 SILVEIRA, José Francisco Oliosi da. Da inexigibilidade de outra conduta. Porto Alegre, Livraria do Advogado Ltda., s.a.
- 101 SOLER, Sebastian. Causas de justificação da conduta; in Revista de Direito Penal, Borsoi, jan./mar. de 1972, 5:7-17.
- 102 _____ . Culpabilidade real e culpabilidade presumida; in Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, jan./mar. de 1964, Instituto de Criminologia da Universidade da Guanabara, 4:5-36.
- 103 SOUSA, Alberto Rodrigues de. Da culpabilidade no novo código; in Revista "Justitia", São Paulo, 1973, 80:118, 1º trimestre.
- 104 _____ . Estado de necessidade. 1.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- 105 TAVARES, Juarez. Teorias do delito. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.

- 106 TOLEDO, Francisco de Assis. Culpa da personalidade, in Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, 1977, 47:39-45.
- 107 _____. Princípios básicos e direito penal. 2.ed. São Paulo, Saraiva, 1986.
- 108 VAN ACKER, Leonardo. Haverá fundamentos éticos do direito? in Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, jan/fev/mar. de 1983, v. XXXIII, fasc. 129:67-78.
- 109 VECCHIO, Giorgio del. Sui principí generali del diritto. Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1958.
- 110 VIEIRA, Carlos Leal. As motivações inconscientes do crime; in Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, jul./set. de 1965, Instituto de Criminologia da Universidade do Estado da Guanabara, 10:143-45.
- 111 WELSSELS, Johannes. Direito penal - parte geral. 5.ed. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1976. Tradução de Juarez Tavares.
- 112 WELZEL, Hans. El nuevo sistema del derecho penal. 4.ed. Barcelona, Ediciones Ariel, 1964. Tradução de José Ce-rezo Mir.
- 113 _____. La posizione dogmatica della dottrina finalista dell'azione; in Rivista Italiana di Diritto Penale, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, jan-apr., 12:1-16. Tradução de Ernst Heinitz.
- 114 WÜRTEMBERGER, Thomas. La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania. Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1965.
- 115 ZANLORENZI, Ivo. Lições de filosofia. Curitiba, 1980.

ÍNDICE

<u>SUMÁRIO</u>	vi
<u>RESUMO</u>	vii
<u>INTRODUÇÃO</u>	1
<u>CAPÍTULO I - O NÚCLEO DO CONCEITO DE CULPABILIDADE</u>	7
<u>SEÇÃO I - A EVOLUÇÃO DOGMÁTICA DO CONCEITO DE CULPABILIDADE</u>	7
§1º. Introdução.....	7
§2º. O Psicologismo.....	13
§3º. O Normativismo.....	19
§4º. A Subjetivação do Direito Penal.....	34
<u>SEÇÃO II - A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA</u>	43
§1º. Considerações Sobre A Ilicitude.....	43
§2º. A "Inexigibilidade" Como Princípio de Direito Penal...	49
<u>SEÇÃO III - O ALCANCE DO PRINCÍPIO</u>	66
§1º. Introdução.....	66
§2º. Analogia.....	70
§3º. O Conteúdo do Princípio.....	80
<u>CAPÍTULO II - TENDÊNCIAS A RESPEITO DO JUÍZO DE CENSURA PENAL</u>	108
<u>SEÇÃO I - POSIÇÃO FILOSÓFICA</u>	108
§1º. Culpa Penal, Um Problema Filosófico.....	108
§2º. O Existencialismo.....	112
<u>SEÇÃO II - BETTIOL E O "GESINNUNGSSTRAFRECHT"</u>	124
§1º. Introdução.....	124

§2º. O "Atteggiamento Interiore".....	128
§3º. As Críticas.....	137
§4º. A Posição de Morselli.....	144
SEÇÃO III - A CULPA PELA FORMAÇÃO DA PERSONALIDADE PARA FI- GUEIREDO DIAS.....	152
§1º. Introdução.....	152
§2º. O Juízo de Culpa Segundo Este Critério.....	154
§3º. Críticas a Esta Posição.....	162
§4º. Considerações Finais.....	166
SEÇÃO IV - A TEORIA DA CULPABILIDADE PARA CLAUS ROXIN.....	169
§1º. Introdução.....	169
§2º. As Relações Entre Culpabilidade e Prevenção.....	175
§3º. O Conceito de Culpabilidade.....	183
§4º. As Escusantes da Culpabilidade Para Esta Tendência....	186
§5º. Comparação Com A Concepção de Figueiredo Dias e Algumas Críticas.....	189
<u>CONCLUSÕES</u>	210
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	211