

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de pós-graduação em Direito Público

**O DIREITO PENAL DO AUTOR E O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE:
garantia de responsabilização pelo fato**

Rosângela Dell'Amore Dias Scarpelli

Belo Horizonte
2011

Rosângela Dell'Amore Dias Scarpelli

**O DIREITO PENAL DO AUTOR E O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE:
garantia de responsabilização pelo fato**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito Público.

Orientador: Leonardo Isaac Yarochevsky

Belo Horizonte

2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S286d Scarpelli, Rosângela Dell' Amore Dias
O direito penal do autor e o princípio da culpabilidade : garantia de responsabilização pelo fato / Rosângela Dell' Amore Dias Scarpelli. Belo Horizonte, 2011.
107p.

Orientador: Leonardo Isaac Yarochevsky
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Direito penal. 2. Direito e garantias individuais. 3. Culpa (Direito). 4. Autor (Direito penal). I. Yarochevsky, Leonardo Isaac. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 343.222

Rosângela Dell'Amore Dias Scapelli

**O DIREITO PENAL DO AUTOR E O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE:
garantia de responsabilização pelo fato**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito Público.

Leonardo Isaac Yarochoeswy (Orientador) - PUC Minas

Luís Augusto Sanzo Brodt - Doutor em Ciências Penais
Faculdade de Direito - UFMG

José Luiz Quadros de Magalhães - Doutor em Direito
PUC Minas

Guilherme José Ferreira da Silva - Doutor em Ciências Penais (Suplente)
PUC Minas

Belo Horizonte, 07 de fevereiro de 2011

Para meus pais, Humberto e Conceição, pela inesgotável dedicação; e para meus sobrinhos, Fernando e Maria Eduarda, na esperança de um mundo melhor.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor-orientador Doutor Leonardo Isaac Yarochevsky, pela orientação, revisão e críticas ao trabalho, que o fez melhor.

RESUMO

O presente trabalho pretende investigar um modelo de direito penal, já criticado sob alguns enfoques, pelos doutrinadores atuais. Com este objetivo delinear-se-á uma linha de desenvolvimento do direito penal na história, para que se possam observar as modificações sofridas pelo direito penal, enfatizando o direito penal do autor. Das profundas transformações sociais decorrem alterações na estrutura e no funcionamento do direito, em especial o penal. Medidas de prevenção e defesa social implementadas por políticas criminais na tentativa de conter a criminalidade e a violência nos faz refletir sobre o ressurgimento no mundo jurídico de um modelo penal anti-garantista. Conceituar-se-á a teoria do direito penal do autor, estudar-se-á sua aplicação, quais seus pressupostos básicos, dentre eles a noção de periculosidade e a punibilidade sobre o *modus vivendi* da pessoa. Também serão investigadas a relativização de direitos e garantias fundamentais, a desconsideração do princípio da culpabilidade e do princípio da legalidade, a utilização do direito penal para impor ou reforçar conceito de moral, a ingerência estatal na autonomia de vontade das pessoas, bem como a antecipação de medidas preventivas, o surgimento de normas penais constitutivas em detrimento de normas penais regulativas. Com a finalidade de ampliar a compreensão do objeto, pesquisar-se-á a aplicação do direito penal do autor, em algumas legislações estrangeiras, propiciando um estudo comparativo. Como finalização apresentar-se-á aquilo que motivou a realização deste trabalho: a eficácia da aplicação do direito penal do autor. Para isso serão analisados procedimentos de estigmatização e violação da secularização em decorrência da adoção de medidas preventivas próprias de um sistema penal autoritário. Cumpre ressaltar que o objetivo desta pesquisa, em última análise, é investigar a (i) legitimidade da teoria do direito penal do autor em face do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: Garantismo Penal. Princípio da culpabilidade. Direito penal do autor.

RIASSUNTO

Questo lavoro si propone di approfondire un modello di diritto penale, già criticato in alcuni approcci, gli studiosi presenti. Con questo obiettivo sarà quello di delineare una linea di sviluppo del diritto penale nella storia, in modo da poter osservare le trasformazioni subite dal diritto penale, sottolineando il diritto penale dell'autore. Risultato di profondi mutamenti sociali nella struttura e nel funzionamento della legge, in particolare penale. Le misure di prevenzione e politiche di protezione sociale attuati dal tentativo criminale di contenere la criminalità e la violenza ci fa riflettere sulla recrudescenza del mondo giuridico un modello di penale anti-garantism. Sarà concettualizzare la teoria del diritto penale dell'autore, la esaminerà l'applicazione, quali sono i suoi assunti di base, tra i quali la nozione di pericolo e la criminalità nel modus vivendi della persona. Stiamo anche esaminando la relatività dei diritti fondamentali e garanzie, la violazione del principio di colpevolezza e del principio di legalità, l'uso del diritto penale per imporre o rafforzare il concetto di moralità, l'interferenza dello Stato nell'autonomia della volontà del popolo, così come l'anticipazione misure di prevenzione, l'emergere di norme penali costitutive, piuttosto che regolativa leggi penali. Al fine di ampliare la comprensione dell'oggetto, cercherà il diritto penale del diritto d'autore in alcune leggi straniere, offrendo uno studio comparativo. Come uno spettacolo finale sarà ciò che ha motivato questo lavoro: l'efficacia della legge penale dell'autore. Per fare stigmatizzazione breach saranno considerati e le procedure della secolarizzazione come conseguenza di adozione di misure preventive specifiche di un sistema penale autoritário. Cumpre sottolineare che l'obiettivo di questa ricerca, in definitiva,   quello di indagare (i) la legittimit  della teoria del diritto penale autore di fronte alla legge brasiliana.

Parole chiave: le garanzie penali. Principio di colpevolezza. Il diritto penale dell'autore.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 BREVE RELATO HISTÓRICO	13
2.1 Antiguidade.....	13
2.1.1 <i>Egito</i>	13
2.1.2 <i>Mesopotâmia</i>	14
2.1.3 <i>Roma</i>	14
2.1.4 <i>Hebreus</i>	15
2.2 Idade Média.....	15
2.3 Idade Moderna.....	17
3 CONCEPÇÕES SOBRE CULPABILIDADE	23
3.1 Teoria Psicológica da Culpabilidade	23
3.2 Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade	24
3.3 Teoria Normativa Pura da Culpabilidade.....	28
3.4 Teoria Social da Ação	31
3.5 Outras concepções sobre culpabilidade.....	32
4 ATUAIS TENDÊNCIAS.....	43
4.1 Teorias Funcionalistas.....	43
4.1.1 <i>Funcionalismo Moderado</i>	43
4.1.2 <i>Funcionalismo Sistêmico</i>	45
4.1.2.1 <i>Direito Penal do Inimigo</i>	50
5 DIREITO PENAL DO AUTOR E DIREITO PENAL DO FATO.....	53
6 MOVIMENTOS PENAIIS ATUAIS	62
6.1 O Abolicionismo	62
6.2 Lei e Ordem.....	64
6.3 Garantismo penal	67
6.3.1 <i>Princípios Garantistas em Ferrajoli</i>	69
6.3.1.1 <i>Nulla poena sine crimine</i>	69
6.3.1.2 <i>Nullum crimen sine lege</i>	70
6.3.1.3 <i>Nulla lex (poenalis) sine necessitate</i>	71
6.3.1.4 <i>Nulla necessitas sine injuria</i>	72
6.3.1.5 <i>Nulla injuria sine actione</i>	72
6.3.1.6 <i>Nulla actione sine culpa</i>	73
6.3.1.7 <i>Nulla culpa sine judicio</i>	73

6.3.1.8 Nullum iudicium sine accusatione.....	74
6.3.1.9 Nulla accusatio sine probatione.....	74
6.3.1.10 Nulla probatio sine defensione	75
7 DIREITO PENAL MODERNO ATUAL	76
8 ILEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL DO AUTOR EM FACE DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE.....	79
9 DIREITO PENAL DE AUTOR EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	80
9.1 Normas penais: Regulatividade e Constitutividade	81
10 MANIFESTAÇÕES DO DIREITO PENAL DE AUTOR NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO	84
10.1 Personalidade	84
10.2 Antecedentes.....	86
10.3 Conduta social.....	88
10.4 Reincidência	89
11 CONCLUSÃO	94
REFERÊNCIAS.....	97

1 INTRODUÇÃO

Após uma longa e árdua conquistada da humanidade, percebem-se transformações na dogmática penal buscando a proeminência de novas teorias em detrimento do direito penal do fato.

A teoria do direito penal do autor, em detrimento do direito penal moderno, pauta-se na forma de vida da pessoa e ao classificar os agentes como perigosos, vagabundos etc., realiza um julgamento moral sobre o modo de ser do agente, legitimando a exclusão e intensificando a teoria do etiquetamento.

Cabe analisar sobre a legitimidade da aplicação, no Brasil, do direito penal do autor, uma vez que a Constituição de 1988, em seu art. 1º, qualifica a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana do qual decorre o princípio da culpabilidade previsto art. 5º, XLV.

O Direito Penal inserido no sistema de controle social realiza por meio de um conjunto de normas um controle denominado normativo. Princípios como: Legalidade e Reserva legal, Culpabilidade, demonstram exigências formais para aplicação da lei penal.

A complexidade da sociedade atual orgulhosa de seus avanços tecnológicos adotou como indicador de progresso a quantidade de aplicações técnicas que mudam a vida dos seres humanos, porém há questionamentos sobre até que ponto o progresso científico e o fascínio pela técnica garantem o progresso da humanidade.

O progresso tecnológico difundiu na sociedade novos riscos: energia atômica - produção de bombas, poluição ambiental, trânsito, terrorismo; possibilitou acesso a acontecimentos ocorridos a quilômetros de distância: morte de personalidades, queda das torres gêmeas, guerras; enfim, são tantos os riscos que a sociedade constantemente clama por segurança.

Como se não bastasse a insegurança social oriunda dos riscos efetivos, os meios de comunicação, ávidos por manter audiência e, conseqüentemente garantir lucro, abordam, de forma sensacionalista, matérias sobre criminalidade e violência, quando não passam a perseguir os desviantes, anunciando à sociedade a ineficiência da polícia e demais órgãos públicos na condução do caso.

Envolta em riscos efetivos e outros criados a sociedade com medo passa a abdicar de garantias fundamentais em prol da segurança tão desejada. Leis mais severas são elaboradas, direitos e garantias fundamentais são relativizados, legitimando-se, assim, a expansão do direito penal.

Instaurada na sociedade uma situação de tensão, surge para o direito penal, um desafio, harmonizar a proteção social com os direitos e garantias fundamentais estabelecendo um equilíbrio entre liberdades individuais e a proteção à sociedade.

Políticas criminais de enfrentamento da criminalidade – “Tolerância zero”, “mãos limpas”, “Teoria das janelas quebradas”, “lei e ordem” - foram, anteriormente, adotadas, porém, uma vez superadas as situações anormais, passaram a fazer parte do ordenamento jurídico como normas perenes inserindo no sistema uma lógica criada para situações de emergência. Assim, o equilíbrio entre liberdades individuais e proteção à sociedade não alcançou o fiel da balança.

O direito penal do autor consiste, também, em uma política criminal de enfrentamento da criminalidade. Neste modelo de direito penal, considera-se como pressuposto da punibilidade, não o fato praticado pelo agente, mas a existência em si do próprio agente. Conforme o *modus vivendi* pode o agente ser considerado como um ser degenerado, perigoso e, em decorrência dessa personalidade deverá ser neutralizado, isolado.

Contrapondo ao direito penal do autor, temos o direito penal moderno, resultado de uma árdua conquista da humanidade. Fundamentado no fato praticado pelo agente, preserva a autonomia de vontade do autor, não interferindo no seu modo de ser. Neste modelo de direito penal, a culpabilidade será aferida, não em função de um juízo sobre a personalidade do autor, mas sobre a relação do autor para com o fato ilícito concretamente praticado.

Cabe questionar se em decorrência do tratamento concedido pelo direito penal do autor, totalmente contrário ao preconizado pelo direito penal do fato, ocorrer uma redução na criminalidade, autorizar-se-ia presumir, ainda que em tese, pela legitimidade da teoria quando analisada em face da Constituição Brasileira.

O objetivo geral da pesquisa será o de aferir a legitimidade do direito penal do autor no ordenamento jurídico brasileiro. Como objetivos específicos analisar-se-á: os fundamentos da teoria do direito penal do fato, com acento no princípio da culpabilidade, os fundamentos da teoria do direito penal do autor; os direitos fundamentais previstos na CR/88; os fundamentos do garantismo penal, referencial

teórico estudado; para, posteriormente, apresentar a análise dos dados sob a forma de dissertação.

A partir da análise da bibliografia selecionada será feito um estudo de compreensão do objeto com observância dos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito.

2 BREVE RELATO HISTÓRICO

Nos primórdios da humanidade, os grupos sociais envolvidos em um ambiente de magia e religiosidade, consideravam, por inexistir um sistema organizado de princípios gerais, os fenômenos naturais um castigo divino pela prática de atos passíveis de reparação. Neste período, a responsabilidade pelos atos entre os homens era objetiva, impessoal e solidária, o simples nexos causal entre a conduta e o resultado bastava para ensejar a vingança privada, desprovida de qualquer limitação ao poder punitivo. Entre os grupos sociais predominava o domínio do mais forte, sempre com violências e excessos.

Nas lições de Nelson Hungria:

Entre os povos da remota antiguidade, não se indagava, para fins de castigo, se o causador de um mal era culpado. A retribuição do mal atendia a um raciocínio sumário: "Tu me fizeste um mal; logo, deves também sofrer um mal". Não se distinguia entre o fato voluntário e o involuntário". (HUNGRIA, 1958, p.113)

2.1 Antiguidade

A pena de morte estava prevista em todas as legislações da Antiguidade; a mutilação era empregada em larga escala. Entre os órgãos afetados por esse meio de punir: o nariz, os olhos, as mãos e a língua.

2.1.1 Egito

No Egito como em todas as civilizações da antiguidade, encontra-se a pena de morte. Aos criminosos da classe privilegiada, para evitar a vergonha da execução pública, permitia-se o suicídio, porém a carência de documentos inviabiliza estabelecer com precisão quais as leis e respectivas sanções previstas pelo Direito Penal egípcio. (GIORDANI, 2004, p. 3-7).

2.1.2 Mesopotâmia

As compilações de normas de direito escrito da antiga Mesopotâmia descritas como “códigos”, não devem ser compreendidas no sentido moderno, uma vez que só por força da tradição é utilizada a expressão “código”.

O primeiro desses “códigos” surge na região da Suméria - Código de Ur-Nammu – promulgado em alguma data entre 2140 e 2004 a.C.– Dispositivos previam a aplicação de multas em vez de penas corporais. (WOLKMER, 2007 p. 26).

O Código de Eshnuna – editado numa data próxima a 1930 a.C. - Apresentava sistema de penas com base no princípio da indenização legal e pena de morte para determinados crimes; Classificava os crimes em: delitos contra os bens, delitos contra as pessoas e delitos contra bens e pessoas. (WOLKMER, 2007 p. 26).

O Código de Hamurabi – Documento jurídico mais importante da civilização mesopotâmia. Assinala progresso na história do Direito Penal mediante a inserção do princípio do talião, limitando a ofensa a um mal idêntico ao praticado, iniciando uma ideia de proporcionalidade entre a agressão e a pena. Código de lei civil e penal inspirado em princípios utilitaristas cujo objetivo principal era proteger a propriedade. (GIORDANI, 2004, p. 31-35).

2.1.3 Roma

Os romanos entendiam a responsabilidade, no Direito Penal Romano, em seu significado objetivo e material. Este conceito é uma consequência da concepção da pena como uma vingança. Os romanos não distinguiram a culpa do fato físico, pois desconheciam um termo correspondente ao moderno significado de imputabilidade, mas alcançaram uma concepção de responsabilidade que coincide com a atual.

Foram os únicos na antiguidade a eliminar toda a forma de pena transitória e de responsabilidade coletiva. Para o legislador republicano Marco Túlio Cícero, o castigo ou pena devia conservar sempre uma medida equitativa, despida de cólera e ressentimento, e o réu não deveria ser ultrajado.

No mundo romano republicano já se distinguia nos delitos o propósito, o ímpeto, o caso fortuito ou não; a culpa leve e a lata; o dolo simples e o mal. A finalidade da pena constituía-se na emenda ou recuperação do homem.

2.1.4 Hebreus

Predominava na Legislação Mosaica a Teocracia. Visava elevar moral e religiosamente o povo. Mesmo na parte jurídica, havia a presença de princípios religiosos e morais. Evidenciava elevado sentido de solidariedade humana – inexistia na legislação a diferença entre seres humanos livres e escravos. A igualdade perante a lei significava a responsabilidade penal de todos. Classificação dos delitos: Delitos contra a Divindade; Delitos praticados pelo homem contra seu semelhante; Delitos contra a honestidade (presença marcante da moral); Delitos contra a propriedade e Delitos contra a honra. A Bíblia diferenciava os homicídios em: voluntário e involuntário. Aquele castigado com a pena de morte, após processo. Este com refúgio em cidades asilos. Havia dois tipos de prisão – prisão preventiva e a prisão castigo. (GIORDANI, 2004, p. 31-54).

2.2 Idade Média

Caracterizada por um grande pluralismo jurídico oriundo das manifestações de pequenas esferas de poder, nos muitos feudos do continente europeu, pluralismo que decorreu da fragilidade política das instituições estatais e possibilitou o surgimento de múltiplas fontes jurídicas que repercutiram diretamente na noção de crimes previstos nos ordenamos penais.

Influência marcante durante a Idade Média, no campo do Direito Penal, adveio da religião – o fato de que o crime passa também a ser tratado como pecado, sem olvidar da expansão do crime de *lesa-majestade*.

No Direito Penal Medieval, a Igreja Católica e a Monarquia, com base na justiça divina, fundamentavam e justificavam o princípio de castigar e o exercício do

poder punitivo, em nome de uma “Delegação Divina”. As mais desumanas ferocidades foram praticadas, afinal “Deus é duro no castigo” já previa o Reagrupamento (Al Haxr). (DAL RI JUNIOR, 2006, p. 63).

Penas cruéis eram impostas aos criminosos, aos suspeitos de heresia e, também àqueles que não se submetessem à autoridade divina, já que tal atitude configurava descrença, tornando-se passível de sanções. Com o esquecimento dos códigos romanos e o princípio da equidade, a religião foi usada para acobertar as maiores crueldades e atrocidades quando da aplicação e execução da pena.

Nesse contexto, propaga-se a Inquisição.

Eleva-se o número de crimes e conseqüentemente o número de punições, já que a proibição antes direcionada a fatos praticados pelo homem estende-se e passa a alcançar as pessoas pelo que são ou pelo que aparentam ser.

A pena passa a ser aplicada por meio de um ritual, público, permeado de tortura, sofrimento, dor e horror, tendo por finalidade imediata intimidar o povo e por finalidade mediata retribuir o mal causado.

Paulatinamente, as execuções públicas foram perdendo seu poder de intimidação e o povo começou a questionar a legalidade de tais praticas e o próprio poder, mediante movimento de revoltas em relação ao próprio sistema.

No tocante ao crime de lesa-majestade, cabe salientar que, nos primeiros séculos da Idade Média a heresia já apresentava traços que a aproximavam do *crimen laesae maiestatis*, chamado pelos canonistas de lesa-majestade divina que com o decurso do tempo passou a possuir reflexos no direito temporal. A doutrina do direito divino deu aos reis os argumentos ideológicos indispensáveis à manutenção do seu poder. Poder exercido sem limitações ou reservas que identificava o crime de lesa-majestade mais como delito contra o príncipe e menos com o crime contra o Estado desconsiderava de forma total e absoluta as escassas garantias processuais existentes, contribuindo ainda mais para agravar o contexto de arbitrariedades e excesso no exercício do poder.

A irracionalidade e o arbítrio que, durante séculos, difundiu o terror pela Europa, formam um dos motivos animadores da batalha cultural e política do iluminismo em prol do reconhecimento e efetivação de valores garantistas como instrumento de limitação do poder estatal.

2.3 Idade Moderna

O movimento iluminista com ideais de liberdade e igualdade, racionalidade em oposição ao irracionalismo busca alcançar uma civilização moderna em que o homem rompendo com a visão tradicional pode descobrir e se conscientizar de sua capacidade crítica. Novas concepções sobre sua própria existência são adquiridas. Relações entre Estado e Igreja Católica começam a ruir e a visão teológica do medievo inicia um deslocamento em direção a uma visão antropológica, assim a liberdade valor inato e preexistente ao homem, há de ser protegida e tutelada. (CARVALHO, 2001, p. 39-40).

A opção pela civilização foi marcada pela saída do homem do estado de natureza, renunciando à vingança privada e à irracionalidade quando da solução de conflitos, constituindo, assim, o estado civil. O Estado, até então, justificado pela vontade divina, passa a ter por fundamento um consenso formado pela livre vontade natural dos homens, tendo por finalidade proteger o cidadão e seus interesses, buscando garantir a igualdade para todos e a paz social. (CARVALHO, 2001, p. 40-45).

Os filósofos iluministas sustentavam que a felicidade comum seria alcançada com a efetivação do princípio da igualdade em uma sociedade justa. Destacaram-se: *John Locke*; *Voltaire*, crítico da intolerância religiosa, combatia o fanatismo religioso e defendia a liberdade de pensamento; *Jean-Jacques Rousseau*, democrata, obra máxima – Contrato Social, analisou as causas das desigualdades sociais, por acreditar ser um dos fatores capaz de corromper o homem; *Montesquieu*, estudioso das diversas formas de governo, elogiava a separação de poderes, pois acreditava ser a única forma de proteger a liberdade; *Denis Diderot* e *D’Alembert* foram os responsáveis pela organização e reunião dessas novas ideias em uma extensa obra – enciclopédia – publicada entre 1751 e 1752.

Saliente-se que para *Locke* e *Rousseau* o marco inicial para a formação de uma nova estrutura social se deu com a saída do homem do estado de natureza. Ao explicar essa passagem, *Rousseau* afirma que no momento da transição há “[...] alienação total de cada associado, com todos os seus bens, à comunidade inteira”, ou seja, o homem alienou todos os seus direitos em prol de um pacto social cujas “cláusulas [...] são determinadas de tal maneira [...] que a menor modificação as

tornaria vãs e de efeito nulo [...] (ROUSSEAU, 2009, p. 10-15) enquanto para *Locke*, diferentemente de *Rousseau*, não houve abdicação de todos os direitos, sendo alienado somente o direito de punir e de fazer justiça por si, os demais direitos individuais foram fortalecidos no momento em que o homem opta pela civilização. (LOCKE, 2006, p. 132-135).

Partindo do pressuposto de que o homem, ao pactuar, não alienou todos os seus direitos e representando o contrato social o acordo entre homens livres e autônomos, permite-se, se necessário, a revisão ou modificação do compromisso firmado.

Substituído o discurso teológico, do medievo, por um novo discurso legitimante do poder e, em decorrência da aquisição de novas concepções sobre o mundo, já no exercício de sua autonomia, liberdade e capacidade crítica, o homem passa a questionar a legitimidade e validade do poder, sendo-lhe permitido, como parte integrante do contrato, construir uma nova ordem política, caso necessário.

No campo penal, como observa Salo de Carvalho, o discurso do liberalismo se apropria das teorias humanistas que por meio da Escola Clássica sedimenta os princípios do direito penal e com base em conceitos de igualdade e autonomia humana, independência e imparcialidade do juiz racionaliza o poder punitivo que somado a cisão entre delito e pecado propicia um direito penal do fato orientado por um programa político-criminal de intervenção subsidiária. (CARVALHO, 2008, p. 69)

A evolução social, a influência das ideias iluministas, principalmente de Beccaria (1999), o aparecimento do período moderno do Direito Penal, aspira-se mudanças no sistema punitivo. Preconiza-se pela separação entre crime e pecado, pela proporção entre os delitos e as penas, pela eliminação das penas injustas e abrandamento das demais. Modifica-se o modo de punir, as execuções passam a ser menos dolorosas e na maioria das vezes realizada sem a presença do povo.

A França em 1789, mediante Assembléia Nacional, promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo art.º 5º declara que “Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”, consagrando normativamente os direitos humanos fundamentais, estabelecendo uma nova diretriz para as punições e determinando que a lei delimitasse o que seria crime e a pena atribuída a cada delito. Princípio da legalidade garantia contra o arbítrio.

Separação de poderes, as leis passam a ser elaboradas pelo Parlamento, legítimo representante do povo, e adquirem o caráter de generalidade, por expressarem a vontade geral, transformando-se em dogma com a Revolução Francesa e garantia de respeito aos direitos fundamentais do homem. (SILVA, 2004, p. 109).

A prisão, antes utilizada na Idade Média, como meio para o delinquente meditar sobre culpa e arrepende-se pela prática do delito-pecado, passa a ser adotada como meio de humanizar a pena, embora não dissociada de um sofrimento físico e psíquico, conforme ressalta Michel Foucault:

[...] a pena não mais se centraliza no suplício como técnica de sofrimento; tomou como objeto a perda de um bem ou de um direito. Porém, castigos como trabalhos forçados ou prisão {...} nunca funcionaram sem certos complementos punitivos referentes ao corpo: redução alimentar, privação sexual, expiação física, masmorra. [...] a prisão [...] sempre aplicou certas medidas de sofrimento físico. [...]. Permanece, por conseguinte, um fundo “suplicante” nos modernos mecanismos da justiça criminal. (FOUCAULT, 1998, p.18).

A responsabilidade objetiva, sendo suficiente a prática externa do fato delituoso com a produção de um resultado danoso ou de perigo perdurou.

A ideia de culpabilidade, como responsabilidade pela culpa, passou a ser tema de estudos somente no século XIX, embora já se encontre na doutrina do Direito Penal Comum, séculos XIV e XVII, algumas considerações sobre a inteligência e a vontade como capacidades humanas, sobre as quais poder-se-ia aferir a responsabilidade do homem.

Inúmeras obras sobre o Direito Penal foram produzidas principalmente por autores ligados à Escola Clássica. Tendo por maior expoente Francesco Carrara, a escola clássica se caracterizava por entender o delito como um ente jurídico, não natural, visto como infração ao direito e também ao pacto social; preconizava a liberdade de vontade do homem tendo como suporte o livre-arbítrio e, seguindo a filosofia política do liberalismo buscava influir nos rumos da política criminal enfatizando o acento no crime e não no criminoso.

O estudo do direito na escola clássica é realizado idealmente, como também o delito não é considerado como resultante de uma combinação de fatores biológicos, físicos e sociais. O método dedutivo era utilizado para aferir a pena, já que o crime era mera infração da lei, possibilitando, assim, a constituição de um

Sistema Penal alicerçado na objetividade da responsabilidade. Defensora do livre-arbítrio, do poder que tem o homem de decidir por respeitar ou não a lei penal, considerava a pena como uma retribuição ao delinquente pelo delito praticado, mas não se observa um estudo específico sobre a culpabilidade.

Como se observa o delinquente não era considerado um ser diferente, a sua vida social e a sua personalidade não eram consideradas, só o fato praticado interessava.

Para esta escola, observa Antônio Moniz Sodré Aragão, “a responsabilidade penal do criminoso se funda na responsabilidade moral, e esta tem por base o livre arbítrio, faculdade inerente à alma humana”. (ARAGÃO, 1955, p. 71-72)

A característica comum a todos os clássicos era o elogio à liberdade, ao individualismo somado à indignação e revolta para com os abusos e arbitrariedades, frutos do Absolutismo.

Com o tempo, novos métodos de investigação da Natureza surgiam sob a influência das ideias do determinismo. Todos os fenômenos podem ser conhecidos antecipadamente, já que são produtos das leis mecânicas de causa e efeito, a teoria da liberdade de vontade entra em declínio.

Por volta de 1850, cientistas, incluindo antropólogos, sociólogos, psicólogos e psiquiatras, considerando as teorias evolucionistas e utilizando o método indutivo, iniciam um estudo sobre o crime.

Surge, na Itália, a Escola Positiva preconizando ser a criminalidade determinada por fatores psíquico-orgânicos, a inexistência do livre arbítrio e concebendo o delinquente como ser anormal, não evoluído. Sendo a criminalidade um mero resultado dos motivos determinantes que agiam sobre o homem delinquente, este passou a ser o centro dos estudos desenvolvidos pelos positivistas. Estes buscando as causas, acabavam analisando-as concretamente, pois o homem delinquente consiste em um *tipo definido pela presença constante de anomalias anatômicas e fisiopsicológicas*. (BRUNO, 1950, p. 99).

Três foram os fundadores dessa escola: Cesare Lombroso, Henrique Ferri e Raffaele Garófalo.

O médico Césare Lombroso (1836-1909) desenvolveu a ideia de que a criminalidade se origina de fatores biológicos. Realizou pesquisas a respeito do homem delinquente, principalmente sob o aspecto anatômico. Posteriormente, agregou às causas da criminalidade a epilepsia e a loucura. O âmbito da

criminalidade se restringiu quase que exclusivamente ao patológico. O criminoso passou a ser considerado um anormal e a responsabilidade foi substituída pela periculosidade. Desenvolveu a ideia de que determinadas condições hereditárias e/ou anomalias produziram um tipo humano com predisposição natural para o crime e o denominou “criminoso nato”.

Para Lombroso, o homem delinqüente apresentava algumas características próprias, tais como: possuir “uma pequena capacidade craniana, quase sempre anormal e assimétrico. Mandíbula pesada e desenvolvida, arcadas superciliares salientes. Barba escassa ou ausente, porém cabeleira abundante. A inserção das orelhas é normalmente em asas. O nariz é quase sempre torto ao achatado e pequeno. A fisionomia é muitas vezes feminina no homem, viril na mulher. A saliência mongolóide das arcadas zigomáticas não é rara” (LOMBROSO, p. XII).

Raffaele Garofalo (1851-1934) procurou criar um novo conceito de delito – delito natural, incorporando fatores psicológicos. Sustenta que o fim da pena é neutralizar o delinqüente, afastando-o da sociedade. Na aplicação da pena deve ser analisada não a gravidade do fato, mas a periculosidade do agente.

Para Garófalo “o criminalista sociólogo não pode estudar outra coisa: só os verdadeiros delitos interessam à ciência, a qual cumpre estudar suas causas naturais e os seus remédios”. Salientando que os delitos naturais, por ser os verdadeiros delitos, violam a moralidade elementar de um povo civilizado, revelando nos agentes que os praticam as anomalias existentes. (GARÓFALO, p. 80-81).

Henrique Ferri (1856-1929) atribuía aos fatores antropológicos, físicos e sociais as causas da delinqüência. Como os demais deterministas negava a “responsabilidade moral” decorrente do livre arbítrio, substituindo-a pela responsabilidade social que decorre do fato do homem viver em sociedade, cujo comportamento se encontra condicionada por fatores antropológicos, físicos e sociais. (FERRI, 1999, p. 10-11).

A Escola Positiva advoga a incapacidade do delinqüente de responder pelos crimes, por ser um homem determinado a praticar condutas anti-sociais em decorrência de anomalias anatômicas e mesmo psicológicas. A pena consiste em medida de defesa social e sendo aplicada em decorrência da perigosidade deve persistir enquanto houver periculosidade. O delito transmuda-se em um sintoma da personalidade perigosa que precisa ser neutralizada. O castigo dirigia-se ao autor e não ao fato. A reprovação, aferida com base no grau de temibilidade ou

perigosidade, passa a incidir diretamente sobre a própria existência do agente e não sobre o ato praticado. O direito penal passa a se fundar exclusivamente na necessidade de defesa social, legitimando o afastamento estatal das garantias e direitos fundamentais. O cumprimento das sentenças passa a depender em grande medida da personalidade do delinquente.

Cabe observar que, em um sentido amplo, os positivistas deslocam o delicto do ideal para o real atribuindo-lhe a característica de fato humano e ao homem com todos os fatores psíquicos/orgânicos é reconhecida a responsabilidade, sendo esta alicerçada na capacidade do homem de prever fatos cotidianos e, em conformidade com sua vontade, agir no sentido de provocar ou evitar a ocorrência dos mesmos.

A partir de então, começa a se estruturar um conceito de culpabilidade e ao interesse pelo fato exterior, único elemento considerado na responsabilidade objetiva, acresce o interesse por manifestações psíquicas do homem.

A culpabilidade inicialmente denominada “imputabilidade”, posteriormente desta se diferencia.

Para Franz von Liszt culpa é a responsabilidade pelo resultado produzido sendo imputável ou responsável todo homem mentalmente desenvolvido e mentalmente são. Prossegue afirmando que o delito se compõe de dois elementos, ou seja, ato de vontade e resultado; ausente o ato de vontade não há ação, não há injusto, conseqüentemente não há crime e enfatiza que a estes dois elementos deve acrescer a relação necessária, para que eles formem um todo. (LISZT, 2006, p. 190-193)

A culpabilidade definida como relação psíquica entre o autor e o fato, nomeia a teoria.

3 CONCEPÇÕES SOBRE CULPABILIDADE

3.1 Teoria Psicológica da Culpabilidade

A imputabilidade era entendida como a capacidade jurídica penal exigida para que se possa imputar o fato ao agente, seria o pressuposto da culpabilidade.

Sendo o dolo e a culpa duas espécies da culpabilidade.

A Teoria Psicológica da Culpabilidade surgiu na Alemanha, em meados do século XIX, fruto do positivismo, baseada na estrutura causalista da ação que compreende o crime num conceito bipartido, composto por elementos objetivos e elementos subjetivos.

Nessa teoria, a culpabilidade é definida como relação psíquica entre o autor e o fato, contendo apenas elementos anímicos, dolo e culpa, se contrapondo aos elementos objetivos: a tipicidade, a ilicitude e a imputabilidade eram entendidas como a capacidade jurídica penal exigida para que se possa imputar o fato ao agente, seria o pressuposto da culpabilidade.

A culpabilidade por residir numa ligação de natureza anímica entre o sujeito e o fato praticado, fundamenta-se num plano puramente psicológico, desprovida de qualquer valoração. Conseqüentemente a responsabilidade somente seria atribuída ao autor se seu comportamento psíquico fundamentasse a imputação. Para tanto, necessário analisar a presença ou não do dolo como vontade, intenção de produzir o resultado - ou da culpa como inexistência de vontade, de intenção; imprevisão.

Não constatado o dolo ou a negligência (culpa em sentido estrito), espécies de culpabilidade prevista na teoria meramente psicológica, não há fundamento para qualquer atribuição de responsabilidade ao sujeito por inexistir comportamento psíquico que justifique a imputação,

A concepção psicológica da culpabilidade representou um avanço ao transformar o resultado que, outrora, por si só fundamentava a responsabilidade objetiva, em condição necessária, mas não suficiente para caracterizar a responsabilidade penal, já que uma nova condição foi inserida para aplicação das sanções - a relação entre o autor e o fato produzido.

Não obstante, a culpabilidade entendida como pura descrição de uma relação sem conter qualquer elemento normativo não explicava os casos de culpa inconsciente, já que nesta inexistia intencionalidade. Também não apresentava resposta para os casos em que mesmo existindo a relação entre a conduta e o delito, caso do doente mental, por exemplo, a culpabilidade era afastada.

Na precisa lição de Leonardo Isaac Yarochewsky:

As deficiências dessa concepção se evidenciam na chamada “culpa inconsciente, também denominada culpa sem previsão, ou culpa derivada de ignorância. Nesta não existe qualquer vínculo psicológico entre o agente e o fato gerador. Considere-se o exemplo: um motorista avança o semáforo, sem ver, atropela um pedestre que atravessa a rua. Neste caso, age com culpa inconsciente, já que não houve previsão do resultado. Portanto, não há nenhum vínculo psicológico entre o agente, que sequer previu o resultado, e o fato. (YAROCHEWSKI, 2000, p. 22).

Dessa maneira, percebe-se que a simples vinculação do agente ao fato praticado não podia resolver satisfatoriamente os problemas relacionados com a culpabilidade e, em face das deficiências apresentadas, surgem as bases sobre as quais se desenvolvem a denominada Teoria psicológico-normativa da culpabilidade.

3.2 Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade

Analisando o momento histórico do surgimento da Teoria Normativa da Culpabilidade, percebe-se um afastamento do positivismo e um retorno para o âmbito penal de um método próprio das ciências humanas.

Com o neokantismo se advertiu sobre o equívoco de considerar a culpabilidade uma mera descrição dos processos psíquicos do autor e faz ingressar o valor no âmbito da culpabilidade.

Para Couto Sales, citado por Brunoni, “a filosofia neokantiana introduziu no Direito Penal consideração da referência valorativa do valor”. Enfatiza que “na metodologia jurídica não se trataria já da classificação e dedução lógica dos conceitos a partir da lei; nem para resolver as questões valorativas será possível em seguida a derivação do “dever ser” a partir do “ser””. Sendo o direito parte da ciência do espírito, o método adotado não é descritivo, mas compreensivo; Busca-se captar

o valor da realidade, para julgá-la a partir da ‘lente’ dos valores e estes não podem derivar de um estado natural, mas da cultura. Assim, a partir da dogmática jurídico-penal neokantiana, permite-se falar de um princípio de superação, no Direito Penal, dos dois ‘positivismo’ que limitam as possibilidades da dogmática no sistema de v. Liszt, ou seja, o positivismo jurídico que deduz os conceitos jurídicos da lei, sem medição alguma, bem como o positivismo científico-naturalista, que reduz a realidade relevante para o Direito ao que é empiricamente observável. (BRUNONI, 2008, p.142).

Ainda na esteira dos ensinamentos de Brunoni, destaca-se Frank. Este por meio de sua obra editada em 1907 inovou a concepção de culpabilidade. De mera relação psicológica entre o agente e o fato, a culpabilidade passou, pela primeira vez, a ser concebida como reprovação pelo ato praticado, não se restringindo, a saber, ou não saber; querer ou não querer, pois inclui ainda elementos de igual hierarquia, ou seja, normalidade mental do sujeito; uma concreta relação psíquica do sujeito com o fato ou ao menos a possibilidade dela (dolo ou culpa) e a normalidade das circunstâncias em que atua o agente – normalidade das circunstâncias concorrentes. (BRUNONI, 2008, p. 143).

Na precisa lição de Cezar Roberto Bitencourt e Francisco Munõz Conde:

O fundador da teoria normativa da culpabilidade [...] foi Reinhard Frank, concebendo-a como *reprovabilidade*, sem, no entanto, afastar-lhe o dolo e a culpa. Frank foi o primeiro a advertir que o momento psicológico que se exprime no dolo ou na culpa não esgota todo o conteúdo da culpabilidade, que também precisa ser *censurável*. Para Frank, “o estado normal das circunstâncias em que o autor atua” é elemento da culpabilidade. *circunstâncias anormais* afastariam a reprovabilidade. Assim, a culpabilidade passa a ser, ao mesmo tempo, uma *relação psicológica* e um *juízo de reprovação*. Essa proposição Frank foi reelaborando [...] de “circunstâncias acompanhantes normais” passa para “motivação normal” e, por último, somente a consideração das “causas de exclusão da culpabilidade”. (BITENCOURT e CONDE, 2000, p. 317).

A culpabilidade para esta concepção é algo que se encontra fora do agente, perde sua natureza meramente psicológica e adquire uma dimensão valorativa. O agente não mais carrega a culpabilidade em seu psiquismo, pois a normalidade das circunstâncias em que atua passa a elemento da culpabilidade. Existe, agora, um juízo de valor que recai sobre a reprovabilidade da conduta realizada. O juízo da culpabilidade, emitido pelo juiz, recai sobre o agente como censura, como uma reprovação por ter ele (agente) cometido o fato, porém fica condicionado à

concorrência de outros elementos. O primeiro, a imputabilidade, que, vista como pressuposto da culpabilidade na teoria psicológica, passa a integrá-la como um dos seus elementos.

Também, o dolo e a culpa, são transformados de espécies de culpabilidade em seus elementos. Por último, a culpabilidade normativa é acrescida de um elemento fundamental, “inexigibilidade de conduta diversa”.

Nesse sentido, culpabilidade é a desaprovação do comportamento do autor, quando podia e devia comportar-se de maneira distinta da realizada. Consequentemente, ainda que exista o liame psicológico entre o autor e o fato doloso ou culposo, não há culpabilidade, se nas circunstâncias o agente não podia agir de modo diferente.

Cezar Roberto Bitencourt e Francisco Muñoz Conde esclarecem:

[...] El Derecho no puede exigir comportamientos heroicos; toda norma jurídica tiene um âmbito de exigência, fuera del cual no puede exigirse responsabilidad alguna. Esta exigibilidad, aunque se rija por patrones objetivos, es, em última instancia, um problema individual: es el autor concreto, em el caso concreto, quien tiene que comportarse de um modo u outro. Cuando la obediência de la norma pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad faltará esse elemento y, com él, la culpabilidad. (BITENCOURT e MUNÓZ , 2000, p. 343).

A culpabilidade passou a ser psicológica (dolo e culpa) e normativa (exigibilidade) cujos elementos são: imputabilidade (capacidade de suportar um juízo de censura pela pratica do ato), dolo e culpa (formas de expressão da vontade) e a exigibilidade de conduta diversa. A conduta dolosa pode não ser culpável. Ocorre que o dolo, apenas psicológico (natural) na teoria psicológica, passa a ser dolo normativo, ou seja, composto por “vontade”, “previsão” e a “consciência da ilicitude” (elemento normativo), ou seja, *dolus malus*.

Prelecionava Nelson Hungria:

Existe previsibilidade quando o agente, nas circunstâncias em que se encontrou, podia, segundo a experiência geral, ter-se representado, como possíveis, as consequências do seu ato.

[...] é previsível o fato, sob o prisma penal, quando a previsão do seu advento no caso concreto, podia ser exigida do homem normal [...] do tipo comum de sensibilidade ético-social. (HUNGRIA, 1958, p. 188).

Quanto ao *dolus malus* difere do *dolus bônus* pela qualidade dos motivos determinantes. Distinção que vem do direito romano que pode ter relevo no setor da medida da pena em concreto, como ocorre nos casos de “motivo de relevante valor social ou moral”. (HUNGRIA, 1958, p. 181).

Em decorrência, se um sujeito agisse com vontade, com previsão, mas sem consciência da ilicitude de sua conduta não há que se falar em dolo e, conseqüentemente não há que se falar em culpabilidade.

Contudo, questionou-se se a culpabilidade e, conseqüentemente a pena criminal, também seriam afastadas quando a falta da consciência da ilicitude derivasse de uma especial configuração da personalidade do agente.

Edmund Mezger buscando solucionar a questão elaborou uma doutrina por ele denominada “culpabilidade pela condução de vida”. Considerada por Toledo (2000, p.239) “a primeira e importante elaboração de uma culpabilidade do caráter [...]”. Em decorrência da importância do tema e da pertinência para com o presente estudo, retornaremos ao estudo desta doutrina. Todavia, cabe salientar que Edmund Mezger foi considerado um grande difusor da teoria normativa da culpabilidade desenvolvendo estudos enfatizando a culpabilidade como “reprovação” não obstante entendesse o dolo “como elemento valorado da personalidade do agente” e não como capítulo da culpabilidade.

Edmund Mezger ressalta que a culpabilidade é um conjunto de pressupostos da pena que fundamentam, frente ao sujeito, a reprovação pessoal da conduta antijurídica. Salienta, em outro local, concordar com Frank, quando este afirma que a culpabilidade não é algo que exista objetivamente, nem tampouco na psique do autor, mas sim um juízo que se afirma em relação a uma conduta reprovável, consequência de determinados fatos objetivamente existentes. (MEZGER, 1949, p.1-3).

Nivaldo Brunoni preleciona que a culpabilidade para Edmund Mezger não constitui uma situação de fato psicológica, mas uma situação de fato valorizada *normativamente*, cujo ponto de referência é uma situação de fato, a qual só se eleva à categoria de culpabilidade por meio de um juízo de valor. Somente em virtude de uma valoração de certa índole se caracteriza a situação de fato como culpabilidade. (BRUNONI, 2008, p. 146).

A teoria psicológico-normativa da culpabilidade representou um avanço no sistema causal ao possibilitar que a culpabilidade além de fundamento da pena, se tornasse também um instrumento para medi-la.

Não obstante, críticas foram apresentadas e novas discussões propiciam o desenvolvimento de outra concepção acerca da culpabilidade, denominada Teoria normativa pura da Culpabilidade.

3.3 Teoria Normativa Pura da Culpabilidade

Primeira metade do século XX, durante o nacional-socialismo, alguns autores argumentam não ser possível aferir a culpabilidade sem recorrer às disposições internas dos envolvidos no fato. Defendia-se um direito penal da mera intenção. Não era preciso praticar uma conduta para ser punido, o modo de ser ou de pensar era suficiente para justificar o juízo de reprovação. Permitia-se punir por dolo aquele que, por ausência de consciência da ilicitude, não agiu dolosamente. Eliminam o princípio da legalidade e adotam o “são sentimento do povo” como princípio diretor. A culpabilidade entendida como juízo de censura emitido pelo juiz (líder supremo, condutor do povo, *Führer*) recaía sobre o autor por contestar ou não concordar com o espírito do povo. Transformava-se automaticamente em crime tudo o que o *Führer* entendesse atentatório ao “são sentimento do povo”.

Neste contexto, foram publicados diversos trabalhos sobre culpabilidade como “puro” juízo de reprovação sobre o autor, não obstante, ressaltar Francisco de Assis Toledo que “o esforço [...] mais importante foi empreendido por Hans Welzel, jusfilósofo e professor na Universidade de Göttingen, mais tarde na Universidade de Bonn”. Hans Welzel criticou a concepção de culpabilidade desenvolvida pelos penalistas do nacional-socialismo enfatizando a ausência de limites ao poder e construiu a teoria finalista partindo do pressuposto de que o Direito Penal está fundado em regras básicas que devem ser reconhecidas por todos.

Na teoria finalista o crime é compreendido como uma ação típica, antijurídica e culpável, da mesma forma que nos demais sistemas causalistas, não obstante a ocorrência de sérias modificações na estrutura desse conceito analítico.

Como destacou Aníbal Bruno:

O dolo é retirado do domínio da culpabilidade e incluído na estrutura conceitual da ação, o dolo entendido como consciência e vontade do fato, restando para a culpabilidade apenas a consciência da sua ilicitude e a reprovabilidade que resulta para o agente de haver agido de maneira contrária ao Direito, quando lhe era possível proceder de conformidade com a ordem jurídica. (BRUNO, 1950, p. 290).

Para Hans Welzel toda conduta é dolosa ou culposa, por ser essencialmente dirigida a uma finalidade. A análise das espécies de conduta culposa (imprudência, negligência, imperícia) ou dolosa deve ser realizada no âmbito da tipicidade penal e o tipo penal passa a conter a descrição da manifestação da ação no mundo exterior e também o elemento direcional, a intenção do autor.

Outrossim, para os finalistas a culpabilidade passou a ser puramente normativa, concebida como um juízo de reprovação de caráter pessoal contra o autor do fato, quando este, mesmo podendo comportar-se em conformidade com o direito, opta por conduta diversa

De acordo com Rogério Greco:

O sistema causal foi profundamente modificado pela teoria finalista. Da culpabilidade foram extraídos o dolo e a culpa (despojados de qualquer caráter normativo) e transferidos para a conduta do agente, integrante do fato. O dolo passa a ser tão-somente natural, livre da necessidade de se aferir a consciência sobre a ilicitude do fato [...]Na culpabilidade, contudo, permaneceu a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa juntamente com a potencial consciência sobre a ilicitude do fato (extraída do dolo). (GRECO, 2003, p.433-434).

Na Teoria Normativa pura, a culpabilidade não se caracteriza na relação de desconformidade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico, reprova-se a formação de vontade. O juízo de censura, a reprovação pessoal contra o agente do fato se fundamenta em não omitir uma conduta contrária ao direito, quando podia abster-se de praticá-la.

Na doutrina finalista toda culpabilidade é culpabilidade de vontade Somente se pode reprovar alguém como culpável se no momento podia agir voluntariamente. (WELZEL, 2003, p. 220).

É de verificar-se, a presença de duas considerações acerca da vontade para esta concepção: A primeira se refere à vontade direcionando a ação, ou seja, vontade atuando sobre os impulsos no sentido de realizar um fim, construindo o tipo,

e a segunda diz respeito à formação da vontade a ser valorada na culpabilidade, ou seja, se a direção a ser dada aos impulsos consistir em realizar um injusto.

Hans Welzel concebe a culpabilidade como reprovabilidade do fato antijurídico, asseverando que o que se reprova é a resolução da vontade antijurídica em relação ao fato individual. (WELZEL, 2003, p. 214-215).

Argumenta que a culpabilidade individual não é mais que a concretização da capacidade de culpabilidade em relação ao ato concreto, de tal forma que a reprovabilidade encontra sua base nos mesmos elementos concretos cuja concorrência em caráter geral constitui a capacidade de culpabilidade. Isto é, o autor tem de conhecer o injusto, ou pelo menos, tem que poder conhecê-lo e tem que poder decidir-se por uma conduta conforme ao Direito em virtude deste conhecimento (real ou possível). A culpabilidade concreta (reprovabilidade) está, pois, constituída por elementos intelectuais e voluntários. (WELZEL, 2003, p. 215-217).

Conclui Hans Welzel que a capacidade de culpabilidade apresenta dois momentos específicos: um cognoscitivo ou intelectual, e outro volitivo ou de vontade, isto é, a capacidade de compreensão do injusto e a determinação da vontade conforme essa compreensão, acrescentando que somente os dois momentos conjuntamente constituem, pois, a capacidade de culpabilidade. (WELZEL, 2003, p. 217).

Em síntese, como se depreende, para Hans Welzel, a culpabilidade consiste na falta de autodeterminação, na ausência de decisão conforme o sentido, em um sujeito que era capaz disso. Não é a decisão em favor do mal, mas a omissão com relação a condução por impulsos contrários ao valor. (WELZEL, 2003, p. 214).

Críticas foram feitas à teoria normativa da culpabilidade com base na impossibilidade de demonstrar empiricamente a capacidade de agir de modo diverso na hipótese concreta e por não ser possível uma censura contra pessoa a quem o juiz criminal conhece de forma tão rudimentar.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt e Francisco Muñoz Conde advertem:

Pero esta concepción es científicamente insostenible, ya que se basa em argumentos racionalmente indemostrables: la capacidad de poder actuar de um modo distinto a como realmente se hizo; algo em lo que se puede creer, pero que no se puede demostrar. (BITENCOURT e CONDE, 2000, p. 336).

Outrossim, no que se refere ao juízo de censura emitido juiz criminal cabe trazer à colação a preciosa lição de Cezar Roberto Bitencourt. Segundo este penalista:

Censurável é a conduta do agente, e significa característica negativa da ação do agente perante a ordem jurídica. E juízo de censura – estritamente falando – é a avaliação que se faz da conduta do agente, concebendo-a como censurável ou incensurável. Esta avaliação sim – juízo de censura – é feita pelo aplicador da lei, pelo julgador da ação; por essa razão se diz que está na cabeça do juiz. Por tudo isso, deve-se evitar o uso metafórico de juízo de censura como se fosse sinônimo de censurabilidade que, constituindo a essência da culpabilidade, continua um atributo do crime. Enfim, juízo de censura está para a culpabilidade assim como o juízo de antijuridicidade está para a antijuridicidade. Mas ninguém afirma que a antijuridicidade está na cabeça do juiz. (BITENCOURT, 1998, p. 425-435).

3.4 Teoria Social da Ação

A teoria social da ação adota um conceito social da ação e compreende a culpabilidade como expressão da responsabilidade social do autor do fato, buscando ser uma via intermediária entre causalismo e finalismo. Critica o conceito de ação na teoria finalista que por ser determinado com base na vontade individual pode olvidar o desvalor do resultado. Defendem que a conduta penalizada pelo Direito Penal se restringe aquela voluntária e de relevância social.

Jescheck (1993, p.219-220), principal defensor dessa teoria, compreende a ação como um comportamento humano socialmente relevante e defende a *dupla posição* do dolo, no tipo de injusto determinando a direção do comportamento e na culpabilidade como resultado do processo de motivação do autor.

Para Fernando Galvão, nesta teoria, a culpabilidade é vislumbrada como reprovabilidade de base normativa, porém com espaço para uma análise mais aprimorada do ambiente social como forma de aferir os efeitos danosos causados pela prática do crime (GALVÃO, 1999, p. 66).

Em face da imprecisão da expressão relevância social da ação, algumas críticas são apresentadas por parte dos autores.

Nesse sentido, Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli adverte que a “teoria social da ação” afirma que não é qualquer conduta que pode ser matéria proibida pelo Direito Penal, mas somente aquelas que têm sentido social,

isto é, que transcendem a terceiros. Dentro desta concepção, chegaram a sustentar que são de relevância penal somente as ações que “perturbam a ordem social”. Porém, o conceito “social” da conduta não é único, havendo vários deles e os defensores dessa teoria começam a divergir a ponto de reduzi-la a escombros teóricos diversiformes. E sintetiza seu raciocínio asseverando não ser possível extrair qualquer consequência da Teoria Social da Ação – que por ser nebulosa - se tem pretendido que sirva de base para todas as estruturas do delito, segundo as preferências. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2002, p.404-406).

3.5 Outras concepções sobre culpabilidade

Durante o século XIX, muitos pensadores defenderam que o direito não se reduzia à lei, sendo necessário conhecer as necessidades sociais para que fosse possível construir um direito capaz de refletir a consciência jurídica de um povo. Para tanto necessário se faz estabelecer uma distinção entre aspecto formal e material do direito, ou seja, não basta a validade formal das regras vigentes, pois imprescindível a existência de um conteúdo em conformidade com padrões sociais de justiça, em virtude do qual o julgador ao aplicar a regra ao caso concreto, possa desempenhar seu papel político, contribuindo para a efetivação da finalidade social do direito.

Nesse sentido, deve-se dizer que, no século XX, diferentes conceitos acerca da culpabilidade formal e material foram desenvolvidos pelos doutrinadores.

O conceito formal de culpabilidade compreende os elementos indispensáveis para formular ao agente a imputação enquanto o conceito material busca elucidar a razão que fundamenta a reprovação.

Da análise dos elementos da culpabilidade pode resultar a constatação da inimputabilidade do agente por menoridade ou por doença mental, aquela sem maiores complexidades, e esta aferível pelo juiz com base em laudos psiquiátricos. Porém, no tocante aos demais elementos, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa, o cenário altera-se. Buscando o substrato da culpabilidade diversificam-se as interpretações sobre o conteúdo dos fatos e, em decorrência decisões discricionárias são tomadas pelos juízes uma vez que ao

condenar ou absolver o acusado, não se limitam a aferir a imputabilidade formal. Em razão disso, a doutrina tem realizado incansáveis discussões a respeito do substrato material da culpabilidade.

Da busca pela razão justificante da censura de culpabilidade toda ênfase é dada a autodeterminação do ser humano pressuposto do Princípio da Culpabilidade,

Da discussão sobre a liberdade de vontade surgiram duas concepções: o indeterminismo e o determinismo.

Para os partidários do indeterminismo que afirmam a doutrina do livre-arbítrio, a ação humana é livre e incondicionada, já que todo homem é capaz de, fazendo uso de sua inteligência, ser dono de suas ações, de optar em fazer o bem e abster-se do mal, sendo a liberdade um atributo da vontade. Em decorrência da capacidade de autodeterminação humana, quem cometesse um delito poderia ter atuado de forma diversa, pois possui capacidade para reagir em conformidade com o direito.

Em contrapartida, para os deterministas toda ação humana é condicionada, predeterminada por fatores biológicos, sociais, econômicos, dentre outros. O homem por ser condicionado é incapaz de optar. Assim, se uma pessoa cometeu um delito, não poderia ter agido de forma diversa, pois é um ser incapaz de realizar opções, move-se por causas.

Ressalte-se que para o “indeterminismo ideal ou puro” o homem possui uma absoluta liberdade de atuar, pois ausentes condicionantes externos ou internos, já para o “indeterminismo relativo” mesmo presentes condicionantes, obstáculos para a escolha de condutas possíveis, há sempre um âmbito de autodeterminação que permite ao sujeito eleger uma determinada ação em uma determinada situação.

Da discussão sobre a liberdade de vontade concluiu-se pela existência de certa liberdade de vontade, espaço no qual o Direito Penal deve sustentar-se, mas ainda permanece sem resposta o porquê castigar e a razão pela qual o autor deve cumprir a norma.

Em razão disso, autores se empenharam na elaboração de fórmulas sobre o substrato material da culpabilidade, das quais passaremos sucintamente a discorrer, nos limites deste trabalho.

Dentro destas, algumas negam a culpabilidade substituindo-a por responsabilidade, outras falam em parte de culpabilidade e em parte de responsabilidade a depender do acento se sobre o fato praticado pelo agente ou se sobre o próprio autor do fato.

Hans Welzel com base no livre-arbítrio do autor do fato considera substrato material da culpabilidade o “poder do autor”. Para ele o juízo de reprovação da culpabilidade se orienta pelo critério do “poder-agir-de-outro-modo”, por meio do qual se torna possível aferir o âmbito de liberdade do agente para agir em conformidade com o direito e realizar uma censura pessoal em relação ao autor por não ter atuado de acordo com a norma, quando podia fazê-lo, uma vez que “a culpabilidade consiste na censura pessoal ao autor por não se haver omitido em relação à ação antijurídica apesar de haver podido fazê-lo”. (WELZEL, 2003 p. 214-215).

Nesta concepção, a culpabilidade apresenta uma dupla relação que consiste em: a ação do autor não se realizou da forma que exigia o Direito e o autor podia tê-la realizado em conformidade com o que exigia a norma. Precisamente, nesta dupla relação entre a ação “dever” ser jurídica e “poder” ser jurídica reside o caráter específico da censurabilidade. A reprovabilidade recai sobre a vontade e por meio dela estende-se de forma a alcançar a totalidade da ação, já que somente é passível de censura aquele algo que o homem pode realizar por vontade própria. (WELZEL, 2003 p. 215-217).

Para Mezger (1949, p.423-424) o comportamento antijurídico pode ser atribuído a uma deficiência na estrutura da personalidade do agente. A insuficiente compreensão das normas de conduta, como no caso dos delinquentes habituais e do criminoso por tendência, pode ter raiz na formação do caráter do agente, impossibilitando-o de discernir entre lícito e ilícito em decorrência da “cegueira jurídica” produzida e conduzindo-o a uma “inimizade ao direito”. O fato praticado passa a mero “sintoma” da formação do caráter.

Constrói Mezger (1949, p.183-184), a teoria da culpabilidade pela condução de vida, com total primazia sobre o autor do fato. Preceitua que a culpabilidade não se restringe ao fato isolado, mas compreende toda a conduta de vida do agente, devendo este responder pelos maus hábitos que o fez degenerar e personalidade que manifesta no meio social, sendo censurável não somente à disposição ao delito, mas a própria disposição. Isto porque o que se reprova ao autor é justamente ter direcionado sua vida em sentido oposto ao Direito e haver-se convertido no que é.

Há doutrinadores que consideram como predecessor desta teoria Schopenhauer, para quem toda ação humana é produto de dois fatores: o caráter individual e o motivo. Para o filósofo o homem age em conformidade com o que é e, assim nos conhecemos por meio do que fazemos. As ações são a pura expressão

da essência individual, assim, ainda que o sujeito saiba ser possível agir de outra forma, nenhuma outra ação lhe era possível, já que tem um dado caráter e não outro. “As ações que realizamos são denominadas nossas”. Assim, a responsabilidade da qual é consciente recai inicialmente sobre o fato, mas é justamente sobre o caráter que irá se acentuar, pois é precisamente por este que se sente responsável. Sendo também, com base no caráter, responsabilizado pelos demais. (SCHOPENHAUER, [19-], p. 100-106).

Por outro lado, de acordo com Toledo (2000) a culpabilidade pelo caráter ou condução de vida, revelada por meio do fato tem sido apontada, por outros autores, como teoria que remonta a Aristóteles. Este filósofo sustentou que tanto o vício quanto a virtude são voluntários. De modo que o homem se torna o que é por um comportamento voluntário na sua origem, sendo o delito, por conseguinte, o resultado de como conduziu sua vida. O homem é o autor de seus próprios atos e se não podemos reconduzir tais atos a outros princípios senão aqueles que estão em nós a conclusão é a de que as ações, cujos princípios estão em nós, dependem de nós e, por isso, são voluntárias. As disposições de caráter são resultados da reiteração de determinadas condutas e a personalidade que se afasta da virtude optou por assim ser. Em decorrência da prática de determinadas ações que o sujeito acaba por adquirir o caráter do mesmo gênero das ações. Se uma pessoa se entrega à deslealdade é responsável por vir a ser injusto. Porém, antes de iniciar a reiteração de condutas, ainda há possibilidade de não se tornar um homem injusto. Mas, alcançando tal caráter, não há possibilidade de recuo, ou seja, de ser homem virtuoso, por isso deve ser censurado, já que não lhe é dado deixar de ser o que é. Porém, o próprio Toledo (1994, p. 239) alerta para o fato de que Aristóteles cuida de distinguir o “Voluntário” do “Involuntário”, em um estudo sobre a natureza das virtudes. “Situa-se, pois no terreno da Ética, donde nem tudo pode ser transplantado para o Direito Penal.”

Hodiernamente, ainda há autores que sustentam um conceito de culpabilidade com base na emanção da personalidade, denominando-a de “culpabilidade sintomática” ou “disposição de ânimo” permanece alicerçada no “sentimento anti-social” do agente ou no seu defeito psíquico e não no fato delituoso.

Bettioli (1950, p. 255-289) baseia-se no caráter como essencial ao homem e como qualificação moral do próprio indivíduo, pois sendo o homem responsável pelo seu destino deve conscientizar-se da sua função no meio em que vive. Por criar sua

própria escala de valores em conformidade com sua consciência utilizando-se de avaliações pessoais é que se deve censurar a atitude interior da pessoa ao optar por uma conduta criminosa ou perigosa.

Nesta concepção a censurabilidade não se dirige à personalidade do agente, mas ao ato de vontade, a ação. Contudo, a culpabilidade pela ação somente será compreendida a partir de uma referência à atitude interna do autor do fato, à sua personalidade, pois culpabilidade é um juízo de valor que alcança toda a história de vida do agente e compreende suas avaliações internas e suas condições de vida.

Para Figueiredo Dias (1995, p. 267-275), a culpabilidade ainda que formalmente se dirija ao fato, materialmente se direciona à personalidade, pois a liberdade presente na manifestação do fato é idêntica à liberdade da pessoa, já que o homem é senhor do seu destino e responsável por aquilo que é. Assim, se cabe ao homem desenvolver sua personalidade no sentido de atender aos comandos normativos, será censurável a personalidade que por ocasião da prática de um fato, não respondeu às exigências do Direito, evidenciando sua má configuração. Saliencia o autor que o princípio da personalidade persiste ainda que presente a anomalia psíquica, pois mesmo o ser psicologicamente doente, se realiza à sua maneira, Contudo, não poderá efetuar um juízo de culpabilidade em decorrência da ausência de comunicação pessoa entre o juiz o acusado.

Hans-Heinrick Jescheck compreende a culpabilidade como reprovação do fato integrada pela atitude interna do agente. Porém, esta atitude interna não deve ser entendida como uma disposição permanente do autor para atuar de forma contrária às exigências do Direito, mas como atitude interna que encontram expressão imediata no momento da resolução delitiva.

Afirma que a culpabilidade jurídica guarda relação com a culpabilidade moral e, que para aferir os casos duvidosos de justificação, ou seja, se o ânimo do autor se manifestou no sentido de respeitar o direito, a resposta pode ser construída sobre valores ético-sociais. Estes podem explicar a razão pela qual uma atitude interna é ou não desaprovada juridicamente. (JESCHECK, 1993, p. 380-382).

Maurach citado por Teotônio (2002, p. 54-57) e Nivaldo Brunoni. (2008, p. 172-174) critica a “cegueira jurídica” citada na doutrina de Edmund Mezger e por entender limitada a concepção da culpabilidade como mero juízo de reprovação pelo não atuar de forma diversa, propõe modificações na teoria geral do delito.

Substituição da culpabilidade por atribuíbilidade em cujo conteúdo há dois aspectos a serem considerados, sendo o primeiro a responsabilidade pelo fato enquanto o segundo consiste na culpabilidade propriamente dita.

A atribuíbilidade é sempre um juízo de desvalor, na medida de em que o autor de uma ação típica e antijurídica, não se comportou em correspondência com as exigências do direito, porém não necessariamente, também, um juízo de censura, ou seja, pode ocorrer de aferida a responsabilidade e atribuído a prática de um fato a alguém, não se encontrar uma situação de reprovação pessoal.

Nesta sistematização, a teoria jurídica do delito passa a contar com um novo elemento, denominado responsabilidade, localizado depois da antijuridicidade e antes da culpabilidade.

A responsabilidade pelo fato baseia-se no princípio da exigibilidade de outra conduta comparada com a conduta média da coletividade em que o sujeito está inserido. Partindo do pressuposto de que o homem vive em sociedade e por isso deve ser responsável por determinadas situações que deve suportar, o juízo de responsabilidade pelo fato far-se-á através de critérios padronizados, não individuais. Se constatado que, em uma determinada situação concreta, o autor se comportou de maneira distinta dos demais cidadãos, em desconformidade com o termo médio presumido pelo Direito será responsabilizado pelo fato.

Já a culpabilidade propriamente dita consiste na reprovação individual da conduta. Neste segundo momento analisar-se-á a imputabilidade e potencial consciência da ilicitude numa perspectiva individual, concluindo pela censurabilidade, se o autor mesmo com possibilidade de negar o delito, assim não o fez.

Não obstante anunciar de maneira tão limitada a concepção de Maurach cabe ressaltar que a culpabilidade como reprovação que se faz ao autor por ter incorrido em abuso de imputabilidade, já que tinha possibilidade de negar o delito e, não o fez, possibilita a não aplicação de medida de segurança aos inimputáveis, quando agissem em situações excepcionais (coaçoão, estado de necessidade etc.)

Cezar Roberto Bitencourt e Francisco Munõz Conde (2000, p. 338-342) construíram um conceito dialético de culpabilidade, centrado na “motivação” do sujeito que ao receber o comando normativo deixa de cometer o delito. Se o indivíduo, a partir de um determinado desenvolvimento mental, biológico e cultural, podendo e devendo abster-se da conduta delitativa, assim não o fez, as razões do

dissenso serão aferidas e, um juízo de culpabilidade ser emitido. Porém, os limites entre culpável e não culpável são definidos pela sociedade, ou melhor, pelo seu Estado representante, por isso não há culpabilidade em si, mas em relação aos demais. Culpabilidade não é um fenômeno individual, mas social. Não é uma qualificação da ação, mas uma característica que se lhe atribui para pode imputá-la a alguém como seu autor e lhe fazer responder por ela.

O fundamento material da culpabilidade se encontra na faculdade que permite ao ser humano participar com seus semelhantes, em condições de igualdade, em uma vida comum, pacífica e justamente organizada, isto é, “na função motivadora da norma penal”. (BITENCOURT e CONDE, 2000, p. 340).

Para o autor, a fixação deste fundamento material não pode realizar-se a não ser de modo histórico, à margem das necessidades preventivas refletidas na legislação penal vigente; na medida em que a culpabilidade constitui a culminação de todo um processo de elaboração conceitual, uma categoria dogmática, destinada a explicar os motivos e a finalidade da pena. Assim, em um Estado social democrático de direito, o Estado deve estar em condições de demonstrar porque faz uso da pena e para quais pessoas a aplica, e isto sempre de modo eficaz e racional em uma sociedade que, se não é plenamente justa, tem a possibilidade de chegar a ser. Se estes pressupostos não se realizam, mal se pode falar de culpabilidade e exigir o cumprimento dos mandamentos normativos.

Essa concepção de culpabilidade defendida por Bitencourt e Conde (2000), enfatizando a responsabilidade social do Estado na regulação jurídica, apresenta semelhança com a “culpabilidade pela vulnerabilidade” defendida por Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli e, ambas nos remete a denominada “co-culpabilidade”, segundo a qual o âmbito de autodeterminação das pessoas é diretamente influenciado por aspectos sociais e a sociedade, por mais organizada que seja, não consegue brindar a todos com as mesmas oportunidades. Por isto deve também arcar com as consequências já que também se apresenta responsável pela redução na capacidade de autodeterminação dos indivíduos desprovidos, possibilitando, assim, uma reprovação de igual intensidade.

Nas lições de Nilo Batista:

co-culpabilidade [...] trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi

ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do estado que vai impor-lhes a pena; em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu, como queria Ernest Bloc. (BATISTA, 2007, p. 105).

Zaffaroni e Pierangeli (1991, p.238) sustentam a tese “culpabilidade pela vulnerabilidade” consiste em uma ampliação do campo de incidência da co-culpabilidade. Segundo o autor esta concepção, partia de pressupostos equivocados ao incorrer na ideia de que a pobreza é a causa dos delitos, apresentando o capitalismo como causador da delinquência, e por aceitar como natural o funcionamento igualitário do sistema penal, já que questionava somente a seletividade criminalizante. Não é o mero status ou estado de vulnerabilidade que determina a criminalização, mas sua situação concreta de vulnerabilidade. Uma pessoa se coloca em situação de vulnerabilidade quando o sistema penal a seleciona e a utiliza como instrumento para justificar seu próprio exercício de poder. É o grau de vulnerabilidade ao sistema penal que decide a seleção e não o cometimento de um injusto. Prossegue o penalista argentino: “há décadas se conhece a marcada tendência da seleção criminalizante a exercer-se conforme estereótipos e a recair sobre criminalidade grosseira e tosca, praticadas por pessoas de classes subalternas”.

Em tal concepção, também se faz presente uma relação entre vulnerabilidade e seletividade, porém não restrita às condições econômicas e culturais. Além destas, há a presença de outros fatores que contribuem para a vulnerabilidade, tais como: posição ou estado de vulnerabilidade – perigo de ser enquadrado em um determinado estereótipo, só por possuir características do mesmo – e esforço pessoal para a vulnerabilidade – quanto maior a contribuição da pessoa para ser alcançada pelo sistema penal maior será o juízo de censura. Conseqüentemente, para aqueles que já mantiveram contatos anteriores com o sistema penal, quase nenhum esforço precisam empreender para serem novamente alcançados, assim, ao menor esforço se impõe menor resposta criminal.

Ferrajoli (2002 p. 399-401), acerca da problemática do substrato da culpabilidade assevera que culpabilidade deve ser entendida como uma qualificação jurídica da ação e não do autor. Argumenta que a alternativa de comportamento no âmbito específico da culpabilidade, ou seja, a possibilidade de optar entre praticar uma ação proibida ou se abster de realizá-la é imposição da estrutura deôntica das

normas, mais que da ontologia do ser. Passível de ser compreendida como uma convenção cujo fundamento reside na estrutura do direito como fenômeno regulativo, “constatável, empiricamente, por meio de procedimentos indutivos”.

Ferrajoli desenvolveu um conceito de culpabilidade como modalidade deôntica e alética.. Para ele, há uma possibilidade do sujeito escolher entre praticar a ação proibida ou se abster em praticá-la, podendo chamá-la de “livre-arbítrio”. Enfatiza que esta opção entre alternativas de comportamento decorre da estrutura deôntica das normas. Em suas próprias palavras:

[...] a tese **deôntica** “Tício devia ter atuado de outra forma”, que encerra o juízo de culpabilidade, supõe, a tese **alética** de que “poderia ter atuado de outro modo”, e não as de que “poderia ter sido de outra forma” ou “não poderia ter atuado de outra forma”.

De maneira que, “possibilidade e impossibilidade *alética*” se contrapõe a “possibilidade e impossibilidade *deôntica* ou *normativa*” que correspondem, respectivamente à permissão e à proibição, como forma de designar a possibilidade e impossibilidade material de um comportamento.

De acordo com o doutrinador italiano, a culpabilidade é:

Uma modalidade conotada por três elementos: relação de causalidade, imputabilidade e intencionalidade. Estes elementos, no entanto, não são outra coisa que os requisitos do fato legalmente requeridos para afirmar, validamente, o juízo de culpabilidade de que alguém “devia (deonticamente) ter atuado de outra forma”: isto é, as condições empíricas em cuja presença a lei penal permite afirmar (e em cuja ausência não permite afirmar) que “podia (aléticamente) ter atuado de outra forma”. (FERRAJOLI, 2002, p. 399).

Desta concepção resulta que a possibilidade alética (livre-arbítrio), pressuposto normativo da culpabilidade, corresponda a um atuar, a uma ação e não ao ser do agente ou a um *status* pessoal. Isso não obsta utilizar a palavra “culpável” para referir-se a alguém, basta que a relacione com a conduta, isto é, alguém “é culpável de uma ação”.

Como destaca Luigi Ferrajoli:

A culpabilidade não é nem um pensamento nem um mero aspecto interno da pessoa [...] senão um elemento do fato, isto é, uma **conditio sine qua non** do mesmo, Fundada, mais do que em razões éticas ou utilitaristas, na estrutura lógica da proibição, que implica a possibilidade material de

realização ou omissão da ação, imputáveis, ambas, à intenção de um sujeito, grifo nosso. (FERRAJOLI, 2002, p. 401).

Nesta concepção culpabilidade difere de responsabilidade enquanto considerada como simples sujeição jurídica à sanção prevista como consequência de um delito. No sistema garantista veta-se a responsabilidade impessoal, objetiva ou não culpável.

Günther (1988, p. 79-92) defende uma concepção de culpabilidade centrada na capacidade da pessoa em assumir uma atitude crítica relacionando-a com a ideia da legitimação democrática das normas jurídicas e cidadão como titular do direito de participação política no processo democrático de formação do pensamento e da vontade sobre a positivação das normas jurídicas. Para tanto, assevera ser imperioso definir o conceito de pessoa, considerando que este deverá atuar como um conector entre a pretensão de legitimidade da ordem jurídica e as exigências de obediência da norma. E assim o faz, ao conceito de pessoa denomina “pessoa deliberativa”. Esta possui capacidade cognitiva e volitiva de conduzir-se criticamente em relação às ações e manifestações alheias, como também autocriticamente em relação às suas próprias ações e manifestações. Salienta chamar de “*crítica*” uma tomada de posição motivada.

Não obstante, para que a “pessoa deliberativa” possa basear motivadamente sua atitude crítica, deve dispor de outra capacidade que decorre do conceito de motivo. Sendo que este, por sua vez, decorre de argumentações, as quais se originam de conflituosas pretensões de validade acerca de manifestações. Assim, a “pessoa deliberativa deve, portanto, poder participar das argumentações das quais se originam as pretensões de validade a manifestações e que são motivadamente criticadas ou contramotivadamente sustentadas”. (GÜNTHER, 1988, p. 82). Desta articulação do discurso se evidenciam os motivos que podem ou não ser aceitos.

Ressalta o autor que, a argumentação pode ocorrer na forma de um monólogo, ou seja, um discurso internalizado da pessoa deliberativa, pois sendo características desta a capacidade e a disponibilidade de autocorreção, os motivos sobre os quais se baseia sua assunção crítica no tocante às suas próprias ações e manifestações conduzirão, no mínimo, a uma reflexão. (GÜNTHER, 1988, p. 82).

De maneira que à pessoa deliberativa é reconhecida a característica de fonte própria de suas ações e manifestações. Consequentemente se fizer diferença usar ou não a capacidade de atitude crítica pode-se dizer que as manifestação ou ações

dessa pessoa lhe podem ser imputadas, ainda quando não faça uso efetivo de sua capacidade ou não o faça de modo “correto”, quando fizer diferença usar ou não sua capacidade de atitude crítica. Decisivo é apenas poder atribuir-lhe a capacidade de atitude crítica. A esta atribuição Klaus Günther denomina “competência performativa”. (GÜNTHER, 1988, p. 83). Por força da capacidade crítica e do dever de evitar o injusto, pessoa deliberativa seria capaz de observar exteriormente a norma e, justamente “nesta confrontação **exterior** de uma ação imputável e normativamente lesiva se situa a **culpa** da pessoa deliberativa como **pessoa capaz de direito**”, grifo nosso, (GÜNTHER, 1988, p. 88). Permanecendo a culpa jurídica como atribuição alheia.

Para Günther (1988, p. 90) “o conceito jurídico-penal de culpabilidade deriva de um círculo prático, no qual os cidadãos reconhecem uns aos outros sempre como pessoas deliberativas, livres e iguais”.

Do espaço aberto e discricionário na comprovação empírica da culpabilidade resultaram valorações diversas e acentuadas críticas à culpabilidade. Neste contexto, surgem novas sistematizações no sentido de restabelecer a legitimidade do Direito Penal.

4 ATUAIS TENDÊNCIAS

4.1 Teorias Funcionalistas

A teoria funcionalista assevera que o Direito Penal deve ser estruturado, interpretado, analisado e executado com base numa Política Criminal voltada, em última instância, para a finalidade preventiva da pena, como forma de legitimar e dar proteção ao Sistema Penal.

Segundo Eugênio Raúl Zaffaroni, Política Criminal "é a ciência ou a arte de selecionar os bens ou (direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos" (ZAFFARONI, 2004, p. 129).

A concepção funcionalista baseia-se na premissa de que o Direito Penal consiste em um instrumento destinado à garantia e eficácia do sistema social e, por isto, toda ênfase é dada ao direito de punir e à busca da prevenção da criminalidade.

Das propostas dogmáticas funcionalistas, destacam-se:

a) o funcionalismo moderado, voltado para a necessidade de que a Política criminal possa penetrar na dogmática penal (ROXIN, 2008);

b) o funcionalismo radical ou sistêmico voltado para a reafirmação do próprio direito (Jakobs), conforme Moraes (2009, p. 126-127).

Apresentam-se como características comuns às duas orientações: o significado simbólico do delito e da pena, o caráter eminentemente público dos direitos fundamentais, pois, uma vez concedidos ao cidadão, cabe a este exercê-los em favor da comunidade a que pertence e o acento na permanente interface: direito penal e exigências político-criminais.

4.1.1 Funcionalismo Moderado

Roxin (2008, p. 63) expoente máximo do funcionalismo moderado defende a imprescindibilidade da reconstrução do sistema penal com base em critérios

políticos-criminais. Propõe um direito penal concebido como um sistema aberto, pleno de dados empíricos, que se ocupa das realidades da vida [...], apto, portanto, a solucionar os problemas da sociedade, ressaltando que a decisão político-criminal, que seleciona e ordena os dados empíricos jurídicos penalmente relevantes, tem preponderância, pois o funcionalismo, como doutrina teleológica, se orienta pela realização de certos valores.

No que se refere à culpabilidade, afirma Roxin (2008, p.138) “a culpabilidade, para o direito penal, é a realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas e da capacidade de autodeterminação que daí deve decorrer”. A culpabilidade consiste no agir ilícito quando no momento do fato o sujeito era capaz de compreender e orientar sua conduta no sentido do direito.

Assevera o doutrinador que a capacidade para ser destinatário de normas não se constitui em uma hipótese indemonstrável, pois passível de verificação empírica e, mesmo diante de dificuldades, há a possibilidade de comprovação. Já com o poder-agir-de-outro-modo e com o livre-arbítrio, impassíveis de comprovação, cabe ao legislador a partir de aspectos jurídico-penais, responsabilizar o autor. (ROXIN, 2008, p. 144-147).

Para o autor alemão, do ponto de vista social-psicológico a maioria das pessoas tem a sensação de poder, no geral, atuar segundo sua livre vontade. Isto não demonstra muito, pois essa sensação pode estar nos iludindo no tocante à livre vontade. Porém, ainda assim, a consciência da liberdade fundamenta uma convenção social, segundo a qual pessoas que em princípio podem orientar-se em conformidade com as normas, reconhecem a capacidade de decidir a favor ou contra o seu cumprimento. Esta concepção recíproca de liberdade de decisão, que domina não somente o ordenamento jurídico, mas também a vida social é na ótica do autor uma regra de jogo social, uma imposição normativa, mas não um fato passível de comprovação. (ROXIN, 2008, p. 147).

O fundamento material da censura penal, não consiste na liberdade de agir (culpabilidade), mas no interesse social ditado por uma política criminal baseada na prevenção. Numa fórmula positiva, na ótica de Claus Roxin, àquilo que normalmente chamamos de culpabilidade melhor denominar “responsabilidade”, (ROXIN, 2008, p. 154), já que na teoria da imputação objetiva devem ser somados à culpabilidade também os aspectos preventivos, de modo que a culpabilidade seja somente um aspecto parcial, ou essencial, do que se denomina responsabilidade. A culpabilidade

constitui limite da pena e não mais seu fundamento. Assim, para imputar uma ação injusta ao autor devem concorrer dois fatores: a culpabilidade do autor e a necessidade da pena.

A responsabilidade penal busca afastar a ideia de uma pena meramente retributiva, já que ao direito penal moderno cabe efetivar uma prevenção especial ressocializante e, concomitantemente, atender às exigências imprescindíveis de prevenção geral. Esta apresenta um novo objetivo, não mais a finalidade negativa de intimidar as pessoas por meio da execução da pena, mas a proteção de bens jurídicos, ou seja, assegurar a eficácia do ordenamento jurídico pela reprovação do sujeito que lesiona o bem protegido pelo direito. No tocante à prevenção especial, esta, por si só, não justifica adequadamente a intervenção estatal, assim, constatada a ausência de perigo de recidiva, desnecessária a punição.

Nesta concepção pode ocorrer do autor atuar com culpabilidade, mas não ser responsabilizado com base na falta de necessidade preventiva de sanção, pois o decisivo não é atuar de outro modo.

Outrossim, cabe registrar os princípios minimalistas do direito penal presentes nesta Teoria: Princípio da intervenção mínima, Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e princípio da insignificância, os quais possibilitam aferir na própria tipicidade a intensidade da ofensa ao bem jurídico, antecipando, assim a constatação da existência ou não da reprovabilidade.

4.1.2 Funcionalismo Sistêmico

Jakobs (2005) com base na teoria sociológica de Niklas Luhmann desenvolveu o conceito funcionalista ou sistêmico do delito, no qual a culpabilidade é considerada como uma falta de fidelidade às normas legítimas.

Segundo os ensinamentos de Luhmann:

o comportamento social em um mundo de elevada complexidade exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas, porém não orientadas a partir de expectativas sobre tais expectativas. Na dimensão temporal tais estruturas de expectativas podem se estabilizar contra frustrações por meio da normatização. Considerando a crescente complexidade social isso pressupõe uma distinção entre

expectativas cognitivas (disposição para assimilação) e normativas, bem como a disponibilidade de mecanismos eficientes para o processamento de desapontamentos, frustrações. Já na dimensão social essas estruturas de expectativas podem se institucionalizar, ou seja, apoiadas sobre o consenso esperado de terceiros. Dada a crescente complexidade social são cada vez mais exigidas suposições fictícias do consenso além da institucionalização do ato de institucionalizar por meio de papéis especiais. Assim, o direito passa a ser um instrumento direcionador de comportamentos. (LUHMANN, p. 109-110).

De acordo com os postulados desta teoria o direito penal é um instrumento destinado a garantir a funcionalidade do sistema social. Nas palavras de Günther Jakobs:

O Direito Penal não se desenvolve na consciência individual, mas na comunicação. Seus atores são pessoas (tanto o autor como a vítima e como o juiz) e suas condições não são estipuladas por um sentimento individual, mas de sociedade. A principal condição para uma sociedade que é respeitosa com a liberdade de atuação é: personalização de sujeitos. Não trato de afirmar que deve ser assim, mas que é assim. (JAKOBS, 2003, p.44-45).

A interação entre pessoas, em uma determinada sociedade, pode ser entendida como um processo de comunicação, apto a revelar um grau mínimo de convergência valorativa, isto é, comunhão na identificação das necessidades vitais da interação social de onde emana a identidade normativa. Consequentemente surge para os membros da sociedade, uma expectativa de condutas.

O delito, em tal concepção, será “falha de comunicação”, enquanto a pena “é a própria manutenção da identidade social”. (JAKOBS 2003, p. 3-4). Isto porque a constituição do sistema social se dá por meio de normas e não por estados e bens definidos (ainda que tais bens possam ser deduzidos, de forma reflexa, das normas). O que importa é proteger as expectativas normativas. (JAKOBS, 2003, p. 11-13).

Para Luhmann as expectativas normativas são de duas espécies: as cognitivas e as normativas. Aquelas se inobservadas deixam de existir enquanto as expectativas normativas permanecem estabilizando os comportamentos, a inda que contra os fatos. Mas, para que a inobservância não persista, gerando constantes frustrações, a sanção surge como reação ao desapontamento, reafirmando a validade da norma. (LUHMANN, 1983, p. 145-147). Surgem a partir do momento em que as pessoas se vinculam por meio das normas, assumindo o direito penal a função de estabilização da sociedade.

Dito de outra forma, em decorrência do sistema social de convivência ser concebido como uma estrutura harmônica, ordenada, na qual as categorias se complementam a partir do ponto de vista de sua funcionalidade e o dano social não se caracteriza pela lesão ao bem jurídico, mas pela contrariedade à validade da norma, cabe ao direito penal proteger a vigência das normas, já que a infração a um padrão de comportamento pode conduzir a uma instabilidade.

Outrossim, Cezar Roberto Bitencourt e Francisco Munõz Conde entendem que, ao adotar semelhante perspectiva, Günther Jakobs de forma acrítica faz uso de uma metodologia abstrata, salientando que:

Jakobs [...] em seu Tratado de 1984 [...] expõe uma visão puramente tecnocrata do Direito Penal e da Teoria do Direito Penak, em que o caráter conflitivo da convivencial social fica convertido num problema que tem que ser reduzido e resolvido nas categorias jurídicas, de forma puramente funcional. Desde esta perspectiva o delito se define como a frustração de expectativas normativas e a pena como a confirmação contrafática da vigência das normas infringidas [...]. Es indiferente que el sistema sea el de um Estado democrativo o el de um Estado totalitário, el de um convento de monjas o el de uma banda de ladrones, lo que importa es la estaabilidade del sistema mismo y la funcionalidad de lãs distintas categorias y conceptos elaborados para conseguir esa estabiidad. (BITENCOURT E CONDE, 2000, p.11).

Nesta concepção, o agente é punido porque agiu de modo contrário à norma. Assevera Günther Jakobs que “[...] o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade”. A culpabilidade consiste, assim, na “uma falta de fidelidade ao direito”, num déficit de lealdade comunicativa. Recai em quem manifesta uma conformidade deficiente em relação às normas jurídicas. O conteúdo do conceito de culpabilidade reside não no sentido de intimidação, mas na devolução da confiança no ordenamento perturbado pela conduta delitiva, justificando a imposição de pena como forma de restabilizar a norma, sendo visto como prevenção geral. (JAKOBS, 2003, p. 11-13).

Para Brunoni (2009, p. 185-186), a ideia defendida por Günther Jakobs remonta ao princípio do “déficit de fidelidade” desenvolvido por Thomas de Malmesbury Hobbes, tendo este formulado o princípio do “déficit de fidelidade” em relação ao acordo ou pacto recíproco de liberdade, segundo o qual cada sujeito renuncia a uma parte de sua liberdade ganhando em troca a possibilidade de empregar completamente a restante, pois será respeitada pelos demais.

Parte da doutrina questiona a concepção de Günther Jakobs, salientando que a culpabilidade, por não depender de circunstâncias específicas do sujeito, carece de um critério de limitação do poder punitivo do Estado.

Roxin (2008, p. 143-144) enfatiza que o conceito funcional de culpabilidade de Günther Jakobs, tem sido objeto de constantes discussões. Salienta que uma culpabilidade que se identifica com as exigências de prevenção geral e não dependa das qualificações psíquicas do autor, mas de ser a sua punição indicada ou não para estabilizar a confiança na ordem social pode conduzir à instrumentalização da pessoa humana. Exemplifica. Se for possível tratar com êxito um criminoso contumaz, por meio da internação em estabelecimento de cura, pode a paz social ser restabelecida. Desnecessária será a aplicação da pena e o autor poderá ser declarado inculpável. Não obstante, se inexistir a possibilidade de tratamento, não se pode reconhecer a exculpação dessa perturbação motivacional e, assim o autor terá de ser declarado culpável, e a punição deverá se efetivar. Prossegue o penalista alemão, asseverando que tal concepção deve ser refutada e expondo os motivos de seu entendimento, acentua que do conceito de culpabilidade esta concepção não conserva nem o nome, já que se fundamenta unicamente na necessidade de prevenção geral. E em suas próprias palavras:

[...] não nego que a imputação subjetiva seja influenciada **também** por exigências de prevenção geral. É inaceitável, porém, reduzi-la a esta dimensão, admitindo a culpabilidade e a punição unicamente porque, porque para dizer-lo com **Jakobs**, tal pareça socialmente útil para um “exercício de fidelidade a direito”, pois o indivíduo não é mais tratado segundo a medida de sua própria personalidade, mas unicamente enquanto instrumento dos interesses sociais. Tal instrumentalização viola a dignidade humana, não podendo já por este motivo fornecer uma concepção de culpabilidade bem fundada, grifo nosso. (ROXIN, 2008, p. 143-144).

Na mesma linha defendida por Jakobs, Jiménez assevera que a culpabilidade não depende das específicas circunstancias do sujeito. Não está fundamentada em critério de limitação do poder punitivo do Estado em favor do reconhecimento de uma garantia fundamental do indivíduo, mas somente em atenção às necessidades derivadas da pena em sua função mediata de prevenção geral. (JIMENEZ, 2002, p. 10)

Como se nota, a inculpabilidade somente poderá ser discutida se houver outra maneira de assimilar o conflito. Renuncia-se às condições empíricas e a imputabilidade não se apresenta como algo a ser constatado, mas como uma

atribuição de caráter funcional cuja ausência fica condicionada a existência de alternativa de assimilação do conflito. Admite-se a exclusão do portador de enfermidade mental por não se colocar em dúvida a confiança no sistema..

Günther Jakobs prossegue na sua sistematização e, excepcionando o seu modelo funcionalista, coloca acento no Direito Penal do Inimigo. Porém, antes de tematizar sobre a questão do inimigo, cumpre chamar a atenção para alguns considerandos.

Batista (2004, p. 20) considera o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs como *uma elaboração de altíssimo nível*. Entende como natural o imenso repúdio a uma proposta que concede ao poder punitivo a função de restabelecer a confiança no sistema e mesmo restringindo-se a uma análise superficial, cita Juarez Tavares e Heitor Costa Júnior, para advertir que do primeiro acasalamento entre uma teoria social com categorias jurídico penais fosse forçoso o surgimento de uma teoria que postula a estabilidade e a ordem a qualquer preço. Ressalta que *poderá fazer sucesso nos países centrais, ricos, com baixa conflitividade social; mas aqui?! , nos países periféricos, seria de difícil aplicação*.

Pinto (2009, p. 30-31) discorrendo sobre o tema aduz que aparentemente Günther Jakobs ao elaborar sua teoria pretendeu ressuscitar o modelo adotado por Carl Schmitt, no qual a distinção entre amigo e inimigo pertencia ao âmbito político e uma simples contradição seja moral, religiosa, racial, dentre outras, convertia-se em contradição política apta a fundamentar e justificar o agrupamento de pessoas sob o código dual de amigo ou de inimigo. Prossegue dissertando que o modelo amigo-inimigo quedou-se após os ideais nazistas, mas aparentemente ressurgiu com a ação americana, em face dos atentados de 11 de setembro. Agora, a luta contra o terror, justifica as guerras políticas deflagradas pelos Estados Unidos.

No mesmo sentido, Hireche (2005, p.26-28) adverte que para justificar a política de invasão dos EUA os iraquianos passam a “terroristas” e o direito penal adquire funções de dominação política, social e econômica.

O termo inimigo para Günther Jakobs apresenta sentido diferente do adotado por Schmitt. Para este o termo inimigo advém do latim *hostis* e significa não o *criminoso*, mas o estrangeiro, a quem se atribui uma recusa em termos políticos, estabelecendo-se uma dicotomia *concidadão/estrangeiro*; Já em Günther Jakobs o termo *inimigo* provém do latim *inimicus* e significa *criminoso*. Enfatizam que em Schmitt o inimigo é mediante vinculação política (Estado) como sendo o *estrangeiro*,

o diferente, em Günther Jakobs inimigo é uma *condição da personalidade*, isto é, da pessoa.

4.1.2.1 Direito Penal do Inimigo

O Direito Penal do Inimigo é um direito de exceção, implica comportamento orientado por normas.

Nesse sentido, aduz Jakobs (2003a, p. 32): “a imputação culpabilista é a imputação de um defeito volitivo”, defeito este que deve ser entendido como ‘*déficit de vontade*’ e, de forma concreta, como “*déficit de motivação fiel ao Direito*”.

Caso o defeito volitivo se apresente reiteradamente, ou seja, quando o sujeito demonstrar a não disposição em respeitar as normas o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs cede espaço para um modelo diverso de Direito Penal: o Direito Penal do Inimigo. Apresenta um novo perfil – simbólico e punitivista, além de identificar um determinado fato, identifica, sobretudo, um tipo específico de ‘autor’, definindo-o não como igual, mas como o ‘inimigo do pacto social’. Acentua Manuel Cancio Meliá que “o *Direito penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraterna*’, surgindo desta união, o “Direito Penal do Inimigo’, (JAKOBS e MELIÁ, 2005, p. 65).

Quanto à origem do Direito Penal do Inimigo, inicialmente, surgiu como uma crítica à tendência presente na Alemanha de se antecipar à lesão do bem jurídico a criminalização penal. Porém, em 1985, Günther Jakobs apresentou o mesmo conceito em um Seminário de Direito Penal, em Frankfurt, sem grande repercussão. Já em 1999, em uma palestra na Conferência do Milênio de Berlim, o conceito Direito Penal do Inimigo recebeu ampla publicidade, levantando questionamentos tanto na Alemanha quanto nas regiões de língua portuguesa e espanhola.

Jakobs e Meliá (2005) distinguem duas fases do Direito Penal do Inimigo. A primeira (1985) mais ampla (incluindo setores de regulação mais próximos ao Direito Penal da colocação em risco, delitos dentro da atividade econômica); A segunda fase (a partir de 1999) mais orientada nos delitos graves contra bens jurídicos individuais (de modo paradigmático: terrorismo) (JAKOBS e MELIÁ, 2005, p. 70).

Na concepção de Günther Jakobs:

O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ser limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz. [...] **O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo** (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) **combate perigos**, grifo nosso. (JAKOBS e MELIÁ, 2005, p. 30).

Exprimindo a essência desta conceituação, afirma Jakobs e Meliá (2005, p.22) que “um Direito penal **do inimigo** é indicativo de uma pacificação insuficiente; entretanto esta, não necessariamente, deve ser atribuída aos pacificadores, mas pode referir-se também aos rebeldes”. Grifo nosso.

Justamente por não se tratar de uma simples manutenção da ordem, mas de um restabelecimento da confiança e de condições aceitáveis no sistema social é que o Direito Penal do Inimigo constitui, segundo Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá:

[...] uma reação de combate, do ordenamento jurídico, contra indivíduos especialmente perigosos, que nada significam, já que de modo paralelo às medidas de segurança, supõe tão-só um processamento desapaixonado, instrumental, de determinadas fontes de perigo, especialmente significativas. com este instrumento, o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos. (JAKOBS e MELIÁ, 2005, p. 70-71).

No entender de Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá, “só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real” (JAKOBS e MELIÁ, 2005, p. 45), não somente a norma, mas também a pessoa necessita de um desse ‘cimento cognitivo’, pois “sem um mínimo de cognição, a sociedade constituída juridicamente não funciona”.

Com isso, quem não oferece uma garantia cognitiva de comportamento pessoal, não será tratado como pessoa. Para o jurista alemão, o conceito de pessoa está intimamente ligado ao modo de construção do sistema social e assevera que em “nenhum contexto normativo, e também o é o cidadão, a pessoa **em Direito** é tal

– vigora – por si mesma. Ao contrário, também há de determinar, em linhas gerais, a sociedade. Só então é real”, grifo nosso. (JAKOBS e MELIÁ, 2005, p. 31).

Nesses termos, “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”, pois encontra-se em um estado de natureza, isto é, em um estado de ausência de normas “[...] de liberdade excessiva, tanto como de luta excessiva, lugar no qual “quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a esta determinação.” (JAKOBS e MELIÁ, 2005, p. 36).

Manuel Cancio Meliá sintetiza em três elementos básicos, as características do Direito Penal do Inimigo descritas por Jakobs Günther: Consiste em um ordenamento jurídico-penal prospectivo (adiantamento da punibilidade); as penas desproporcionalmente altas, o que, equivale à constatação de que a antecipação da barreira da punição não é considerada para reduzir, de forma correspondente, a pena cominada e a relativização ou supressão de determinadas garantias processuais. (JAKOBS e MELIÁ, 2005, p.67), As críticas se intensificam em relação à concepção de Günther Jakobs. Além das já apresentadas, há outros aspectos que merecem registro: outorgar preponderância à prevenção geral em detrimento da culpabilidade; não fazer depender a punibilidade de circunstâncias que radicam na pessoa do agente; atribuir ao autor uma responsabilidade alicerçada em critérios gerais de prevenção; prescindir da referência individual, colocando como objeto central de proteção do Direito Penal a norma individual.

Há quem julgue perfeitamente possível a teoria sistêmica se transformar num Direito Penal do autor, pois ao tratar o delinquente como inimigo já se manifestam práticas não garantistas.

5 DIREITO PENAL DO AUTOR E DIREITO PENAL DO FATO

Importante assinalar, ainda que de forma sucinta, a diferença entre direito penal e sistema penal.

Segundo Batista (2007, p. 24-26) direito penal é um conjunto de normas jurídicas que prevêm os crimes e lhes cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime, e a aplicação e execução das sanções cominadas; Já o sistema penal é um grupo de instituições, ou seja, a instituição policial, a judiciária e a penitenciária, comprometido com a proteção da dignidade humana, que se incumbem de realizar o direito penal.

Firmada tal distinção, cabe registrar que na construção de um sistema punitivo é possível tomar por base o *fato* ou o *autor*. O acento no fato ou no autor é que irá determinar a caracterização do sistema. Quando o fato é tomado de forma exclusiva, surge o que a doutrina denomina de 'Direito Penal do fato', o qual segundo Toledo (2000, p. 235-236) "está construído sobre o fato-do-agente" eis que "a estrutura dos tipos penais descrevem um modelo de conduta proibida e não um tipo criminológico de autor".

O Direito Penal Moderno, fundamentado sobre o fato praticado pelo agente (direito penal do fato), é o resultado de uma longa e difícil conquista da humanidade.

Salienta Francisco de Assis Toledo:

O direito penal moderno está moldado segundo princípios liberais, elaborados, lenta e penosamente, através dos séculos. [...] o nullum crimen nulla poena sine lege, o direito penal do fato e a culpabilidade do fato alinham-se imponentemente, [...] como colunas de sustentação de um sistema indissoluvelmente ligado ao direito penal de índole democrática. (TOLEDO, 2000, p.253).

Carvalho (2008, p.69-71), na mesma esteira, ressalta a forma coerente e homogênea pela qual a Ilustração apresenta os pilares do direito penal da Modernidade: "a lei penal (geral, anterior, taxativa e abstrata) advém de um contrato social, livre e conscientemente aderido pelas pessoas (culpabilidade/libre arbítrio) que se submetem à penalidade (retributiva) em decorrência da violação do pacto". Para tanto, é imperioso que a "conduta punível externamente perceptível e danosa (direito pena do fato)" seja devidamente "reconstituída e comprovada em processo

contraditório e público, orientado pela presunção de inocência, com atividade imparcial de magistrado que valora livremente a prova (sistema penal acusatório)”. Prossegue enfatizando que por ser o poder estatal propenso a violar os direitos fundamentais da pessoa humana o âmbito de atuação deve se limitar a um programa de intervenção penal para tutelar os direitos individuais, já que a ilustração modifica o acento do direito natural centralizando-o no homem.

Na Ilustração, principalmente com Cesare Beccaria, intensificou-se a afirmação do homem como pessoa, preconizou-se a necessidade de tornar público, por meio de leis, o direito penal e as penas a serem aplicadas (*nullum crimen nulla poena sine lege*).

Já com a secularização o conceito de pessoa se tornou laico e consolidou-se a ideia de limitação dos poderes, assim evidencia-se como núcleo central o homem como ser responsável e autônomo.

A posição central do homem foi modificada, durante o século XIX. O homem passa a ser considerado parte de um todo social, afasta-se a concepção de indivíduo. Contudo, por meio do constitucionalismo a individualidade ser-lhe-á assegurada, bem como seu valor superior ao do próprio Estado. (SARMENTO, 2004, p. 375-414).

Do reconhecimento da dignidade como valor inerente a todo ser humano resultou imperioso compreender o homem como pessoa, dotado de autonomia, de autodeterminação, e que ao Estado compete reconhecer e proteger a pessoa ainda que tenha cometido crimes, ou seja, mesmo que portadora de uma identidade desviada.

De acordo com Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

[...] todo homem é pessoa [...], em decorrência o Estado não pode pretender impor uma “moral”, mas o Estado pode reconhecer um âmbito de liberdade moral, possibilitando deste modo a conduta moral de seus habitantes, porque o mérito moral surge justamente quando se teve a possibilidade do imoral [...]; as penas não podem recair sobre as condutas que são justamente o exercício da autonomia moral que a Constituição e as leis garantem [...] A pena não pretende cumprir, pois, em nosso direito, uma função de expiação e castigo, o que teria um sentido moral [...] (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2004, p. 88-89).

Luigi Ferrajoli, no mesmo sentido, ensina que:

As proibições penais [...] necessariamente pressupõem a possibilidade de serem observadas ou violadas por parte de seus destinatários, a cujo conhecimento e vontade se dirigem, com a função pragmática de orientá-los e condicioná-los; e seriam insensatas, além de inúteis, se tal possibilidade não existisse (FERRAJOLI, 2002, p. 393).

Roxin (1997, p. 176) compreende direito penal do fato como uma regulamentação legal, em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita tipicamente cuja sanção representa apenas uma resposta ao fato individual, ficando excluída qualquer compreensão sobre a condução de vida do autor, bem como perigos futuros que possa representar.

No extremo oposto à concepção do direito penal do fato, tomando-se exclusivamente o autor como centro do problema penal, revela-se o 'Direito Penal de autor'.

Desde o período científico, também denominado criminológico, passou-se a entender que a prática de um crime sempre decorre de razões suficientes que a determinam. Estudos sobre o delinquente e a busca de explicações causais sobre o delito resultaram no surgimento da Antropologia Criminal, da Sociologia Criminal e da Criminologia. O delito passa a ser considerado um fenômeno biológico e à finalidade da pena – retributividade – acresce a proteção social. Surge a Escola Positiva e uma nova concepção do direito – de preexistente ao Homem passa a ser o resultado da vida em sociedade – apresentando variações no tempo e no espaço. (FÜHRER, 2005, p. 55-57).

O fato praticado já não apresenta tanto valor, pois o perigo advém da pessoa do agente. Este, sim, deve ser analisado com proeminência, já que representa um perigo para os demais, passando, assim, a ser o problema central do direito penal.

O 'Direito Penal de autor' revela-se quando toda ênfase recai exclusivamente sobre o sujeito da ação, sem que seja preciso esperar o acontecimento da conduta. E, ainda que o fato ocorra, o acento não se desloca, pois o autor permanece "com inteira precedência lógica sobre o fato, considerado este último mero fenômeno sintomático ou mero ponto de partida para a aplicação da pena criminal". (TOLEDO, 2000, p. 236).

Com o Direito Penal de autor surge a teoria do "tipo de autor" e, também, a denominada "culpabilidade de autor".

Baumann, citado por Toledo (2000), compreende "Direito penal do autor", em sentido amplo, como expressão oposta ao "Direito penal do fato" e diverso da

concepção de “tipo normativo de autor”. Para Baumann, “direito penal de autor” não se identifica com a doutrina do “tipo normativo de autor” que esteve em moda durante o regime nazista, esta última consiste em uma espécie extremada da primeira. Partindo de von Liszt, passando por Dahm, Mezger etc., e chegando até os nossos dias, com os que defendem uma culpabilidade do agente pelo seu modo de ser, é possível tomar-se a expressão “direito penal de autor” num sentido amplo, em oposição a “direito penal do fato”. Com isso viabiliza-se uma visão histórica, de conjunto, de todas aquelas correntes que, embora com fundamentos e objetivos diversos, partem da necessidade de se mudar “la *noCIÓN* del Derecho Penal al situar la *persona* del autor al lado o por encima del hecho-delito”. (TOLEDO, 2000, p. 237).

Por tipo de autor entende-se uma elaboração do direito penal nazista, pela qual se criminalizava não a conduta, mas a personalidade. Não se coíbe mais matar alguém, mas *ser* assassino, não se proíbe mais subtrair coisa alheia móvel, mas *ser* ladrão. Assim, tornava-se desnecessária a prática do delito, pois para a criminalização bastava o indivíduo ser portador de caracteres estereotipados.

Luigi Ferrajoli ensina que:

Nas doutrinas políticas e jurídicas do período nazista, a transformação ética do direito chegou a fazer com que o princípio de legalidade passasse a ser o irracional de e decisionista **Führerprinzip**, consentindo no ingresso, no Direito penal, do mais exasperado substancialismo e subjetivismo, mediante as nefastas figuras do “tipo normativo do autor” (**tätertyp**) ou do “inimigo” (do povo ou do Estado), identificados, a despeito dos fatos cometidos ou não, com base, simplesmente, na atitude interiormente infiel ou antijurídica do réu, grifo nosso. (FERRAJOLI, 2002, p. 185).

Cabe registrar que a suposta colaboração de Edmund Mezger para com o regime nazista, teve maior divulgação com a publicação da obra de Francisco Muñoz Conde - “Edmund Mezger e o Direito Penal de Seu tempo: Estudos sobre o Direito Penal do Nacional-Socialismo”.

Segundo Conde (2005), Edmund Mezger foi nomeado membro da Comissão de Reforma do Direito Penal, em 1933. Participou das discussões sobre a lei do Delinquente Perigoso que introduziu no Código Penal alemão a medida de custódia de segurança, por meio da qual o indivíduo, ainda que já cumprida a pena, seria mantido em um centro de trabalho indeterminado. A criminalização sob o fundamento de proteção preventiva da comunidade efetuava-se por meio de classificação das pessoas. Tal classificação consistia em agrupamentos de pessoas:

fracassados ou indivíduos que por, sua personalidade, forma de vida, ou principalmente por defeitos de compreensão e de caráter, se apresentavam incapazes de cumprir as exigências mínimas da comunidade; em refratários ao trabalho; em desordeiros (levavam uma vida de forma desordenada); em delinquentes, ou seja, pessoas que por sua personalidade e forma de vida deduziam tendências à comissão de delitos. Ou seja, classificação que alcançava os marginalizados sociais, mendigos, vagabundos, “delinquentes” sexuais, homossexuais, ébrios, jogadores etc. (CONDE, 2005, p. 84-100).

Outrossim, como tipos de autor cabe destacar o “tipo normativo de autor” e o “tipo criminológico de autor”.

Nesse sentido, merecem ser transcritas as lições de Nivaldo Brunoni:

De acordo com os postulados do tipo do tipo normativo de autor, o fato somente se subsume no tipo se se ajustar à imagem ou modelo do autor: o que se faz é comparar o fato concreto com o modelo de conduta que se espera de um típico autor do delito. É normativo porque estabelece uma escala de valores usada como base para enquadrar os fatos realizados pelo autor. Já na concepção do tipo criminológico de autor o que conta não é o juízo de valor, mas a constatação empírica de que a personalidade do autor é compatível com as características do criminoso habitual. (BRUNONI, 2008, p.48).

O Direito penal de autor ao possibilitar a censura de uma mera atitude interior, se coaduna com uma exigência tipo repressivo-intimidatória, própria de sistema autoritário que busca controlar a própria esfera interna do indivíduo. Em decorrência apresenta-se inadmissível em um ordenamento jurídico que visa privilegiar a autonomia e a dignidade da pessoa.

Francisco de Assis Toledo assevera que o “tipo normativo de autor não prosperou”, no entanto, “a culpabilidade de autor chegou até nossos dias e ganhou roupagens novas”, com diversas denominações. (TOLEDO, 2000, p. 237-238).

Não obstante tal entendimento, parte da doutrina identifica o ‘Direito Penal do Inimigo’, modelo elaborado por Günther Jakobs, como uma linhagem de Direito Penal de autor e, além das já citadas críticas, somam-se outras.

René Ariel Dotti taxa a “recente onda de fundamentalismo punitivo [...] com a excitação de apóstolos da doutrina autoritária de Günther Jakobs”, ressaltando que o ‘Direito Penal do Inimigo’ contraria o princípio da igualdade de todos perante a lei, ao sustentar a necessidade de um direito penal do cidadão aplicável a todos os que pertencem a uma ‘comunidade legal’, excluindo-se aqueles que se recusam a

participar dela, tentando obter a aniquilação dessa comunidade (terroristas) ou violando repetida e persistentemente as normas que regem (criminoso habitual ou por tendência). Representa a ressurreição de uma concepção nazista sobre o ser humano, agora sob o foco do preconceito social. (DOTTI, 2005, p. 11-12).

Outro ponto criticável na sistematização de Günther Jakobs, refere-se ao escopo previsto – autoconservação do sistema - permite uma adaptação da Teoria a qualquer modelo de Estado ou de sistema penal, sendo assim, perfeitamente possível, se voltar contra grupo de pessoas, simplesmente por considerá-la perigosas, indignas, portanto, de conviver em sociedade.

Outra questão considerada crucial no Direito Penal do Inimigo consiste na ausência de identificação prévia dos seus destinatários. Deve ser qualificado como ‘inimigo’ o indivíduo que abandonou de forma duradoura o direito, dedicando-se a prática habitual e reiterada de infrações.

A base de orientação, como se observa, do Direito penal do inimigo, não se fundamenta no fato praticado, mas na pessoa do “autor”. Estrutura-se não no princípio do Direito Penal do fato, mas na periculosidade, no estado de perigo, no fato futuro. Novamente, realiza-se um juízo provável da ocorrência de um crime, assentado no fato do indivíduo reunir ou não condições de desajuste social, passíveis de revelar seu ânimo ou sua tendência a delinquir.

Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 116), no que se refere a periculosidade, adverte que: “todo direito penal de periculosidade é direito penal de autor, enquanto o de culpabilidade pode ser de autor ou de ato (que é o seu oposto)”.

Com efeito, o Direito Penal do inimigo se destina a excluir da sociedade àqueles que persistentemente passam a delinquir. Consubstancia uma legislação de luta contra os inimigos, tendo por meta excluí-los da sociedade, já que as reações penais não mais os intimidam. Já o processo de individualização dos inimigos se concentra praticamente no perigo que representam para a sociedade, pois não oferecem a mínima seguridade de um comportamento adequado tendo como base os direitos e deveres previstos no ordenamento jurídico vigente e por perseguirem a destruição desse mesmo ordenamento.

Para Nivaldo Brunoni há uma estreita relação entre o Direito Penal do inimigo com o que denomina Silva Sánchez, de Direito Penal de “*terceira velocidade*”, cabendo ressaltar que as duas outras “velocidades”: uma representada pelo ‘Direito Penal de prisão’, setor do ordenamento em que se impõem penas privativas de

liberdade, em que se haveriam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade para os casos em que, por não se tratar já de prisão, mas de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcionada à maior intensidade da sanção. Porém, alerta para uma diferença entre Direito Penal do Inimigo e direito penal de terceira velocidade. Enquanto aquele se caracteriza por um abandono duradouro do Direito, o Direito Penal de “terceira velocidade” somente se legitima mediante a presença de algumas condições: por tempo determinado; em âmbitos excepcionais; por extrema necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um marco de emergência. Isso porque a renúncia a certas liberdades em prol de reforço da segurança somente pode ser explicada em face de destacada lesividade. (BRUNONI, 2008, p. 55). Também o direito penal na Itália apresentou etapas expansionistas. Luigi Ferrajoli delinea as três fases de expansão do direito penal: a primeira denominada “**o direito especial de política**” (1974-1979) em que “as leis excepcionais não tiveram qualquer relação com o terrorismo nem com a criminalidade organizada de forma geral”. Mais adiante afirma que “ambas as leis foram emanadas quando o terrorismo ainda não havia se manifestado de forma sanguinolenta” eis que surgiram “para fazer frente ao slogan de campanha política que acompanhou a respectiva emanção, ao genérico fenômeno da “criminalidade avassaladora”; a segunda denominada “**o direito penal político especial**” consistia “em uma legislação antiterrorista e um direito penal político de exceção”. Surgiu somente no “final de 1979 por meio de novas leis e, sobretudo das novas praxes judiciárias”. Salieta que nesta fase há uma inversão quanto ao aspecto da suplência, pois agora “é a magistratura, e não a política, que assume por inteiro o peso da luta contra o terrorismo e à qual se endereça a atenção e a sustentação das forças políticas”; a terceira fase denominada “**o direito penal diferenciado**” consolidação, nas praxes e na deontologia profissional, das mudanças introduzidas pelas fases anteriores. “As praxes da emergência antiterroristas difundiram-se por inteiro no sistema penal”, dando origem a duas linhas de tendência: “de um lado, a diferenciação e a subjetivação penal por tipo de autor ou de imputado ou de detento, eis que ocorre uma generalização da especialidade mediante o desenvolvimento de mais direitos penais especiais e diferenciados”. (FERRAJOLI, 2002, p. 656-659).

As severas críticas dirigidas ao direito penal de autor ou aos modelos que lhe são semelhantes ou idênticos nos remete à discussão acerca do próprio valor da dignidade humana, uma vez que considera o autor um ser inferior.

O delito, tomado como sintoma da personalidade do agente, é considerado com uma revelação do seu modo de ser do agente e a pena associa-se de forma direta à periculosidade do autor. Assim, os maus hábitos justificam a punição ou neutralização pelo perigo que o agente representa à sociedade. E mais, por ser o agente um sujeito perigoso, não se deve castigar o ato que apenas demonstra o desvalor de sua personalidade. A punição deve focar a pessoa do autor, sua atitude interna corrompida.

Afirma Souza (1982, p.74) que os positivistas colocavam em plano destacado o criminoso, já que seguiam a fórmula de Ferri-“Primeiro o homem, depois o crime”.

A colocação do agente com total precedência sobre o ato cometido faz surgir a responsabilidade pelo que se é. Classificam-se os delinquentes não mais com base em sua conduta, mas pelo modo de ser. Desnecessário aguardar o acontecimento, a ocorrência do fato, pois este é apenas uma mostra da perigosidade do indivíduo.

Dos fatores endógenos e exógenos fundadores da responsabilidade pelo que se é, decorreram criminalizações a indivíduos pela sua condução de vida. Justificando-se, assim, a condenação de ébrios, prostitutas, dependentes químicos, dentre outras, independentemente do prévio conhecimento ou compreensão por parte desses indivíduos da cominação penal de sua conduta antes de sua realização. (FERRAJOLI, 2002, p. 405-407).

Ainda como consequência da classificação elaborada com base nas características do autor, fundamenta-se a aplicação de penas nos casos de reincidência, quando da constatação empírica de que a personalidade do agente se coaduna com as características do tipo de autor existentes, como, por exemplo, o criminoso habitual, o profissional. (FERRAJOLI, 2002, p. 405).

Os criminosos, no direito penal do autor, são socialmente responsáveis. A reprovação social encontra suporte no direito de defesa da própria sociedade. O crime revela a incapacidade do autor de conviver socialmente. A pena consiste no meio jurídico empregado pelo ente organizado na luta contra o crime, representando um instrumento de prevenção e profilaxia apto a afastar do convívio social o incapaz.

Permitir a aplicação de penas por atos estranhos ao crime, reduzir o agente à condição de ser inferior, incapaz, devendo, por isso, ser neutralizado, constituem aspectos do direito penal do autor capazes de trazer à lembrança as antigas formas de repressão penal, nas quais, sem indagar a intenção do agente, punia-se o agente somente por ter praticado uma ação danosa. (BRUNONI, 2008, p.48-49).

Por tais razões, resulta inadmissível, em um ordenamento inspirado em princípios que exaltam a autonomia e a dignidade da pessoa, a validação de regras jurídicas que se ajustam à concepção de Direito Penal de autor, uma vez que estas confrontam diretamente com as normas garantidoras dos direitos humanos e das liberdades fundamentais protegidas juridicamente. E, em matéria de direitos humanos, adverte Comparato (2008, p. 293) “não se admitem regressões [...] ainda que efetuada por diplomas jurídicos de hierarquia superior àquele em que foram tais direitos anteriormente declarados”.

Ainda que a sociedade, em um ato de fé, deposite toda sua esperança no Direito Penal, como instrumento para conter a criminalidade; ainda que o discurso do Direito Penal exerça enorme influência sobre convencimento das pessoas produzindo uma comoção e um apelo insistente por maior proteção, o Direito não pode se compatibilizar com violações desnecessárias aos direitos e liberdades fundamentais. Há limites ao direito de punir e utilizá-lo como um símbolo de eficiência, de proteção, de eficácia representa uma tentativa de ocultar a ausência de atuação estatal em áreas diversas.

Outrossim, outros ramos do direito demonstram-se fortes o suficiente pra proteger os bens jurídicos, não sendo a resposta penal a única reação. O Direito Penal somente poderá ser erigido quando esses demais ramos se revelarem não suficientemente eficazes na proteção dos bens mais importantes ao convívio social. Ademais, não se pode olvidar que quando da aplicação da sanção penal se coloca em jogo um bem jurídico dos mais importantes – a liberdade.

É preciso insistir na proteção da pessoa e na limitação do poder punitivo, medidas que além de fortalecer o livre desenvolvimento da personalidade e exaltar a autodeterminação do homem, relacionam-se diretamente com o respeito pela dignidade humana.

Porquanto, mesmo que breve, segue-se uma distinção dos atuais discursos penais.

6 MOVIMENTOS PENAIS ATUAIS

O Direito Penal é somente mais um instrumento de que se serve o Estado para atuar na realização de uma das suas funções, ou seja, diminuir a violência que atinge os indivíduos e a sociedade. Assim, a legitimidade desse instrumento será aferida na medida em que alcance suas finalidades, sem, contudo, extrapolar os limites estabelecidos ao exercício do poder punitivo.

De acordo com Luigi Ferrajoli, na política de atuação contra o crime o sistema de direito e responsabilidade penal oscilam entre dois extremos opostos, direito penal máximo e direito penal mínimo, permitindo-se falar em sistema intermediários ou, mais apropriadamente, ordenamentos jurídicos tendentes ao direito penal máximo ou tendentes ao direito penal mínimo. (FERRAJOLI, 2002, p. 83)

O direito penal máximo consiste em um modelo de direito penal que se caracteriza pelo exercício ilimitado e incondicionado do poder punitivo, bem como pela “excessiva severidade das condenações e das penas [...] configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação.” (FERRAJOLI, 2002, p. 84).

O direito penal mínimo consiste em um modelo de direito penal que se caracteriza pelo exercício bem limitado e condicionado do poder punitivo e “corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um direito penal racional à medida que suas intervenções são previsíveis e são previsíveis”. (FERRAJOLI, 2002, p. 83-84)

Hodiernamente, há movimentos e orientações que analisam a atuação e a utilidade do direito penal na contenção da criminalidade e podem ser distribuídos em três grupos.

6.1 O Abolicionismo

Este movimento postula a supressão do sistema penal como medida para se alcançar um direito que não oculte sobre o manto do poder punitivo os problemas relacionados com a sociedade.

Na lição de Evandro Lins e Silva as origens de parte das ideias do movimento abolicionista são atribuídas a Filippo Gramatica, professor e advogado, fundador do Centro de Estudos de Defesa Social, em Gênova. Ao final da Segunda Guerra Mundial, sucedeu-se uma forte reação humanista e humanitária. Caracterizou-se não como uma nova escola penal, mas um movimento de imensa influência na reforma penal e penitenciária da segunda metade do século XX, cujo idealizador foi Filippo Gramatica. Adotando uma posição radical, defendia que a Defesa Social consistia na ação do Estado direcionada a garantir a ordem social, mediante meios que importassem a própria abolição do Direito Penal e dos Sistemas penitenciários vigentes. (SILVA, 1991, p. 29-32).

O abolicionismo considera o Direito Penal ilegítimo e nocivo, de natureza seletiva, estigmatizante, incapaz de solucionar os conflitos, e, além disso, quando arditosamente utilizado desvirtua a realidade, pois com a maximização de um Estado Penal se oculta um vazio deixado pelo próprio Estado – a inércia e inoperância do Estado Social.

Para os abolicionistas a ilegitimidade do Direito Penal reside no fato de inexistir objetivo que justifique os tormentos do apenamento, principalmente se for pena de prisão, bastando observar o sistema carcerário mundial para aferir o grau de desumanidade praticado na execução da pena privativa de liberdade.

Quanto à seletividade afirmam que há um público-alvo para o qual são direcionadas as normas penais, bem como uma seleção sobre quais delitos devem ou não ser aplicado o sistema penal (cifra negra);

Já a estigmatização consiste em um mecanismo de exclusão criado pela própria sociedade, pelo qual se atribui a alguém um rótulo de perigoso. Cria-se uma falsa ideia de que a qualquer momento a pessoa poderá delinquir. A atribuição do estigma de perigoso nem sempre exige que tenha ocorrido uma condenação ou o cumprimento de uma sanção penal, muitas vezes é suficiente a mera suspeição da prática de um crime. Ademais, o rótulo do sistema penal termina por alcançar todos os que com ele mantém alguma relação, alcançando os familiares do condenado, e terminando por estigmatizar a própria vítima de crime.

Um dos precursores do movimento abolicionista, Louk Huslman, assevera que:

Não se costuma perder tempo com manifestações de simpatia pela sorte do homem que vai para a prisão, porque se acredita que ele fez por merecer. 'Este homem cometeu um crime' – pensamos; ou, em termos mais jurídicos, 'foi julgado culpável por um **fato punível com pena de prisão** e, portanto, se fez justiça ao encarcerá-lo'. Bem, mas o que é um crime? O que é um 'fato punível?' Como diferenciar um fato **punível** de um fato não-punível?

Por que ser homossexual, se drogar ou ser bígamo são fatos puníveis em alguns países e não em outros? Por que condutas que antigamente eram puníveis, como a blasfêmia, a bruxaria, a tentativa de suicídio, etc, hoje não são mais? As ciências criminais puseram em evidência a relatividade do conceito de infração, que varia no tempo e no espaço, de tal modo que o é 'delituoso' em um contexto é aceitável em outro. Conforme você tenha nascido num lugar ao invés de outro, ou numa determinada época e não em outra, você é passível – ou não – de ser encarcerado pelo que fez, ou pelo que é, grifo nosso. (HULSMAN, 1993, p. 63).

Os abolicionistas postulam a eliminação completa do sistema penal e, em substituição propõem o uso de instrumentos de índole civil, em especial a indenização e recomendam a composição entre vítima e causador do dano.

Entretanto, uma vertente abolicionista argumenta que há fatos graves cuja solução, infelizmente, ainda depende do Direito Penal, mesmo que outros ramos do direito se apresentem aptos a resolver conflitos e lesões a bens jurídicos importantes. Mas, enfatizam que o cárcere deve ser sempre a última das soluções.

Como bem enfatizou Edmund de Oliveira:

[...] ainda não é possível se afirmar se algum dia a humanidade chegará à perfeição que lhe permita abolir a prisão [...] o fato é que hoje em dia não podemos passar sem ela (prisão). O grande lamento é que a prisão continue a se apresentar como um espetáculo deprimente, atingindo além da pessoa do delinquente: orfana filhos de pai vivo; enviúva a esposa de marido combalido; prejudica o credor do preso tornado insolvente; desadapta o encarcerado à sociedade; suscita graves conflitos sexuais; onera o Estado; amontoa seres humanos em jaulas sujas, úmidas, onde vegetam em olímpica promiscuidade. (OLIVEIRA, 1996, p. 07).

6.2 Lei e Ordem

Se o abolicionismo advoga uma diminuição ou redução da intervenção estatal na solução dos conflitos penais o movimento Lei e Ordem, em sentido oposto, pugna por uma utilização mais intensa do sistema penal.

Movimento repressivo que mediante o uso de um discurso do Direito Penal Máximo induz a sociedade a crer que a solução de todos os problemas reside na

produção de leis mais severas que imponham penas mais graves. Assim, os únicos meios eficazes para intimidar ou neutralizar os atentados terroristas, a violência urbana, a delinquência juvenil, os ‘sequestros-relâmpagos’, são: penas privativas de liberdade mais longas, redução da maioridade penal, novos tipos penais incriminadores etc.

A mídia contribuiu sobremaneira para a propagação do discurso do Direito Penal Máximo. A difusão de críticas às leis penais por profissionais não habilitados, como apresentadores de programas televisivos, repórteres, as acusações às instituições penais e o apelo incessante à intervenção penal influenciaram nitidamente a sociedade que deixou de lado o Estado Social priorizando o setor repressivo como forma de garantir a segurança. Neste contexto, qualquer sacrifício individual passou a ser aceito, ainda que a custo de direitos e garantias tão arduamente conquistados.

Os adeptos do movimento de Lei e Ordem apostam que uma intervenção máxima do Direito Penal, compreendendo todo e qualquer comportamento desviado, de modo a deixar clara a inevitabilidade da resposta penal é capaz de realizar um papel educador e repressor.

Tal concepção nos remete ao movimento denominado Tolerância Zero implantado, no início da década de 90, na cidade de Nova York, consistindo em uma derivação da Teoria “Janelas Quebradas” sendo ambos os sistemas apoiados na ideia de Lei e Ordem.

Para Volpe Filho, a teoria das “Janelas Quebradas” foi criada em 1982 pelo cientista político James Q. Wilston e pelo psicólogo criminalista George Kelling. Segundo informa o autor, Wilston e Kelling, ambos americanos, estabeleceram uma relação de causalidade entre desordem e criminalidade. Para explicar a teoria usaram como exemplo a imagem de janela quebradas, figurando como a desordem que cede, aos poucos, lugar para a criminalidade. Conhecida originariamente como *Broken Windows* serviu como fundamento ao programa de Nova York denominado “Tolerância Zero”. Os índices de criminalidade em Nova York, na década de 90, despencaram e a política foi eleita como responsável. Porém, várias críticas foram formuladas acerca da “Lei e Ordem”. Dentre os argumentos apresentados destacam-se ser a política opressora apenas dos pobres, dos necessitados e das minorias, pois se preocupa com a mendicância agressiva, lavagem de pará-brisas não solicitadas, embriaguez pública, quando a violência ganha novas feições nos

centros urbanos; outra crítica se dirigiu ao fato de punir muitas condutas não merecedoras de pena.

Em 1993, após o êxito em sua campanha eleitoral, o prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, implantou o plano denominado *Tolerância Zero*, juntamente com William Bratton, chefe de política.

Dissertando sobre o tema, aduz Wacquant:

Essa teoria, jamais comprovada empiricamente, serve de álabe criminológico para a reorganização do trabalho Policial empreendida por William Bratton, responsável Pela segurança do metrô de Nova York, promovido à Chefe de polícia municipal. O objetivo dessa reorganização: refrear o medo das classes médias e superiores – as que votam – por meio da perseguição permanente dos pobres nos espaços públicos (ruas, parques, estações ferroviárias, ônibus e metrô etc.). Usam para isso três meios: aumento em 10 vezes dos efetivos e dos equipamentos das brigadas, restituição das responsabilidades operacionais aos comissários de bairro com obrigação quantitativa de resultados e um sistema de radar informatizado (com arquivo central sinalético e cartográfico consultável em microcomputadores a bordo dos carros de patrulha) que permite a redistribuição contínua e a intervenção quase instantânea das forças da ordem, desembocando em uma aplicação inflexível da lei sobre delitos menores [...](WACQUANT, 2000, p. 26).

Outrossim, parte da doutrina atual refere-se a esta tendência penal como movimento irracional de “Lei e Ordem”. Caracterizado pela ausência de limites, por “sua excessiva severidade e também pela **incerteza e imprevisibilidade** das condenações e das penas, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente [...]”, grifo nosso. (FERRAJOLI, 2000, p. 84).

Cesare Beccaria, em 1764, de forma clara e objetiva já assevera que é “impossível evitar todas as desordens [...] e que “a certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade [...]”. (BECCARIA, 1764, p. 87).

Para fundamentar uma redução nos direitos e garantias fundamentais sob o argumento de uma prometida e ilusória segurança jurídica, o Estado utiliza-se de mensagem subliminar apta a amedrontar as pessoas, as quais mais vulneráveis e com medo, passam a clamar por uma intervenção penal cada vez mais repressiva e preventiva sem perceberem que com isso somente legitimam o desrespeito aos direitos humanos e desprestigiam o valor do Direito Penal transformando-o em um ramo simbólico do Direito.

É imperioso, hodiernamente, buscar desconstruir junto ao senso comum, os discursos sub-reptícios produzidos pelo Estado.

6.3 Garantismo penal

Se o movimento abolicionista pugna pela eliminação do direito penal tendo por base a violência causada pelo próprio sistema, embora deixe de apresentar respostas para as graves violações a bens jurídicos, diversamente, o discurso do Direito Penal Máximo prega a aplicação do Direito Penal como solução para todos os problemas sociais com vistas a preservar a preponderância do próprio sistema.

O Direito Penal Mínimo, diferentemente, apregoa a importância do Direito Penal, porém deve intervir minimamente, ou seja, somente deve atuar quando os outros ramos do ordenamento jurídico se mostrar insuficientes para inibir certas condutas, e ainda, tão-somente em situações nas quais se identifiquem graves violações aos bens juridicamente protegidos.

Os minimalistas advogam ser finalidade do Direito Penal a proteção das liberdades individuais, contudo não refutam que a atividade penal seja uma causa geradora de violência e, por isso apresenta-se imperiosa a necessidade de garantias máximas, como forma de limitar sua atuação.

O garantismo consiste em um modelo penal que prima pela preponderância e pelo respeito aos direitos e garantias individuais.

Para os garantistas, ainda que exista um interesse em investigar, processar, condenar e punir o agente é necessário que sejam observados, em todas as fases do processo ou procedimento, todos os critérios de respeito à dignidade da pessoa humana, garantindo-lhe um julgamento justo, no qual sejam efetivadas as garantias dos direitos individuais, ainda que conflitantes com um interesse estatal.

O garantismo penal foi elaborado por Luigi Ferrajoli com base na tradição filosófica Iluminista e adotando como diretriz a separação radical entre direito e moral, se apresenta como modelo racional de justificação do direito penal.

A racionalidade atribuída ao garantismo reside no fato de se apresentar como um modelo de justificação ou legitimação, como também de deslegitimação do direito penal, permitindo criticar tanto as práticas jurídicas vigentes como as

instituições penais. Esta concepção busca fortalecer o direito penal mínimo e maximizar os direitos e garantias individuais. Estes enquanto direitos humanos constitucionalizados adquirem a função de determinar o objeto e estabelecer os limites do direito penal nas sociedades democráticas.

Luigi Ferrajoli parte do postulado de que os ordenamentos jurídicos dos Estados Democráticos estão fundados em parâmetros sólidos de justiça, racionalidade e legitimidade. Porém, mesmo consolidados em uma estrutura normativa constitucional, tais parâmetros são largamente negligenciados pelo Estado, instalando-se, dentro do próprio ordenamento jurídico, uma divergência entre normatividade garantista a nível constitucional e normatividade antigarantista nos níveis infraconstitucionais, bem como “práticas operativas” (FERRAJOLI, 2002, p. 683-684).

Em outras palavras, não se observa nas normas jurídicas um desdobramento de princípios, valores, limites e direitos consagrados constitucionalmente, surgindo uma divergência entre normatividade e efetividade. Ademais, segundo Ferrajoli (2002, p. 747) no exercício dos poderes há uma vocação natural antigarantista uma vez que “o poder tem o efeito específico de produzir desigualdade, [...] relação de sujeição”, consistindo a desigualdade em “relações assimétricas de poder/dever e no sentimento de desigualdade das identidades próprias”.

Para solucionar tal conflito, o garantismo propõe estabelecer, em todo o tempo, uma diferenciação entre modelo constitucional e o efetivo funcionamento dos demais sistemas (infraconstitucionais e “prática operativa”). Logo, quanto mais mecanismo de invalidação e de reparação detiver um sistema constitucional mais apto se apresenta para garantir a efetividade dos direitos proclamados. (FERRAJOLI, 2002, p. 286-296).

Contudo, para o garantismo o mais grave não reside nas deficiências e insuficiências legais, tais como antinomia, vagueza, lacuna etc., mas sim no descrédito sobre as possibilidades de superá-las e na negligência em efetivar os direitos já previstos na Constituição, bem como o descaso em reconhecer novos direitos como fundamentais.

Para assegurar a primazia do indivíduo e como forma de tutelar, sem distinção, seus direitos e necessidades, o garantismo considera que “as garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado”. (FERRAJOLI, 2002, p. 693).

Por iguais razões, o Estado e o direito, ambos considerados simples convenções sociais, somente serão reconhecidos como legítimos na medida em que se orientem no sentido de proteger os direitos subjetivos do indivíduo.

6.3.1 Princípios Garantistas em Ferrajoli

O Garantismo penal se estruturado por princípios garantistas que conectados, interdependentes e ordenados sistematicamente visam minimizar a intervenção penal e justificar a penalização. Sendo 05 (cinco) de ordem penal ou requisitos penais e 05 (cinco) designando requisitos processuais.

Os princípios definidores do garantismo, a seguir delineados, mais que permitir ou legitimar o exercício do poder punitivo, o condicionam e o vinculam, deslegitimando-o se abusivo.

6.3.1.1 Nulla poena sine crimine

Deste princípio axiológico fundamental deriva o Princípio da retributividade, isto é, da aplicação da pena em relação do delito. Primeira garantia do direito penal, da qual depende a subsistência de outras. Para que uma ação possa ser configurada como infração penal o aplicador do direito deve respeitar todos os requisitos do crime e, também os princípios exigidos para o exercício do poder punitivo.

O crime se apresenta como uma condição necessária, porém não suficiente para justificar a aplicação de uma sanção. Há outras garantias que precisam ser observadas e que condicionam a validade ou não da definição legal e também a comprovação judicial do delito.

Para o garantismo entre a sanção penal e o crime praticado deve existir uma perfeita correspondência, já que a racionalidade e a certeza são características de um direito penal mínimo. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo de que “nenhum inocente seja punido à custa de que algum culpado possa ficar impune”

(FERRAJOLI, 2002, p. 84) justifica as limitações e por outro lado a máxima tutela das liberdades dos indivíduos.

6.3.1.2 Nullum crimen sine lege

O princípio da legalidade prescreve que a atuação do aplicador do direito seja em conformidade com a lei.

O garantismo consiste em um modelo penal de extrema legalidade, entretanto, esta legalidade é diversa do respeito absoluto à lei, por exigir que se fundamente na legitimidade. Além disso, ramifica-se em: Princípio da Legalidade e da Estrita Legalidade.

Para Luigi Ferrajoli, há um valor teórico geral diverso quando se prescreve pelo princípio da sujeição uma observância não só formal como também material da lei (ordinária) à lei (constitucional), pois “esta sujeição substancial concretiza-se em diferentes técnicas garantistas” uma vez que “o legislador e os demais poderes públicos são colocados a serviço, por meio de proibições ou obrigações impostas sob pena de invalidade, da tutela ou satisfação dos diferentes direitos da pessoa [...]”. (FERRAJOLI, 2002, p. 307).

José Afonso da Silva também ressalta que o **princípio da legalidade**, num Estado Democrático de Direito, funda-se no **princípio da legitimidade**, senão o Estado não será tal. [...], eis que, o princípio da legalidade só pode ser formal na exigência de que a lei seja concebida como **formal** no sentido de ser feita pelos órgãos de representação popular [...]. Para ele, ainda que legalidade e legitimidade sejam atributos do poder diferenciam-se deste uma vez que legitimidade consiste na qualidade concedida ao título do poder, enquanto legalidade é uma qualidade de seu exercício. E fazendo alusão às observações de Norberto Bobbio, para quem quando se exige que um poder seja legítimo, pergunta-se se aquele que o detém possui um justo título para detê-lo e que o poder legítimo é um poder, cujo título é justo e um poder legal é um poder, cujo exercício é justo, se legítimo, conclui que “o princípio da legalidade de um Estado Democrático de Direito assenta numa ordem jurídica emanada de um poder legítimo [...]”, pois se assim não for, possivelmente haverá [...]

“uma legalidade formal, mas não a realização do princípio da legalidade”. (SILVA, 2003, p. 423-424).

Para o garantismo, o princípio da legalidade ou mera legalidade se restringe a exigir a lei como condição necessária para estabelecer o que configura delito e a respectiva pena. Para a existência ou vigência de uma lei penal é suficiente que na sua elaboração tenham sido observadas as prescrições legais quanto à forma e a fonte. Esse princípio se identifica com a reserva relativa de lei, compreendendo a lei no sentido formal, direcionado ao aplicador do direito prescreve-lhe considerar como delito aquilo que a lei qualifica como tal.

Já o princípio da legalidade estrita, também denominada, taxatividade dos conteúdos se apresenta como condição de validade ou de legitimidade das leis. Identifica-se com a reserva absoluta de lei, compreendendo “lei” no sentido substancial, ou seja, conteúdo legislativo. Assim, por meio desse princípio a sujeição do aplicador do direito à lei passa a configurar uma sujeição somente à lei.

Para Luigi Ferrajoli o princípio de mera legalidade é um princípio geral de direito público, base estrutural do próprio estado de direito enquanto o princípio de estrita legalidade consiste em uma garantia penal, pois somente a lei penal que incide sobre a liberdade pessoal dos indivíduos está obrigada a vincular a si mesma. (FERRAJOLI, 2002, p 306-307).

6.3.1.3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate

O Princípio da necessidade ou economia do direito penal é o princípio que deve ser observado tanto pelo legislador, ao inovar o ordenamento jurídico-penal, quanto pelo aplicador do direito. Também denominado princípio da intervenção mínima orienta, limita e condiciona a atuação do direito penal ao absolutamente necessário.

Pelo princípio da intervenção mínima é possível entrever a subsidiariedade e a fragmentariedade do Direito Penal. Assim, somente quando esgotadas outras possibilidades de proteção dos bens jurídicos necessários e vitais ao convívio em sociedade contra os ataques mais graves é que se autoriza a intervenção penal.

Luigi Ferrajoli adverte que “um programa de direito penal mínimo deve apontar a uma massiva deflação dos “bens penais” e das proibições penais legais, como condição da sua legitimidade política e jurídica [...]”, eis que “uma política penal de tutela de bens tem justificação e credibilidade somente quando é subsidiária de uma política extrapenal de proteção dos mesmos bens [...]”. (FERRAJOLI, 2002, p. 373-382).

6.3.1.4 Nulla necessitas sine injuria

O Princípio da lesividade ou ofensividade compreende a lesividade como condição necessária, embora não suficiente, para que a intervenção penal se efetive. Isto é, somente estará autorizada a atuação do Direito Penal se a conduta, mesmo que descrita na lei, lesionar direitos de outras pessoas.

Em decorrência deste princípio, não se pune a autolesão ou a tentativa de suicídio, pois, embora a conduta tenha afetado um bem jurídico, não ultrapassou o âmbito daquele que a praticou.

Também, sob o mesmo fundamento, excluem-se da proteção penal as situações de perigo abstrato, pois, na maioria das vezes, “nestas situações o que se castigar uma mera desobediência ou violação forma da lei por parte de uma ação inócua em si mesma.” (FERRAJOLI, 2002, p. 383).

6.3.1.5 Nulla injuria sine actione

O Princípio da materialidade ou exterioridade da ação. Para este princípio não há ofensa sem conduta. Em decorrência é vedada a incriminação de atitude interna, compreendendo ideias, aspirações, convicções, bem como a de simples estados ou condições existenciais.

Luigi Ferrajoli afirma que:

[...] nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação. Em consequência, os delitos não podem consistir em atitudes ou estados de ânimo interiores, nem sequer, genericamente, em fatos, senão que devem se concretizar em ações humanas, passíveis de serem descritas, enquanto tais, pela lei penal. (FERRAJOLI, 2002, p. 384).

Por este princípio, limita-se a atuação penal às ações externas, condicionando-o a atuar somente sobre os fatos e, concomitantemente, legitima a diversidade de condutas autorizadas pelo pluralismo democrático, assegurando ao indivíduo uma maior proteção de sua liberdade.

6.3.1.6 Nulla actione sine culpa

O princípio da Culpabilidade ou responsabilidade pessoal tem por função afastar a responsabilidade penal objetiva. Exigindo para a responsabilidade penal que a pessoa tenha atuado com consciência e vontade.

Este princípio, mesmo consistindo em uma garantia penal, vem sendo negligenciado por diversos ordenamentos jurídicos, os quais ora tendem a negá-lo, ora buscam substituí-lo por meios aptos a qualificar a personalidade do agente, tais como: periculosidade, capacidade para delinquir.

A consciência e vontade do agente são condições necessárias, porém não suficientes para se aferir à culpabilidade. Para que esta se configure necessário constatar a presença de todos os requisitos que configuram o delito.

A seguir serão delineados alguns aspectos dos princípios processuais penais do modelo garantista.

6.3.1.7 Nulla culpa sine iudicio

Princípio da Jurisdicionariedade é o princípio pelo qual se veda a criação e existência de tribunais ou juízos de exceção, bem como se assegura o respeito absoluto às regras de determinação de competência, como forma de preservar o

princípio do juiz natural e garantir a independência e a imparcialidade do órgão julgador.

Decorrem, também, deste princípio outras garantias, dentre elas, instrução penal contraditória, a motivação dos atos judiciais, publicidade e a presunção de inocência até prova contrária decretada por sentença definitiva de condenação.

6.3.1.8 Nullum iudicium sine accusatione

Princípio Acusatório. Decorre deste princípio a separação entre as atividades de julgar e de acusar. Esta é reservada exclusivamente ao Ministério Público e, por mais paradoxal que possa parecer, consiste em uma forma de proteção às liberdades individuais, pois preserva a imparcialidade do juiz.

A acusação, ao narrar os fatos e fazer o pedido, delimita a esfera dentro da qual o juiz irá decidir o conflito, sendo-lhe vedado julgar de forma diversa, além ou aquém dos limites traçados, sob pena de nulidade.

Para tanto, ao Ministério Público compete promover a ação penal pública, requisitar informações e documentos, requisitar diligências investigatórias, instaurar inquérito policial, consentir para que se opere a transação penal.

6.3.1.9 Nulla accusatio sine probatione

Princípio do ônus da prova, por este princípio se extrai que todo o encargo de provar compete à acusação. Se o réu somente será considerado culpado após uma sentença definitiva condenatória, a presunção de inocência transfere todo o ônus da prova para a acusação. Não mais se permite exigir do réu a comprovação de sua inocência.

6.3.1.10 Nulla probatio sine defensione

Princípio da defesa compreende a defesa como um direito inviolável do indivíduo, em qualquer grau de jurisdição e qualquer procedimento. É fundamental que seja efetiva e não constitua uma simples simulação.

Para tanto, às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do juiz, por meio de participação e manifestação sobre os atos que constituem o processo.

A defesa pode ser subdivida em defesa técnica (efetuada por profissional habilitado) e autodefesa (realizada pelo próprio réu). Esta encontra-se no âmbito de conveniência do réu enquanto aquela é obrigatória.

Explica Luigi Ferrajoli que entre o Direito Penal Mínimo e o Direito Penal Máximo existem diversos sistemas intermediários, com maiores ou menores vínculos garantistas, sendo mais apropriado falar em uma “tendência ao direito penal mínimo” e de uma “tendência ao direito penal máximo”. “Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira os níveis normativos superiores e, a outra, os níveis normativos inferiores [...]” (FERRAJOLI, 2002, p. 83).

7 DIREITO PENAL MODERNO ATUAL

Do primado dos direitos fundamentais, legitimam-se o Estado e o direito como instrumentos da sociedade, afirma-se a forma jurídica do Estado – sujeição de todos os poderes públicos à lei e resulta um Poder Judiciário independente e garantidor dos direitos do homem contra o arbítrio e o abuso de poderes, sejam públicos ou privados.

Não obstante a finalidade estatal se consubstanciar em garantir proteção aos direitos dos cidadãos e laborar pela paz social sugere-se uma interpelação incessante como meio de reavivar promessas aparentemente abandonadas.

Atento às mutações ocorridas durante a história, Agamben (2002, p. 115), interpreta que “é chegado o momento de reler desde o princípio todo o mito de fundação da cidade moderna, de Hobbes a Rousseau” eis que “a fundação não é um evento que se cumpre de uma vez por todas *in illo tempore*, mas é continuamente operante no estado civil.”

E por ser continuamente operante, legitima a permanente busca por técnicas idôneas, tanto legislativas quanto judiciárias, aptas a assegurar a efetividade dos princípios constitucionais e de direitos fundamentais por eles consagrados. Se a busca pelo aprimoramento do Estado moderno, se faz pelo reconhecimento de novos direitos, pela elaboração de novas garantias legais, pela efetivação dos direitos já reconhecidos, interessante se faz como forma de prevenir interpretações e aplicações conflitantes, conceituar e elaborar distinções entre dispositivos legais, os quais por vezes se amoldam a institutos diversos.

Nesse sentido, alguns aspectos do Direito Penal Moderno atual podem e devem ser revistos. De forma que a cada requestionamento se promova a abertura e a efetivação de uma maior liberdade e autonomia da pessoa humana em detrimento de uma violência que insiste em atribuir inverdades a Direito Penal ao mesmo tempo em que estigmatiza e segrega seres humanos.

Leonardo Isaac Yarochevsky esclarece que:

[...] no direito penal moderno e atual a responsabilidade pela prática de fatos (direito penal do fato) comissivos ou omissivos vem-se distanciando de qualquer responsabilidade pelo modo de ser do agente [...] ou em seu caráter (direito penal do autor), sendo certo que este somente poderá ser punido

por sua conduta e jamais pelo que seja ou deixe de ser. (YAROCHEWSKY, 2005, p.111).

O direito penal do fato não se preocupa em julgar a personalidade ou a forma como o agente conduz a sua vida, mas sim os atos praticados, enfatizando a relação existente entre o autor e o fato concretamente realizado. Este dará os definitivos e concretos limites para a intervenção penal; o delito passa a ser concebido como um fato ilícito causador de uma lesão jurídica, provocada por uma conduta humana, oriunda da decisão de uma pessoa responsável, detentora de autonomia de vontade; a censurabilidade do ato, bem como a punição do agente passa a ser aplicadas na medida da vontade com que atuou o agente, ou seja, no limite de sua culpabilidade.

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli afirmam que:

[...] um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o “ser” de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2004, p. 116).

Pode-se dizer que há um Direito Penal mais humanizado, no qual a função de tipificar e sancionar desloca-se da pessoa do agente para os atos praticados pelo mesmo. Já não mais se admite a responsabilidade objetiva. Ademais, de acordo com os ensinamentos de Nilo Batista o “princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado [...]” (BATISTA, 2007, p.103).

Para Francisco de Assis Toledo todo sistema punitivo se fundamenta em dois fatores: fato ou ação humana e o autor ou o agente, identificáveis a partir da ocorrência do crime ou na mistura de ambos. O acento no fato ou no autor é que irá determinar se o sistema se caracteriza como “direito penal do fato” ou “direito penal do autor”. Porém, “nenhum sistema se apresenta com essa pureza. O que há são sistemas que mais se aproximam ora de um, ora de outro desses dois extremos”. (TOLEDO, 1994, p. 250-251).

Se em respeito à autonomia de vontade da pessoa humana, o direito penal atual acolheu a culpabilidade pelo fato, como ponto de partida para que o agente possa ser julgado pelo que fez; se em decorrência da primazia dos direitos

fundamentais se propõe a não violação da esfera de autodeterminação do homem, ainda que se desconheça um puro sistema penal do fato, compete aos operadores do direito efetivar uma interpretação constitucional do referido sistema.

8 ILEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL DO AUTOR EM FACE DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

O Direito Penal não apresenta uma história de homogênea racionalidade. Punições nem sempre se apresentaram como consequência do fato praticado pelo agente. São revelados pela história casos em que a pena constituía uma consequência da condução de vida do agente, sancionava-se aquilo que o agente era, seu modo de ser.

As modernas Constituições sensíveis às constantes e agudas intervenções estatais na esfera individual reforçaram os limites ao direito de punir, bem como racionalizaram a utilização do direito penal. Decorre uma dupla finalidade ao aparato penal, limitar a liberdade e garantir a liberdade do indivíduo contra as agressões estatais e/ou de particulares.

A constitucionalização do direito penal se evidencia por meio da influência que os valores e os princípios constitucionais exercem sobre direito penal. Destaca-se o princípio de culpabilidade, ora como fundamento do direito de punir, ora como limitador da intervenção punitiva.

Como fundamento da pena, o princípio da culpabilidade reconhece o homem como sujeito de direitos, dotado de capacidade de autodeterminação. Incompatível, pois com o direito penal do autor.

Ainda hoje, no ordenamento jurídico brasileiro são encontradas e aplicadas, sem maiores questionamentos, disposições que nos remetem à Escola Positiva. Uma análise sobre a legitimidade de alguns desses dispositivos legais se faz necessária, uma vez que, em conformidade com o art. 1º da Constituição da República, o Estado Brasileiro se constitui em um Estado Democrático de Direito, alicerçado, de acordo com o inciso III do mesmo artigo, na dignidade da pessoa humana.

9 DIREITO PENAL DE AUTOR EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição da República Federativa do Brasil reconhece no inciso III, art. 1º, a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, por conseguinte o homem passa a ocupar o lugar central no Estado.

Os direitos fundamentais, enquanto direitos humanos constitucionalizados têm a função estabelecer o objeto e limitar o poder punitivo do Estado nas sociedades democráticas.

Na Constituição da República também se encontram assegurados vários princípios garantistas, tais como: Princípio da legalidade, artigo 5º, inciso XXXIX, princípio da individualização das penas, inciso XLVI do artigo 5º, Princípio da responsabilidade pessoal, conhecido também como princípio da intranscendência da pena ou princípio da pessoalidade, inciso XLV do artigo 5º, Princípio da Limitação das penas, inciso XLVII do artigo 5º. Estes previstos expressamente.

Já o princípio da culpabilidade possui status constitucional, ainda que não expressamente previsto na Constituição da República.

Nesse sentido, Leonardo Isaac Yarochevsky :

Sendo a culpabilidade um verdadeiro princípio de Direito Penal, dele não podemos prescindir, ainda que não esteja positivado, posto que os princípios são verdadeiras bússolas do Direito [...]. Direito não é e não pode ser somente aquilo que está escrito. (YAROCHEWSKY, 2000).

Prado (2008, p.135) afirma que o princípio da culpabilidade encontra-se implicitamente agasalhado, em nível constitucional, e acresce aos artigos 1º, III (dignidade da pessoa humana), ART 4º, II (prevalência dos direitos humanos), art. 5º, *caput* (inviolabilidade do direito à liberdade) o art.5º, XLVI (individualização da pena), todos da Constituição da República do Brasil (CF).

Outrossim, Sarlet (2004, p.122-124) afirma que a dignidade da pessoa atua como elemento limitador de atividade restritiva dos direitos fundamentais e se remanescer alguma dúvida vigora o postulado do *in dubio pro dignitate*.

Porquanto, um ordenamento jurídico orientado pelo princípio da dignidade humana e inspirado por princípios garantistas, como ocorre no Estado Brasileiro, deverá primar pela autonomia e pelo respeito à singularidade de cada pessoa,

competindo ao Estado propiciar condições para que o homem possa se desenvolver e alcançar sua plena realização.

Diante do exposto e considerando a responsabilidade penal subjetiva como parte integrante da culpabilidade, constata-se que a Constituição da República optou pelo direito penal do fato. Porém, percebe-se na legislação infraconstitucional a presença de dispositivos legais que não se coadunam com a Constituição de 1988.

Tempos antes, Baumann, citado Francisco de Assis Toledo, como se estivesse analisando o ordenamento jurídico brasileiro, afirmou:

Embora o direito vigente seja essencialmente um direito penal do fato, há várias disposições legisladas que se ajustam a uma concepção ligada ao direito penal de autor. (exemplo: a reincidência, a figura do delinquente profissional ou habitual etc). (TOLEDO, 2000, p.237).

A discussão sobre a adoção de um direito penal do fato ou direito penal do autor repercute diretamente na prática dos operadores do direito, visto que vários institutos, tais como reincidência, personalidade, antecedentes, dentre outros, permeiam as normas penais.

Da previsão constitucional do princípio da culpabilidade decorre a não recepção de um direito penal orientado com base na atitude interna, no modo de ser de ser do agente, tornando inviável até mesmo uma combinação do direito penal do fato e direito penal do autor, já que ao conceito de culpabilidade pelo fato interessa somente o ilícito praticado pelo agente. Assim, embora vigentes, tais disposições legais tornam-se ilegítimas, pois incompatíveis com a tutela dos direitos fundamentais.

9.1 Normas penais: Regulatividade e Constitutividade

De acordo com um Estado Constitucional e Democrático de Direito consagrado pela Constituição, “o homem deve ocupar o centro das atenções do Estado” (GRECO, 2005, p. 66) que para a responsabilização penal e aplicação da sanção, deverá observar algumas condições, tais como, fato exterior, previsto anteriormente na lei como crime, que produza um dano para terceiro e, que seja

praticado por uma pessoa (imputável). Imprescindível a existência de previsão legal da proibição e da punição da conduta.

Portanto, a legalidade exigida se fundamenta na legitimidade das normas jurídicas. Isto significa que a validade de uma lei não se restringe à observância dos requisitos formais previstos constitucionalmente para sua existência e vigência. À legitimidade formal acresce a legitimidade substancial, ou seja, além de respeitar os limites e os procedimentos previstos na constituição para a elaboração da norma jurídica, “o conteúdo desta deverá ser congruente com os princípios constitucionais, expressos e implícitos, norteadores de toda a legislação.” (FERRAJOLI, 2002, p. 286).

O princípio da regulatividade permite aferir a legitimidade de uma norma penal. Este princípio, segundo Ferrajoli, constitui, concomitantemente, pressuposto das garantias de materialidade, de culpabilidade e designa a estrutura deôntica das leis penais, as quais podem ser classificadas em constitutivas ou regulativas.” (FERRAJOLI, 2002, p. 403).

Normas regulativas são as que prevêm atos e os efeitos jurídicos subsequentes à sua comissão ou omissão. Possibilitam ao destinatário a observância ou o descumprimento. Regulam um comportamento qualificando-o como permitido, proibido ou obrigatório, estabelecendo os efeitos correspondentes, enquanto as normas constitutivas incidem diretamente sobre a pessoa, já que não regulam comportamentos, não proíbem atuar, mas punem qualidades pessoais. (FERRAJOLI, 2002, p. 402-403).

Da incongruência das normas constitutivas em face do princípio da regulatividade, pode-se afirmar que leis penais constitutivas devem ser desconsideradas.

Como bem explicado por Luigi Ferrajoli:

Restam, em consequência, proscritas por tal princípio: a) as leis penais constitutivas, que não regulam comportamentos, não contêm proibições e não admitem a alternativa entre observância e inobservância, senão que constituem diretamente os pressupostos da pena, estigmatizando ou qualificando como réus um sujeito ou uma classe de sujeitos, muito em razão da sua forma de ser do que pela sua forma de atuar; b) as sentenças penais constitutivas, que não comprovam os pressupostos fáticos legalmente predeterminados, senão que se constituem em qualificações penais, previstas em abstrato por leis penais “quase constitutivas”, mediante juízos de valor que têm por objeto a pessoa. (FERRAJOLI, 2002, p. 403).

A propagação e ou permanência, nos ordenamentos jurídicos, de normas penais responsabilizando a pessoa do criminoso por sua forma de ser, independentemente das ações realizadas, afronta a garantia de culpabilidade e o princípio da dignidade humana, por exigir da pessoa que seja ou venha a ser diferente do que é,

Luigi Ferrajoli afirma que a tipificação e a classificação de autores, antes que de seu atuar ou a “relevância concedida a condições pessoais cuja comprovação fica confiada a normas constitutivas”, implicam em desigualdade e discriminação. Exemplifica a responsabilização pelo modo de ser citando as bruxas, os sujeitos perigosos, os subversivos, os mafiosos e ressalta que os tipos mais importantes são o “da reincidência, da vadiagem e da periculosidade”. (FERRAJOLI, 2002, p. 405-407).

Com efeito, se o princípio da regulatividade compreende o conteúdo das leis penais como regulação de comportamentos passíveis de serem observados ou refutados pelos destinatários, restando vedadas as normas constitutivas, legais ou jurisdicionais, justifica-se sua adoção e sua aplicação nos ordenamentos jurídicos.

Ainda na esteira dos ensinamentos de Luigi Ferrajoli e, primando pelo real sentido do direito penal conforme os ditames estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil, passamos a delinear algumas das manifestações de Direito Penal de autor, no direito penal brasileiro.

10 MANIFESTAÇÕES DO DIREITO PENAL DE AUTOR NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Salientando o caráter constitutivo de alguns dispositivos legais, doutrinadores apresentam sérias críticas ressaltando que os mesmos estão alicerçados muito mais na forma de ser do agente que propriamente na sua forma de agir.

O Código Penal Brasileiro determina, em seu artigo 59, que o juiz, ao fixar a pena, leve em consideração, como circunstâncias judiciais, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, dentre outras.

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

As circunstâncias judiciais, também legais, já que definidas em lei ensejam que a valoração correspondente a seu conteúdo, seja realizada pelo juiz em cada caso. Classificam-se em circunstâncias judiciais subjetivas – culpabilidade, antecedentes, conduta, personalidade, motivos – e circunstâncias judiciais objetivas – circunstância do crime propriamente dito, consequência e comportamento da vítima.

Iniciaremos o estudo pelas variáveis subjetivas – personalidade, antecedentes, conduta social – que influem na fixação da pena, seguindo-se da reincidência e outras hipóteses afins.

10.1 Personalidade

A Escola Positiva, estudada anteriormente, localiza as causas do crime na manifestação de determinadas condições hereditárias e anomalias que produzem no homem uma predisposição natural para a delinquência.

Para a teoria psicanalítica do delito, as causas do crime se localizam na estruturação da personalidade do agente. Esta embora se desenvolva em cinco

fases bem caracterizadas – infância, juventude, estado adulto, maturidade e senilidade – é, justamente, no período da infância que se define o conjunto de caracteres que, posteriormente, propiciarão comportamentos adequados socialmente ou desviantes. (ARBENS citado por NUCCI, 1983).

Ressalte-se que, mesmo após o avanço da ciência, não há unanimidade ao conceituar personalidade. Tanto na Psicologia quanto na Psiquiatria a amplitude do termo dificulta sua conceituação e, por isso múltipla e diversa são as definições apresentadas.

Não obstante, o ordenamento jurídico brasileiro, na busca pelo total conhecimento do réu, possibilitou ao juiz, conforme art. 59, CP, realizar uma avaliação sobre a personalidade do agente, com o fim de eleger e estimar a sanção.

Permitir a elevação da pena-base por ter sido a personalidade do agente valorada negativamente consiste em punir o réu pelo seu modo de ser.

Crítica mais severa à avaliação da personalidade pelo juiz é apresentada por Salo de Carvalho quando afirma, com base no modelo garantista, a ilegitimidade desta avaliação. Ressalta ser vedado ao julgador invadir discricionariamente uma área da esfera individual que consiste na interioridade da pessoa; Adverte que a indefinição do termo personalidade impossibilita a propositura de recurso da sentença penal em decorrência da incerteza teórica desta circunstância judicial além de consubstanciar uma culpabilidade de autor. Ao se referir à superficialidade dos juízos emitidos relaciona-os a uma “valoração estritamente moral” que deveria ter sido extirpada pela “secularização moderna do direito penal”. Colacionando, como exemplo desta, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que a personalidade é considerada somente para beneficiar o réu. (CARVALHO e CARVALHO, 2004, p.52-61).

Nesse sentido e, considerando que a reforma da parte geral do código penal, por meio da lei 7209/84, optou pelo finalismo, a periculosidade cede espaço à culpabilidade e a personalidade, como condição pessoal, somente deverá ser considerada, em conformidade com a culpabilidade do fato, como forma de aferir se o agente possuía ou não capacidade de autodeterminação.

Como se observa, ao Estado, qualificado como Estado de Direito, art. 1º CR/88, cabe unicamente exigir das pessoas que obedeçam as normas por ele emanadas sem jamais exigir que modifiquem seus valores internos e/ou seu modo de vida.

Diante do exposto, a legitimidade da previsão legal da avaliação da personalidade, prevista no art. 59, CP, como circunstância judicial, condiciona-se à uma interpretação conforme à constituição, ou seja, não contrária ao princípio da dignidade da pessoa.

10.2 Antecedentes

Prosseguindo na análise dos elementos que compõem o citado artigo, os antecedentes são informações objetivas sobre todos os fatos e episódios, próximos ou remotos, que ocorreram ao agente, em matéria criminal, antes da prática do fato criminoso.

No Código Penal de 1940 (Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940) os antecedentes passaram a ser fator de relevância no momento da aplicação da pena em decorrência dos princípios vigentes considerarem o homem criminoso como centro das investigações.

Preceituava o art. 42 do diploma acima:

Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:

I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;

II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

Conforme os ensinamentos de Francisco Bissoli Filho eram considerados como “antecedentes” as seguintes situações, dentre outras: inquéritos policiais arquivados ou em tramite, processos judiciais já julgados com absolvição decretada por insuficiência de provas, infrações disciplinares civis, processos civis de suspensão ou destituição de tutela, curatela, inclinação ou repugnância para o trabalho ou outras atividades honestas, a conduta como pai, esposo, filho e amigo, as relações sociais, atenção manifestada no lar. (BISSOLI FILHO, 1998, p. 62-63)

Com reforma da parte geral, por meio da lei 7209/84, dos antecedentes do réu que abrangiam todo o seu passado, desde condenações porventura existentes até relacionamento profissional, familiar, destacou-se a conduta social.

Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior, sobre o tema, aduzem:

O julgador, porque fato, não pode deixar de conhecer e considerar outros processos findos ou em curso, como antecedentes, partes da história do réu. Urge integrar a conduta ao *modus vivendi* anterior. Extrair a conclusão coerente com o modo-de-ser do acusado [...] (CERNICCHIARO e COSTA JÚNIOR, 1995, p.116)

Assim, antecedentes criminais são os aspectos passados da vida criminosa do agente, não demarcados temporalmente, que auxiliam na formação do prognóstico e, influem, sobremaneira, na prolação de sentenças condenatórias.

A valoração histórica do acusado, da forma com que se estabeleceu no ordenamento jurídico pátrio, cria um mecanismo incontrolável do arbítrio judicial, pois tende a (pré) determinar juízos de condenação – geralmente, chegando o momento de prolatar a sentença penal, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu. Chegou a essa decisão (ou tendência de decidir) por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados da lei. Muitas vezes, a tendência a condenar está fortemente influenciada pela extensão da folha de antecedentes do réu [...]. (CARVALHO, 2001, p.43).

Em razão de seu caráter constitutivo, relacionado à concepção de direito penal do autor, e, por determinação legal, figurar entre as variáveis subjetivas que versam sobre valorações da vida pregressa do agente, contribui, sobremaneira, para oficializar a estigmatização,

Os antecedentes violam o direito à igualdade assegurado no art. 5º, *caput*, da Constituição da República quando permitem um tratamento diferenciado aos detentores de maus antecedentes em relação àqueles que carecem dessa condição, pois, além de influir na aplicação da pena como circunstância judicial, impossibilita a substituição de pena se o condenado for detentor “maus” antecedentes, influi na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, momento em que o juiz deverá observar dentre outros requisitos, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal Brasileiro, no qual está previsto o instituto dos antecedentes, dentre outros; Lesionam o princípio da legalidade, pois não há previsão legal definindo antecedentes, bem como violam o princípio da presunção da inocência, já que ainda não houve condenação transitada em julgado.

Tal postura se agrava em decorrência da inexistência de delimitação temporal para os efeitos negativos dos antecedentes.

Refutando a perpetuidade do estigma da sanção criminal, e primando pela compatibilidade com a presunção de inocência prevista constitucionalmente, parte da doutrina e da jurisprudência, aplicando a analogia *in bonam partem*, condiciona a validade dos antecedentes ao mesmo prazo de validade previsto para os efeitos da reincidência.

Nesse sentido, José Antônio Paganella Boschi afirma que:

Os efeitos negativos dos antecedentes, ao contrário da reincidência, não estão temporalmente delimitados em lei [...] pensamos que, por similitude lógica, o decurso do período de cinco anos [...] que [...] faz desaparecer os efeitos da reincidência, deve propiciar a recuperação da primariedade e dos bons antecedentes. (BOSCHI, 2002, p. 201-202).

Ademais, parte da doutrina, de forma contrária ao apregoado pelas teorias tradicionais, defende que o instituto dos antecedentes revela ausência ou diminuição de culpabilidade, pois os antecedentes criminais devem implicar motivo para diminuir ou isentar de pena o agente. Fundamentam tal entendimento no fato de que os antecedentes criminais demonstram uma menor capacidade de se comportar em conformidade com o exigido pelo direito.

10.3 Conduta social

É o comportamento do agente no meio social em que vive.

Conduta social compreende um modo próprio do agente de viver em família, no trabalho e em sociedade, diferindo-se, assim, dos antecedentes que, para efeitos de fixação da pena, são considerados somente as condenações com trânsito em julgado.

José Antônio Paganella Boschi preleciona que a valoração da conduta social deve realizar-se em relação ao meio social no qual o acusado esteja integrado, não podendo o agente receber uma valoração negativa em decorrência de variáveis ideológicas que influenciam o entendimento do juiz. (BOSCHI, 2002, p. 202)

Apresenta-se temerário um juízo acerca da conduta social do réu, pois exasperar a pena com base na vida cotidiana do agente e na forma de se relacionar

na comunidade, ou seja, no seu *modus vivendi*, consubstancia uma opção pelo direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato.

Em outro lugar, José Antônio Paganella Boschi, assevera:

A consideração da conduta social na dosimetria da pena representa [...] alinhamento do nosso direito com a concepção da culpabilidade pelos fatos da vida, e não propriamente de culpabilidade só pelo fato cometido [...] (BOSCHI, 2002, p. 202)

10.4 Reincidência

Instituto de origem romana com fundamento na necessidade de reagir à habitualidade criminosa. Reincidência e habitualidade conceitos equivalentes. Posteriormente, passa-se a exigir a condenação prévia como forma de caracterizar a tendência criminosa do agente e demonstrar o seu desprezo pela advertência anteriormente aplicada. (BOSCHI, 2002, p.242-243).

A exigência de condenação anterior, não foi suficiente para obstar as críticas apresentadas pelos Iluministas ao instituto da reincidência, por ser inconcebível a censura de uma pessoa com base na existência de um crime anterior cuja pena já se cumpriu.

Com a Escola Positiva e, em razão do conceito de periculosidade a reincidência passa a ser um critério de aferição da inclinação criminosa de determinados indivíduos perigosos.

Na tentativa justificar a reincidência com fundamento diverso à temibilidade do agente, autores sustentam que a elevação da pena decorre da maior culpabilidade do autor, já que com a recidiva o agente mostra que a condenação anterior foi insuficiente para intimidá-lo, além de evidenciar a predisposição para a prática de crimes.

Fernando Galvão defende que a majoração resultante da reincidência não se apresenta como juízo de censura sob a conduta de vida do acusado e que não há uma duplicidade de punição por crime anteriormente julgado, mas uma maior reprovação pela prática de um novo crime, pois,

[...] indivíduo que foi anteriormente advertido sobre seu comportamento anti-social, por meio de condenação judicial, se apresenta mais exigível que, no futuro, tenha comportamentos compatíveis com a ordem jurídica. Sendo a exigibilidade de conduta diversa um elemento do juízo de culpabilidade, o indivíduo não estará sendo novamente punido pelo fato anteriormente praticado, com a agravação da pena, mas recebendo maior reprovação pela prática do próprio fato posterior. (GALVÃO e GRECO, 1999, p. 492).

Na mesma diretiva, e, sob o argumento de defesa social, para alguns autores, a prática do segundo crime, diante da já existência de uma condenação anterior, provoca um maior alarme social, justificando o aumento de pena com base na necessidade de restabelecer a tranquilidade social e a credibilidade da sociedade na eficácia das normas.

Leonardo Isaac Yarochevsky ao realizar estudo sobre fundamentos da exacerbação da pena pela reincidência, especificamente no tocante ao maior alarme social, cita Marin de Espinosa Ceballos, como defensor do entendimento de que a punição mais severa se coaduna com a finalidade de “[...] intimidación exigidos por la utilidad pública, ya que la sociedad tem la comisión de nuevos delitos [...]”. (YAROCHEWSKY, 2005, p. 94).

Por outro lado, doutrinadores argumentam que o agravamento da pena tendo por base uma nova reprovação ao crime anteriormente praticado, consiste em valorar a mesma circunstância duas vezes e equivale a uma pena sem culpabilidade, uma vez que não decorre do fato praticado.

Nesse sentido, José Antônio Paganella Boschi, citando Francisco Muñoz Conde, afirma:

[...] Muñoz Conde ensina que a reincidência não passa de “pena Tarifada” por ensejar pena sem culpabilidade e por fato diverso. Desse modo, afronta ao princípio do ne bis in idem, sendo evidência da opção legislativa pela culpabilidade pelo caráter (ou pelos fatos da vida), em detrimento da culpabilidade pelo fato do agente, em que se sustenta o moderno direito penal da culpa. (BOSCHI, 2002, p. 246).

Nivaldo Brunoni, após realizar um estudo sobre o instituto da reincidência perante o ordenamento jurídico pátrio, ressalta e manifesta adesão à corrente doutrinária que, defende a total ilegitimidade do referido instituto, seja por fundar-se em um Direito Penal de autor, seja por ser incompatível com a Constituição de 1988 que fundou Direito Penal com base garantista, seja por não se coadunar com um Estado Democrático de Direito. (BRUNONI, 2008, p.72-74).

Por iguais razões, cabe ressaltar a precisa lição de Leonardo Isaac Yarochevsky:

[...] entende-se que as teses que fundamentam a exacerbação da pena em relação ao reincidente, ao criminoso habitual ou mesmo por tendência, em razão da culpabilidade do agente, em que pese todo o brilhantismo e esforço daqueles que a defendem, ela somente poderia ser explicada em razão da culpabilidade pelo caráter ou pela condução de vida (direito penal do autor), o que, [...] é incompatível e inconciliável com o princípio da culpabilidade pelo fato (direito penal do fato), este sim, próprio do Estado Democrático de Direito. (YAROCHEWSKY, 2005, p. 91).

Prosseguindo na concepção de que o direito penal deve se ater a proibir e reprimir comportamentos lesivos, afastando-se de qualquer ingerência no modo de ser das pessoas, outros aspectos controvertidos de direito penal de autor no Código Penal merecem ser ressaltados.

Em relação à agravação da pena, no que se refere aos motivos do crime e a atitude interna do agente, também não há consenso sobre se configuram ou não aspectos do Direito Penal de autor.

Uma corrente fundamenta que as razões do crime, bem como o ânimo do agente permitem identificar o grau de sociabilidade do réu, possibilitando uma graduação da pena em decorrência da maior ou menor anti-sociabilidade. Nessa linha de pensamento, observa Júlio Fabbrini Mirabete, “Os motivos do crime, [...], realçam a necessidade de efetuar-se um perfil psíquico do delinquente [...] para uma correta imposição de pena.” (MIRABETE, 1996, p. 288).

Outros sustentam que tais qualificações não se pautam no caráter do agente ou na forma como conduz sua vida, uma vez que se referem ao fato praticado.

Merecem destaque as lições de Nivaldo Brunoni:

Não são manifestações de Direito Penal de autor as figuras típicas que estabelecem determinados motivos ou atitudes internas do sujeito ativo, como a crueldade. Neste caso, pouco importa que o agente seja efetivamente um sujeito cruel ou uma pessoa pacata; é suficiente que na comissão do fato tenha infligido sofrimento atroz à vítima e demonstrado falta de sentimentos, ainda que isso não seja condizente com a representação de sua personalidade. (BRUNONI, 2008, p. 79).

Prossegue elucidando:

O mesmo sucede com outros elementos típicos como a má-fé, a premeditação, a malícia, a traição, a torpeza ou o meio insidioso, os quais não pressupõem tais qualidades no sujeito ativo, mas apenas revelam tais traços quando da perpetração do evento delituoso. Ou seja, sem a necessidade de se valorar a personalidade do autor. (BRUNONI, 2008, p. 79).

No que concerne ao aumento de pena com base na habitualidade do autor, parte dos autores sustentam que, por considerar a conduta de vida do sujeito, apresenta-se como exemplo de manifestação de direito penal de autor.

Novamente, retornamos às lições de Leonardo Isaac Yarochevsky:

Fundamentar o agravamento da pena do delinquente habitual ou do reincidente com base no hábito de delinquir significa considerar, muito mais que o fato, a personalidade do sujeito, significa admitir o agravamento em razão de seu caráter, de seu modo de ser ou de sua conduta de vida, o que se traduz em uma culpabilidade de autor, ou seja, em um direito penal do autor [...] (YAROCHEWSKY, 2005, p-96).

Ainda em face de um direito penal de garantias, cabe ressaltar a tendência cada vez mais acentuada em antecipar a punição criminal, ou seja, para tipificar uma conduta como crime, basta considerá-la perigosa em si mesma.

Prevê o art. 288 do Código Penal que “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”.

Em decorrência do dispositivo não exigir a prática efetiva dos delitos, sendo suficiente a associação, alguns doutrinadores afirmam ser uma manifestação do direito penal do autor.

Luigi Ferrajoli sustenta que os delitos de associação, dos quais são exemplos os crimes de quadrilha ou bando e associação criminosa, por consubstanciarem-se no Direito penal do autor, deveriam ser suprimidos da legislação. Ressalta que esses delitos em geral são normas constitutivas, dirigidas não a fatos, mas diretamente a pessoas. (FERRAJOLI, 2002, p. 383).

Instala-se no ordenamento jurídico brasileiro a incoerência entre a Constituição e lei, entre lei e práticas operativas. Princípios constitucionais garantistas não são efetivados, conseqüentemente as violações aos direitos se tornam perenes.

Considerando que o direito e o Estado somente se justificam na medida em que se orientam pela tutela dos direitos vitais do homem, os dispositivos analisados

devem ser considerados constitucionalmente ilegítimos por negligenciar o princípio da culpabilidade do fato e valorar a personalidade do réu como critério para determinar a incidência de normas penais.

11 CONCLUSÃO

Há na relação indivíduo/Estado um pacto de deveres e direitos recíprocos. Ao poder estatal compete, com suas leis, regular as relações sociais, garantir a segurança e respeitar os direitos fundamentais. Ao cidadão cabe obedecer às leis, o direito de exigir do Estado garantias para preservação do direito e demandar o exercício do direito de punir quando o agente com sua conduta violar direito de outrem.

O Direito Penal moderno, denominado direito penal do fato, fundado no princípio da culpabilidade, entende que esta será aferida mediante a relação do autor para com o fato praticado. Isto porque o direito como regulador de conduta humana não pode julgar a pessoa em si, seu modo de vida, mas somente o fato e o agir. Assim, compreende-se delito como lesão a um bem jurídico, praticado por uma conduta humana, cujo agente com autonomia de vontade causou o resultado.

Nem sempre foi assim, pois o Direito Penal não apresenta uma história de homogênea racionalidade. A punição nem sempre se apresentou como consequência do fato praticado pelo agente. Nos primórdios, proibia-se o que era pecado. Dentre os povos de cultura primitiva, a responsabilidade era objetiva, sendo suficiente uma relação de causa e efeito. Não existia noção da liberdade de querer e de agir do agente.

No decorrer da história, deparamos com vários ordenamentos jurídicos cujas punições fundamentadas na forma de ser, transformaram pessoas em objetos de coação – bruxas, ébrios, subversivos, considerados perigosos, foram “selecionados” e criminalizados, não por um fato praticado, mas por apresentarem características diferentes e próximas as previamente atribuídas a um criminoso habitual.

Após uma longa e árdua conquista, percebem-se transformações na dogmática penal buscando a proeminência de novas teorias em detrimento do direito penal do fato.

O índice de criminalidade e violência divulgado, diuturnamente, pelos veículos de comunicação, induz a sociedade a clamar por um aumento de leis penais e penas mais severas. Decorrem políticas criminais de enfrentamento à criminalidade trazendo novas manifestações, tais como: antecipação de tutela penal, flexibilização

de garantias penais e processuais como forma de garantir à sociedade a tão esperada segurança.

Dentre as políticas criminais recentes, salientamos a existência de um direito penal que, em detrimento do direito penal do fato fundamentado na culpabilidade do agente, classifica o desviante, com base em seu modo de vida, como “perigoso”, “habitual”, “por tendência”, “reincidente” dentre outras classificações. Realiza-se, assim, um julgamento moral sobre o modo de ser do agente, legitimando a exclusão e intensificando a teoria do etiquetamento.

A aplicação de um direito penal que se caracteriza por antecipação da tutela penal, por adoção de penas desproporcionais, por considerar como pressuposto da punibilidade a forma de ser do desviante ainda que se apresentasse apto a efetivar uma queda na criminalidade, concedendo à sociedade a segurança almejada, permaneceria como ilegítimo em face da Constituição Brasileira.

O princípio da dignidade humana, adotado pela Constituição da República, como fundamento do Estado Constitucional e Democrático de Direito, orienta todo o ordenamento jurídico, reconhecendo ao homem a condição de ser livre, capaz de se autodeterminar e, conseqüentemente, limitando o poder estatal.

Ressalte-se que uma lei ou um dispositivo legal ilegítimo deve ser revogado ou substituído por outro cujo conteúdo compreenda uma reprodução das normas constitucionais, pois a busca por uma melhor interpretação consiste apenas em uma forma de aliviar os conflitos existentes no ordenamento jurídico. O melhor, porém, seria o legislador respeitar os limites estabelecidos pela própria Constituição, e isto ele pode fazer.

Ainda com base no pacto de direitos e deveres recíprocos saliente-se a indiscutível importância dos veículos de comunicação para um Estado Democrático de Direito. Por meio da imprensa a sociedade participa da vida política, há fusão de ideias, produção de discussões, efetiva-se a cidadania. Porém, como a liberdade de expressão são também merecedoras de respeito a dignidade humana e privacidade das pessoas. Por mais que uma investigação seja de interesse público há outros direitos envolvidos. É bom registrar que não há aqui defesa em relação à censura, mas, sim a outros direitos garantidos constitucionalmente.

Se a humanização constitui um projeto permanente e para efetivá-la é necessária a busca de um equilíbrio entre liberdades individuais, direitos sociais e

segurança jurídica, não cabe ao Estado, em nome de uma política de defesa social, relativizar as garantias e direitos fundamentais das pessoas,

Assim, contrapondo-se ao direito penal do autor, o direito penal atual, fundamentado no fato praticado pelo agente, preserva a autonomia de vontade do autor, não interferindo no seu modo de ser. Neste modelo de direito penal, a culpabilidade será aferida, não em função de um juízo sobre a personalidade do autor, mas sobre a relação do autor para com o fato ilícito concretamente praticado. Árdua conquista da humanidade, não vale a pena retroceder.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: O Poder soberano e a vida nua**. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré. **As três escolas penais: Clássica, Antropológica e Crítica**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955.

ARENDT, Hanna. **Entre o passado e o futuro**. Tradução Mário W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2009.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica a direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale: parte generale**. 2. ed. Padova: Palermo, 1950.
- BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Munõz. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UNB, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de Aplicação**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.
- BRASIL. **Código penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Jacinto, 1941. 216p.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.
- BRUNO, Aníbal. **Direito penal: Parte Geral Tomo 1**. Rio de Janeiro: Forense, 1950.
- BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de culpabilidade: considerações**. Curitiba: Juruá, 2008.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: uma Leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **A linguagem do poder e o poder da linguagem: os paradoxos do Judiciário no Estado Penal. A lei em tempos sombrios.** Organizadora Renata conde Vescovi. Vitória: Cia de Freud, 2009.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos: processos histórico-evolução no mundo, direitos fundamentais - constitucionalismo contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2010.

CATTONI, Marcelo. **Poder constituinte e patriotismo constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na constituição.** 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria constitucional do direito penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONDE, Francisco Munõz. **Edmund Mezger e o direito penal do seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo.** Tradução. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2005.

COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. **Limites constitucionais do direito penal.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

COUTO NETO, Silvio. **O Movimento de “Lei e Ordem” e a Iniquidade do Controle Social pelo Sistema Penal no Brasil.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DIAS, José de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1995.

DOTTI, René Ariel Dotti. **Movimento antiterror e a missão da magistratura**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauxi Hassan Choukr, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. 2. ed. Campinas: BookSeller, 1999.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE. Manual de criminologia: o homem. A culpabilidade no direito penal atual e no futuro. **Revista São Paulo**: Revista dos Tribunais, 1995.

FOMM, Erich. **O medo à liberdade**. 14. ed. Tradução Octávio Alves Velho. Rio de Janeiro: Guanabara, 1983.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1998.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **História do direito penal**: crime natural e crime de plástico. São Paulo: Malheiros, 2005.

GALVÃO, Fernando, GRECO, Rogério. **Estrutura jurídica do crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

GAROFALO, Raphael. **Criminologia**: estudo sobre o delicto e a repressão penal. Versa portuguesa com prefácio original por Julio de Mattos. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1925.

GIORDANI, Mário Curtis. **História do direito penal entre os povos antigos do oriente próximo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

GÓES, Eda Maria. **A recusa das grades**: rebeliões nos presídios paulistas: 1982-1986. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

GOMES, Alexandre Travessoni; MERLE, Jean-Christophe. **A moral e o direito em Kant ensaios analíticos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito**: Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GREGO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no direito penal atual e no futuro. Tradução de Juarez Tavares. **Revista Brasileira de Ciência Criminais**. São Paulo, a. 6, n. 24, p.79-92, out./dez. 1988.

HABERMAS. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. 2. ed. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HIRECHE, Gamil Föppel El. **Análise criminológica das organizações criminosas**: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação de direito penal do inimigo. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2005.

HULSMAN, Louk. Celis, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: O Sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karan. Niterói: Luam Editora, 1993.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**: (Decreto-lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, v. I, Tomo II), arts. 11 a 27, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. 2. ed. Tradução Gercélia Bastia de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Tradução. André Luís Callegari; Colaboração Lúcia kalil. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2003a.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Tradução. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003b.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrick. Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidade em Alemania y Austria. Traducción de Patrícia Esquinas Valverde. **Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminologia**, Granada, n. 5-1, p.1:1-1:19, 2003. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em 28 set. 2010.

JESCHECK, Hans-Heinrick. **Tratado de derecho penal**: parte geral. 4. ed. Tradução. José Luis M. Samaniego. Granada: Comares, 1993.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja. **Algunos planteamientos dogmáticos em la teoría jurídica dell delito em Alemania, Itália y Espanha**. Disponível em: <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/02>. Acesso em: 21 jan. 2011.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**: Coleção histórica do direito brasileiro, v. I Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, 2006.

LOCKE, John. Segundo **Tratado sobre o governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: 1983.

LÖWY, Michael. **Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista**. 17. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LYRA, Roberto. **Como julgar, como defender, como acusar**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. **Abolicionismo criminal**. Disponível em: <www.direitofba.net/mensagem/josebarroso/cr-abolicionismocriminal.doc> Acesso em 29.11.2010.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Tomo I. 2. ed. Tradução. José Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado.1949.

MIR PUIG, Santiago. Limites del normativismo em derecho penal. **Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminologia**. Granada. N. 7-18, p.18:1-18:24, 2005. Disponível em: <http://criminet.urg.es/recpc>>. Acesso em: 29 set. 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **Direito penal do inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Edmund de. **Política criminal e alternativas à prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2006.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Metrópole, 1989.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A Interpretação da constituição e os princípios fundamentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

PINTO, Simone Matos Rios. **O princípio da co-culpabilidade em uma análise garantista do direito penal**. 170 fls. Dissertação (Mestrado em Direito Público) Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, PUC Minas, ago. 2010. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acessado em: 20 nov. 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. V, 1 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. Tradução de Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 46, p. 46-72, jan./fev. 2004.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Tradução. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Volume 18, nº 82, p. 24-27. 2010.

SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. Los indesejados como enemigos: la exclusión de seres humanos del status personae. **Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminologia**, num. 09-01, p. 01:1-01-18, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia radical**. 3. ed. Curitiba: Lúmen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: Lúmen Juris, 2007.

SARLET, Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porta Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social – (pós-modernidade constitucional?). crise e desafios da constituição**. Organizador José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Ed. Del Rey., 2004.

SCHOPENHAUER, Artur. **O livre arbítrio**. Grandes Mestres do Pensamento. 1º v. São Paulo: Ed. Formar, [19-]

SILVA, Evandro Lins e. De Beccaria a Filippo Gramática. **Sistema penal para o terceiro milênio**: Atos do Colóquio Ancel. Organizador João Marcello de Araújo Junior. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SORJ, Bernardo. **A democracia Inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

SOUZA, Moacyr Benedicto de Souza. **A influência da escola positiva no direito penal brasileiro**. São Paulo: Universitária de Direito, 1982.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Estado de emergência: o controle do poder em situação de crise**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

TEOTÔNIO, Luís Augusto Freire. **Culpabilidade: concepções e modernas tendências internacionais e nacionais.** São Paulo: Minelli, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia.** 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

VOLPE FILHO, Carlos Alberto. Quanto mais comportamentos tipificados penalmente menor o índice de criminalidade? **Jus Navegandi**, Teresina, ano 10, nº 694, 30 maio 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6792>> Acesso em: 10 nov. 2010.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WELZEL, Hans. **Direito penal.** Tradução Afonso Celso Rezende. São Paulo: Ed. Romana, 2003.

WELZEL, Hans. El nuevo sistema del derecho penal. Tradução e notas por Yarochevsky, Leonardo Isaac. **Da inexigibilidade de conduta diversa.** Belo Horizonte: Del Rey. 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história do direito.** 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **A crise do sistema penal: o Brasil que queremos.** Reflexões sobre o Estado democrático de direito. Organizador Marcelo Campos Galuppo. Belo Horizonte: Ed. Puc Minas, 2006.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da reincidência criminal.** Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2005.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da inexigibilidade de conduta diversa.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **O inimigo no direito penal.** 2. ed. Tradução. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 4. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.