

2. DOUTRINA NACIONAL

CONTRADIÇÕES DA MODERNIDADE E DIREITO PENAL

ANTONIO LUIS CHAVES CAMARGO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Disciplinas filosófico-jurídicas e o ensino do Direito – 3. A modernidade e a pós-modernidade – 4. O Direito Penal e a modernidade; 4.1 Antecedentes do positivismo; 4.2 O neokantismo (positivismo jurídico normativista) – 5. As contradições da modernidade e o Direito Penal; 5.1 Metodologia subjetivista e relativismo valorativo; 5.2 O problema do dolo como integrante da culpabilidade; 5.3 A relação de causalidade: *conditio sine qua non*; 5.4 O problema prisional.

1. Introdução

A primeira afirmativa, para iniciar estas linhas, é pautada no pensamento uniforme sobre a despedida da idade moderna. Despedida que foi anotada por vários filósofos, mencionando-se Romano Guardini¹ e Adorno,² este com sua frase decisiva: “*o moderno se tornou fora de moda*” (*das Moderne ist wirklich unmodern geworden*).

Até meados do século passado, o moderno exercia sua influência nos vários setores da vida: social, econômica, filosófica e política, firmando suas raízes com profundidade no âmbito do Direito, e, em especial, no Direito Penal.

Desde Beccaria, em 1764,³ foi clara a marca das idéias iluministas no Direito Penal, que caracterizaram a obra de Filangieri, Feurbach, Bentham, Carmignani, Rossi, Carrara e outros que segui-

ram as diretrizes da chamada Escola Clássica, no seu período inicial.

O Direito Penal assentou-se em princípios rígidos e conceitos absolutos, dando por encerrada qualquer mudança na sua metodologia.

As reações a estes métodos não demonstraram a surgir, com a volta às ciências naturais, como um interregno, uma contestação ao ideal iluminista predominante.

Surge, como marco conceitual de uma nova era, o neologismo “modernidade”, na busca de uma sustentação sociológica de uma realidade, insatisfeita e saturada com a utopia iluminista ou com o próprio sentido natural das ciências sociais.

O Direito Penal tem a interferência desta designação, e recebe da filosofia kantiana seus primeiros traços, de um racionalismo totalizador, estabelecendo um conceito apriorístico e transcendental para o crime.

O caráter sancionatório do Direito Penal, com seu objetivo de ressocialização, reintegração e reforma do espírito dos condenados, tinha como objetivo a eliminação dos crimes, e o ideal do homem, na sua autonomia da razão, como principal característica.

Vivemos ainda o reflexo da modernidade. Mesmo sentindo que o Direito

(¹) Apud KAUFMANN, Arthur. *La filosofía de la posmodernidad*. Trad. Luis Villar Borda, Editorial Temis: Bogotá, Colombia, 1992.

(²) ADORNO, Theodor W. *Minima Moralia*, Suhrkamp, Frankfurt, 1975, p. 292.

(³) BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Atena: São Paulo, 1964.

Penal não possui instrumentos capazes de resolver o problema do aumento da criminalidade, muito menos de legitimar-se no meio social, insistimos no positivismo jurídico neokantiano. Tudo está na lei e na sua interpretação. O Direito é reconhecido a partir de elementos categoriais *a priori*, sendo função do jurista a determinação do conteúdo das normas gerais de certo âmbito material. As soluções fluirão rápidas, com as mudanças da legislação e a celeridade dos processos. Usa-se uma roupagem nova para idéias já superadas e frágeis na visão do homem atual.

Esta arrogância positivista jurídica se faz presente, também, nos meios universitários. A denominada pós-modernidade, ainda debatida e questionada, com sua postura crítica, não foi avistada pela universidade brasileira, em razão do tradicionalismo jurídico que naufraga, sem rumo, entre a magnitude das aulas ou a extrema praticidade dos métodos, massificando o aluno, sem formar o jurista, mas o “rábula”.

Neste estudo, pretendemos abordar estas questões, apontando uma visão entre a modernidade e a pós-modernidade, e o caráter contraditório daquela. As contradições que buscaram reconstruir o Direito Penal, no relativismo de sua verdade e, na determinação do conceito, capazes de demonstrar sua validade pura e sem vácuos.

A demonstração destas contradições visa indicar o trânsito entre a modernidade e a pós-modernidade no Direito Penal, numa tentativa de justificar os fundamentos desta ciência social, tanto no seu ensinamento, como na sua aplicação, capaz de fundamentar as decisões, dando-lhes legitimidade e validade.

A análise crítica das situações poderão contribuir para um momento de reflexão, única exigência do Direito Penal, como forma de encontrar seus verdadeiros caminhos, nesta mudança de século, e de explosão tecnológica.

2. Disciplinas filosófico-jurídicas e o ensino do Direito

As diretrizes educacionais brasileiras se encontram *hic et nunc* em reformas e transformações, dependentes não só das linhas ideológicas governamentais, mas dos recursos disponíveis para a formação cultural dos estudantes.

No âmbito do Direito, acentuam-se as propostas reformistas, junto a uma disseminação indiscriminada de Faculdades e outros “cursinhos” paralelos, estes com a função precípua de suprir as deficiências de um ensino jurídico mal direcionado.

O debate se limita à carga horária, à distribuição de disciplinas, à duração mínima do curso, sem atingir, de frente, o problema metodológico ou mesmo o papel da universidade, em geral, e do ensino jurídico, em particular.

A Universidade tem mais uma função de formação e não simplesmente informativa, exigindo do professor a responsabilidade por este objetivo, integrando o estudante, de modo que haja a prática da crítica dos problemas, com um meditar conjunto entre os mestres e os discípulos.

Neste panorama, nos deparamos com os sérios problemas da sociedade atual, tanto no âmbito filosófico, como no específico do Direito Penal, a exigir a busca de caminhos que fundamentem as decisões que supram as lacunas da modernidade e permitam ao direito enfrentar as questões da pós-modernidade.

As disciplinas filosóficas são os instrumentos que permitem a reflexão crítica do direito positivo. As leis positivas, ao contrário, enquanto normas vigentes, são meras formas e não exigem um conhecimento específico, pois não perdem o caráter imperativo, quando legítimas e eficazes.

Quanto ao Direito Penal, o conhecimento dos fundamentos filosóficos, e a visão crítica dos seus vários institutos, é

a única via possível de melhor compreensão da dinâmica das escolas penais, que influenciam todas as decisões judiciais. Pode-se afirmar que não se admite um penalista que não conheça filosofia.

O estudo do Direito, com esta visão crítica, determinará mais dedicação aos aspectos axiológicos da relação humana, o que, a final, é o objetivo a ser atingido quando houver necessidade de aplicar-se a lei à realidade.

O Direito não pode limitar-se à jurisprudência, pois esta, além de referir-se a um determinado caso, num certo momento, impede a visão de toda a realidade, impondo uma degradação do direito, como vem acontecendo ultimamente entre nós. De outra parte, não é possível fixar-se o estudo jurídico somente na doutrina, pois poderá ocorrer que esta avance muito além, e perderá o contato com a realidade que pretende abranger.

O meio termo está, portanto, num estudo integrado, com uma postura crítica, e o abandono do atual dogmatismo que norteia, em geral, qualquer curso de Direito. Este dogmatismo tem como defeito mais evidente a sua crença e seu convencimento na verdade daquilo que expõe, sem preocupar-se em fundamentar criticamente o seu conhecimento. Nos últimos tempos, a atividade judicante, aqui abrangendo todos os ramos dela decorrentes (juízes em geral, promotores de justiça e advogados), pautou-se exclusivamente numa atitude dogmática, não se permitindo qualquer desvio daqueles dogmas, tornando-se indiferente o conteúdo normativo no qual se aplicava. A consequência mais flagrante desta atitude foi a frustração do jurista que se viu afastado da realidade que pretendia captar ou orientar.

Diante da perda de sentido da realidade social, houve uma tomada de atitude, nos âmbitos civil e penal, como forma mais rápida de reaver o controle desta realidade. A solução encontrada, emer-

gencial, foi a promulgação da lei dos Juizados Especiais.⁴

Foram adotados os princípios processuais, reformulando alguns deles e tornando outros relativos, de modo a propiciar ao jurista maior celeridade na decisão dos casos, como forma de interpretar-se, através do processo judicial, as necessidades de uma sociedade em transformação. Esta tentativa, porém, sob o prisma filosófico-jurídico, em nada resolve a questão, uma vez que, a rapidez de julgamento, não mudou a atitude dogmática presente nas decisões judiciais, ao contrário, estimulou a idéia de uma *jurisprudência vinculante*, através de um Direito sumulado, como a conclusão lógica para as grandes mudanças exigidas pela sociedade atual.

A visão distorcida do problema, que pretendemos analisar mais adiante, sob o prisma exclusivo do Direito Penal, é levada às faculdades de Direito, induzindo o jovem estudante que a aula prática é a única capaz de realizá-lo na profissão que escolheu.

Quando surgem posturas críticas ou que questionem a aparente tranquilidade da vida universitária, apesar das ficções nesta existentes, seus seguidores são considerados delirantes e suas posturas filosófico-jurídicas *surrealistas*. Tudo é direcionado para a aceitação da dogmática, com suas formulações coerentes e certas, por refletir a existência de verdades inquestionáveis e independentes do conjunto de leis vigentes.

É chegado o momento de reencontrarmos a via pela qual o Direito possa reafirmar suas funções. Este, como já dissemos, é o momento da reflexão, para, através de estudos filosóficos-jurídicos, termos fundamentos adequados para os caminhos que o ser humano fixa a cada momento, através da ciência ou da tecnologia, sob pena de formarmos juris-

⁽⁴⁾ Lei 9.099, de 26.09.1995, que dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

tas condicionados a uma visão ilusória do papel do Direito, ou transformarmos este estudo numa massificante e cansativa atividade rotineira, sem qualquer objetivo social.

3. A modernidade e a pós-modernidade

O debate filosófico atual está na constatação da existência de uma pós-modernidade, como crítica à modernidade, e na busca das soluções culturais e sociais de uma nova era, que já atinge a civilização.

A modernidade se caracteriza pela racionalização do homem, tendo na razão o que melhor pode aspirar o espírito humano, “em relação à unidade do saber, à capacidade das idéias, para dizer com Kant; a dialética compreensão da totalidade, como se denomina na linguagem de Hegel”.⁵

Sobre a modernidade, enquanto produto do processo de racionalização, como afirmou Weber⁶, e que ocorreu no Ocidente, desde o final do século XVIII, houve a modernização da sociedade e a modernização da cultura. Ressalte-se que o social compreendeu a diferenciação da economia capitalista e do Estado moderno, enquanto na modernização cultural, o processo de racionalização atinge as visões de mundo e, de modo especial, a religião.

A modernidade, com base exclusiva na razão, foi uma tentativa de ruptura com o antigo, com o iluminismo, mas, ao mesmo tempo, deixou o homem ao desamparo, por determinar a busca em si mesmo, numa auto-referência capaz de eliminar sua própria liberdade.

Este assentamento dogmático da modernidade vai ter sua influência no Direito Penal, através do neokantismo que, ao

opor-se às idéias então vigentes, fincou raízes num dogmatismo exacerbado que exerce influência até hoje entre nós.

A pós-modernidade surge com a crítica da modernidade, porque houve uma ruptura, embora Habermas afirme que existe um projeto inacabado da modernidade. O que ocorre, no sentimento atual, é um envelhecimento, um esgotamento, e diante de uma tecnologia sem limites, há uma busca de novos argumentos para justificar a atuação no campo econômico, social e cultural destes novos tempos.

A divisão, ainda não definida claramente, entre a modernidade e a pós-modernidade, está na postura do pensamento crítico que aceita a modernidade cultural como única possível. A modernidade social não é aceita porque tem em si as perversões do Estado e da economia. No dizer de Rouanet,⁷ a pós-modernidade crítica não aceita a modernidade cultural, uma vez que esta, no prisma da razão iluminista, é agente da dominação; do mesmo modo, rejeitam a modernidade social que traz interiorizada a representação política e econômica.

A pós-modernidade crítica é o caminho para uma análise das relações culturais, através da teoria do agir comunicativo de Habermas.

De modo geral, ainda estamos distantes desta pós-modernidade, principalmente no campo jurídico. Não abandonamos nossos liames positivistas-jurídicos, temerosos de abalarmos a legitimidade e a eficácia a norma jurídico-penal, ou talvez, de deixarmos de ter o poder aparente que nos atribui a lei vigente, o que não deixa de ser uma ficção. A nossa vaidade jurídica nos impede a reflexão humilde e silenciosa.

Podemos dizer, no momento, que, diante de todas as surpresas que nos atingem no dia-a-dia, não podemos ficar atônitos, procurando na instrumentalização pura e simples do Direito, uma fór-

⁽⁵⁾ Cf. KAUFMANN Arthur. *Op. cit.*, p. 18.

⁽⁶⁾ Apud, ROUANET, Sergio Paulo. *As Razões do Iluminismo*. Companhia das Letras, 3.^a reimpressão, São Paulo.

⁽⁷⁾ Idem, p. 218.

mula mágica para esconder o esgotamento do ideal do positivismo-jurídico, que, não levando o homem à liberdade, fragilizou e mostrou o fracasso de todas as demais utopias que pregava.

4. O Direito Penal e a modernidade

4.1 Antecedentes do positivismo

O Direito Penal, de recente formulação sistemática, data de Beccaria (1778) a primeira manifestação contra o arbítrio então vigente, vivenciou até o final do século passado, o normativismo-formalista, no sentido de negar a introdução de qualquer juízo de valor ou referência metajurídica na tarefa dogmática. Após a unificação política alemã (1871), foi promulgado o primeiro Código Penal, vigente em todos os Estados. Este Código tinha um caráter liberal, vinculando o juiz à lei, o que refletia o positivismo jurídico penal.

O auge do positivismo jurídico se encontra em Binding, que caracterizou seu método na exclusão de todo elemento estranho à lei, adotando um positivismo legal, não admitindo o direito natural. Foi E. Schmidt⁸ quem afirmou que a obra de Binding é a maior expressão do positivismo baseado numa concepção liberal do Estado e do Direito.

Acrescenta que afastou os momentos valorativos ou teleológicos externos, admitindo somente aqueles finais, que pudessem ser extraídos do contexto sistemático da lei.⁹

Nesta busca sistemática, Binding se fixa no terreno do formalismo conceitual, e através de uma teoria objetiva da interpretação, busca atingir não o significado que o autor procurou dar, mas, enquanto

juridicamente decisivo, o significado objetivo, imanente na lei, que deve ser constatado, independentemente daquele.¹⁰

A marca do tempo desta postura normativista nada mais é do que a atitude liberal clássica.

O positivismo formalista exerceu sua influência no saber jurídico europeu até os anos 70, do século XIX, quando, a partir da publicação do "Programa de Marburgo", em 1882, por Von Liszt, surgiu o positivismo naturalista, que elegeu o método próprio das ciências empíricas para a ciência penal.

Sob a influência do positivismo comtiano, a nova metodologia procurou refletir o sentimento de crise que abateu o Estado liberal. Este, ao pretender garantir a liberdade de todo o cidadão, optou pelo formalismo, enquanto se propugnava, no âmbito político, a satisfação dos anseios de uma nova realidade que exigia a intervenção do Estado.

O Direito Penal, enquanto instrumento eficaz do Estado, para esta intervenção, sofreu as consequências das novas idéias, na Alemanha, com Von Liszt, e na Itália, embora de forma mais radical, com Lombroso e Ferri. Buscava-se, nas novas diretrizes, um caminho para a diminuição da criminalidade, que o positivismo naturalista clássico não conseguia atingir, apesar de ser seu objetivo primordial.

No Brasil, a Codificação de 1940 pretendeu assimilar as novas idéias do campo penal, verificando-se, no aspecto doutrinário, a caracterização do Direito Penal sob as diretrizes deste positivismo naturalista, mais no modelo italiano, do que, propriamente, em Von Liszt.¹¹

⁽⁸⁾ SCHMIDT, Eberhard. Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. 3.ª ed., Göttingen, 1965, p. 281.

⁽⁹⁾ Idem. p. 285.

⁽¹⁰⁾ LARENZ, Karl. *Metologia de le Ciencia del Derecho*. Trad. Marcelino Rodriguez Molinero, 2.ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1980, p. 53.

⁽¹¹⁾ O Código Penal de 1940, na Exposição de Motivos, demonstra com clareza sua motivação pelos ditames da Escola Clássica e da

Numa mescla de princípios, manteve, de um lado, a razão especulativa, com um sistema de garantia frente ao Estado, e, neste sentido, optou pela dogmática do Direito Penal. De outro lado, buscou, nos princípios do positivismo naturalista, as respostas que necessitava para o imputável por alienação mental, e, a periculosidade, como fundamento da pena. Elegeu, ainda, a reincidência como uma presunção da periculosidade, tudo com base no criminoso habitual ou por tendência, que necessitava de um tratamento especializado.¹²

Este Código teve vigência até 1984, direcionando todo o estudo jurídico, firmando-se num dogmatismo extremo, com inspiração no direito privado, em especial sob o historicismo de Savigny, resultando num tecnicismo-jurídico capaz de unificar, através de uma metalinguagem, as distintas posturas do pensamento jurídico brasileiro.

No final do século XIX, Dilthey, numa perspectiva historicista, salientou o caráter autônomo das ciências do espírito diante das ciências naturais.¹³

Escola Positiva. Na mescla de princípios, pretendeu adotar o que denominou uma "política de conciliação". afirmou no inc. 3, da referida Exposição de Motivos, que "os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva".

(12) Estes princípios são patentes na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940. Ao tratar da culpabilidade, inc. 13, afirma ser esta o elemento subjetivo do crime, não se conhecendo outras formas além do dolo e da culpa *stricto sensu*. No inc. 33, ao tratar da Medida de Segurança expressa a referida Exposição de Motivos: a medida de segurança só é aplicável *post delictum* (salvo o disposto no parágrafo único do art. 76) e pressupõe, além disso, a *periculosidade* do agente. A periculosidade, em certos casos, como já foi acentuado, é presumida *jure et de jure* (art. 78).

(13) BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. 3.ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1989, p. 113.

No campo do Direito Penal, o positivismo naturalista não conseguiu conceituar adequadamente as categorias centrais da teoria do delito (ação), antijuridicidade e culpabilidade).

A ação, numa concepção naturalista do movimento corporal modificativo do mundo exterior perceptível pelos sentidos, não podia justificar a omissão, que exigia uma análise valorativa da norma preceptiva. Esta inadequação conceitual não conseguiu impor-se, nem mesmo com a "*voluntária contenção dos nervos motores*" proposta por Beling, em especial quanto aos delitos de omissão por culpa inconsciente.¹⁴

A tipicidade, na teoria de Liszt-Beling, com seu sentido meramente descritivo também não encontrou argumentos contra a descoberta de elementos normativos no tipo, que exigiam uma interpretação valorativa, além dos elementos subjetivos, estes colocando um ponto final na noção meramente objetiva do tipo.¹⁵

No âmbito da antijuridicidade, enquanto contrariedade com o direito positivo, não permitia qualquer atitude valorativa, isto porque, a determinação no caso concreto, era a regra geral para as ações típicas, excluindo-se, excepcionalmente, quando clara uma causa de justificação. Ainda hoje costuma-se dizer que a tipicidade é indício de antijuridicidade, o que facilita a interpretação da ação, não exigindo, por parte do juiz, qualquer valoração.

A antijuridicidade material, aceita por Von Liszt, sob a influência do pensamento penal neokantiano,¹⁶ como lesão ao

(14) JESCHECK, H. H. *Lehrbuch des Strafrechts*. Duncker & Humblot, Berlin, 4.ª ed., 1988, p. 184.

(15) Idem, p. 185.

(16) SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción ao razonamiento sistemático en Derecho Penal*. "El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales: Trad. Jesús-Maria Silva Sanchez, Tecnos Ed., Madrid, 1984, p. 45.

bem jurídico, se mostrou suficiente para superar a neutralidade valorativa, com a simples causação do resultado de dano ao bem jurídico. A insatisfação ocorria por não se distinguir, valorativamente, as ações determinantes de aparente dano ao bem jurídico. Assim, frente a um fato causador de dano, optava-se pela antijuridicidade e o indício de tipicidade, sem qualquer momento valorativo para decidir-se pela antijuridicidade.

No campo da culpabilidade, a concepção unitária, adotada pelo positivismo, e que ainda hoje tem grande influência no Direito Penal brasileiro, tinha o dolo e a culpa como suas espécies, sem valoração. A decorrência era uma simples relação psicológica do fato jurídico e seu autor, o que permitia o reconhecimento da relação de vontade, inclusive com a graduação do dolo e da culpa, como parâmetros para a fixação da pena.¹⁷

Nesta metodologia naturalista, que não permitia a compreensão exata das categorias centrais da teoria do delito, verifica-se uma forte influência de Rudolph von Ihering, com seu método histórico-natural. De acordo com este, a ciência do Direito tinha uma tarefa sistemática, que consistia em decompor os institutos jurídicos particulares, e as normas jurídicas a ele relativas, em seus elementos lógicos e, após apurar estes, reconstruí-los, por combinação, tanto as normas jurídicas já conhecidas como as novas.¹⁸ A construção jurídica tem significado metodológico somente quando apresenta uma unidade sistemática.

Apesar de todo esforço do positivismo naturalista, no início do século XX se colocou em relevo sua ingenuidade teórica. Muitas dúvidas persistiram, no âmbi-

to do Direito Penal, que não puderam ser respondidas. Entre elas, podem ser citadas a culpa inconsciente, onde faltava uma relação psicológica entre o autor e dano causado ao bem jurídico.

Outro aspecto importante foi o total abandono da filosofia, pelo positivismo naturalista, entendendo que o direito penal já havia resolvido todos os seus problemas valorativos, não se buscando qualquer evolução neste sentido.

Desta forma, não havia possibilidade do reconhecimento de causas de exclusão da culpabilidade, uma vez que a relação psicológica do autor com seu fato já registrava a presença do dolo ou da culpa.

A culpa *stricto sensu* também não encontrou justificativa na concepção psicológica, pois não concorria um momento normativo, com o desrespeito ao dever de cuidado.

Acrescente-se a tudo que a elucidação da norma geral, como referido, para a construção da norma particular, dentro de um sistema histórico naturalista, com a preocupação exclusiva de apurar-se o nexo causal entre o fato e seu autor, excluía qualquer aspecto interpretativo, pois a “verdade” empírica levaria, com certeza, à conclusão lógica. A indução, presente no positivismo naturalista, partindo do particular, levava ao geral, pela ampliação do conhecido, sempre em termos de certeza ou de probabilidade. O direito positivo era uma realidade passível de ser estudado cientificamente, como outra realidade paupável existente.

4.2 O neokantismo (positivismo jurídico normativista)

A reação ao positivismo naturalista, pela insatisfação com a ausência de elementos valorativos, veio com o historicismo de Dilthey que procurou um novo conceito de ciência, com o sentido de fundamentar o conhecimento científico da história e da sociedade.

(17) No nosso livro, “Culpabilidade e Reprovação Penal”, Sugestões Literárias Ed., 1994, p. 118.

(18) LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Springer, Verlag. Berlin, 4.^a ed., 1979, p. 44.

Com o mesmo objetivo de ampliar o conceito de ciência do positivismo naturalista, o neokantismo direcionado pela Escola de Marburgo, teve como representantes Cohen e Nortrap, que interferiram em nível filosófico, mas foi em Stammler a maior influência na teoria do Direito. A partir de sua obra, houve o afastamento do positivismo naturalista, admitindo que as idéias jurídicas são ordenadas na consciência de modo determinado, ou seja, formadas. Através de formas puras, que condicionam logicamente o Direito, e que são de validade incondicionada, ou sejam, princípios *a priori*. Estes princípios, na sua totalidade, condicionam logicamente todo conhecimento jurídico particular.

O método, portanto, da ciência jurídica, não pode ser o mesmo da ciência natural, pois, nesta última, o modo de pensar é uma ordenação dos fenômenos segundo a forma de causa e efeito, enquanto na ciência jurídica, de acordo com o fim e os meios. A ciência do direito é, portanto, uma ciência de fins.¹⁹

A idéia de Direito, para Stammler, na concepção de Welzel,²⁰ é o processo pelo qual se julga de uma maneira incondicional, ou de forma pura de ordenação.

A influência destas idéias no Direito Penal não foram relevantes, mas serviram como ponto de partida para a filosofia de valores da Escola Sudocidental alemã. Foi nesta última orientação, e a partir da filosofia de Windelband, que Rickert colocou em evidência o diferencial das ciências históricas, e seu fim de individualização. Introduziu o conceito de valor, que, sem defini-lo expressamente, admitiu ser um *a priori* técnico-cognoscitivo. O historiador ao referir-se a valores deve encontrar um interesse

geral, pois, o valor acolhido, aprioristicamente, há de ser relevante não só para o analista, como também, de um modo geral. Para que este valor tenha validade normativa geral deve ser exigido de todos, o que representa uma comunidade cultural que "*se constitui mediante a vigência fática de valores*".²¹

A aplicação destas idéias à ciência do direito deve-se a Emile Lask, no começo do século XX, que ao lado de entender o Direito como ciência cultural, considerou-a também uma ciência dogmática. A ciência do direito, desta forma, adota um método de jurisprudência referido a valores e a fins. O caráter teleológico dos valores dará margem à concepção finalista do bem jurídico de Schwing como idéia fundamental da interpretação jurídico-penal.

Lask, entretanto, não aprofundou sua teoria, deixando de apreciar, com pormenores, os problemas de interpretação da lei, ou da integração das lacunas ou da livre criação do Direito.

Rickert e Lask reclamaram um método específico para a ciência do Direito, como ciência do espírito, com o abandono do método científico-naturalístico da observação e da descrição, próprios das ciências naturais, como única forma de defender a cientificidade do Direito.

Foi Radbruch, seguidor da corrente sudocidental alemã, quem influenciou a doutrina jurídico-penal, e através do conceito kantiano de idéia, atribui ao Direito a mesma idéia de justiça. Embora nem todo Direito positivo tenha necessariamente a idéia de Direito justo, sempre que orientado à exigência de justiça, tem esta idéia.²²

Partidário da teoria objetiva da interpretação, Radbruch via no Direito a ciência do sentido objetivo da ordem jurídico-positiva que busca, na interpretação, um desen-

(19) Idem, p. 105.

(20) WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Trad. Felipe González Vicen, Ed. Aguilar, Madrid, 1974, p. 195.

(21) LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 115.

(22) Idem, p. 119.

volvimento e uma clarificação do conteúdo imanente do sentido de uma norma jurídica ou de um conceito jurídico.

Tomando a realidade como reino da natureza, esta é transformada pelo homem em valores que almeja e, portanto, sempre com um sentido axiológico. Diante desta inclusão valorativa, não aceitou o conceito excessivamente naturalista do sistema penal Liszt-Beling, em dois aspectos fundamentais: o primeiro, a impossibilidade de ser colocada sob um mesmo prisma naturalista os conceitos de ação e omissão; e, o segundo, quanto à determinação da tentativa, sem que houvesse o resultado.

Quanto à ação e omissão, sob o mesmo prisma conceitual naturalista, considerou Radbruch como conceitos antagônicos, aquela como positiva e esta negativa, que deveriam ser colocados lado a lado. Não se poderia explicar adequadamente os fatos omissivos, enquanto atitude negativa, que não produzia um movimento corporal, não atingindo o liame exigido pelo conceito psicológico da culpabilidade, então adotado em sua plenitude.

Na tentativa, de igual modo, sem a verificação do conteúdo da vontade do autor, não se definia sua intenção no momento da ação. O conteúdo da vontade na tentativa, por ser fundamental para a adequação típica, deveria ser exigido, também, no caso da ação que produzisse um resultado concreto. Esta análise iria levar em conta uma valoração típica, totalmente contrária ao conceito clássico de delito, de caráter formal e neutro, meramente descritivo da linha Liszt-Beling.

De uma forma mais direta, contra o conceito naturalista de Liszt, Radbruch cita o exemplo do crime de injúria,²³ quando expresso somente como um movimento corporal, deixa fora de seu conceito o verdadeiro sentido lingüístico e sua signi-

ficação social. Neste sentido, procurou, de forma definitiva, afastar o conceito naturalista da ação, para considerar o Direito Penal como uma ciência cultural, com metodologia final e valorativa.

Não se pode confundir o relativismo filosófico, que Mir Puig²⁴ afirma não ter sido superado por Radbruch, com o relativismo jurídico que integra a idéia de Direito. Esta tem como elementos a justiça, a finalidade e a segurança jurídica e, na relação entre eles, está o relativismo jurídico, no sentido de correlação e coordenação, sem que haja exclusão de qualquer deles, pois se integram mutuamente.

A afirmativa de Radbruch sobre o relativismo jurídico não impediu as críticas de Welzel à direção neokantiana de seu pensamento.

O penalista que mais influenciou, com as idéias da escola sudocidental alemã, o Direito Penal, e que até hoje serve de modelo a muitos juristas brasileiros, bem como de toda a América Latina, foi Edmund Mezger, que conseguiu conjugar sistematicamente os conceitos do sistema Liszt-Beling com uma consideração valorativa do direito penal.²⁵

Mezger define a ação como um conceito superior, que denomina ação em sentido amplo,²⁶ abrangendo o fazer e o omitir como referidos a valores. A incompatibilidade com o conceito naturalista de ação estava no sistema refetivo a valores.

Neste sistema valorativo, a ação não perdeu sua característica causal, e ao conservá-la, passou a denominar a ação como *comportamento humano*²⁷, porque

(23) RADBRUCH, Gustav. "Zur Systematik der Verbrechenslehre", in Frank-Festgabe, I, Tübingen, 1930, p. 161.

(24) MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1976, p. 241.

(25) BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Temis S.A., Colombia, 1986, p. 163.

(26) MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Rodriguez Mourullo, Madrid, 1935, p. 190.

(27) Idem, p. 192.

neste seria possível abranger não só o aspecto causal da ação, mas o aspecto valorativo da vontade, sem entrar no conteúdo da vontade em si. Neste aspecto tinha uma similitude com o conceito causal de ação, naturalístico, que também não se preocupava com o conteúdo da vontade da ação, pois este era apurado na culpabilidade, enquanto nexó psicológico do autor com o resultado.

Os demais elementos do crime, mantidos pelo neokantismo, também sofreram as influências da dogmática proposta. Foi dado um passo além na análise da antijuridicidade, com a introdução do conceito de antijuridicidade material (*materieller Rechtswidrigkeit*) que compreendia uma lesão objetiva às normas de valoração, isto é, a ofensa causada à lei pelo comportamento e o dano social determinado por este.

Na tipicidade tem importância os conceitos normativos como integrantes do tipo penal, mantendo-se um liame indissolúvel entre a tipicidade e a antijuridicidade, o que levou à teoria dos elementos negativos do tipo.

Na culpabilidade, mantido o dolo e a culpa como seus elementos, no mesmo sentido da concepção psicológica anterior, mas conceituando-a como normativa, resultando numa concepção normativa desenvolvida por Reinhar von Frank, James Goldschmidt e Berthold Freudenthal.

De acordo com a teoria proposta por Frank, a culpabilidade, entendida como reprovabilidade, tem como elementos o dolo e a culpa, como suas formas, além da imputabilidade e as causas de exclusão desta culpabilidade. Desenvolvendo-se, ainda, com base nestes elementos, como causa supralegal da exclusão da culpabilidade, a inexigibilidade de conduta diversa. A consideração normativa abrange, desta forma, não só a tipicidade e a antijuridicidade, como também a culpabilidade.

De suma importância neste pensamento neokantiano, o sentido teleológico dado

aos conceitos jurídicos, e, em especial, ao tipo penal que possuem um valor objetivo que a lei considera como essencial para a proteção e que possibilita a determinação do bem jurídico protegido.

O injusto com seus elementos subjetivos e o conceito normativo da culpabilidade darão ensejo a uma nova análise na teoria do delito, que é a etapa seguinte, do finalismo.

Mezger, com esta teoria subjetivista, própria do neokantismo, condiciona a ciência do Direito a categorias *a priori* que resultavam num conhecimento científico como síntese da matéria, enquanto uma realidade fenomênica desordenada e amorfa. A finalidade não é uma qualidade radicada no ser, mas através do método pode-se atingir valorativamente o conceito do objeto, que não é objetivo, mas subjetivo.

Trata-se de um subjetivismo epistemológico que, de acordo com Mir Puig²⁸ “levou ao *relativismo (gnoseológico) valorativo*”, e junto com um subjetivismo metodológico serviram de base à crítica de Welzel a esta corrente neokantista.

5. As contradições da modernidade e o Direito Penal

Estamos já sentindo a proximidade do século XXI. Preocupações sociais já são objeto de estudos para encontrar-se soluções, diante do célere avanço tecnológico que questiona o Direito, e o Direito Penal, forçando-os à busca de caminhos para fazer frente ao que se denomina a nova criminalidade.

No Brasil, insistimos em pautar nosso debate nas idéias da modernidade. Esta, que nos acompanha desde o final do século XIX, continua viva, apesar das contradições metodológicas que aprofundam a crise do nosso Direito e do Direito Penal pátrio.

⁽²⁸⁾ MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 247.

O desespero nos levou a procurar, na instrumentalização do processo, a celeridade mesmo que isto nos custe a violação constante dos direitos fundamentais da ampla defesa, do contraditório ou da presunção da inocência. A eficácia kantiana do direito penal está acima de qualquer crítica, pois o moralismo ainda impera nas nossas decisões.

Está na hora de darmos adeus à modernidade, sob pena de não sabermos explicar aos novos juristas do século XXI porque mantínhamos posições tão radicais, apesar das contradições que assolavam o Direito Penal.

As críticas que podemos fazer ao pensamento neokantiano, de um positivismo exacerbado, podem ser enumeradas, tendo em vista a atual situação do Direito Penal brasileiro, da seguinte forma:

5.1 Metodologia subjetivista e relativismo valorativo

Inspirados em Welzel,²⁹ podemos afirmar que o positivismo neokantiano não conseguiu explicar ou justificar a divisão do mundo, em matéria penal, nas duas esferas independentes, *a do ser e a dos valores*. A busca de uma teoria do conhecimento que abrangesse o empirismo e a ciência do espírito, determinou somente um acréscimo ao positivismo jurídico, complementando-o com um subjetivismo. Houve a diferenciação exata entre *ser e dever ser*, com uma realidade empírica livre de valor.

O conceito apriorístico de valor, com validade no caso de caracterizar uma exigência geral, representando uma comunidade cultural, tornava relativo o seu conceito, e, no subjetivismo apontado, podia-se, através do método, atingir o conceito de objeto.

A visão metodológica da modernidade levou Habermas³⁰ a considerar uma rejeição das consequências mutiladoras de uma auto-referência objetivante, diante das promessas não cumpridas pela subjetividade proposta: "a perspectiva de uma prática autoconsciente em que a autodeterminação solidária de todos se pudesse associar à auto-realização autêntica de cada um individualmente".

Apesar do esforço neokantiano de dar ao Direito Penal uma concepção normativa, incluindo a valoração, manteve o conceito de ação causal, de cunho naturalista, bem como o dolo e a culpa na culpabilidade, como seus componentes psicológicos.³¹

As consequências destas posturas, no Direito Penal brasileiro, se fazem sentir a cada momento. É exigido de cada ser um cumprimento irrestrito às normas, diante de valores *a priori* válidos universalmente, independentemente da condição pessoal de cada um. A exigência parte de um direito penal que pretende coordenar os movimentos sociais, pautando a sociedade moderna com conteúdo geral e uniforme, pelo menos diante da lei.

O apriorismo neokantiano está tão forte no momento que fala-se, com entusiasmo, numa *jurisprudência vinculante* como solução universal para os conceitos dogmáticos, que serão aplicados, indiscriminadamente, em todos os casos assemelhados.

A busca de uma eficácia utópica, próprio do positivismo neokantiano, tem levado a justiça penal a tomar atitudes severas, com uma punição irrestrita aos

(29) WELZEL, Hans. *Naturalismus und Werthphilosophie in Strafrecht*. Mannheim-Leipzig-Berlin, 1935, p. 43.

(30) HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Trad. Ana Maria Bernardo *et alii*, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1990, p. 310.

(31) CÓDOBA RODA, Juan. *Una nueva concepción del delito - la doctrina finalista*. Barcelona, 1963, p. 31.

“desajustados” sociais, sem uma visão científica da Constituição de 1988, que adotou o Estado Democrático de Direito como forma de Estado e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

As respostas a este “temor” pela justiça penal são insignificantes. A criminalidade aumenta e as prisões mostram sua total ineficácia para interromper o ciclo de desrespeito à lei, que não atinge somente as chamadas “classes desfavorecidas”, mas há outra criminalidade de “elite” que, em geral, fica de fora desta ânsia punitiva.

A impossibilidade de encontrar respostas à situação caótica do Direito Penal, o caminho foi socorrer-se do processo penal, instrumentalizando a justiça, de forma a tornar célere qualquer decisão, presumindo a responsabilidade penal das pessoas, com a arcaica afirmativa: “a tipicidade é indício de antijuridicidade”.

O debate continua em nível de consequências, sem atingir as verdadeiras causas do problema: falta de fundamento filosófico para as novas medidas; contrariedade das mesmas aos princípios do Direito Penal no Estado Democrático de Direito; a vaidade extremada dos juristas, que pretendem impor suas idéias, relegando qualquer crítica a uma posição desajustada do contexto; repelindo as novas idéias, mesmo que mais coerentes, por considerá-las *surrealistas*.

5.2 O problema do dolo como integrante da culpabilidade

O dolo, como componente psicológico da culpabilidade, contradiz a análise do crime tentado. A crítica de Welzel, anteriormente referida, tem razão de ser. A análise da tentativa exige que se inclua no tipo de injusto o elemento subjetivo, a fim de apurar-se se o comportamento refletia a ação típica. No caso de consumir-se o crime, a análise do elemento subjetivo passava à culpabilidade, inclu-

sive com a “dosagem” da sua intensidade. Ora, na crítica welzeniana, se o dolo pertence ao tipo do injusto na tentativa, deveria conservar a mesma função quando esta mesma tentativa chegasse à consumação.

Não é o que ocorre no Direito Penal brasileiro atual, como reflete a jurisprudência: “é evidente que quando se fala em circunstâncias alheias à vontade do agente, aludindo-se, portanto, à sua vontade, está se fazendo referência bastante clara à necessidade, para que haja tentativa, de que o agente queira obter a consumação. Deve ele proceder com vontade consciente, para que responda por tentativa de crime. É preciso que tenha tido a intenção de conseguir um resultado mais grave do que aquele que realmente vem a conseguir”. *RJTJSP* 104/408.

É claro o conteúdo volitivo no tipo de injusto, enquanto, para a consumação, o dolo continua sendo um elemento da culpabilidade, de caráter normativo, capaz de ser medido na sua intensidade, por meios abstratos de observação.

5.3 A relação de causalidade: *conditio sine qua non*

O Direito Penal brasileiro se mantém essencialmente empírico-causalista, quando se trata de comprovar materialmente os fatos.

Não se nega a existência de um nexo de causalidade entre uma ação e um resultado, mas a simples comprovação de um resultado danoso ao bem jurídico não pode levar, de plano, à responsabilidade do agente.

No geral o que ocorre entre nós é a constatação inquestionável dos pedidos de condenação e das sentenças condenatórias da “materialidade comprovada pelo laudo de fls.”

Demonstrada a materialidade do crime, é o suficiente para estabelecer-se os pressupostos da culpabilidade (*dolo e*

culpa) e do injusto. Este caminho impede que eliminemos os crimes qualificados pelo resultado ou o *versarii in re illicita*, porque o menosprezo ao bem jurídico pode ser avaliado tão-somente com uma análise empírica da conseqüência do comportamento. Fica a critério do juiz a responsabilização da pessoa, mesmo que o elemento subjetivo, conteúdo da culpabilidade, não tenha sido provado com dados concretos.

Neste sentido tem caminhado a jurisprudência: "o nosso Código Penal abraçou a teoria da equivalência dos antecedentes causais, ou da *conditio sine qua non*, pela qual tudo quanto concorre para o evento é causa. O nexo entre ela e o evento se estabelece sempre que sem ela este não se teria verificado". RT 514/349.

É novidade entre nós, o que se denomina a novíssima teoria da *imputação objetiva* (apesar de datar de 1927, com Honig e 1930, Larenz, na Alemanha), aceita pacificamente na Europa, como fato consumado.

5.4 O problema prisional

Como último ponto a ser apreciado, das contradições da modernidade, indicamos a séria crise prisional decorrente de superlotação dos presídios, quando se buscam soluções paliativas, tais como, construções de novos presídios, aumento das vagas etc.

A questão de fundo não é debatida. Enquanto estivermos atrelados à modernidade, ou ao positivismo normativista, considerando a pena um castigo, na visão neokantiana, não podemos adotar os princípios do direito penal no Estado Democrático de Direito.

A pena como *ultima ratio* da interferência do Estado na vida do cidadão é incompatível com a adoção da reincidência como obstáculo a qualquer benefício penal, ou substitutivo penal, ou circunstância agravante.

A severa interferência da justiça penal, com o irrestrito cumprimento do princípio da obrigatoriedade no processo penal, acompanhado de um raciocínio lógico-formal da sentença, na maioria das vezes condenatória, sem a preocupação da veracidade ou não das premissas na dedução, não permite a adequação da reprovação aos limites do Direito Penal.

A conotação moralizante contida nos chamados *crimes hediondos*, que, sem constrangimento, denomino de "hediondinho" (quando o resultado for de menor potencial ofensivo, ex.: porte de pequena quantidade de maconha para tráfico), ou "hediondão" (porte de grande quantidade de cocaína), não é compatível com o Estado Democrático de Direito.

Enquanto a ciência nos mostra que há causas maiores da criminalidade a serem analisadas, permanecemos com a pequena criminalidade (furto, roubo, estelionato, lesões, tentativa branca de homicídio etc.), sem conseguirmos atingir o cerne dos problemas sociais modernos.

A única solução viável, no momento, é o debate amplo sobre o pluralismo científico da pós-modernidade, abandonando os critérios absolutos de cuidar do Direito, que reduziu a definição do jurídico drasticamente a princípios, leis, normas, condutas, jurisprudência e dogmatismo exacerbado.

O debate filosófico é fundamental para qualquer solução que se pretenda no campo penal, enquanto os juristas e militantes do Direito poderiam deixar de acreditar que a *verdade real* existe e que impede qualquer contestação quando seus elementos forem apurados nos processos judiciais.

Caso sejam entendidas as contrariedades apontadas, estarei satisfeito, embora ainda ansioso para ver soluções concretas aos problemas que enfrentamos, sem soluções, no momento.