

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.5

A CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL ATUAL E NO FUTURO* **

KLAUS GÜNTHER

Como sói acontecer, duas posições essenciais reivindicam para si devido significado do conceito jurídico-penal de culpa.¹

A primeira talvez e na medida do possível, se encontra vinculada ao entendimento da vida diária, de fundar a culpa na liberdade do autor de agir de outro modo no momento do fato.² Esta liberdade deve expressar-se nos elementos negativos da culpabilidade, nas causas de sua exclusão ou de exculpação. Historicamente, deriva ela de uma reação contra uma *praxis* penal absolutamente discricionária. Um autor só pode ser punido quando se tenha livremente decidido pelo ilícito. Certamente, este caráter penalmente limitativo da culpa transforma-se em seu conteúdo, no qual se afirma que um autor *sempre deve* ser punido quando tenha cometido, nesse sentido, culpavelmente um fato punível. Não é, entretanto, muito claro o que se deva entender afinal por esta “liberdade”. Não se deve acolher que possa

derivar daquilo que se fizesse presente na pessoa individual no momento do fato, de modo que esta estivesse realmente consciente acerca de uma determinada alternativa de conduta fiel ao direito e fosse capaz de compreendê-la.³ A liberdade de agir de outro modo é, portanto, uma ficção, que se orienta pelo próprio entendimento dos demais membros de uma sociedade. Segundo esta ficção, o culpado atua afinal contra seus próprios bons motivos, envolvendo-se na contradição de si mesmo. A culpabilidade aproxima-se, assim, de uma autonomia ou autodeterminação moral. O fato pode ser “reprovado” ao autor, quando este não tenha utilizado sua capacidade para uma autodeterminação moral. Na medida em que a isso se vincula uma “censura moral”, viola-se a separação entre moral, costume e direito, que é constitutiva para um Estado de Direito liberal e democrático. O autor não é tratado, aqui, como pessoa de direito, mas como pessoa ética ou moral.

A outra posição busca superar estas dificuldades, renunciando de antemão a fundar o significado da culpa a partir da

(*) Tradução de Juarez Tavares.

(**) Palestra proferida durante o IV Seminário Internacional do IBCCrim.

(1) Para a evolução histórica, v. Hans Aschenbahr, *Historische und dogmatische Grundlagen Der Strafrechtssystematischen Schulddlehre*, Berlin, 1974.

(2) Compare para isso exemplarmente: Arthur Kaufmann, *UnzeitgemäßBe Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht*, in *Jura* 1986, 225 e ss.

(3) Isto não é certamente uma assertiva de princípios contra a proposta de fundar o significado da culpa na liberdade de agir de outro modo, senão um problema de prova forense. Este problema é frequentemente reduzido a questões genéricas se a liberdade de vontade como tal é ou não empiricamente demonstrável.

perspectiva do autor e de sua liberdade na situação do agir. Além disso, está associada a insuspeitas normas jurídicas, assim como à prática vigente do sistema de justiça criminal, segundo a qual muitas vezes o autor não é punido apesar da afirmação de sua liberdade, porque a pena não era necessária, ou, em sentido inverso, apesar da possibilidade de uma exculpação, é punido por razões preventivas.⁴ A culpabilidade não arrasta consigo em todos os casos a pena, e a exculpação não conduz sempre à absolvição, conforme razões preventivas indiquem que não se deva impor a punição ou que ela seja imprescindível. Estas experiências conduziram a que o significado da ficção da culpa foi assimilado pelos fins preventivos da pena, sendo por eles inteiramente determinado ou, no mínimo, co-determinado. Aqui se regressa, pois, aos fundamentos de uma justificação da pena, desta vez, entretanto, na função de *fundamentos da culpa*. Assume-se de qualquer forma esta função somente pelos fundamentos de justificar racional e finalisticamente a pena, portanto, segundo as teorias da prevenção, não porém pela idéia de que a pena se justifique por seus próprios fins como retribuição. Assentando-se o fim da pena na correção do autor, só se lhe pode imputar culpavelmente a violação da norma se ele, através da pena, puder ser corrigido. Para as teorias da prevenção geral o significado da culpa se orienta pelo sentido de fazer com que a pena deva refletir-se em terceiras pessoas. Se a pena é necessária, como reação a uma imputável violação da norma, a que outros não se sintam estimulados a realizarem o mesmo

fato punível, o autor será, então, por isso "culpado" ou, como se diz mais cautelosamente, "responsável".⁵ Se, ao invés, para uma violação da norma a pena não deva intimidar, mas restituir aos cidadãos a confiança da norma, que lhes fora possivelmente abalada, ou fortalecer-lhes a crença na impositividade do direito, será o autor então "culpado" se tiver causado com sua conduta dano na validade da norma e a pena seja necessária para delimitar este dano.⁶ A determinação preventiva do conceito de culpa se firma e se dilui na fundamentação dos fins da pena. Todas as objeções que aqui se formulam, se passam igualmente na fundamentação da culpa.

Frente a um conceito de autonomia da culpa, as teorias preventivo-funcionais da culpabilidade apresentam por certo a vantagem de esclarecer abertamente o caráter da culpa jurídico-penal como uma ficção instituída. "Culpa" é uma etiqueta, afixada em alguém segundo as necessidades sociais. Mas estas teorias adquirem seu realismo sob uma lacuna de legitimidade, pois tomam esta necessidade como dada, sem outra fundamentação. A culpabilidade e seus elementos (na forma negativa da exculpação ou de exclusão) são, funcionalmente, apenas determinados segundo esta pressuposta necessidade. Ademais, elas fazem depender a determinação da "culpa" novamente da finalidade da pena. Em sentido inverso, o conceito de autonomia da culpa opera segundo pressupostos morais extremamente fortes.

II

Este dilema entre uma lacuna de legitimidade e uma exigência moral

(4) Assim, por exemplo, procura-se esclarecer por quê pessoas, que são especialmente obrigadas a arrostar o perigo (bombeiros, soldados, etc.), não podem socorrer-se, em tais casos, do "estado de necessidade exculpante" nos termos do § 35 do CP.

(5) Compare para isso exemplarmente: Claus Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. ed., Munique, 1995, p. 547 e ss.

(6) Compare para isso exemplarmente: Günther Jakobs, *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993.

pode ser superado, se relacionarmos o conceito jurídico-penal de culpa à idéia da legitimação democrática das normas jurídicas e à pessoa do cidadão como titular do direito de participação política no processo democrático de formação do pensamento e da vontade sobre a positivação das normas jurídicas.⁷ Com isso ter-se-ia, por um lado, como suficiente que a culpa fosse uma atribuição, que se orienta de conformidade com a ordem e cuja violação é imputada a uma pessoa. Igualmente, porém, ter-se-ia relacionado a pretensão de legitimidade a uma pessoa segundo sua culpabilidade. Por outro lado, em lugar da autonomia moral, ter-se-ia relacionado apenas aquela da ordem legítima do direito, portanto diminuindo as exigências quanto ao conceito de pessoa. O conceito respectivo de pessoa deve ser, contudo, determinado em primeiro lugar. Este conceito deve servir de ponte entre a pretensão de legitimidade da ordem jurídica e as exigências de obediência à norma, cuja lesão seria imputada como “culpa”.

O processo democrático da criação jurídica se expressa em que a imposibilidade do direito depende dos discursos públicos e dos procedimentos decisórios, nos quais todos os cidadãos têm

o direito de participar. Cidadãos numa democracia não são unicamente os destinatários, mas também os autores das normas jurídicas. Esta dupla função de autores e destinatários das normas jurídicas está ancorada em uma concepção comunitária de pessoa, que de diversos modos é pressuposta e pretendida na legitimação democrática e na imposição do direito. Pertence a esta concepção, antes de tudo, a capacidade de uma pessoa de poder distanciar-se e assumir posições críticas em relação a condutas e manifestações. A capacidade de crítica pode relacionar-se a condutas e manifestações tanto *alheias* quanto *próprias*. Nisso reside o fundamento da liberdade da pessoa, que pode conduzir-se criticamente tanto frente a condutas e manifestações alheias quanto autocriticamente frente a si mesma. Chamo de “crítica” uma tomada de posição motivada. Uma pessoa, à qual se assenta a capacidade de uma posição crítica, pode portanto executar através de ações e manifestações o ato cognitivo da sua motivada atitude. Além disso, é capaz de seguir os respectivos motivos, por ela mesma acolhidos, de executar, pois, um ato volitivo. Ambos os atos se vinculam reciprocamente ao conceito de “motivo”. “Motivos” são definidos (dentre outras formas) pela diferenciação que produzem no mundo, de modo que possam *conduzir* uma pessoa a alterar suas ações e manifestações no sentido de uma correção. Que eu posso seguir um motivo se mostra pelo fato de que eu (*ceteris paribus*) *atuaria de outro modo se tivesse agido sem este motivo*. Ademais, as espécies de motivos são, primeiramente, indeterminadas; podem existir diversas modalidades de motivos – racional-finalístico, estratégico, moral e outros. Com a assunção da mera capacidade de atitude crítica frente a ações e manifestações não se pode determinar *se e de que modo* a pessoa deve fazer uso dessa capacidade e sobre

⁽⁷⁾ As ponderações que se seguem aproximam-se dos argumentos de Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, Frankfurt am Main, 1992, capítulo 3, p. 109 e ss.; John Rawls, Political Liberalism, New York, 1993, p. 35 e ss.; Frank Michelman, Can Constitutional Democrats Be Legal Positivists? Or Why Constitutionalism?, in Constellations 3, 1996, p. 293 e ss.; Oliver Gevostenberg, Deliberative Demokratie. Zur rekonstruktion des Zirkels von Rechtsstaat und Rechtserzeugender Politik, Frankfurt am main, 1997. V. também Klaus Günther, Individuelle Zurechnung und Verfassungsstaat, in: Jahrb. f. Recht u. Ethik 1994, 5. 143 ff.; Urs Kindhäuser, Rechtstreue als Schuld-kategorie, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 107 (1995), S. 701ff.

quê espécie de motivos pode amparar-se. Enfim, quando nos referimos à capacidade de atitude crítica compreendemos conjuntamente os dois atos, o cognitivo e o volitivo. Denomino a pessoa, à qual se pode atribuir esta capacidade, de *pessoa deliberativa*.⁸

Para que a pessoa deliberativa possa basear motivadamente, em geral, sua atitude crítica, deve dispor, de qualquer modo, de uma outra capacidade, que decorre sobretudo do conceito de motivo. Os motivos derivam de *argumentações* acerca de conflituosas pretensões de validade quanto a manifestações explícitas ou implícitas (p. ex., intenções de ações). 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. Tais argumentações ou discursos são caracterizados através de um elenco de pressupostos idealizados, sobre os quais não me compete aqui enveredar. Segundo a espécie das conflituosas pretensões de validade articulam-se as argumentações acerca da descoberta ou da construção dos melhores motivos, que resultam, em sentido provisório, de uma crítica permanente efetuada por uma ilimitada quantidade de partícipes dessas argumentações. A manifestação que se torna motivada dessa forma apresenta para ela mesma, conforme a pretensão de validade, a presunção de verdade, de correção

normativa ou de adequação valorativa. Da capacidade que se atribui à pessoa deliberativa de poder participar em tal discurso não resulta, em contrapartida, que ela deva participar, que deva aceitar para si os melhores motivos e seguí-los em sua conduta. A argumentação, além disso, pode se dar como um discurso internalizado, por assim dizer, na forma de um monólogo desta pessoa. Para a sua atribuição é suficiente que a pessoa seja dotada da capacidade de comprovar, argumentativamente, os motivos sobre os quais se baseia sua assunção crítica quanto às próprias manifestações e ações, que ela possa agir ou “refletir” autocriticamente. A isso pertencem, antes que tudo, a capacidade e a disponibilidade de corrigir as próprias convicções à luz de melhores motivos. Manifestas características da pessoa deliberativa são, pois, a capacidade e a disponibilidade a uma *autocorreção*. Um assaltante de bancos, que procura os melhores meios de executar seu roubo, deve fundar a escolha de seu plano de ação sobre suposições empíricas capazes de verossimilhança e, argumentativamente, colocá-las à prova (pelo menos num monólogo implícito); ele se conduz, portanto, criticamente frente à sua própria ação (planejada), assim como a possíveis alternativas de ações e por isso merece a atribuição de uma “pessoa deliberativa”.

O conceito de pessoa deliberativa apresenta também a característica de considerar essa pessoa como *fonte própria* de suas ações e manifestações.⁹ Ela não é somente fonte, no sentido causal, de suas manifestações e ações, mas também no sentido de que isto *depende* de sua atitude autocrítica, e de como ela

(8) As características da pessoa deliberativa, por seu turno, necessitam evidentemente de fundamentação. Assim, deve-se demonstrar, dentre outras coisas, *que e como* o conceito de pessoa deliberativa se associa à crítica às pretensões de validade. Ver nisso Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, tomo 2, Frankfurt am Main, 1981, p. 115.; Klaus Günther, *Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis*, in Cardozo Law Review, 1996, p. 88 e ss.

(9) Isto implica que a pessoa, assim tratada, seja considerada apta para suas próprias manifestações e ações e, nesse sentido, “livre”. Compare nisso: Jakobs, AT 17/20, com outra visão; o mesmo, *Schuldprinzip*.

se exterioriza e se e como atua. A capacidade de atitude crítica torna-se o centro produtor de sua ação e a pessoa — certamente abstraindo-se arbitrariamente de seus motivos e constituição, assim como de outras circunstâncias concretas — é “reduzida” a essa capacidade. Quando, para uma manifestação ou ação, fizesse diferença se a pessoa usar ou não sua capacidade de atitude crítica, então poder-se-á dizer que as manifestações e ações desta pessoa lhe podem ser *imputadas* como de sua autoria. Entenda-se bem que isto não depende se a pessoa efetivamente faz uso de sua capacidade e se, como se tem sempre definido, faz disso uso “correto”. Decisivo é apenas poder atribuir-se-lhe a capacidade de atitude crítica; em consequência desta atribuição, passa ela a valer então como centro produtor de suas manifestações e ações, ainda que, faticamente, não tenha feito uso desta capacidade. Quando a atribuição da capacidade de atitude crítica apresenta, dentre outras, a função de imputar as manifestações e ações a uma pessoa como sua autora, esta capacidade é então designada como *competência performativa*. Uma pessoa torna-se retratada como capaz de manifestações e ações quando estas puderem ser imputadas à sua capacidade de atitude crítica, isto é, à sua competência performativa. Evidentemente, quanto à vinculação dos acontecimentos para com a competência performativa de uma pessoa, trata-se de uma “atribuição” e não de um fato “natural”. A quantidade de condições necessárias e suficientes para a constituição de um acontecimento é, com certeza, mais complexa do que sugere a vinculação à capacidade de atitude crítica. O motivo para esta redução de todas as condições a uma só se situa na significação que o conceito de pessoa deliberativa possui no tocante à forma de legitimação das normas jurídicas.

Uma pessoa deliberativa dispõe da capacidade de atitude crítica acerca de manifestações e ações próprias e alheias; ela pode basear sua atitude em motivos, os quais pode pelo menos comprovar na função de partícipe virtual do discurso; ela pode atuar seguindo os motivos por ela acolhidos e desse modo tornar-se autora imputável de suas manifestações e ações. Os processos democráticos se caracterizam pelo fato de associarem os procedimentos de formação das normas impositivas à capacidade de cada um de, nas suas manifestações (p. ex., nas proposições normativas), assumir criticamente uma terceira posição. Esta capacidade torna-se um elemento *constitutivo e operativo* desse procedimento. Os processos democráticos pressupõem uma pessoa deliberativa e se reproduzem no uso geral da capacidade que se lhe atribui. Além disso, os processos democráticos são de tal forma organizados, que possibilitam, numa extensão consciente, a contraprova argumentativa dos motivos e contramotivos para uma atitude crítica frente às proposições normativas, de modo a incrementar uma competição pública em torno dos melhores motivos. Em certa medida, como as pessoas deliberativas podem participar desta concorrência, tornam-se elas autoras das normas que resultam desse procedimento.

III

Certamente os processos democráticos não são idênticos aos discursos e as pessoas deliberativas, que participam desses processos como cidadãos, não desempenham o papel de partícipes do discurso. Os processos democráticos possibilitam, na verdade, o tratamento diferenciado das pretensões de validade e a comprovação argumentativa dos motivos a favor ou contra uma determinada pretensão de validade. Mas, diversamente dos discursos, os processos

democráticos se organizam de tal forma que possibilitam, dentro de certo tempo, múltiplas decisões acerca de validade positiva de normas jurídicas. Isto significa ademais, que as normas jurídicas continuam valendo ainda que nem todos os cidadãos tenham feito uso de sua capacidade deliberativa e *nem todos* os partícipes se tenham melhor motivado para uma revisão da atitude que está sendo rejeitada. As normas jurídicas, portanto, valem também para as pessoas que não tenham assumido uma atitude crítica e para aquelas que, apesar de sua atitude crítica, não estejam dela convencidas. Esta particularidade do processo democrático frente ao discurso, e das normas jurídicas frente a outras espécies de motivação de condutas, tem consequências para o conceito de pessoa deliberativa, na medida em que esse conceito tenha sido por ele pressuposto ou pretendido. Ao conceito de pessoa deliberativa devem ser agregados ainda outros elementos, que derivam das mencionadas particularidades específicas do processo democrático de motivação das normas e do especial caráter das normas jurídicas como resultado do procedimento democrático.¹⁰ Com base nesses elementos, a pessoa deliberativa, que toma parte no processo democrático e democraticamente obedece a normas legitimadas, diferencia-se *de um lado* por outros atributos que lhe são próprios, quanto pelos atributos éticos, morais ou de certo modo racionais (p. ex., racional-finalístico) do próprio autor. *De outro lado*, este conceito específico de

pessoa deliberativa se ramifica internamente na pessoa do *cidadão*, como autor de normas jurídicas, e na *pessoa capaz de direito* como destinatária dessas normas.¹¹

Frente aos processos democráticos, os discursos se caracterizam, ademais, pelo fato de que eles ampliam *integralmente* a capacidade atribuída à pessoa deliberativa. Na medida em que uma pessoa baseia, argumentativamente, sua atitude crítica quanto a ações e manifestações em motivos comprováveis, torna-se ela, no mínimo, partícipe virtual de um implícito monólogo. Disso resultam diversas consequências para a pessoa, segundo a espécie de manifestação de sua pretensão, a espécie do discurso e a espécie dos motivos relevantes. Segundo essas espécies da pretensão, do discurso e dos motivos orienta-se o caráter específico da pessoa deliberativa. Uma pessoa que age planificadamente conduz-se racionalmente em determinado sentido e põe à prova, argumentativamente, seu plano de ação (compare o exemplo do assaltante de bancos) para verificar se os meios escolhidos são adequados a realizarem o fim pretendido. Uma pessoa deliberativa, que não se conduza dessa forma frente às suas próprias manifestações e ações, atua irracionalmente, isto é, como uma *pessoa não-racional*. Uma pessoa,

⁽¹⁰⁾ Metodologicamente, trata-se de um processo de "bootstrapping". Compare para tal assertiva, por exemplo, da extensão gradativa do conceito de pessoa na interpretação do direito à igualdade, Joshua Cohen, *Moral pluralism political consensus*, in D. Copp, J. Jampton, J.E. Roemer (organizador), *The Idea of Democracy*, Cambridge, Reino Unido, 1993, p. 270 e ss. (p. 278).

⁽¹¹⁾ Emprego aqui o conceito de pessoa capaz de direitos num sentido extenso e inespecífico, sem diferenciar entre "capacidade jurídica" e "capacidade social". Uma limitação se situa somente em que o conceito aqui empregado de pessoa capaz de direito diz respeito à pessoa natural, somente à qual se pode atribuir de um modo sensível a capacidade deliberativa. Isto não implica, porém, uma redução naturalística do conceito de pessoa capaz de direito. Além disso, não se exclui que os cidadãos constituam "pessoas jurídicas", às quais se possa igualmente imputar responsabilidade jurídica.

que é confrontada com um problema moral, deve ponderar se a pretensão normativa de validade, implícita em sua intenção de ação, poderia ser aceita por todos os outros homens como resultado de um discurso prático. Uma pessoa deliberativa, que não baseia sua atitude crítica em motivos práticos, compartilhados desse modo comunitariamente, atua imoralmente, quer dizer, como uma *pessoa não-moral*. O mesmo vale para uma *pessoa ética*, quando ela não baseia sua atitude crítica frente às suas próprias manifestações e ações em ponderações acerca do seu auto-entendimento e da melhor auto-realização.¹²

Em todos esses casos, a pessoa deliberativa, caracterizada apenas pela capacidade de atitude crítica frente a manifestações e ações, se torna especificada como pessoa racional, moral ou ética através de outros elementos derivados das respectivas pretensões de validade, dos discursos e dos motivos. Ao processo democrático da produção normativa é, por certo, indispensável uma especificação resultante desde logo das particularidades desse processo e das normas jurídicas. Na medida em que nesse processo se verifiquem os referidos discursos e disso participem os cidadãos, associam-se eles às funções de participação desenvolvidas nos conceitos específicos e correspondentes de pessoa. Igualmente, são eles, contudo, também *cidadãos*, que exercem sua participação nas argumentações na forma de um *direito subjetivo* de participar politicamente nos procedimentos juridicamente institucionalizados da formação pública de opinião e de vontade. Disso resulta que a pessoa deliberativa, que possui um direito subjetivo de participação política, *não está obrigada*, na

qualidade de partícipe do discurso público, a fazer uso fático de sua atribuída capacidade de atuação crítica. Ademais, o *dever* de também observar a norma não decorre nem do não-uso nem do uso público da capacidade de crítica. A validade positiva do direito se funda apenas na, em geral, constituição procedimental da norma, não, porém, na atitude favorável ou desfavorável de um único cidadão. Daí, pretender-se sua impositividade também frente àqueles cidadãos que não façam uso de seu direito de participação ou que, como partícipes do processo democrático, não estejam convencidos de rever seu antagonismo. O dever de cada cidadão de observar a norma se baseia apenas no igual direito ao exercício público de sua capacidade de crítica e no procedimento juridicamente institucionalizado, no qual esse direito pode ser eficazmente exercido – não, porém, sobre o *se* e o *como*, e também não sobre o resultado do respectivo uso fático desse direito. A *capacidade* de atitude crítica, atribuída à pessoa deliberativa, e o igual direito subjetivo ao uso eficaz desta capacidade no *processo* democrático juridicamente institucionalizado fundamentam, portanto, a pretensão de impositividade do direito positivo.

IV

O conceito de pessoa deliberativa, numa democracia de um Estado de direito, é tomado como pressuposto e utilizado, de certo modo, simetricamente tanto para o conceito de cidadão quanto na *observância* de normas jurídicas legítimas. Isto significa, de um lado, que a legítima expectativa do cidadão de que o destinatário da norma evitará o injusto *depende* da capacidade da pessoa a uma atitude autocrítica frente a suas próprias manifestações e ações. Mas, também aqui há uma particularidade que diferencia o dever de observar as normas jurídi-

(12) Para estes diversos conceitos de pessoa, v. Rainer Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main, 1994.

cas legítimas do dever de observar normas legítimas de outra espécie. O dever de observar normas jurídicas e evitar o injusto não significa que o destinatário da norma deva fazer uso da pressuposta capacidade de atitude crítica frente às próprias manifestações e ações, *de tal modo* que ele aceite a norma por motivo *próprio*. O destinatário não deve interpretar o dever de observância da norma como autovinculação de sua vontade, nem seguir a norma como pessoa moral. O dever de observância das normas jurídicas é, portanto, diverso do dever de obediência a normas morais – esse resulta diretamente do autônomo consenso acerca das normas morais, enquanto aquele se relaciona ao processo global, procedimentalmente possível e autônomo, da legítima constituição da norma jurídica e não está associado ao consenso individual ou à rejeição de uma única norma jurídica. O dever de observância da norma igualmente não é um bem que o seu destinatário deva realizar por amor à sua vida exitosa, ou, como “bom burguês” de uma república virtuosa, por amor ao bem comum. O dever de observância do direito pressupõe apenas no destinatário que ele, em geral, possua a capacidade de assumir criticamente uma atitude para com suas próprias manifestações e ações. O destinatário pode decidir se observa a norma e por quê fundamentos o faz. O direito não exige, portanto, da pessoa de direito que ela *esteja de acordo* com a norma e *por isso* se veja obrigada a observá-la. Conceda-lhe a liberdade de rejeitar a norma – em todo caso não a obriga para tanto que faça uso de sua capacidade de atitude crítica, de tal modo que a norma rejeitada se veja lesionada com seu atuar. Assentada com o dever de observância da norma em relação à pessoa de direito, aqui se exaure a exigência de que ela não deva lesar a norma rejeitada na medida em que faça uso da capacidade de atitude crítica

frente às *próprias* manifestações e ações. Este dever de evitar o injusto *apesar* da rejeição da norma é legítimo *quando* a pessoa (capaz de direito) tenha o direito e a possibilidade de colocar-se no papel de cidadão e fazer uso de sua capacidade deliberativa de tal modo que assuma uma posição pública contra a norma. À pessoa (capaz de direito) não se negará, portanto, o direito de rejeitar a observância da norma que lhe é exigida, senão apenas de exercer esse direito na função de pessoa (capaz de direito), quando atue na situação na qual seja obrigada à sua observância. Nesta situação não pode ela, como pessoa capaz de direito, socorrer-se do fato de que tenha rejeitado a norma. Seu direito à rejeição da norma só pode ela fazer valer na função de cidadão, quando não se encontre na situação na qual seja obrigada à sua observância.¹³ Por isso, em caso de lesão, pode o direito cominar sanções às pessoas que estejam obrigadas a evitar o injusto. Estas sanções não interferem na liberdade da pessoa de assumir uma atitude com essa sua atitude antagonista e apenas prejudicam no caso de a pessoa agir de conformidade com essa sua atitude antagonista. Elas não exigem, porém, uma atitude de

(13) Neste sentido entendo o argumento kantiano contra Beccaria (Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, p. 457, Cap. 202, 203) de que o autor criminal não poderia ser “como tal” igualmente co-legislador da lei penal. Segundo minha opinião, isto deve ser entendido de forma que o autor, cujo fato seja julgado sob uma norma, não estaria autorizado a decidir conjuntamente na função de legislador se a norma vale ou se ela deveria ser alterada. Então seria ele juiz e legislador de seu próprio fato e poderia fomentar, na respectiva situação, uma exceção em seu favor. Kant dissimula este raciocínio, sob o aspecto da imparcialidade do variado argumento da razão prática, com a fórmula patética de que o legislador seria “santo” (e, assim, por consequência seria profanado com a participação do criminoso).

concordância da pessoa para com a observância das normas jurídicas positivas que lhe são impostas e também nenhuma forma (isto é, de concordância) de observância motivada. A pessoa capaz de direito pode, por exemplo, observar a norma segundo uma atitude racional-finalística, na qual ela pondera as vantagens e desvantagens que para ela acarretaria uma lesão normativa e, em face das maiores desvantagens, decidir não realizar o plano de ação originário, que estaria associado a uma tal lesão da norma. O assaltante de bancos, que desiste de seu plano porque uma patrulha da polícia se encontra nas imediações, observa com isso da mesma forma que uma pessoa racional a respectiva norma que proíbe o roubo de bancos.

Apenas de passagem, deve-se aqui salientar que o dever de evitar o injusto, apesar de uma posição de rejeição para com a norma, só se relaciona à pessoa deliberativa, quando *na função de pessoa capaz de direito*. Seu direito moral de rejeitar a norma, e de lesar a norma jurídica como *pessoa moral* permanece aqui inalterado (certamente com a consequência de que esta lesão da norma também lhe seja imputada como *pessoa capaz de direito*).¹⁴ O dever de não traduzir em ação própria a atitude de rejeição não se estende, portanto, à pessoa moral.

V

A conexão interna entre o processo democrático de elaboração normativa e de observância da norma subsiste, portanto, em que em ambas as posições pressupõe-se igualmente o conceito de *pessoa deliberativa*. Tanto na legítima validade de normas quanto no dever de observância dessas normas faz-se de-

pende de que a pessoa possa conduzir-se criticamente frente a manifestações e ações (próprias e alheias). Por outro lado, diferenciam-se, contudo, os processos democráticos de elaboração normativa e observância da norma em que o conceito de pessoa deliberativa é tomado, num caso, como *cidadão* e, no outro, como *pessoa capaz de direito*. Deste modo, origina-se uma complexa relação de tensão entre cidadãos e pessoas capazes de direito. O Estado democrático de direito se diferencia de todas as outras formas de legitimação do direito pelo fato de que ele permite a *comunicação interativa* de cidadãos e pessoas capazes de direito *no conceito de pessoa deliberativa*, sem eliminar a diferenciação entre estas duas funções e transformar uma na outra. De um lado, a pessoa capaz de direito não se torna assimilada pelo cidadão, cuja principal virtude é a de atuar em favor do bem comum e, por isso, estaria como cidadão também moralmente obrigado a evitar o injusto. De outro lado, a pessoa capaz de direito não se torna inteiramente afastada do cidadão, de forma que o dever de observância de norma estaria fundado na pura positividade do direito, independentemente de sua legitimidade. O Estado democrático de direito vive da *geral e constante interação, regulada e institucionalizada*, entre as funções do cidadão e da pessoa capaz de direito, não da confusão de suas identidades no papel de burguês ativo e virtuoso ou da sua absoluta separação nas funções de autolegislator excepcional quanto à observância da norma (*princeps legibus solitus*) e de seu servo passivo.

Por um lado, os processos democráticos possibilitam o desenvolvimento da pessoa deliberativa nos procedimentos de formação pública de opinião e de vontade. A legitimidade das normas jurídicas depende dos processos institucionalizados juridicamente, nos quais os

⁽¹⁴⁾ Sobre o caso da desobediência civil não me cabe aqui debruçar.

cidadãos podem criticamente tomar parte nas proposições normativas. Nos discursos públicos as proposições normativas são, argumentativamente, postas à prova pelos participantes, que as associam a motivos e contramotivos, apresentados a favor ou contra a pretensão de validade das normas. Na medida em que as normas jurídicas derivam de conformidade com esse processo geram para si a suposição preliminar de legitimidade. Igualmente de acordo com essa visão, os processos democráticos vão ao encontro da pessoa deliberativa, porque eles associam, a um processo de comprovação argumentativa, e no qual a pessoa deliberativa pode tomar parte no papel de cidadão, as normas que devem motivar as ações dessa pessoa no papel de destinatária da norma. Da mesma forma, a participação fática na formação pública de opinião e de vontade no papel de cidadão não implica o dever para a pessoa deliberativa de seguir, no futuro e por isso, no papel de destinatário da norma. Não se trata aqui de um modelo rousseauiano de "auto-elaboração legislativa". Apenas o direito de participar e a institucionalização do processo democrático são fundamentos do dever de evitar o injusto, isto é, a chance perceptível jurídica e faticamente e não o exercício ou o não-exercício fático do direito. Para sua atitude crítica frente às próprias ações e manifestações, a pessoa deliberativa é, por isso, também apenas obrigada a se deixar motivar por normas positivamente válidas, originadas de acordo com certa forma processual. Sua atitude de rejeição frente a normas pode ela fazer valer, ademais, em discursos públicos na condição de cidadão. O dever de observância da norma deixa, portanto, *intocável* o exercício da capacidade deliberativa no papel de cidadão. Com o dever de observância normativa da pessoa capaz de direito, não perde o cidadão o direito de, publicamente, pleitear a derrogação ou a

alteração da norma. Ao invés, o dever de observância normativa funda-se justamente no direito de questionar qualquer norma positivamente válida e na possibilidade de trazer à vigência no processo democrático a posição rejeitada, portanto, de efetivamente conservar a função de cidadão. Tão logo se assegure esse direito e a possibilidade de alternar-se nas funções de cidadão, é de se supor também que a *pessoa capaz de direito* não torne eficaz, com sua conduta, sua atitude de rejeição frente à norma e evite o injusto.

Por outro lado, o dever de observância da norma, democraticamente fundamentado, da pessoa deliberativa, vem ao encontro da pessoa capaz de direito. A uma, vincula o dever de observância da norma à capacidade de pessoa capaz de direito à atitude crítica frente às suas próprias manifestações e ações. Assim como a pessoa deliberativa pode assumir uma posição pública contra uma norma, na condição de cidadão, dispõe ela também, como pessoa capaz de direito, da capacidade geral de atitude crítica frente a seus próprios planos de ação. Em caso de uma lesão normativa isto tem duas consequências para a imputação: primeiramente, à pessoa capaz de direito *só* pode *então* ser imputada a ação lesiva quando tenha a capacidade de atitude crítica frente às manifestações e ações próprias e alheias. Sua ação somente pode ser, então, assim interpretada como se sua origem se situasse *apenas* no uso dessa capacidade. Sua capacidade de atitude crítica frente a ações e manifestações próprias e alheias é o critério geral para a *capacidade de imputação* da pessoa capaz de direito. Em segundo lugar, a imputação *só* pode *então* ser feita quando a pessoa tenha a capacidade de atitude crítica frente a manifestações e ações próprias e alheias e quando tenha a chance jurídica e institucional de

participar eficazmente no processo democrático de alteração normativa e tenha assumido também criticamente a lesão ao dever de evitar o injusto. É, assim, de se exigir que ela torne válida sua atitude de rejeição à norma alternando-se no papel de cidadão, e como pessoa capaz de direito igualmente considere sua própria ação autocriticamente sob a perspectiva da norma. Por força de sua capacidade de autodistanciamento crítico seria ela capaz de, pelo menos, observar exteriormente a norma. Nesta confrontação *exterior* de uma ação imputável e normativamente lesiva se situa a *culpa* da pessoa deliberativa *como pessoa capaz de direito*.

Sob confrontação “exterior” entendo a imputação de uma ação normativamente lesiva como culpa individual de uma pessoa capaz de direito, sob a perspectiva de *um terceiro*. A pessoa culpada não é juridicamente obrigada, *ela mesma*, a confrontar-se faticamente com a ação normativamente lesiva, consoante o modo antes descrito. A atribuída capacidade à autocrítica frente a ações próprias não deve desaguar na exigência de executar retrospectivamente esta autocrítica e reconhecer-se culpado. Da mesma forma que o cidadão, por ocasião da legitimação das normas, deve faticamente fazer uso de sua deliberativa capacidade no exercício de seu direito de participação política, a pessoa capaz de direito está obrigada, por ocasião da legítima atribuição da culpa jurídica, de faticamente fazer uso de sua capacidade deliberativa na consideração de uma ação normativamente lesiva. A culpa jurídica permanece sempre como atribuição alheia. Somente na culpa moral está a pessoa obrigada a internalizar o julgamento de culpabilidade de um terceiro, quando a ele não possa se opor motivadamente. Esta diferença baseia-se novamente nas diversas características dos motivos, dos

conceitos de pessoas e nos discursos no direito e na moral.

Com o direito de participação no processo democrático de elaboração normativa e a possibilidade de trazer à validade, em tais processos, sua atitude de rejeição, pode-se exigir que, no seu atuar, a pessoa capaz de direito deva observar a norma e evitar o injusto. Na observância deste dever, reconhece a pessoa capaz de direito as outras pessoas como pessoais iguais e livres, que por seu lado só estão obrigadas a observar aquelas normas que resultam de um processo democrático, com iguais direitos de participação. Quando uma pessoa capaz de direito rejeita uma norma positivamente válida e resultante legitimamente do processo antes descrito, então deve ela reconhecer da mesma forma as outras pessoas na condição de cidadãos – isto é, ela deve publicamente convencer estas pessoas de que a norma não deve ser observada, porque não merece qualquer aprovação geral. Ela deve, na competição pública acerca da conquista da maioria, defender a derrogação da norma. Quando ela, da mesma forma, lesiona a norma com seu atuar, desconsidera as outras pessoas como cidadãos livres e iguais. De qualquer modo, não está ela novamente obrigada, no caso de rejeição da norma, a se deixar convencer pelos fundamentos dos demais cidadãos. Ela pode simplesmente tomar a norma como um obstáculo à sua própria liberdade de agir e adaptar-se, na sua conduta, a esta circunstância, assim como a outros obstáculos insuperáveis. Quando ela, neste caso, igualmente lesiona a norma, então desconsidera as demais pessoas tanto como cidadãos iguais quanto como iguais pessoas capazes de direito, que, por sua vez, podem confiar em que a norma vale faticamente.

Somente de passagem deve-se aqui ainda salientar que o dever de observân-

cia da norma não depende apenas da capacidade atribuída à pessoa deliberativa de assumir uma posição crítica, senão também do fato de que os processos de formação de opinião e de vontade sejam institucionalizados juridicamente, na forma de processos democráticos, nos quais a pessoa capaz de direito e obrigada a evitar o injusto possa tornar efetivamente válida, como cidadão, sua atitude de rejeição frente à norma. Sem tais processos não há dever de observância da norma e igualmente qualquer culpa, na hipótese de uma lesão normativa. Em síntese, só há culpabilidade jurídico-penal num Estado democrático de direito! Comunidades integradas eticamente proferem ao invés, uma censura "moral" de culpabilidade e excedem, com isso, os limites entre direito, ética e moral. Regimes autoritários, por sua vez, utilizam, na verdade, a censura de culpabilidade preferencialmente contra os "maus criminosos", entendendo por isso, porém, a pura prevenção contra os indivíduos perigosos.

VI

Destarte, introduz-se um conceito de pessoa que está conjuntamente subjacente tanto no cidadão como partícipe do processo democrático de elaboração normativa quanto na pessoa capaz de direito como destinatária das normas legais democráticas. Apenas sob o pressuposto deste conceito deliberativo de pessoa funciona a alternância regulamentada e institucionalizada entre as funções de cidadão e as funções da pessoa capaz de direito, obrigada à observância da norma. Ao menos esta concepção tem permitido até agora a introdução de um critério geral para a capacidade de imputação, para a fundamentação do dever de observância da norma e para a explicação do conceito de dever de observância normativa. Partindo disso,

abre-se agora também um caminho para um conceito específico jurídico(penal) de culpabilidade. No entanto, este caminho não pode ser sobrepassado de modo que o conceito jurídico-penal de culpabilidade e seus elementos, formulados na forma negativa de causas de exclusão da culpa ou de exculpação, sejam deduzidos simplesmente dos princípios acima fundamentados. No entanto, são os *próprios cidadãos* que sobrepassam este caminho. No caminho da elaboração democrática das leis, devem eles fixar as condições sob as quais um indivíduo vale como pessoa capaz de direito, capaz de imputação e de culpa. Nesta tarefa, a interpretação dada pelos cidadãos não é diferente daquele conceito de pessoa deliberativa, sempre tomado por eles mesmos como pressuposto, e daquele que eles igualmente sempre tomam em consideração quando se situam na condição de partícipes dos discursos públicos acerca da formação democrática de opinião e de vontade. Enquanto a pressuposta capacidade performativa permanece igualmente implícita nas deliberações acerca da legitimidade das normas jurídicas, torna-se explícita na interpretação do conceito de pessoa capaz de direito quando versa o tema do discurso público. Trata-se aqui de uma interpretação das capacidades deliberativas, *na medida* em que sejam relevantes para a pessoa capaz de direito como destinatária da norma. Os cidadãos interpretam-se eles mesmos na sua função futura simplesmente como destinatários das normas. Decidem acerca do conceito de pessoa capaz de direito que formará os fundamentos da futura imputação de suas ações lesivas à norma: interpretam-no e formulam-no de uma forma historicamente variável. O conceito jurídico-penal de culpabilidade deriva de um círculo prático, no qual os cidadãos reconhecem um ao outro sempre como pessoas deliberativas, livres e iguais.

Pode-se expressar esse círculo também de uma maneira que os cidadãos com o conceito de culpabilidade assumam a responsabilidade de como atribuí-la reciprocamente.

Com a interpretação e a formação de sua futura função, na qualidade de destinatários de norma, determinam os cidadãos as condições sob as quais o preenchimento do dever de evitar o injusto pode ser imposto. Estas condições formam o dever de observância da norma na pessoa deliberativa, quando na qualidade de pessoa capaz de direito; elas são talhadas sobre a capacidade de atitude crítica acerca das próprias manifestações e ações. Nem toda lesão da norma, mas somente aquelas que se deixam reconduzir a uma pessoa performativamente competente, portanto, a uma pessoa que dispõe da capacidade de atitude crítica, fundamentam a imputação de uma lesão normativa como culpabilidade da pessoa capaz de direito. Com os elementos específicos da capacidade de imputação, quer dizer, com a determinação das condições para a exclusão da capacidade de imputação confirmam os cidadãos que a observância da norma jurídica deve depender da capacidade da pessoa de assumir uma atitude crítica.¹⁵ A pessoa capaz de direito deve ser, em geral, capaz de assumir uma posição para seu plano de ação e de alterá-lo motivadamente. Na determinação das condições para a exclusão da imputação vinculam-se os cida-

dãos a fatos psíquicos; tomam conhecimento de fatos psíquicos empiricamente dados e, como tais, metodologicamente descobertos. Igualmente devem eles, contudo, determinar e afirmar a relevância desses fatos para o preenchimento legitimamente esperado do dever de evitar o injusto. Para tanto, devem empregar um conceito de pessoa, sob a luz do qual interpretam os fatos psíquicos. Quando este conceito de pessoa deriva do círculo prático antes mencionado, então seus elementos são compatíveis com as capacidades deliberativas, que os cidadãos também tomam em consideração, agora no papel de partícipes do discurso público.

Ao mesmo tempo afirmam *como* a capacidade para uma atitude crítica é atribuída às próprias manifestações e ações. O autor deve estar informado acerca das normas, deve ser capaz de alterar seus planos em consequência da atitude crítica informada, e tal alteração do seu motivo de agir não deve superar outros motivos bons e aceitáveis. Especificamente: na função de destinatário da norma ao cidadão só pode ser individualmente imputada uma ação normativamente lesiva quando se encontra preenchido o pressuposto cognitivo do conhecimento normativo, quando ele, portanto, esteja informado, por meio da norma, acerca de sua atitude frente a seus planos de ação. Somente assim pode uma atitude informada pela norma constituir um motivo qualquer para omitir-se da ação planejada. Inclusive não deve ele se situar na condição de tornar exigível a observância da atitude crítica frente aos próprios planos de ação, porque, com isso, estaria vinculada a renúncia de bens maiores, próprios ou de pessoa próxima, ou a lesão de outros deveres de categoria superior. Com as causas de exculpação ou de exclusão da culpabilidade se determinam sob quais condições um indivíduo

(15) Sigo aqui um argumento para o esclarecimento da função e do significado das causas de exculpação e de exclusão da culpabilidade, formulado por H.L.A Hart, certamente em outro contexto: H.L.A Hart, *Legal Responsibility and Excuse*, in "Punishment and Responsibility", 2. ed., Oxford, 1988, p. 28 e ss., 46 e ss.. V. para este argumento sobre H.L.A Hart, Björn Burkhardt, *Das Zweckmoment in Schuld-begriff*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 1976, p. 32 e ss (338 e ss.).

não deve ser tratado como uma pessoa culpada. Na formulação negativa destas condições expressa-se especialmente nítida a mencionada diferença entre ambas as funções do cidadão e da pessoa capaz de direito.

O conceito de culpabilidade gira sempre em torno do fato de como os cidadãos compreendem sua própria liberdade para uma atitude crítica em face de ações e manifestações próprias e alheias, em quê extensão e de quê modo compelem um ao outro reciprocamente esta liberdade. Dito em resumo: no conceito de culpabilidade está em jogo o próprio entendimento do cidadão como pessoa capaz de direito, livre e igual.

Certamente salienta-se aqui também uma singular assimetria entre cidadãos e pessoas capazes de direito na função de destinatários da norma. Enquanto a explicação jurídica do conceito de pessoa deliberativa e sua capacidade de imputação, interpretada teórico-discursivamente à luz da pessoa capaz de direito, é complexa e diferenciada, do lado do cidadão é ela mais implícita. Isto poderia situar-se em que sempre tendemos a compreender a responsabilidade cívica em um sentido ético-coletivo, enquanto na responsabilidade jurídico-penal nos acostumamos, desde há muito, com uma acentuada individualização da imputação.