

2. DOCTRINA NACIONAL

2.4

CULPABILIDADE: A INCONGRUÊNCIA DOS MÉTODOS*

JUAREZ TAVARES

1. Passados mais de dois séculos de evolução da teoria do delito, que se poderá considerar de certo modo como iniciada com a obra de Feuerbach,¹ os juristas ainda discutem os fundamentos da responsabilidade individual sob os mesmos patamares metodológicos.

A concepção psicológica de culpabilidade, centralizando o juízo de responsabilidade na vinculação subjetiva entre agente e fato, através das formas de dolo e culpa, para daí considerar que se lhe devesse atribuir jurídico-penalmente o fato, retrata o delito como algo separado da pessoa que o tenha praticado. O delito é visto, portanto, como uma conduta objetiva, cujos elementos se configuram na realidade fenomênica e são retratados *de fora*. A participação da pessoa do agente só é utilizada, nesse caso, como objeto de imputação. Quer dizer, uma vez realizado o fato com dolo ou com culpa, estão preenchidas as condições de tornar seu autor responsável por essa modalidade de sua produção. A característica principal, assim, desse critério é conceituar o delito a partir de um significado atemporal,

sociologicamente neutro e psicologicamente estéril, tendo como consequência que a responsabilidade não decorre do agente, mas apenas dos elementos que constituem o fato.

Por sua vez, a concepção normativa de culpabilidade, embora se tenha desfeito do critério de identificar a responsabilidade com base exclusivamente nos elementos do próprio fato, continua a retratar a imputação *de fora* do agente. Agora, entretanto, com outro condicionante ainda mais afastado: o juízo de censura pronunciado pela ordem jurídica. Abandona-se, aqui, o fato e alicerça-se a responsabilidade não no agente, mas no juízo que dele juridicamente se faz. Na concepção psicológica anterior, a responsabilidade derivava da imputação, mas era uma consequência do que o agente, na verdade, realizava. Poder-se-ia dizer, então, que o agente era responsável pelo seu fato. Na visão puramente normativa, que se desenvolve com a teoria finalista, a responsabilidade continua sendo baseada na imputação, mas esta já não deriva do fato, mas de um juízo que lhe é estranho, que apenas o toma como referência, mas não como fundamento. O agente não será mais responsável pelo seu fato, mas perante a ordem jurídica, com base em elementos que buscam simbolizar o fato segundo as possibilidades de seu conhecimento.

2. A questão primordial que deve servir de base à análise da teoria jurí-

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

(1) Poder-se-ia iniciar essa evolução com os renascentistas (Decianus, principalmente), mas dadas as descontinuidades da doutrina posterior, parece que a conceituação teórica do delito só passa a se reproduzir com certa coerência, na forma de verdadeira evolução, no final do século XVIII.

dico-penal da culpabilidade não pode se afastar desses parâmetros. O que se discute é se efetivamente as posições até agora utilizadas como critérios de responsabilização do agente correspondem ou não às necessidades de um Estado democrático e em que medida podem subsistir no futuro.

Convém, primeiramente, verificar, a que modelos de responsabilidade jurídica e, também, política correspondem essas duas posições.

Ao enunciar o conceito de delito sobre a causalidade, a concepção psicológica segue o mesmo princípio que se desenvolve nas ciências naturais dominantes no século XIX, de buscar nos fenômenos, dos quais o delito é uma subespécie, os próprios elementos de elaboração das leis, que no fundo não seriam criação exclusiva do ser humano e sua tarefa de investigação empírica ou lógica, mas uma forma de descoberta. Os fenômenos estariam todos submetidos a leis naturais e poderiam ser conhecidos e cientificamente equacionados, direcionados ou modificados mediante uma utilização adequada dessas leis. A ciência é mais uma ciência da descoberta do que propriamente uma ciência da criação. E mesmo no âmbito das invenções, que tanto revolucionaram a vida humana em geral, o seu resultado seria, no fundo, o produto de uma utilização exitosa desses fenômenos e de uma adequada manipulação das leis que os regulavam.

Compulsando-se as teorias científicas de diversos matizes e ordens, dominantes na ocasião, podemos verificar um denominador comum entre elas, de que todos os defeitos sociais e políticos igualmente seriam consequência da má direção empreendida sobre os fenômenos naturais. A ordem das coisas, portanto, poderia ser obtida pelo exclusivo aperfeiçoamento do conhecimento científico, das instituições e das normas

jurídicas. O mundo é, portanto, o resultado de uma ordem estável.

3. Tomemos, na demonstração desse entendimento, duas posições, metodologicamente antagônicas, o positivismo e o marxismo, que se fundamentam nesse tempo.

O positivismo, que tem sido revigorado sob muitas roupagens, pode ser bem identificado na obra clássica de Augusto Comte,² que buscava fundamentar seu sistema de organização social (a chamada sociocracia) na revelação de leis identificadas pela sociologia ou física social, e pelo qual o dever ser (norma) resultaria, enfim, da descoberta do ser (natural). O método positivista, denominado de método científico, como bem ressalta Zaffaroni,³ conduz à consideração do ser humano como objeto causal-biológico, onde o relevante não serão os juízos de valor, senão os movimentos, que podem ser controlados por leis impostas por meio da coerção, que vem a constituir-se na primeira e principal característica do direito. Essa visão positivista, que se reflete nas diversas formulações e variantes, sociais (Bentham), evolucionistas (Lombroso, Ferri, Garófalo, Von Liszt) ou jurídico-formais (Binding, Beling, Manzini, Rocco) é a mesma que informa a categoria psicológica de culpabilidade, para a qual o agente só vale na medida em que se veja envolto no processo de imputação.

O positivismo ao mesmo tempo em que se contrapunha, de uma forma ou de outra, à concepção de direito natural, de um direito preexistente, imutável e indisponível, ora derivado da divindade (variante teológica), ora da própria natureza humana (variante natural), ora

(2) Cours de Philosophie Positive, Paris, 1933.

(3) Eugénio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1987, tomo II, p. 189.

da história (variante histórica de Savigny), substituiu o dado natureza humana pela noção de norma, esta fixada pelo legislador. O direito se compõe, pois, de normas, que por sua vez são descobertas e interpretadas com o emprego de método objetivo e científico, centralizado sobre esse mesmo objeto, disso criando tautologicamente a ciência jurídica. O objeto passa a valer por si mesmo e em torno dele se desenvolvem os conceitos jurídicos, dentre esses o conceito de delito. Vê-se que no fundo esta concepção pode ser tomada como a ideologia científica do Estado autoritário, ou da comunidade autoritária (na variante histórica), como fonte única do direito e cuja conservação não é obtida apenas pela coerção, mas também por força da própria ciência jurídica.

Embora assentado em bases racionais, disso não diferia, quanto aos resultados, o pensamento jurídico de Hegel, que via no Estado o instrumento dessa expressão racional da *realização* integral, da chamada *realização da idéia moral*, através da qual se manifesta o direito.⁴ O método dialético, por ele empregado no sentido de uma interpretação dinâmica da realidade, é tão-só um instrumento de explicação dessa idéia racional e não um meio revolucionário de criação jurídica. Essa visão hegeliana do direito como realização racional da política estatal é importante para explicar a teoria marxista do direito penal, exposta talvez num dos seus únicos textos sobre esse assunto, os famosos e sempre lembrados "debates sobre a lei dos furtos de madeira".⁵ Nesses comentários, assinala Marx, pri-

meiramente, que o sentido racional da lei não será dado pela idéia moral, mas pela atenção à realidade das coisas, de modo a não confundir, por exemplo, um furto de madeira com uma simples coleta de gravetos. Entretanto, o caráter dessa realidade é empreendido pelo entendimento, isolando-se cognitivamente o objeto para identificar seu ser. Neste sentido, parece, inclusive, que se antecipa à formulação dada por Radbruch, dentro de um pensamento neokantiano, de ver a natureza das coisas não precisamente como fonte do direito, ou da norma, mas uma forma de pensar delimitativa.⁶ Em segundo lugar, pondera que um sábio legislador deve envidar esforços para coibir o crime, mas com o propósito de não ter que puni-lo; a pena, por isso, não pode infundir maior temor que o próprio delito e nem a ignomínia do delito confundir-se com a da própria lei.⁷ Finalmente, reconhece que o Estado tem o direito de se contrapor ao criminoso, resultando daí diretamente para ele o dever de reprimir o delito, mas a todo direito do Estado contra o criminoso deve corresponder um direito público do próprio criminoso. Assim, a pena seria a compensação do delito para com a *razão* do Estado, não devendo em qualquer caso confundir-se com o próprio interesse individual.

O marxismo supera mediante uma inversão metodológica a formulação hegeliana e parte da consideração de que os fenômenos têm existência real e adquirem sentido através da racionalidade, ou seja, pelo processo de seu conhecimento. Compreende, com isso, que o delito só pode ser racionalmente equacionado na medida em que corresponda à natureza das coisas, isto quer

(4) W.G.F. Hegel, *Grundlinien der Rechtsphilosophie*, § 185.

(5) Karl Marx, *Debatten über das Holzdiebstahlgesetz*, in *Rheinische Zeitung* n. 299, de 25.10.1842.

(6) Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 1983, p. 87 e ss.

(7) *Rheinische Zeitung*, n. 300, de 27.10.1842.

dizer, como primeira conclusão, que a ciência jurídica não deve ser apenas uma ciência da interpretação normativa, mas também uma ciência que procure ajustar a formulação legal à compreensão real dos fenômenos, de modo a não confundir a *razão* que informa o direito do Estado de punir o delito com os interesses individuais e de classe, expressados pelo legislador. Embora represente uma antecipação de muitos discursos criminológicos contemporâneos no sentido de uma humanização da repressão penal, que têm sido esquecidos pelos partidos políticos de esquerda, que se dizem inclusive de formação marxista, o raciocínio marxista, quando se refere ao direito racional do Estado de reprimir o delito, proporciona variantes metodológicas de cunho positivista, que vêem no delito a relação entre fato e norma e tomam o indivíduo como simples objeto de imputação. Isto de certo modo contradiz a postura marxista contida nas "teses sobre Feuerbach", onde se chama a atenção para o defeito do materialismo anterior, quer dizer materialismo positivista, de somente conceber as coisas, a realidade, o mundo sensorial sob a forma de objeto ou de contemplação, mas não como *atividade sensorial humana*.⁸

De qualquer forma, o marxismo representou uma limitação ao Estado autoritário, contrapondo-lhe o direito do condenado e buscando racionalizar a incriminação com base na natureza das coisas.⁹

4. Já, agora, a concepção normativa de culpabilidade reorienta a formulação do delito como objeto de apreciação, propondo a célebre dicotomia entre *objeto de valoração*, como injusto e *juízo de valor*, como culpabilidade. Por

esse meio retira-se da culpabilidade qualquer referência direta ao fato, dando lugar a que se passe a concebê-la como condição normativa de responsabilidade, ou até mesmo como mero pressuposto da pena, segundo o enfoque que se dá a esta matéria no Brasil.

A perda dos elementos do fato dentro do âmbito da culpabilidade, ainda que ali se conserve a indicação à imputabilidade com base em elementos psíquicos e orgânicos da pessoa, transforma a responsabilidade numa questão de Estado e não o resultado de uma obra humana. O centro da responsabilidade não é mais a vinculação entre agente e fato, mas agora o poder agir de outro modo, com base na potencialidade do conhecimento do injusto. Independentemente das críticas que o finalismo recebeu, ora sob ótica de um cientificismo positivista, ora de parte de orientações de política criminal, que agora inclusive não cabe discutir, a questão principal dessa mudança de concepções está justamente na sua inversão metodológica.

Se no positivismo a responsabilidade é decorrente de uma descoberta, na concepção normativa passa ela a ser o resultado de um juízo jurídico-normativo pronunciado contra o agente com base em pressupostos de fato decorrentes de outro juízo de cognição preestabelecido. Primeiramente, a própria imputabilidade se assenta em um juízo sobre a capacidade abstrata de entender e autodeterminar-se. O conhecimento do injusto se infere de um juízo de possibilidade e, por fim, o poder agir de outro modo, que fundamenta a reprovação, nada mais é do que a consequência de um juízo normativo hipotético. No fundo, portanto, a base de tal concepção é um puro juízo jurídico de sustentação normativa, alheio à realidade antropológica e sensorial humana.

Esta mudança metodológica podemos observar, talvez como sua origem,

(8) Teses sobre Feuerbach, 1888.

(9) Rheinische Zeitung n. 307, de 03.11.1842.

na filosofia kantiana. Kant, ao contrário do positivismo, entende que a observação dos fenômenos só pode resultar de uma observação da forma dos objetos, do mesmo modo que o seu respectivo conceito não é um conceito que tenha por elementos os dados dos próprios objetos senão o processo desenvolvido no seu conhecimento. Isto quer dizer que o entendimento seria a propriedade de pensar os objetos dentro de uma perspectiva de sentido. Os imperativos categóricos, que visam a estabelecer as bases de uma convivência moral, longe de se referirem, portanto, a conteúdos de uma ética material, se vêem derivados de um determinado procedimento.¹⁰ Esse mesmo raciocínio é desenvolvido mais tarde pelos hermenêutas, que atribuem aos elementos "natureza" e "lei", que constituíam, respectivamente, os objetos da ciência jurídica do direito natural e do positivismo, apenas o significado de mera matéria prima da qual deriva, através de um ato expressado procedimentalmente, o direito concreto. Substitui-se a relação sujeito-objeto das ciências causais pelo processo cognitivo, no qual o agente, para empreender um sentido ao seu conhecimento, deve exercitar seu preconhecimento e depois seu autoconhecimento.¹¹ O direito, revelado por meio dessa forma de interpretação, só pode ser tomado, pois, como um *ato*, cuja correção depende sobretudo do processo de sua produção.¹²

A crítica que sempre se articula contra a teoria finalista de delito, que esvaziara o conteúdo da culpabilidade,

é procedente na medida em que percebe o distanciamento da responsabilidade de suas bases objetivas, para conduzir-se por juízos hipotéticos. Esses juízos hipotéticos, empiricamente indemonstráveis, como ressalta Roxin, são na verdade o resultado, ainda que Welzel procurasse fundamentá-los ética e ontologicamente, da mudança de orientação na interpretação jurídica e de sua incidência nos critérios de verdade e justiça.

5. Como toda formulação jurídica é, no fundo, também uma expressão política, convém verificar como e porquê esta concepção procedimental se assenta definitivamente no direito.

Na verdade, as correntes jurídico-filosóficas dominantes no século passado, como sói acontecer com todas as demais, constituíam modos de justificação política da ordem jurídica, e conseqüentemente do Direito Penal, por meio da descoberta de elementos objetivos que se identificassem com o critério de justiça absoluta. Se, por um lado, como já afirmamos, o critério positivista de justiça a identificava com a própria lei (positivismo jurídico), ou com a infalibilidade determinista da condição biológica do ser humano ou de sua organização social, e por isso justificava a imutabilidade do *status quo* ou do Estado autoritário, em qualquer dessas variantes, mas principalmente no positivismo biológico ou evolucionista, poderia servir de um instrumento de preservação das liberdades públicas, por meio de uma delimitação, ainda que formal, dos poderes do Estado, como se pode ver, por exemplo da obra de Binding e de sua polêmica frente ao critério de perigosidade como fundamento da responsabilidade individual. Essa contradição intrínseca ao positivismo só pode ser explicada como consequência do emprego de seu método objetivo e contemplativo.

(10) Günther Ellscheid, Das Naturrechtsproblem; Eine systematische Orientierung, in Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 1989, p. 177.

(11) H. G. Gadamer, Hermeneutik, I, 1990, p. 270 e ss.

(12) Arthur Kaufmann, Grundprobleme der Rechtsphilosophie, 1994, p. 210.

Com a alteração que se processa, porém, nesse método, de não mais identificar o critério de justiça com os dados objetivos da lei ou da natureza humana, para fazê-lo inferir da forma do procedimento que deve ser empreendido na busca desses dados, o que ocorre não é apenas uma alienação do Direito Penal quanto à realidade objetiva, senão também uma mudança de perspectiva quanto à responsabilidade individual. Se no positivismo o criminoso é responsável em face da lei e só em face da lei por seu fato, na concepção normativa é ele responsável porque se insere no processo de justificação simbólica da ordem jurídica. Daí ter inteira razão Klaus Günther ao afirmar que a culpabilidade é, no fundo, uma etiqueta que se fixa em alguém por razões de conveniência (política).¹³ Quer dizer, a responsabilidade penal (a culpabilidade) nada mais é do que um juízo, um processo de rotulação, pelo qual se atesta a recomposição simbólica da norma e que será legitimado na medida em que sigam certas formas de produção, desde a elaboração legislativa, passando pelas garantias processuais até se fixar na hipotética afirmação de que o autor do fato poderia ter agido de outra forma, desde que lhe fosse possível tomar conhecimento, em face de sua capacidade, de que se conduzia de modo contrário à ordem jurídica. Ao fazer derivar a justiça de determinada forma de procedimento, a concepção normativa, portanto, substitui a base da responsabilidade pelo fato, e passa a trabalhar com o que Warat denomina de simulacro, isto é, o fato deixa de ser o fundamento da imposição da pena. O fato somente vale como fato no âmbito do injusto; na culpabilidade apenas na medida em que dependa do processo de atribuição cognitiva. Da mesma maneira

que Kant fazia resultar os imperativos morais de um processo intelectual, onde o dado empírico só teria consideração *a posteriori*,¹⁴ aqui a reprovação jurídica tem por base um processo de cognição, onde o fato, como dado empírico, é tomado apenas como referência. Só no momento da individualização da pena, quando então já se tenha pronunciado a decisão condenatória, é que se torna alvo de uma concreta aferição.

6. Ao assumir a posição de que a culpabilidade derivava de um juízo normativo, portanto, independente da relação sujeito-fato, mas procurando ampará-la num dado substancial, de feição ontológica, o finalismo se viu impelido a socorrer-se de um outro elemento, de feição natural, que seria o "poder agir de outro modo". Como, entretanto, para se determinar que o sujeito teria podido agir de outro modo, se mostrava indispensável que tivesse tido conhecimento da conduta correta, que lhe seria exigível, o finalismo se viu novamente diante do dilema de aceitar essa exigência como atual e, assim, descaracterizar a culpabilidade como juízo normativo e regressar à relação sujeito-fato, ou fazer dessa exigência um próprio juízo de possibilidade e, então, afastar-se de seu conteúdo ontológico-natural. E optou pela última forma. Por isso mesmo é perfeitamente explicável porque seu juízo de culpabilidade é, na verdade, o resultado de uma presunção e porque, na sua tarefa desesperada de salvar-lhe o sistema, chega a aproximar-se de uma culpabilidade pela conduta de vida, ao caracterizá-la como a reprovação que se exerce também com base na formação errônea da personalidade. Nesse sentido, referindo-se à culpa inconsciente, salienta textualmente Welzel que a "culpabilidade do

(13) Klaus Günther, *A culpabilidade no Direito Penal atual e no futuro*, 1998.

(14) Arthur Kaufmann, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, 1994, p. 210.

fato individual tem sua raiz em um momento permanente, isto é, na estrutura defeituosa do estrato da personalidade, em um defeito reprovável do caráter (chamado de *culpabilidade de autor*).¹⁵

Por outra parte, na visão finalista, o juízo de reprovação não subsiste sem o preenchimento de uma outra condição: a decisão antijurídica do autor com base na sua capacidade de compreensão ético-social, isto é, reprova-se o autor por sua decisão antijurídica na medida em que podia atualizar a consciência dessa antijuridicidade e convertê-la em um contramotivo determinante do sentido de sua atividade.¹⁶ A necessidade da elaboração de compromisso entre o sistema normativo da culpabilidade e os fundamentos ontológicos traz consigo a substituição da relação direta entre conhecimento e antijuridicidade pelo juízo acerca da possibilidade desse conhecimento da antijuridicidade, mas sobre uma valoração ético-social de sua conduta. A remissão à valoração ético-social, entretanto, não retira dessa concepção seu caráter puramente normativo, porque se trata unicamente de mero pressuposto lógico, sem substância material, utilizado unicamente para justificar o tratamento dado ao erro de proibição, segundo a teoria extrema da culpabilidade. Com tal postura, justifica principalmente a punição do agente, ainda que com pena atenuada, que tenha atuado com erro de proibição evitável, o que implica em desconsiderar as diferenças culturais e sociais de cada um e presumi-los como dotados das mesmas condições cognitivas. Novidade no finalismo é a consideração de que nos

crimes culposos o problema da valoração ético-social deixa de ser uma referência lógica, com sentido substancial, para se inserir no princípio do risco permitido e, de certa forma, delimitando a responsabilidade somente àqueles atos que não impliquem uma extensão exagerada dos riscos por perigos possíveis.¹⁷

7. Assentada como consequência, como dissemos, de uma inversão metodológica produzida na teoria geral do direito e refletida na teoria da responsabilidade, a concepção normativa de culpabilidade sugere sua consideração sob o enfoque se, num Estado democrático de liberdade, é admissível e em que medida um puro juízo normativo.

O Estado democrático, voltado à proteção da dignidade da pessoa humana e orientado no sentido da proteção ao pluralismo político, deve ser entendido juridicamente como um Estado garantidor e incrementador tanto das liberdades individuais e das características diversificadas de cada um de seus cidadãos, quanto da realização integral das potencialidades humanas e de sua concreta execução dentro de uma política de integração e de participação. Não é suficiente a uma verdadeira democracia que se limite a conceder participação política a todos, nem que se lhes assegure, na qualidade de cidadãos, a capacidade de deliberar acerca da produção legislativa. É indispensável que se estenda a garantia no sentido de eliminar de todo o processo democrático todas as formas de discriminação pessoal, principalmente através da inclusão dos desajustes e da exclusão da violência institucionalizada.

Trata-se, assim, de determinar se será possível legitimar democraticamente um juízo normativo de culpabilidade. Ocu-

(15) Hans Welzel, *Tratado de Derecho Penal Alemán*, tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañez Perez, 1970, p. 212.

(16) Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, p. 227.

(17) Idem, ibidem, p. 239.

pam-se dessa tarefa quatro modelos metodológicos, relativamente recentes, que, embora tenham fundamentos e conclusões diferentes, são teorias legitimantes de um mesmo nível: o funcionalismo, o contratualismo, a teoria dos princípios de justiça e dos papéis (funções) e a teoria do discurso.

Não será propósito deste trabalho examinar e discutir exaustivamente cada um desses modelos, senão na medida da demonstração de seus métodos e das respectivas repercussões no conceito e nos fundamentos da culpabilidade. Por isso, destacamos para análise o funcionalismo e a teoria do discurso.

8. O funcionalismo, representado principalmente pela teoria dos sistemas de Luhmann,¹⁸ trata o direito tendo como ponto de referência o sistema social, tomado com um sistema único de alta complexidade e cuja função seria de resolver conflitos associados à questão dos contactos sociais. Estes contactos se expressariam e se orientariam através das expectativas quanto às formas de condutas que se estabelecem socialmente. Por expectativa não se deve entender, porém, uma atuação ou compreensão psíquica de determinado indivíduo, mas um aspecto temporal do próprio sentido dos contactos sociais (comunicação),¹⁹ quer dizer, do sistema social. Os problemas de comunicação resultariam das chamadas decepções quanto às expectativas, que se desenvolveriam dentro da própria estrutura social por meio do processo de seleção da própria experiência e da conduta, que reduziriam a quantidade indeterminada de possibilidades de atuação dentro do siste-

ma, mas que apresentam sempre o risco de constituírem uma surpresa e, assim, decepcionarem o sentido esperado do contacto social. Luhmann busca resolver juridicamente este problema das decepções quanto às expectativas de condutas através da combinação das formas cognitiva e normativa de orientação dessas expectativas, de tal modo que as normas jurídicas, ao mesmo tempo, sejam capazes de adaptação às modalidades concretas dessas condutas, quanto de sua própria manutenção, isto é, de garantir a segurança das expectativas. A solução denominada cognitiva garante o aprendizado acerca dos processos adequados a evitar as decepções, o que poderia ser obtido, por exemplo, com a imposição aos inimputáveis das medidas de segurança a proporcionar-lhes o tratamento correto a que aprendam a comportar-se nos contactos sociais de modo a não frustrarem as expectativas quanto à sua própria atuação. Por sua vez, a solução normativa implica a imposição das sanções para garantir a segurança e a estabilidade das expectativas, dentro da codificação de justo e injusto. A norma jurídico-penal representaria então contrafaticamente uma expectativa estabilizada de conduta e cuja frustração implicaria tanto a solução normativa da imposição da pena, para os imputáveis, quanto a solução cognitiva da medida de segurança, para os inimputáveis. As soluções aventadas desempenhariam assim a função de estabilizadores da norma. Estando o direito vinculado a um processo de comunicação social, onde se pretende assegurar as expectativas sociais quanto às formas de condutas de cada um, não como indivíduo, mas como subsistema social, toma os princípios de justiça, de correção ou de verdade, que segundo o jusnaturalismo fundamentariam a edição da norma jurídica, apenas como símbolos, empregados para reafirmar as boas

(18) Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1969; o mesmo, *Rechtssoziologie*, 1972; o mesmo, *Das Recht der Gesellschaft*, 1995.

(19) Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 125.

intenções ou o consenso preestabelecido. O sistema se legitimaria por si mesmo através de um processo de aprendizagem e de estabilidade, apenas para assegurar seu funcionamento.

Especificamente quanto à culpabilidade, o funcionalismo a entende como falta de fidelidade ao direito. Quer dizer, o autor será culpado quando seja considerado responsável pela falta de motivação quanto à norma que tenha infringido com seu comportamento típico e antijurídico, na medida em que essa falta de motivação não possa ser desculpada sem que se veja afetada a confiança geral nessa norma.²⁰ Da mesma forma que a ilicitude se configura através da realização do tipo de injusto, a culpabilidade consiste aqui na realização do chamado tipo de culpabilidade, sem que incida sobre tal realização um contexto exculpante. A realização desse tipo de culpabilidade se desdobra nos seguintes requisitos: a) o autor deve haver-se comportado antijuridicamente; b) dever ser imputável, isto é, ser dotado da capacidade de questionar a validade da norma; c) dever ter agido sem representar o fundamento de validade da norma e d) conforme as espécies de delito, deve preencher alguns elementos nelas previstos. Um contexto exculpante existe quando não se possa exigir do autor que obedeça à norma; isto se dá quando, ao faltar-lhe a motivação jurídica dominante, embora presentes os requisitos da culpabilidade, se possa afirmar a verificação dessa culpabilidade sem sua atribuição ao autor.²¹

A função da culpabilidade é meramente instrumental, quer dizer, se justifica na medida em que serve para afirmar a deslealdade do autor para com o direito e, com isso, autorizar a imposi-

ção da pena. Entretanto, dadas as características do próprio delito, tomado dentro de um contexto de imputação com vistas ao preenchimento dos fins da pena, como meio de estabilidade normativa, o próprio injusto se integra no conteúdo do tipo de culpabilidade. Há que distinguir entre o injusto situado no tipo de injusto, do injusto contemplado no tipo de culpabilidade. Este último constitui uma forma de objetivação necessária para fundamentar a imputação ao autor da falta de motivação juridicamente correta e, assim, declarar sua deslealdade ao direito.

Apesar de pretender superar a questão do juízo de reprovação como fundamento da culpabilidade, o funcionalismo não pode desprender-se, porque ao declarar a deslealdade ao direito por parte do autor do fato ilícito já estará emitindo um juízo de adequação acerca de sua conduta e de sua capacidade de motivação para com as exigências da norma. Consequentemente, aqui o que muda não é o método, senão o conteúdo. Enquanto no finalismo, o conteúdo desse juízo está representado pelo poder de agir de outro modo, que, na verdade, é mais um critério de determinação do que um conteúdo, salvo se esse poder se relacionar com um fundamento antropológico, no funcionalismo o conteúdo está constituído do próprio processo de motivação, no qual se afirma a deslealdade ao direito. Tendo em vista que a culpabilidade, por outro lado, depende das estruturas da sociedade e da tolerância que se pode conferir a determinadas qualidades individuais, frente às condições que são indispensáveis à manutenção de todo o sistema jurídico, deveria ela ter um fundamento material, mas não o tem, basta-se a si mesma como um processo. A culpabilidade, como um processo apenas, não teria sentido, nem mesmo funcionalmente,

(20) Günther Jakobs, *Strafrecht*, AT, 1993, p. 469 e ss.

(21) Günther Jakobs, ob. cit., loc. cit.

daí que o funcionalismo a vincule necessariamente aos fins da pena. A culpabilidade, portanto, significa um juízo de regulação acerca da imposição da pena para uma sociedade determinada com o fim de assegurar o reconhecimento geral da norma (prevenção geral positiva).

9. A teoria do discurso, sustentada por Habermas, como teoria procedimental procura eliminar igualmente da argumentação jurídica todos os dados empíricos ou conhecimentos prévios, a fim de fundamentar um puro processo racional. Isto quer dizer que um juízo normativo será considerado correto quando possa resultar de um determinado processo configurado como discurso racional, no qual se pode identificar a força do melhor argumento. O melhor argumento não depende de um conteúdo material, situado fora da argumentação, senão da constituição formal do discurso. Um discurso será racional na medida em que represente uma situação de comunicação ideal, isto é, chances iguais para todos os participantes do discurso, liberdade de expressão, ausência de privilégios, veracidade e ausência de coação. Com tal regularidade formal do discurso, no qual todos podem participar, pretende-se legitimá-lo pelo consenso, como esforço cooperativo.

No setor específico do Direito Penal, pode-se entender que a imputação de uma conduta criminosa a alguém se deve fazer mediante um processo racional, onde a imputação pela realização do injusto, por exemplo, restaria legitimada na medida em que a norma pudesse ser produto de um discurso público e de procedimentos decisórios, nos quais todos os cidadãos teriam o direito de participar, exercendo sua capacidade crítica quanto ações e manifestações.

Por culpabilidade se deve entender, aqui, como articula Günther, uma atribui-

ção que se faz a uma pessoa consoante a violação normativa que lhe é imputada. Entretanto, a legitimidade dessa atribuição deve ser buscada na capacidade da pessoa de poder participar das argumentações que se formam acerca da validade de suas pretensões, relativamente às manifestações e ações. A essa pessoa com tal capacidade se denomina *pessoa deliberativa*. O conceito de pessoa deliberativa, por seu turno, é reconhecido pelos próprios cidadãos na elaboração democrática das leis, que também decidem acerca das condições de imposição do dever de evitar o injusto, que se estende à pessoa deliberativa quando tomada na qualidade de pessoa capaz de direito. Por outro lado, nem toda lesão desse dever, mas somente aquela que possa ser atribuída a uma pessoa competente de agir criticamente, isto é, à pessoa performativa pode fundamentar essa imputação como culpabilidade.

Ainda que diversamente do funcionalismo, a concepção derivada da teoria do discurso continua vendo na culpabilidade um juízo de atribuição, que se faz não com base nos fins de pena, mas na capacidade da pessoa de agir criticamente. O juízo de culpabilidade, portanto, continua sendo fundamentalmente um juízo de cognição.

10. Em todos os posicionamentos acerca da culpabilidade, quer no sentido de mera constatação (teoria psicológica), ou de um juízo de valor, ou de mera cognição (teoria normativa), ficou evidenciado o emprego de um mesmíssimo método de investigação, pelo qual se toma o delito e todo o processo de imputação a partir de condições ou fundamentos desvinculados da pessoa concreta do autor.

Esse método tem como característica tornar o delito um fato alheio ao seu aspecto temporal, edificando seus elementos consoante a oportunidade pu-

ramente normativa de sua atribuição. Como, no fundo, o que interessa é a manutenção do direito positivado, ou dos valores ético-sociais, ou da estabilidade da ordem jurídica, ou ainda da regularidade formal do processo de discussão e de participação política na elaboração da norma, o delito, como objetivação do processo de imputação, só pode ser considerado como um produto concreto do autor, quando este seja necessário para sofrer faticamente os efeitos dessa imputação. Em todas essas concepções, a figura humana constitui meramente um instrumento funcional, mas não uma pessoa de carne e osso, isto é, não interessa quem seja o autor do fato, salvo para, atendendo às circunstâncias pessoais e alheias à própria culpabilidade (p. ex., do art. 59 do CP), poder impor-lhe penas mais severas. Por outro lado, mediante a desconsideração dessa característica concreta da pessoa, esses sistemas se alienam da realidade social, pois desconhecem o conteúdo material dos conflitos sociais concretos que dão lugar ao delito. O delito, quer tomado no sentido de ato injusto ou da culpabilidade, é resultado de um conflito social relevante que condiciona tanto a elaboração da norma que o prevê, quanto das soluções jurídicas que se apresentam para solucioná-lo. A imputação resultante de um juízo de valor ou de um processo de cognição normativa não é um devaneio teórico, que se pode eliminar corrigindo seus excessos, mas a realização de um ato político de conveniência e, por isso mesmo, carente de legitimidade.

Na concepção bem articulada por Günther se pretende solucionar essa questão da legitimidade — ao reconhecer-se o caráter de rotulação da imputação por culpabilidade — mediante o recurso ao reconhecimento à capacidade da pessoa deliberativa de atuar como cidadão e como pessoa capaz de direito,

no exercício de suas respectivas funções no que toca às suas pretensões de validade quanto a ações e manifestações próprias. Ainda que contenha um efeito funcional, é um discurso que se afasta evidentemente do modelo funcional clássico, porque faz depender a validade da norma do processo democrático de sua produção. E possui, por isso mesmo, um valor próprio, de desmistificar o suposto conteúdo ontológico da culpa para orientá-lo através de uma visão política. Vale para uma sociedade absolutamente democrática quanto aos processos de elaboração legislativa e ao mesmo tempo alicerçada em sólidas bases de igualdade econômica, social, cultural, étnica e religiosa.

No entanto, qualquer que seja a interpretação que se possa emprestar a esse discurso, é indispensável que se possa pensá-lo não apenas dentro do âmbito de um processo de participação democrática, mas dentro das diversidades materiais do contexto social no qual se desenvolvem essas pretensões de validade. Caso contrário, restaria um discurso meramente formal, formulado sobre uma sociedade ideal. E a realidade demonstra exatamente que o contexto social está configurado sobre a exclusão e os desajustes, nos quais a referência a direitos subjetivos de participação democrática não apenas constitui uma mera forma como também o motivo a ser utilizado para a manutenção da estabilidade da norma. O processo de imputação no âmbito dessa realidade — onde direitos fundamentais, como por exemplo, o da inviolabilidade do domicílio ou da vida privada, que se inserem na condição de estabilidade de um estado democrático, são absolutamente desconhecidos tanto das autoridades quanto, por força disso, dos próprios destinatários — é não apenas uma etiqueta que se fixa em alguém como culpabilidade, mas o instrumento de manutenção do

desajuste. Para esse tipo de sociedade real, a imputação de culpabilidade, como juízo normativo de cognição, desprovido da condição do autor, é evidentemente ilegítimo.

Não se está confundindo aqui entre o juízo de imputação, como culpabilidade no sentido de um fundamento jurídico, e o tratamento concreto dos casos, onde tem lugar a figura do autor individual. A questão não está na identidade da pessoa, mas sim na consideração do contexto social no qual se realiza o fato injusto e se insere a pessoa do autor. A consideração acerca do contexto social do conflito conduz a que o processo democrático de participação/elaboração normativa deva ter um objeto substancial, que é a pessoa humana situada no seu mundo de relações reais e historicamente configuradas, que por sua vez deve orientar os fundamentos do juízo de imputação, como também de seus elementos normativos. Nesse sentido, já fez ver Kaufmann que o objeto da ordem jurídica não pode ser encontrado no próprio processo de produção jurídica, nem fora dele, mas sim na pessoa humana, tomada como um conjunto de relações, que deve necessariamente figurar como o seu objeto de proteção,²² atendendo-se ainda ao fato de que numa sociedade pluralista e de risco, dada a variedade de normas, nem sempre é possível ao autor tomar conhecimento do dever jurídico, concretizando sua compreensão através da reitera-

ção de condutas arriscadas e por isso mesmo induzindo à edificação do princípio da tolerância, ao lado da responsabilidade. Por outro lado, atendendo a esse mesmo contexto, e a carência de legitimidade dos processos de imputação, a democratização do processo de participação social pressupõe antes de tudo uma reorientação de rumos no que toca à solução dos conflitos, principalmente do conflito resultante do delito. Essa reorientação de rumos sugere duas ordens de proposições: a primeira, no sentido de que o processo de imputação como culpabilidade deva ser delimitado não apenas pelo princípio da necessidade da pena, como propugna Roxin, ou pelo princípio da tolerância,²³ senão também pela demonstração de que a pessoa imputada, tendo em vista sua capacidade e o papel social que desempenha na situação concreta, possa preencher efetivamente os elementos positivos do processo de imputação, de cuja formulação normativa pudesse concretamente participar, apesar de seu desajuste. A segunda, no sentido de que a imputação como culpabilidade se torna desnecessária na medida em que os conflitos tenham sido solucionados por outro modo, com a participação da comunidade. Essas proposições não resolvem a questão da legitimidade da imputação como culpabilidade, e nem têm a finalidade de legitimá-la, apenas constituem formas menos dolorosas e mais democráticas de solução de conflitos.

(22) Arthur Kaufmann, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, Arthur Kaufmann, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, 1994, p. 221.

(23) Pense-se aqui nos problemas relativos às soluções quanto ao erro de proibição evitável, que não devem circunscrever-se ao seu aspecto puramente cognitivo, mas se estender às hipóteses de aceitação social.