

O FUTURO DO DIREITO PENAL

Juarez Tavares

Professor Titular de Direito Penal da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Subprocurador-Geral da República

1. Os antecedentes

Desde o aparecimento de uma questão formulada por *Gimbernat Ordeig* na *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, em 1969, sobre se a dogmática penal teria um futuro, que bem expressava a angústia da doutrina penal do pós-guerra em face das modificações estruturais do Estado de bem-estar social, parece que as indagações não mais se detiveram. Em lugar do futuro da dogmática penal busca-se, hoje, uma perspectiva para o próprio direito penal. Será que o direito penal terá no futuro a mesma estrutura de hoje? Será que o futuro nos reserva um direito penal ainda mais rigoroso ou autoritário? Podemos confiar no direito penal como instrumento de preservação da ordem e de proteção da pessoa humana? Estas são questões que devemos enfrentar e não dizem respeito, apenas, aos fundamentos teóricos da ciência penal, mas aos projetos de política criminal em um Estado democrático.

Se passarmos, em rápidos contornos, os momentos decisivos da evolução do direito penal moderno, podemos verificar que suas transformações sempre se inseriram em determinado contexto político e refletiram, com ou sem atraso, os interesses de proteção que lhe correspondiam. Nesta interação entre direito penal e atividade política, porém, não se observa coerência. Como ocorre com todos os processos sociais, o direito penal jamais se divorciou de seus momentos contraditórios, os quais se irão projetar em todas as suas manifestações futuras. Se o direito penal do iluminismo, por um lado, se orientava para a preservação da liberdade individual, como substrato do denominado direito subjetivo, posição esta assumida por *Feuerbach*¹, como consequência da extensão de valores próprios da pessoa humana ao âmbito da sua preservação legal, por outro lado,

¹ *Paul Anselm von Feuerbach*, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gueltigen Strafrechts*, Giessen, 1801.

alimentava seus institutos com os elementos da variação operada na vida econômica, os quais conduziam à própria supressão da referência ao direito subjetivo e sua substituição, gradativa, pela noção de bem jurídico. Ainda que se reconheça, hoje, que a noção de bem jurídico deva permanecer como condição limitativa do poder de punir, na verdade, a sua introdução no campo da identificação das condutas criminosas em substituição à noção de direito subjetivo consubstanciava os interesses políticos do Estado de estender a repressão a setores particularizados da atividade social e econômica, principalmente à proteção de interesses da burguesia e de seus aparatos econômicos. Se tratarmos o direito penal sob o pressuposto de uma lesão de direitos subjetivos, como pretendia *Feuerbach*, poderíamos equacioná-lo no sentido de só admitir a punição de uma conduta caso se puder demonstrar sua absoluta necessidade a reafirmar o direito de liberdade de cada um, em face da liberdade dos demais, inclusive da liberdade do infrator. É interessante notar que, para *Feuerbach*, ao infrator também se conferia um direito subjetivo de preservação de liberdade e cuja violação só poderia ser admitida se, em face da atuação do próprio infrator, afetava a liberdade da vítima. Esta ponderação bipolar de liberdade, da vítima e do infrator, consistia a manifestação mais evidente da elevação da pessoa humana como sujeito e não simples objeto da ordem jurídica, conforme, aliás, a segunda fórmula do Imperativo Categórico kantiano, que irá dar lugar ao conhecido princípio de proteção da dignidade da pessoa humana, tal como se contém no art. 1º, III da Constituição da República. Podemos ter uma postura crítica em relação ao pensamento kantiano, em face de seu formalismo ético, mas, de qualquer forma, graças à sua influência ainda se consigna nas leis fundamentais o respeito à dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica. Claro que este respeito é ainda meramente formal, tal como no enunciado kantiano, ficando sua interpretação a cargo dos tribunais, que nem sempre o compreendem como elemento essencial de defesa da pessoa humana e o invocam até mesmo para justificar punições.

2. A alteração de rumos

Na medida em que o pressuposto do direito subjetivo se vê abandonado, segue-se uma alteração de rumos do direito penal. De um direito penal voltado para a pessoa passa-se a

um direito penal orientado ao Estado. Talvez nessa passagem se possa encontrar o germe da crise do direito penal atual. De qualquer modo, a inserção da noção de bem jurídico como objeto de proteção, em lugar de uma manifestação de liberdade pessoal, se veio, por um lado, provocar uma reorientação do direito penal, serviu, por outro, para coisificar o objeto de proteção e torná-lo mais acessível à compreensão dos leigos. Com isso, abre-se espaço à adoção, no campo da dogmática penal, dos princípios causais, provindos das ciências naturais e, assim, à edificação de uma ciência do delito, amparada em dados empiricamente demonstráveis.

A adoção de uma base causal torna, evidentemente, mais realista o direito penal. Para punir-se, é preciso que se cause dano. A relação entre conduta e dano se reflete, nitidamente, na inclusão do resultado no conceito de ação, que, por sua vez, é retratada como um verdadeiro processo causal. Como consequência desse posicionamento, a doutrina brasileira sempre ressaltou a necessidade de uma base material para a incriminação, o que, independentemente dos percalços que pode apresentar uma concepção causal do delito, implicava subordinar o direito penal a um substrato empírico, ao qual se deveriam sujeitar o legislador e o juiz. Embora se pudesse reconhecer ao primeiro, como representante da vontade popular, a plena liberdade de traçar as incriminações conforme os interesses dispostos no Parlamento, o que, de certo modo, acarreta em todas as épocas e em qualquer regime um acentuado grau de instabilidade, ao segundo não se permitia alterar a natureza das coisas, com o que se poderia obter uma limitação indireta do poder incriminador. Esta era a realidade do direito penal brasileiro na época da vigência do código de 1940, cuja doutrina desvendada pela inteligência de *Nelson Hungria*, ainda que dura e discriminatória em certas passagens, jamais se permitiu pudesse tergiversar sobre os fundamentos materiais da infração. Como herança marcante dessa posição podemos ainda ver a disposição acerca da punibilidade da tentativa, que está subordinada ao critério iluminista do início da execução e, portanto, se diferencia, na sua essência, dos atos preparatórios e se distancia, quanto aos efeitos menos rigorosos, da consumação; igualmente, do tratamento do delito impossível, que segue a corrente objetiva relativa proposta por *Feuerbach*, em oposição a uma concepção subjetivista, orientada exclusivamente pela intenção criminosa, ou da exigência de se encontrar uma

causa do resultado, como requisito essencial da imputação, ainda que seja, até mesmo, na omissão. Esse direito penal orientado pelo resultado, poderíamos denominar de direito penal realista. Esse direito penal, porém, lamentavelmente, se foi diluindo, na mesma medida em que o bem jurídico foi perdendo seu conteúdo material e acabou se resumindo a mera referência formal da norma. Esta era a consequência natural da falência do Estado de bem-estar. Se o próprio Estado não é capaz de prover as necessidades básicas, nem pode assegurar uma vida estável àqueles que, sendo jovens, ainda têm um futuro aberto pela frente, e de proporcionar tranquilidade àqueles que já muito viveram, está claro que sua atuação, em todas as demais áreas, também será afetada, transmutando-se em uma política de controle e não em uma política de consecução de objetivos concretos e materiais. Com o incremento de uma política de controle, ao mesmo tempo em que se intensifica a privatização de suas tarefas, antes consideradas essenciais, igualmente se edifica uma ordem jurídica extremamente regulamentadora.

Justamente esta política de controle, aliada ao abandono de qualquer outro objetivo, conduz à eliminação das bases materiais da incriminação, a qual passa a ter apenas um conteúdo simbólico. O direito penal não se quer ocupar agora somente das infrações tradicionais, como o homicídio, as lesões, o furto, o estelionato, as falsidades, os atentados sexuais ou mesmo o peculato. Pretende estender-se a todos os setores da vida social, até àqueles ainda não suficientemente definidos e em formação, como os relativos ao controle da arrecadação, ao meio-ambiente, às relações de consumo, às atividades financeiras, ao transplante de órgãos ou à clonagem de seres vivos, ou àqueles que, tradicionalmente, eram regulados no plano civil ou administrativo, como os relativos ao tráfego de veículos, ao comércio de cosméticos, ao uso de combustíveis. Esta desmedida extensão da norma penal exprime não apenas uma particularidade do direito penal, mas da ordem jurídica em geral, como consequência de uma alteração das bases políticas de sua sustentação.

A formalização do conceito de bem jurídico e sua simbolização como mero objeto referencial, que poderia ser considerada como uma mudança de orientação doutrinária, ingênua ou comprometida somente com a técnica normativa, implica, na verdade, uma

alteração substancial do direito penal e se apresenta como uma característica, quase que compulsória, de uma vida social excessivamente regulamentada. Isto incrementa, por sua vez, uma visão deformada da realidade, que toma a vida social pelas suas impressões mais aparentes, normalmente induzidas pelos meios de comunicação de massa, conforme os interesses dispostos em torno daquela regulamentação.

3. A sociedade de risco

Costuma-se apregoar que a sociedade atual é uma sociedade de risco. Talvez, em lugar de descartar totalmente essa idéia, pudéssemos compreendê-la com outro sentido. Vulgarmente se entende por sociedade de risco a nossa atual sociedade brasileira dos grandes centros urbanos, nos quais imperam a instabilidade e a insegurança. Esta, porém, não é característica da sociedade de risco. A sociedade brasileira a que nos referimos é uma sociedade de insegurança pessoal, mas não uma sociedade de risco. Esta sociedade de insegurança pode, perfeitamente bem, tornar-se uma sociedade segura. Basta que se corrijam as distorções econômicas e políticas que a engendram. A sociedade de risco, entretanto, não pode ser alterada por meio de uma simples mudança política. A eliminação da sociedade de risco tem como pressuposto a mudança de uma verdadeira mentalidade, que se desenvolveu com a falência do Estado de bem-estar, com a excessiva regulação da vida social e com o incremento dos meios de comunicação. Mentalidade esta que, por seu turno, impregna os interesses do legislador, a prática judicial e a doutrina penal.

Afinal, como podemos conceituar a sociedade de risco? A característica básica dessa sociedade de risco é assinalada, pelos autores, sob três perspectivas. A primeira perspectiva considera a sociedade de risco como aquela que se vê confrontada, qualitativa e quantitativamente, por perigos inseridos na própria condição de existência da humanidade. Esta é a visão do criador do termo “sociedade de risco”, *Ulrich Beck*². A segunda perspectiva trata-a a partir da insegurança da vida cotidiana, não necessariamente em face da criminalidade, mas, principalmente, pelas condições

² *Ulrich Beck*, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986.

arriscadas dos elementos normais de desenvolvimento da sociedade atual. Esta é a perspectiva dos sociólogos *Adalbert Evers* e *Helga Novotny*³. A terceira perspectiva toma a sociedade atual como uma sociedade objetivamente segura, mas sentida, subjetivamente, como insegura. Esta é a visão do sociólogo *Franz Xaver Kaufmann*⁴. Apesar de estes enfoques constituírem os conceitos mais usuais para assinalar a característica da sociedade de risco, poderíamos agregar-lhe ainda mais duas outras características, que são geradas a partir do processo de globalização econômica: a de uma sociedade que se desenvolve entre a segurança dos costumes regionais e a sua desagregação em proveito de uma liberdade universalmente reconhecida, mas condicionada aos contornos da política globalizada dominante, tal como esclarece *Zygmunt Baumann*⁵, e de uma sociedade que perde suas bases racionais e seu conteúdo moral, tal como adverte *Jürgen Habermas*⁶.

Medidas as devidas características, podemos considerar que a condição essencial dessa sociedade de risco não se encontra propriamente naquelas perspectivas, antes enumeradas. A sociedade de risco talvez seja constituída pela perda, cada vez maior, da liberdade individual. Sociedade de risco, portanto, é uma sociedade sem liberdade, até mesmo porque a liberdade globalizada não é liberdade, é mera concessão. E isto não decorre, necessariamente, da insegurança. Decorre da excessiva regulamentação das atividades sociais. O homem pós-moderno não se sente inseguro, porque tenha criado, instintivamente, um medo diante das adversidades sociais ou dos perigos gerados nos centros urbanos, diante da possibilidade da morte em cada esquina ou da desagregação de suas expectativas. Ao contrário, o homem pós-moderno é inseguro porque lhe falta liberdade, porque não vive mais como pessoa, vive como um objeto ou engrenagem de complexas organizações formalizadas, cujos lindes não podem ser ultrapassados sem que se provoque uma situação de insegurança. O sentimento de insegurança, portanto, não é o resultado de uma pura reflexão consciente dos dados objetivos, que são postos à mostra

³ *Adalbert Evers/Helga Nowotny*, Über den Umgang mit Unsicherheit: die Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft, Frankfurt am Main, 1987.

⁴ *Franz Xaver Kaufmann*, Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem – Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaft, Stuttgart, 1973.

⁵ *Zygmunt Baumann*, O mal-estar da pós-modernidade, tradução de Mauro Gama e Claudia Martinelli Gama, Rio de Janeiro, 1998, p. 231.

⁶ *Jürgen Habermas*, Die postnationale Konstellation, Frankfurt am Main, 1998, p. 91.

pelos meios de comunicação, mas de uma orientação social, pela qual todos se devam situar dentro de certos modelos de deveres de organização, e cuja infração, por ser, subjetivamente, insuportável, geraria uma instabilidade no sistema. No âmbito desse sentimento de insegurança, o papel dos meios de comunicação deve ser devidamente avaliado, mas avaliado de outra forma, de como, normalmente, se faz. Os meios de comunicação não geram insegurança quando divulgam fatos, ainda que violentos. Geram insegurança, quando, na divulgação desses fatos, induzem à conclusão de que o Estado deva, imediatamente, para coibi-los, reformar o código penal, taxado, quase sempre, de desatualizado, propor o aumento exagerado das penas, ou tomar outras medidas coercitivas que impliquem a submissão de todos a uma vida social ainda mais regulamentada. Ao induzirem a alteração das regras, sem qualquer proporcionalidade para com o fato realizado e sem consideração aos seus elementos materiais, fortalecem o sentimento de que fora das regras e do cumprimento de deveres que lhe são inerentes a vida não pode subsistir.

Nestas condições de insegurança, gerada pelo fomento de regras, cada vez mais particularizadas e rigorosas, se desenvolve uma vida social sem pessoas e se estrutura um direito penal sem resultado, apenas com os segmentos formais e simbólicos, elevados à categoria de objetos de proteção.

Diante dessa perspectiva, de uma sociedade inteiramente dominada pelo sentimento de insegurança e de um direito penal puramente simbólico, é difícil, hoje, contestar com absoluto rigorismo a questão acerca do futuro da dogmática penal. É difícil contestar qual será, de fato, o futuro do direito penal.

4. A universalização das normas penais

Por outro lado, o processo de deterioração das bases materiais do direito penal, como íntima característica de uma sociedade formalizada, leva ao abandono todos os vínculos de solidariedade e passa a firmar na convicção de que a convivência humana, como expressão de liberdade individual, é uma convivência arriscada. O sentimento de

confiança, que desde épocas imemoriais, se fortaleceu entre as pessoas, deixou de existir. A confiança mudou de objeto e de objetivo. A confiança que se exige não é no ser humano, é a confiança nas regras do Estado. Reedita-se, sob outra roupagem e com outros elementos ainda mais brutais, o modelo do Estado despótico, que exigia de todos um compromisso irrecusável de lealdade e submissão. Nesse sentido, pode-se dizer que a sociedade atual segue, formalmente, um sentido kantiano. A atuação correta não é aquela proveniente do exercício da liberdade, mas aquela que corresponde ao dever. Mas o Estado pós-moderno não é o Estado nacional, é o Estado das multinacionais, um simples objeto de um jogo econômico e político que se desencadeia sob o domínio dos países centrais, cujos objetivos não se exaurem na defesa da integração regional às suas conquistas industriais, mas na defesa de sua própria segurança, elevada à categoria de segurança universal.

O direito penal brasileiro, como instrumento de repressão do Estado, não pode ficar à margem dessas condições e se deixa levar por essas propostas, fazendo crer que se está atualizando, na medida que incorpore em suas normas preceitos de outros direitos, tão estranhos à nossa tradição quanto diferentes os idiomas nos quais são, originariamente, descritos. A universalização do direito penal, ao contrário do que se afirma e se divulga, principalmente, pelos meios de comunicação de massa, que já internalizam a própria mentalidade da globalização, não fará desse direito penal um direito penal melhor, nem com ele poderá instrumentalizar o Estado a eliminar a criminalidade ou proteger a pessoa humana.

É preciso, de uma vez por todas, desmistificar a idéia de que o direito penal tem como tarefa a proteção de bens jurídicos. Isto, como já indicou *Zaffaroni*, é uma grande falácia. Em primeiro lugar, é empiricamente indemonstrável que o direito penal proteja, de fato, bens jurídicos. Se, assim, ocorresse, bastava cominar penas rigorosas e tudo estaria resolvido, simplesmente não haveria mais delito. A realidade, porém, é outra. Em segundo lugar, não se pode vincular a interpretação da norma penal a um fundamento teleológico, que é puramente simbólico e não real. Ao vincular-se a interpretação da norma penal à sua função protetiva, o que se faz não é limitar o poder de punir, mas

subordiná-lo aos fins da pena, ou a razões de política criminal, que tanto podem perseguir um objetivo humanitário, quanto corresponder a propósitos autoritários de um Estado despótico.

Poderia parecer, à primeira vista, que estas ponderações são meramente especulativas e até, simplesmente, programáticas. Na verdade, a primeira grande questão que deve ser resolvida quanto ao direito penal do futuro é a questão de sua legitimidade, ainda não suficientemente esclarecida.

Devemos ter em conta que em um Estado democrático é absolutamente ilegítimo manter-se em suas mãos um instrumento tão rigoroso, como o direito penal, se não se puder demonstrar seu emprego em favor da pessoa humana. Falhando esta demonstração ou sendo ela empiricamente impossível, já poderemos dizer que, diante disso, está seriamente comprometida a legitimidade de seu emprego. A legitimidade do emprego de um instituto estatal, portanto, não pode resumir-se, apenas, à legitimidade de suas fontes de produção, quer dizer, ao fato de que as normas penais, por exemplo, sejam elaboradas por um Parlamento, democraticamente constituído. Desde que, por meio deste instrumento, se passa a autorizar o Estado a intervir na liberdade da pessoa humana, com a cominação e, consequente, aplicação de pena, que a retira do convívio de seus semelhantes e a submete a um processo de exclusão social – e ninguém duvida que a pena é um instrumento de segregação e exclusão social – a legitimidade desse instrumento deve ser questionada, principalmente, sob o enfoque de se este instrumento, realmente, protege a pessoa humana e se é idôneo ao fins a que se destina, quer dizer, se possui um fundamento material e se é funcionalmente adequado a satisfazer esse fundamento. Com a eliminação das bases materiais da incriminação e a entronização de objetivos puramente simbólicos, que só servem para a garantia do poder, amparado nas normas de controle e nada mais, não se pode duvidar de que o direito penal pós-moderno não acolhe em suas finalidades a proteção da pessoa humana, daí sua carência de legitimidade.

Convém salientar que a declaração de ilegitimidade do direito penal não implica em autorizar o Estado a exercer o poder de punir, arbitrariamente ou como bem o entenda. Tratando-se de um Estado democrático, está ele sujeito a limitações no que toca ao exercício do poder de punir, limitações estas que podem dizer respeito tanto à elaboração dos tipos de delito ou aos fundamentos da culpabilidade, quanto ao modo como se dispõem as regras processuais destinadas à sua aplicação. A subordinação da legitimidade da atuação estatal à demonstração de sua funcionalidade implica, por seu turno, reformular-se a teoria do bem jurídico e submeter a incriminação a campos precisos e delimitados de atuação.

O bem jurídico não pode servir de objeto de proteção e poderia ser substituído pelo direito subjetivo, como, aliás, hoje se propõe em outros setores da ciência jurídica. Mas, apesar disso, para aqueles que ainda o levem em conta, pode e deve ser utilizado como objeto de limitação do poder de punir. Se a legitimidade do poder de punir está condicionada a que o Estado rompa com os seus fundamentos simbólicos e busque uma base material para a elaboração de suas normas incriminadoras, conduz ela a que se tome o bem jurídico, em vez de objeto de proteção, como pressuposto irrecusável da demonstração de que a conduta criminosa o tenha lesado ou posto em perigo. Fazendo-se situar, portanto, como pressuposto de qualquer incriminação, a demonstração da lesão ou do perigo de lesão a determinado bem jurídico, ainda que não se descarte, de modo absoluto, o simbolismo com o qual o direito penal hoje trabalha, até mesmo porque o legislador costuma normatizar, exageradamente, o próprio bem jurídico, talvez se possa obter, concretamente, uma submissão do poder de punir a um fundamento material, que contrasta com as idéias de uma repressão globalizada e universal. Com tal exigência se pode prescindir ou até mesmo eliminar a vinculação da dogmática penal à teoria dos fins da pena ou aos motivos de política criminal e trabalhar, exclusivamente, sob ponderações delimitativas de seu exercício.

5. As bases de um direito penal democrático

É difícil traçar o perfil de um direito penal que se espera no futuro. Mais fácil é predizer como será o direito penal que já está sendo empregado para o futuro, cujas características simbólicas já foram antes indicadas. Na consecução do primeiro desses desideratos, à dogmática penal se reserva, talvez, um papel muito mais significativo do que se poderia pensar nos primeiros anos do pós-guerra. A ela cabe enfrentar, primeiramente, a diferenciação entre bem jurídico e função, como condição a impedir que o legislador possa criar, arbitrariamente, objetos de incriminação e desenhar, como queira, os contornos de sua atuação repressiva. Ao bem jurídico não se podem equiparar, por exemplo, as funções simplesmente controladoras do Estado, como as do controle do tráfego de veículos, do controle da arrecadação, do controle da saída e entrada de bens, do controle do uso de combustíveis, do controle dos atos de gestão, etc., como não se pode equiparar ao bem jurídico o prestígio da ordem jurídica ou o exercício do próprio poder. O exercício do poder é mera função e não poderá ser tido como bem jurídico. Caso haja uma ofensa ao exercício do poder, deve-se demonstrar que, por meio disso, se causou um dano ou se pôs em perigo a estabilidade do Estado ou de suas instituições. A distinção entre bem jurídico e função é relevante, ainda, para a avaliação da inconstitucionalidade de incriminações que só tenham a finalidade de assegurar o exercício dessas funções, assim como para reanimar a vigência dos delitos de resultado em substituição aos delitos de mera atividade, ou para vincular a todos os delitos de perigo abstrato a possibilidade de uma refutação empírica da presunção de perigosidade da ação.

No setor da configuração dos elementos do delito, ou, como querem alguns, das características da conduta criminosa, se o direito penal do futuro se libertar de suas amarras simbólicas, deverá, antes de tudo, reabilitar o critério de causalidade. Para tanto, não necessita radicalizar-se na adoção da teoria da equivalência das condições, nem precisa substituir o critério da causalidade pelo critério do plano subjetivo do autor. Basta levar esse mesmo critério ao seu exaurimento, para considerar na ponderação das causas a regularidade das condições e sua semelhança no momento da ação e no momento do resultado.

Uma vez reabilitado o critério da causalidade, a concepção de delito, como um todo, deve ser alterada, de modo a ser compreendida dentro de pressupostos materiais de imputação. Com isso, se criam as bases para estabelecer degraus na incriminação, a fim de medir, dentro dos critérios da proporcionalidade e idoneidade, a extensão exata da intervenção estatal. Isto significa que a diferenciação, tanto no âmbito legislativo quanto judicial, entre as condutas dolosas e culposas é uma exigência de um direito penal democrático, não se podendo, em qualquer caso, admitir sua equiparação. Isto é consequência de uma mudança de rumos da dogmática penal. Na verdade, a distinção entre delito doloso e culposo não deve ser vista, apenas, sob o ângulo de suas diferenças específicas, mas sob o enfoque da limitação da atuação punitiva do Estado. No processo de imputação de responsabilidade por determinada conduta, ao Estado não se deve conferir o direito de intervenção, sem mais, desde que realizada a ação proibida. Sua intervenção deverá estar sujeita aos graus de intensidade dessa conduta, que são medidos, justamente, com a identificação das situações de dolo e de culpa. O delito culposo deverá ter pena menor do que o delito doloso, portanto, porque no processo de imputação, além da causalidade, há um grau de intensidade menor de ingresso de seu autor nas zonas de proibição e, por isso, de lesão ao bem jurídico. Como a lesão de bem jurídico deve ser sempre tomada proporcionalmente à intensidade dos graus de imputação, segue-se que o direito de punir deva, também, subordinar-se a essa avaliação. Está claro que isto implica reconsiderar toda a construção do direito penal simbólico, para exigir sua submissão a, pelo menos, uma base empiricamente demonstrável.

A intervenção punitiva deve sofrer alteração, também, no setor da ilicitude penal. Parece, hoje, incontestável que a configuração típica de uma conduta não pode estar dissociada de antijuridicidade. Se o tipo de delito contém a descrição de uma conduta proibida – e esta é sua conceituação corrente desde o finalismo – encerra, também, matéria típica da antijuridicidade. Isto se torna, ainda, mais evidente, quando se passa a admitir que o processo de imputação deva funcionar como critério limitativo da própria matéria de proibição. Como pensar-se, por exemplo, nas lesões praticadas no boxe, sem antecipar-se sua permissão pela ordem jurídica? Por outro lado, como explicar os atos de cirurgia

plástica, que, em tese seriam típicos de lesão, sem antes adotar-se que estão, desde logo, autorizados?

No direito penal simbólico, também a culpabilidade perdeu sua substância. Em lugar, primeiramente, de se estruturar sob as formas de dolo e culpa, se edificou como um conjunto puramente normativo, pelo qual se pronunciava sobre o agente o juízo de reprovação por haver este realizado a conduta proibida, embora pudesse ter tido comportamento diverso. Depois, eliminou-se a referência ao juízo de reprovação, bem como a exigência do poder agir de outro modo e se manifestou como um juízo de inadequação ou incompatibilidade para com a ordem jurídica. Sob este último aspecto, o direito penal simbólico demonstrou – e esta é sua maior virtude – que na emissão do juízo de culpabilidade o Estado não está preocupado em caracterizar o autor do fato como imoral. O que lhe interessa é salientar sua incompatibilidade com as regras da ordem jurídica, a fim de manter o prestígio de sua estrutura. Esta desmistificação do conceito de culpabilidade, se, por um lado, se apresenta como brutal, porque escancara os objetivos do poder de punir, por outro, fornece argumentos para demonstrar a necessidade de sua reformulação, em face de um direito penal de garantia e limitativo da incriminação. Como diz muito bem *Klaus Günther*, a culpabilidade não passa de um rótulo que se fixa na cabeça do autor da conduta proibida e pelo qual, simbolicamente, se complementam os pressupostos a aplicar contra ele a respectiva sanção penal.⁷ Se se trata de um rótulo e nada mais, pode consistir um simples enunciado, que se emite sobre a base de elementos puramente presumidos de sua constituição. Esta assertiva parece panfletária, mas não é.

No âmbito da imputabilidade e da consciência de ilicitude, por exemplo, afora a questão da saúde mental ou do desenvolvimento incompleto, ou da capacidade de autodeterminação, que pode estar associada àqueles, trabalha-se com os mesmos elementos psicológicos, qual seja, a capacidade de entender o caráter criminoso do fato. Se o agente for considerado imputável, porque se afirmou que estava em condições de entender o caráter criminoso do fato, dificilmente poderá ser beneficiado pelo erro de

⁷ *Claus Günther*, A culpabilidade no direito penal atual e no futuro, tradução de Juarez Tavares, Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 24, S. Paulo, 1998.

proibição inevitável. Parece ser esta a conclusão a que se chega, por exemplo, ao ler-se o art. 21, parágrafo único do Código Penal, que se baseia, também na capacidade do agente de alcançar a consciência da proibição do fato. Se for só isso, a questão da consciência da ilicitude é meramente simbólica, porque a capacidade de entendimento da proibição já estará presumida com a afirmação da imputabilidade. E isto se nota, na aplicação prática, quando se trate de fato que ofenda bens jurídicos fundamentais, como a vida, a integridade física, a liberdade individual, ou o patrimônio. Nestes casos, raramente se declara, em favor do réu, o erro de proibição, quando muito apenas aferindo sua evitabilidade, para o fim de atenuar a pena, ou mesmo confundindo o erro de proibição com o erro de tipo, para excluir-se o dolo. Sentindo essas dificuldades, a doutrina mais abalizada sempre tergiversou acerca dos critérios de determinação da evitabilidade ou inevitabilidade do erro. Assim, por exemplo, *Jescheck*, ao expor sua posição quanto à consciência da ilicitude em geral, como fundamento do juízo de culpabilidade, sempre difundiu a idéia de que nos casos de ofensa a bens jurídicos fundamentais, a consciência da ilicitude é, praticamente, presumida, uma vez afirmada a imputabilidade do agente, e nos casos referidos pelo direito penal extravagante, lhe bastaria o reconhecimento da possibilidade de que seu fato contrariasse a ordem jurídica⁸. Com isso se cria, efetivamente, um impasse. Afinal, é possível ao agente opor à acusação a demonstração de que atuou com erro de proibição? Ou a consciência da ilicitude já está irremediavelmente afirmada, independentemente de prova em contrário? Para um direito penal simbólico, estas questões são irrelevantes, mas para um direito penal que queira situar o agente como sujeito das relações jurídicas, deve-se pensar de outro modo.

Parece que, nesta questão do erro, o direito penal tem seguido, recentemente, por meio da influência de *Claus Roxin*, sem a menor dúvida, um dos mais lúcidos penalistas de que se tem notícia da história da dogmática penal, talvez só superado por *Feuerbach*, uma posição muito sugestiva, de não subordiná-lo, exclusivamente, ao critério da evitabilidade. Afora os casos em que a própria evitabilidade deveria ser afastada, como, por exemplo, quando as dúvidas sobre a proibição do fato forem de tal ordem que se torne materialmente impossível dirimi-las, deve-se reconhecer-se plenamente o erro de

⁸ *Hans Heinrich Jescheck/ Thomas Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, 5ª edição, Berlin, 1996, p. 454.

proibição todas as vezes em que o “sujeito tenha razões sensatas para supor que seu fato é permitido, de modo que sua atitude frente ao direito, manifestada no seu erro, não precisa ser sancionada”⁹.

Mas a questão da culpabilidade não pode cingir-se às hipóteses da exclusão ou não da consciência da ilicitude. Desde há muito se tem discutido sobre a possibilidade de se excluir a culpabilidade pelo reconhecimento em favor do agente de uma causa geral de exculpação fundada na inexigibilidade de outra conduta. Embora a doutrina tenha, também, oferecido resistência ao seu reconhecimento como causa geral de exculpação, mas a acolhido em casos específicos, por exemplo, nas hipóteses de coação irresistível, de execução de ordem de superior hierárquico ou na atuação sob o efeito de um estado de necessidade exculpante, a jurisprudência brasileira, neste particular, se afastando dos cânones estrangeiros, tem ido mais além, admitindo-a também fora dessas hipóteses. Para tanto, é de se louvar, por exemplo, a decisão paradigmática do STJ, proferida no RESP nº 2492-RS, de 23/05/90, sendo relator o saudoso ministro e penalista Francisco de Assis Toledo, na qual se reconheceu, de forma definitiva, para um caso de delito de homicídio, constituir a indagação acerca da inexigibilidade de outra conduta quesito obrigatório a ser respondido pelos jurados, uma vez se tratar de causa supralegal de exculpação, já admitida pela doutrina brasileira¹⁰.

Essa decisão demonstra que a estrutura da culpabilidade não se deve filiar a um esquema pré-estabelecido, mas a fatores concretos que induzam o julgador a concluir pela sua exclusão, quando falte ao agente a possibilidade de motivação de acordo com a norma. Este parece constituir o fundamento que deve ser seguido no direito penal do futuro. Mas ainda, assim, a culpabilidade merece uma alteração em seu conteúdo. Desde que se parta de que não há mais lugar para uma culpabilidade pela conduta de vida, nem pelo caráter, mas pelo fato, o que parece constituir um denominador comum em uma doutrina penal democrática, será necessário que se estenda o juízo sobre sua exclusão até mesmo para além da hipótese da inexigibilidade de outra conduta. Se o que importa é determinar se a

⁹ *Claus Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª edição, München, 1997, p. 811.

¹⁰ RT 666/358.

ordem jurídica quer ou não declarar o agente como culpado, sem caracterizá-lo ou rotulá-lo como imoral ou perverso, nada obsta a que se reconheça não haver culpabilidade, quando o conflito, gerado pela lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico e que configurou um tipo de delito, puder ser resolvido por outro modo.

Com esta visão funcional de culpabilidade, que descarta a emissão de um juízo de reprovação, que, na realidade, não serve para nada, salvo para efeitos de estigmatizar o agente, pelo menos se pode evitar que o direito penal, alicerçado sobre bases materiais, fortaleça seu conteúdo simbólico. Talvez com isso se possa proporcionar uma limitação racional ao poder de punir do Estado e estruturar a ordem jurídica em função da proteção da pessoa humana.