

CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE**

Primeira parte: construção da culpabilidade penal como síntese da culpabilidade pelo ato e a culpabilidade pela vulnerabilidade

I. Marco teórico geral

Não seria compreensível o desenvolvimento tentado nestas páginas sem prévio enunciado – com a inevitável brevidade do caso - dos *pressupostos construtivos da teoria do delito e direito penal* que servem de marco e base.

Partimos de uma concepção conflitivista da *sociedade* (*sociedade* entendida como *pessoas* que interagem e se agrupam estabelecendo relações de conflito e de cooperação). *Pessoa* é todo ser humano. As *instituições* são entendidas como processos predeterminados ou estabilizados de decisão de conflitos. O *estado* é concebido como uma instituição particularmente importante, porém nitidamente diferenciada da sociedade¹. O poder de decidir conflitos por parte do estado pode ser exercido de acordo com disposições legais igualitárias (*estado de direito*) ou com decisões arbitrárias do poder (*estado de polícia*). Na realidade não existem estados de direito *puros*, porque sempre encerram um estado de polícia em seu interior², que emerge enquanto se debilita o de direito com o qual estabelece uma relação dialética. A dialética do estado de *direito/ de polícia* se manifesta de forma particular no direito penal: o estado de polícia pretende a ampliação do poder punitivo (seu exercício sempre arbitrário e seletivo debilita o estado de direito) e o direito deve contê-lo.

O *direito penal* deve distinguir-se da *legislação penal* e do *exercício real do poder punitivo*. Entendemos por *direito penal* o discurso doutrinário que tem por objeto a programação do exercício do poder jurídico de contenção do poder punitivo (a *ciência* ou

* O presente trabalho é uma versão ampliada da “Lectio Doctoralis” apresentada na Universidade de Macerata em 3 de abril de 2003, acrescida das reflexões que motivaram as intervenções e questionamentos de colegas italianos nas Universidades de Bologna, Udine, Trento e Salerno, fundamentalmente contidos na segunda parte (*Algumas notas e esclarecimentos*). A presença de Alessandro Baratta foi permanente em todas estas ocasiões.

* Foi traduzido pelos professores Daniel Andrés Raizman e Fernanda Freixinho, mestres em Ciências Penais pela Universidade Candido Mendes.

¹ Reiterar o art. 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos é tão óbvio quanto assinalar que sociedade e estado são conceitos diversos, mas nem tanto se levarmos em conta que enunciam diferentes conceitos de “pessoa” em algum setor da doutrina jurídico-penal atual, onde também parecem confundir-se a sociedade e o estado.

² Cf. Merkl, A., *Teoría General del Derecho Administrativo*, México, 1980.

saber jurídico penal) e o treinamento acadêmico dos operadores das agências jurídicas³. Sua função é a programação da contenção e redução jurídica do exercício do poder punitivo, considerando que as agências jurídicas não o exercem (a criminalização secundária é impulsionada e realizada por outras agências políticas e executivas), sendo que somente podem opor certa cota de *contrapoder jurídico redutor ou contentor*. Neste sentido, o direito penal é um *apêndice do direito constitucional* de todo estado constitucional de direito, pois a função contentora é indispensável para sua subsistência (sem ela o estado de direito desapareceria convertido em puro estado de polícia)⁴. Dado que o direito penal somente perseguiria a programação da contenção jurídica do exercício do poder punitivo, pode não ser entendida como uma afirmação de uma função legitimante deste (tarefa na qual ninguém parece ter tido êxito até o presente) e validá-la somente no sentido de um fato de poder: o jurídico seria sua contenção e não o fato em si mesmo⁵. Construir-se-ia seu sistema partindo de uma *concepção agnóstica da pena*, ou seja, entendendo-a como expressão de um fato de poder que é mister conter e reduzir, porém não é necessário legitimar.

A contenção do poder punitivo pelo direito penal deve programar-se em forma de *sistema*, porque se trata de administrar equitativamente um poder limitado e para isso deve delinear um programa racional, em cuja elaboração são imprescindíveis os elementos da dogmática jurídico-penal.

II. Dificuldades da exposição tradicional da culpabilidade

A culpabilidade é o *capítulo especificamente penal* de toda a teoria do delito e o qual, em função disso, nos proporciona a chave da *crise* pela qual atravessa nosso saber há muito tempo e que parece acentuar-se. Não somente existem formidáveis diferenças quanto a seu conceito e conteúdo, e inclusive quanto a sua importância e colocação: sem remontar-

³ Não acreditamos que haja uma “ciência” penal pura e uma tecnologia jurídico-penal. O direito penal tem objetivos práticos (projeto de jurisprudência e formação de operadores) e isso não é um demérito, senão um dado da realidade. O saber penal não é um *art pour l’art*, e sim um programa político.

⁴ Não descartamos que isto possa ser exposto a partir de uma perspectiva funcionalista sistêmica do estado de direito: se alguém o entende como um sistema, deverá admitir também que o equilíbrio desse sistema requer o contrapoder jurídico. Talvez possa ser feita uma releitura da velha contraposição de política criminal e direito penal de von Liszt neste mesmo sentido. A partir desta perspectiva a ampliação indefinida da legitimação do poder punitivo sob nenhum aspecto resultaria funcional ao sistema.

nos a teorias em desuso, basta dizer que na doutrina contemporânea, enquanto uns consideram que praticamente todo o delito é culpabilidade e o injusto é uma construção que só serve de pressuposto⁶, outros praticamente a põem à margem da teoria do delito⁷.

Conforme a exposição convencional do panorama da culpabilidade, esta se desenvolveu no curso do século XX partindo da noção psicológica do positivismo normativizado para passar sucessivamente a normativa com o neokantismo (com o conteúdo depurado do finalismo welzeliano) e, por derradeiro, com a exigência do funcionalismo alemão. Em alguma medida podem assinalar-se critérios em grande parte paralelos na doutrina italiana e em outras européias⁸.

Não obstante, acreditamos que este caminho estreito oculta o verdadeiro problema que coloca a culpabilidade e cuja melhor compreensão requer ampliar o marco referencial até abarcar a velha periculosidade positivista. Na exposição tradicional existem enormes disparidades conceituais sob denominações comuns, sendo necessário batizar – ainda que seja provisoriamente e sem pretensão de inventar novos neologismos que compliquem o já confuso discurso - um espaço a preencher ou uma pergunta a responder por qualquer teoria do direito penal, que na linguagem usual nos tem ocultado, homogeneizando o heterogêneo e incompatível.

Toda teoria do direito penal e, como parte dela, toda teoria do delito, é tributária de uma teoria da pena⁹, conservando esta seu nome ou ainda mudando por outro que amenize seu sentido penoso¹⁰. Justamente a referência a uma teoria da pena dota de unidade conceitual e sistemática a uma teoria do direito penal.

Qualquer teoria do direito penal também deve estabelecer de alguma maneira a vinculação do delito com sua conseqüência (a pena). Com esse binômio *delito-pena* a teoria

⁵ O modelo seria semelhante ao direito internacional humanitário ante a guerra.

⁶ Assim, Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. de Cancio Meliá e B. Feijóo Sánchez, em “Moderna dogmática penal, Estudios compilados”, México, 2002, p. 27.

⁷ Ver, Bustos Ramírez, Juan – Hormazábal Malareé, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, Madrid, 1997; Cousiño MacIver, Luis, *Derecho Penal Chileno*, Santiago de Chile, 1979.

⁸ Por exemplo, o naturalismo positivista normativizado pode ser encontrado em Grisigni, Filippo, *Derecho Penal Italiano*, trad. castelhana de Isidoro De Benedetti, Buenos Aires, 1949; Florian, Eugenio, *Parte Generale del Diritto Penale*, Milano, 1934; no direito holandês, G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlansche Strafrecht*, Haarlem, 1927; o normativismo em Bettioli, Giuseppe, *Diritto Penale*, Padova, 1982; o finalismo em autores como Latagliata, Santamaria, etc.

⁹ Poder-se-iam classificar todas as teorias fazendo remissão àquela que parece originária de Antón Bauer, *Die Wahrnehmungstheorie nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorien*, Göttingen, 1830.

¹⁰ Sobre o ocultamento da pena no positivismo advertia Karl Binding, *Normen*, II, p. 464.

indica a dosimetria da conseqüência (pena) e é a base do que se chama *sentencing*, *strafzumessung* e mais latinamente *individualización judicial de la pena*. Este elemento vinculante que, repita-se, é um espaço a preencher ou uma interrogação a responder (que alguns ocuparam com a periculosidade e outros com heterogêneos e incompatíveis conceitos de culpabilidade) que batizamos como *conexão punitiva*.

Nenhuma teoria do direito penal pode prescindir de uma conexão punitiva, ou seja, não pode pretender que o conteúdo do antijurídico de um ilícito indique diretamente a quantidade da pena, porque pressuporia a falta de humanidade, ou seja, a igualdade e imutabilidade de todos os seres humanos. Por isso, todas se valem de uma *conexão punitiva*.

Ao construir a teoria do ilícito penal se empregam conceitos que provêm de outros ramos jurídicos, em especial do direito privado, ao ponto que a primária distinção entre antijuridicidade e culpabilidade foi extraída da dogmática jusprivatista de Jhering¹¹. A antijuridicidade prevê certas coordenadas comuns que não se alteram apesar das acirradas discussões na teoria do ilícito.

Mas, quando o direito penal deve construir a *conexão punitiva*, o faz vinculado, intimamente, ao conceito de pena que sustenta e, como é uma construção exclusivamente penal, dispensa o auxílio de outros ramos do saber jurídico. Na teoria do injusto o acompanha Virgílio, porém quando este desaparece, fica sem guia para construir a *conexão punitiva*, Beatrice não chega, e às vezes parece que inverte o caminho da *Commedia* e entra no inferno.

III. As diversas construções da *conexão punitiva*

A *conexão punitiva* pode construir-se na própria teoria do delito ou ainda com a redução da teoria do delito ao puro ilícito e sua conseqüente construção na teoria da pena¹². No começo do século passado optava-se por esta segunda variante: von Liszt construía a

¹¹ Cf. Jhering, Rudolf von, *L'esprit du Droit Romain dans les diverses fases de son développement*, Paris, 1877; Pasini, Dino, *Ensayo sobre Jhering*, Buenos Aires, 1962; Wolf, Erik, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1951, p. 616.

¹² Ferri, Enrico, *Principii di Diritto Criminale*, Torino, 1928.

conexão punitiva com a periculosidade na teoria da pena, no entanto reduzia o delito ao ilícito¹³.

Ao nomear *culpabilidade* ao aspecto subjetivo do ilícito produziu-se uma confusão semântica, sendo difícil sustentar que tenha existido uma verdadeira teoria *psicológica* da culpabilidade¹⁴, pois esta palavra, tanto em castelhano e nas outras línguas de origem latina, quanto em alemão, invoca uma *dívida*, algo que deve se pago¹⁵, ou seja, algo valorativo. Liszt pretendia trabalhar com um conceito descritivo (existe ou não causação psíquica); assim, *uma cunha de estranha madeira*¹⁶ era seu conceito de imputabilidade, que evitava considerar sua ausência como excusa absolutória¹⁷, baseado na *normal* motivação¹⁸, o que foi prontamente criticado¹⁹.

A verdadeira culpabilidade se reintroduz no direito penal com Frank²⁰ e as teorias normativas²¹, que implicam uma mudança radical na construção da *conexão punitiva*, que começa a construir-se a partir da teoria do delito. É abandonado o positivismo e retomada a via clássica, construindo a culpabilidade sobre o modelo formal da ética tradicional (Aristóteles, Tomás, Kant, Hegel).

Porém a conexão punitiva baseada no *poder de fazer outra coisa*, entendida como a reprovabilidade fundada na exigibilidade de outra conduta²² e limitada à conduta típica e

¹³ Assim, Franz von Liszt, que - como é sabido - sintetizou sua ideologia em 1882 no célebre Programa de Marburgo, publicado originariamente em ZStW, 1883, pp. 1 e ss., *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, reproduzido em *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlim, 1905, p. 126; trad. italiana de Alessandro Calvi, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962.

¹⁴ Cf. Jakobs, G., *idem*, p. 30.

¹⁵ Cf. Giuseppe Bettiol, *El problema penal*, trad. cast. Buenos Aires, 1996; do mesmo, *Sobre las ideas de culpabilidad en un derecho penal moderno*, em “Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho”, Buenos Aires, 1970, p. 639.

¹⁶ Foi assinalado por Lilienthal, Karl, *Zurechnungsfähigkeit*, em “Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländisches Strafrechts”, Berlim, 1908, p. 1.

¹⁷ Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, (atualizada por Luigi Conti), Milano, 1969, p. 481, que assim como Lilienthal levava o problema da imputabilidade à punibilidade.

¹⁸ Franz von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlim, 1891, p. 165.

¹⁹ Cathrein, Viktor, *Principios fundamentales del Derecho Penal, Estudio filosófico-jurídico*, trad. de José M. S. de Tejada, Barcelona, 1911, p. 102.

²⁰ Frank, Reinhart von, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen, 1907, *Sonderabdruck aus der Festschrift der Juristischen Fakultät der Universität zur Dritten Jahrhundertfeier der Alma Mater Ludoviciana*, trad. cast. de Sebastián Soler, *Estructura del concepto de culpabilidad*, Santiago de Chile, 1966.

²¹ Não se pode negar que a chamada teoria normativa foi uma reinstalação, porque nos hegelianos havia claros acentos valorativos (p. ex. Köstlin, Christian Reinhold, *Neue Revisión der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845, p. 131), em Carmignani (Cf. Scarano, Luigi, *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli, 1948, p. 11), em Binding (sobre isto, Otto, Harro, *Grundkurz Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlim, 1996, p. 186), em Adolf Merkel (*Derecho Penal*, trad. de P. Dorado Montero, Madrid, s.d.).

²² Freudenthal, Berthold, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübingen, 1922.

antijurídica (culpabilidade de ato pura), leva a soluções opostas à da velha periculosidade positivista. Dentre outras coisas, os reincidentes e os habituais são menos culpáveis (reprováveis) que os primários.

Por isso, procurou-se construir uma conexão punitiva a partir da teoria do delito, respeitando os esquemas formais da ética tradicional²³, mas como equivalente funcional da velha periculosidade²⁴. Por tal motivo, a conexão punitiva devia reprovar algo mais que o ilícito, passando a desvalorizar normativamente toda a existência, a conduta de vida (*Lebensführungsschuld*) ou diretamente a personalidade do agente²⁵, não sendo significativas as variáveis menores destas teses²⁶.

A apelação à *condução da vida* era um recurso para esquivar a objeção de que a culpabilidade de caráter ou de personalidade pretendia reprovar as características biológicas e os genes. Deste modo, instala-se uma *culpabilidade de autor*²⁷, fundada na autoridade da ética tradicional, todavia colocando de lado sua essência, pois a ética não conhece a proibição de analogia (tampouco a lei alemã dos anos trinta), tendo em vista que nega o princípio da legalidade ao reprovar atos atípicos anteriores e estranhos ao ilícito. Pretende que um funcionário estatal julgue a própria existência de um cidadão e não somente seu ilícito. Com isso logra construir uma conexão punitiva a partir do delito em forma de periculosidade espiritualizada: substitui o *estado perigoso* pelo *estado de pecado penal*²⁸.

A culpabilidade de autor foi mais útil ao poder punitivo que a velha periculosidade positivista, pois esta pretendia pelo menos ser um dado verificável, tanto que a culpabilidade de autor se valia de presunções de maior culpabilidade, fundada nas valorizações do julgador ou do grupo dominante, sem nenhuma verificação. O estado

²³ Fundamentalmente se apoia em Aristóteles, também em Loenig, Richard, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, Berlin, 1903.

²⁴ Desde o final da Segunda Guerra não parece haver outro caminho para fundar a responsabilidade que entender a sociedade como conjunto de pessoas responsáveis (Cf. Griffel, Antón, *Prävention und Schuldstrafe. Zum Probleme der Willensfreiheit*, em ZStW, 1986, p. 31), o que explica as díspares doutrinas enunciadas para matizar sua parcial evitação.

²⁵ Mezger, Edmund, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 1949; traduções de J.A. Rodríguez Muñoz, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1946, e de Conrado Finzi, *Derecho Penal, Libro de Estudio, Parte General*, Buenos Aires, 1958; Sauer, Guillermo, *Derecho Penal, Parte General*, trad. de J. Del Rosal y J. Cerezo Mir, Barcelona, 1956.

²⁶ Assim, Bockelmann referia-se à *decisão da vida* (Paul Bockelmann, *Studien zur Täterstrafrecht*, Berlin, 1940).

²⁷ Sobre esta também Engisch, Karl, *Zur Idee der Täterschuld*, em ZStW, 1942, p. 170.

²⁸ Assim, expressamente, Allegra, Giuliano, *Dell'abitudine criminale*, Milano, 1928.

perigoso pretendia ser um dado verificável; o estado de pecado penal era mero produto de valoração subjetiva.

Não faltou a tentativa de desdobrar a culpabilidade, ou seja, de colocar uma culpabilidade de ato no delito e outra de autor na pena, só para a quantificação penal (*Strafzumessungsschuld*)²⁹. A rigor, a verdadeira conexão punitiva se inseria na pena, posto que a culpabilidade de ato não deixava de ser um pressuposto.

Com a introdução da ética no direito penal³⁰ fincou-se a reprovabilidade na omissão de interferir na tensão primária, mas isto teria conduzido a soluções parecidas à da culpabilidade de ato pura: menor reprovabilidade a quem maior esforço requeresse para controlar a tensão (novamente reincidentes e habituais seriam menos culpáveis, embora a colocação não tivesse sido levada a esse extremo).

Com a versão moderada do funcionalismo a culpabilidade de ato tem o caráter de limite máximo como ficção necessária dentro do espaço no qual opera a prevenção especial positiva³¹. A culpabilidade de ato do delito estabelecia a pena como limite e dentro da teoria da pena opera a prevenção especial conforme o espaço de jogo que a culpabilidade habilita³².

A versão que combina o funcionalismo com o normativismo de Marburg e o hegelianismo³³ constrói a conexão punitiva no delito, tendo em vista que não leva em conta o agente concreto, salvo nas eximentes, que excluí em razão de que não expressam uma atitude refratária. A conexão punitiva se estabelece mediante a necessidade de assegurar a confiança pública no sistema³⁴, conforme os princípios da prevenção geral positiva³⁵, através de um conceito de culpabilidade³⁶ que pretende ser *descritivo*³⁷.

²⁹ Bockelmann, Paul, *op. cit.*

³⁰ Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlim, 1969; também, *Das neue Bild des Strafrechtssystem*, Berlim, 1957.

³¹ Roxin, Claus, *Strafrecht, Allg. Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 1997.

³² Foi observada a tese de Roxin que desfazia os limites entre a culpabilidade e a punibilidade (Assim, Stratenwerth, Günther, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzip*, 1977; tem trad. castelhana, *El futuro del principio de culpabilidad*, Madrid, 1980; também em “MSchr.Krim.”, 1972, p. 196).

³³ Jakobs, Günther, *Strafrecht, Allg. Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch*, Berlim, 1983.

³⁴ *Idem*, p. 631.

³⁵ Contra esta normativização extrema, entre muitos, Küpper, *Grenzen der normativieren Strafrechtsdogmatik*, Berlim, 1990, p. 197.

³⁶ Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona*, cit, p. 30.

A disparidade de critérios de construção da conexão punitiva, sua diferente localização e os incompatíveis conceitos ensaiados acerca dela, alertam sobre a dissolução do discurso penal. Ainda que nem todos os ensaios de construção da conexão punitiva conservem vigência na doutrina contemporânea, seu mostruário expressa a frenética busca de um conceito que não se logra configurar nem, tampouco, estabilizar.

IV. As objeções das ciências sociais

A partir da prevenção especial positivista que reduzia todas as penas a medidas, até a prevenção geral positiva funcionalista (que se aproxima à razão de estado), passando pelo neokantismo sul-ocidental e o ontologismo etizante, com suas concepções de prevenção geral negativa mais ou menos tácitas, sustentaram incompatíveis (excludentes) conceitos de pena e, por derradeiro também foram seus ensaios de conexão punitiva. A isto se agrega que a sociologia põe em xeque a doutrina jurídico-penal demonstrando-lhe que separa o *dever ser* do *ser* até limites intoleráveis³⁸.

A sociologia questiona a seletividade inocultável com que o *dever ser* penal realiza-se na realidade do poder punitivo e do sistema penal³⁹, o que obriga a doutrina penal a um grau de sinceridade insólito, que a leva a admitir que a seletividade forma parte da normalidade do poder punitivo, cujo único objeto passaria a ser a renormalização (acalmar a opinião pública e devolver-lhe a confiança no estado)⁴⁰.

Tal fato provoca um esvaziamento ético na doutrina jurídico-penal. As próprias colocações tradicionais que sustentavam a culpabilidade de ato puro ficam órfãs de eticidade material, limitando-se a recorrer somente a forma da ética tradicional: a reprovação perde legitimidade ética quando é dirigido somente a uns poucos selecionados entre os mais vulneráveis e grosseiros.

³⁷Esta construção, ao mesmo tempo que pretende um conceito descritivo de culpabilidade o funda em um fenômeno que não julga verificável, dado que não considera ao poder punitivo como um meio para manter a identidade social, senão como esta mesma identidade (idem, p. 4).

³⁸Foi determinante a este respeito o artigo de Alessandro Baratta, *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, em “La questione criminale”, anno V, n° 2, maggio-agosto 1979.

³⁹Entre os primeiros trabalhos deve-se destacar, Fritz Sack, *Selektion und Kriminalität*, em “Kritische Justiz”, 1971, p. 384.

⁴⁰Quiçá esta afirmação não seja totalmente exata, pois parece ter sido adiantada por Bodino no século XVI. Estamos investigando seu discurso.

Por esta via, o direito penal debilita sua hierarquia científica, com o risco de degradar-se em uma tecnologia de decisão de casos sustentada por uma teoria do conhecimento cega a qualquer dado da realidade por terrível que seja, ou bem, em uma construção deduzida de um funcionalismo dogmático e carente de ética, baseado na razão de estado. Existe o risco de que, depois de dois séculos, retornemos à arte *schifosa* de Carrara⁴¹.

O destino de um saber cujos dados de realidade são desvirtuados empiricamente pela sociologia mais tradicional, como colocava Baratta já há um quarto de século⁴², não é nada promissor. A opção entre negar esses dados ou aceitar que serve a um poder que somente é útil ao prestígio do poder, é inadmissível.

V. A dialética entre estado de direito e de polícia na construção da culpabilidade

Por esta razão acreditamos necessário colocar a reconstrução da teoria do direito penal a partir de outra perspectiva, baseados no fato de que, em que pese a enorme disparidade de critérios e ensaios, não pudemos afirmar até agora qual é o sentido da pena; contudo sabemos que o aporte positivo do direito penal à humanidade consistiu em sua limitação.

Se bem é inegável que a civilização européia inventou um poder verticalizante que corporativizou suas sociedades e permitiu a empresa globalizadora planetária, produzindo mais mortos que o próprio poder bélico, junto a este formidável potencial genocida, também inventou uma contenção. À mercê dessa contenção são abertos espaços de autonomia social que nos permitem debater e criticar. É mister partir desta constatação para

⁴¹ Em referência à ciência penal que surge do Iluminismo diz: “Ciência sublime que sente sua nobre missão de aperfeiçoamento da humanidade, e que rechaça, sem sequer reconhecer como irmã, a arte asquerosa que em tempos passados se chamou *jus criminal*, que consistia em ensinar os ditados positivos de legisladores autônomos e cruéis, em delinear os modos de *circonvenire* a um acusado e as medidas para regular os tratos da tortura da corda e os ajustes das tenazes” (*Opuscoli di Diritto Criminale do Prof. Comm. Francesco Carrara*, Prato, 1885, I, p. 180).

⁴² Baratta, Alessandro, *op. et loc. cit.*; reitera os questionamentos em seu livro *Criminologia crítica e crítica del diritto penale*, Bologna, 1982.

repensar o direito penal sobre a base certa. A legitimidade do direito penal como saber radica em sua capacidade limitadora do poder punitivo⁴³.

Partindo da necessidade da função limitante do direito penal para preservar o estado constitucional de direito, que é o que está verificado, acreditamos que é necessário proceder a sua reelaboração sob a base de uma teoria agnóstica da pena. O sentido metafórico da expressão *agnóstica* põe em evidência a idolatria que tem caído as teorias legitimantes do poder punitivo, que o convertem em um ídolo onipotente adorado por muitos fanáticos.

O direito penal baseado em um conceito agnóstico da pena pode construir sua teoria do ilícito por trilhos parcialmente diferentes aos utilizados pelas teorias tradicionais, porém sem apartar-se substancialmente de seus elementos. A prova de fogo de semelhante teoria – como de todas – é a construção da conexão punitiva. Para tanto acreditamos que se deve manter o conceito de culpabilidade, sem abandonar as formas da ética tradicional, pois todo abandono destas formas corre o risco de acabar destruindo o próprio conceito de pessoa⁴⁴.

Não cabe rechaçar esta forma argumentando que não é verificável a autodeterminação⁴⁵. O determinismo tampouco o é, porém interatuamos socialmente como autodeterminados e é verificável que cada pessoa em diferentes circunstâncias concretas dispõe somente de certo *catálogo de possíveis condutas*⁴⁶. Também é verificável que a antropologia jurídica, constitucional e jushumanista, apoia-se na autodeterminação humana (a *pessoa* e a *soberania popular* seriam inexplicáveis de outro modo).

Não resta dúvida de que na culpabilidade pelo ato também se levará em conta a personalidade, porém em um sentido diferente e inverso, pois se reprovará o que fez em função de seu catálogo de possíveis condutas condicionadas por sua personalidade (na culpabilidade de autor reprova-se a personalidade, da qual seu ato é somente um sintoma). Na culpabilidade de ato é reprovado o ilícito em função de sua personalidade e das circunstâncias; na de autor é reprovado o que ele é em função do injusto.

⁴³ Esta posição foi enunciada em *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, 1990; e desenvolvida em Zaffaroni-Alagia-Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000; 2ª. ed., 2002.

⁴⁴ Neste sentido note-se a longa preleção de Giuseppe Bettiol contra o positivismo, especialmente em seus *Scritti Giuridici*, Padova, 1966-1987; o atual apartamento da ética tradicional leva a certa doutrina a sustentar abertamente que existem sujeitos que não são pessoas e, posteriormente, a ressuscitar - embora seja em uma ótica particular - a idéia do “inimigo”.

⁴⁵ Neste argumento fundaram-se autores de todos os tempos: Engisch, Karl, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930; Gropp, Walter, *Strafrecht, Allg. Teil*, Berlin, 1997, p. 231.

⁴⁶ Cf. Blejer, José, *Psicología de la conducta*, Buenos Aires, 1963.

Contudo uma culpabilidade de ato, se bem conduz a conclusões díspares e opostas às da culpabilidade de autor, não legitima o exercício do poder punitivo e tampouco tem conteúdo ético, porque é derrubado pelo dado de seletividade do poder punitivo. Não obstante, faz-se necessário empregá-la como um limite de irracionalidade a conter: seria intolerável pretender habilitar poder punitivo além do limite que assinala a culpabilidade pelo ato.

Como a culpabilidade de ato somente indica um limite máximo, não pode resultar dela a quantidade de poder punitivo que em cada caso se habilite, sem tomar em conta o dado de seletividade. Não é ético nem racional propor que as agências jurídicas ignorem por completo a falha ética mais notória da culpabilidade, observada há mais de dois séculos, na chamada *co-culpabilidade*⁴⁷, que tem sua origem em Marat⁴⁸ e no bom juiz Magnaud⁴⁹, embora não cheguem a incorporar plenamente o dado.

A co-culpabilidade (*Mit-Schuld*) é insuficiente porque: (a) em princípio invoca o preconceito de que a pobreza é a causa de todos os delitos⁵⁰; (b) em segundo lugar, ainda corrigindo esse preconceito, habilitaria mais poder punitivo para as classes hegemônicas e menos para as subalternas, o que pode conduzir a um *direito penal classista em dois tempos*; (c) o terceiro ponto é que seja abastado ou pobre o selecionado, sempre o será com bastante arbitrariedade, com o qual esta tese não logra fazer cargo da seletividade estrutural do poder punitivo.

Ao reconstruir o direito penal partindo de um conceito agnóstico da pena, devemos exigir às agências jurídicas que esgotem seu poder jurídico de contenção neutralizando até onde for possível a seletividade estrutural do poder punitivo, para o qual não alcança com a mera culpabilidade de ato que, ao não tomá-lo em conta, somente indica o limite máximo

⁴⁷ Embora seja um conceito muito anterior, o direito penal dos países socialistas, especialmente da República Democrática Alemã, reivindicaram sua paternidade. A esse respeito veja-se, Baumann, Jürgen, *Strafrecht, Allg. Teil*, Bielefeld, 1975, p. 369; Noll, Peter, *Schuld und Prevention unter der Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts*, em “Fest. f. Hellmuth Mayer”, Berlim, 1966; Orschekowski, Walter, *La culpabilidad en el derecho penal socialista* (trad. de J. Bustos Ramírez e S. Politiff), em “Revista de Ciencias Penales”, Santiago de Chile, 1972, p. 3.

⁴⁸ Marat, J.P., *Plan de législation criminelle*, com notas e introdução de Daniel Hamiche, Paris, 1974; tem trad. castelhana, *Principios de legislación penal*, Madrid, 1891 e uma reedição crítica com introdução e notas de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Buenos Aires, 2000.

⁴⁹ Leyret, Henry, *Les jugements du Président Magnaud réunis et commentés*, Paris, 1904; tem trad. castelhana de D. Díez Enríquez, *Las sentencias del Magistrado Magnaud reunidas y comentadas por Henry Leyret*, Madrid, 1909).

⁵⁰ O preconceito, de alguma forma, foi assumido também pela própria criminologia marxista do início do século XX; assim, Bonger, W., *Criminality and Economic Condition*, New York, 1916 (reed. 1967).

tolerado por um estado de direito, que nunca pode pretender sancionar a seus habitantes pelo que são, sob pena de auto destruir-se, de assumir formas teocráticas ou de incentivar a psicotização onipotente de seus juízes.

Todavia a dialética *estado de direito/de polícia* não se esgota com a exclusão da culpabilidade de autor; a dinâmica dialética estende-se por toda a teoria do delito e também se produz no interior de cada um de seus escalões construtivos. A culpabilidade de ato é uma síntese da contraposição da pretensão de prescindir de toda conexão punitiva e a de construí-la sob a base do autor (por via de periculosidade ou de culpabilidade de autor). Porém as pulsões do estado de polícia, uma vez vedado o caminho a uma conexão punitiva fundada na personalidade, no caso de se refugiarem na culpabilidade de ato, será mister opor-lhes uma antítese a partir do estado de direito, porque o estado de polícia procede como na guerra; perdida uma posição retrocede-se e se refugia novamente, e o estado de direito exigirá – como antítese - que, de alguma maneira, leve-se em conta a seletividade estrutural do poder punitivo.

VI. A antítese da culpabilidade de ato pura

Abre-se desta maneira um novo momento de tensão ou dialético entre a culpabilidade de ato e a exigência de tomar em consideração a seletividade criminalizante. *A culpabilidade penal no estado de direito não pode ser a simples culpabilidade pelo ato, também deve surgir da síntese desta (como limite máximo da reprovabilidade) e de outro conceito de culpabilidade que incorpore o dado real da seletividade.* Somente assim resulta ética e racional a divisão do poder jurídico de contenção, tendo em conta – como vimos - que este é um poder limitado e deve distribuir-se com equidade, segundo a racionalidade de uma operação de salvamento em *situação de naufrágio*. Há décadas é conhecida a tendência da seleção criminalizante a exercer-se de acordo com estereótipos⁵¹ e a recair sobre a criminalidade grosseira, praticada por pessoas das classes subalternas, carentes de treinamento para condutas mais sofisticadas ou mais dificilmente captáveis pelo sistema

⁵¹ É clássico o aporte interacionista, assim, Chapman, Dennis, *Lo stereotipo del criminale*, Torino, 1971.

penal⁵². Isto demonstra que a grande maioria dos criminalizados não o são tanto em razão do conteúdo ilícito do injusto cometido, senão pela forma grosseira deste (*obra tosca*) e pelas características estereotípicas do agente, que o colocam ao alcance do sistema penal.

Fica claro, pois, que os tipos penais descrevem condutas, mas os tipos de ato habilitam um espaço de arbitrariedade para a seleção de pessoas. Embora a lei respeite a legalidade e o direito penal exija seu cumprimento estrito, o exercício do poder punitivo sempre é de autor⁵³, por inevitáveis razões estruturais. O incremento de leis penais, na realidade operativa do sistema penal, importa um aumento da prática de um poder seletivo de autor.

Assim, o sistema penal apresenta diferentes graus de periculosidade para os habitantes, segundo seu *status* social e suas características pessoais. A sobre-representação de algumas minorias na prisionização, de maior número de imigrantes, em ocasiões de minorias sexuais, em todo caso a maior incidência em homens jovens, desempregados, habitantes de bairros marginais, etc., são todos dados verificáveis. A periculosidade do sistema penal se reparte segundo a vulnerabilidade das pessoas, como se fosse uma epidemia.

Nos países periféricos, como são os latino-americanos, devido à crescente polarização da riqueza⁵⁴, a maioria da população encontra-se em estado de vulnerabilidade ante o poder punitivo, embora só sejam criminalizados uns poucos. Ou seja, o campo para selecionar amplia-se, mas a seleção continua sendo ínfima em relação a ele.

O dito obedece a que o mero *status ou estado de vulnerabilidade* não determina a criminalização. Não se seleciona a uma pessoa por seu puro estado de vulnerabilidade, senão porque se encontra em uma *situação concreta de vulnerabilidade*. Partindo de um estado de vulnerabilidade, deve concorrer um esforço pessoal do agente para alcançar a situação concreta em que se materializa a periculosidade do poder punitivo.

⁵² A ilusão de que a delinquência só tem sua origem nas classes subalternas tinha sido desmistificada muito antes, com o aporte de Sutherland, Edwin H., *White-Collar Crime*, New York, 1949; também Sutherland, Edwin H. – Cressey, Donald R., *Criminology*, New York, 1978.

⁵³ A teorização do tipo de autor do nazismo, levada a cabo, entre outros, por Klee (a quem Mezger cita em *Die Straftat als Ganzes*, em ZStW, 57, 1938, p. 678), não seria mais que um recurso para subtrair do poder punitivo a quem, pertencendo ao grupo dominante, por erro policial resultava criminalizado. Não se trata de uma habilitação do poder punitivo de autor, senão de reassegurar ou reafirmar este.

⁵⁴ Sobre isto o conhecido livro de Stiglitz, *El malestar en la globalización*, 2002; embora resulte um tanto exagerada, a analogia entre o poder planetarizado e o *apartheid* é sugestiva: assim Falk, *Predatory Globalization. A critique*, Polity Press, 1999.

Não se pode reprovar a ninguém seu estado de vulnerabilidade. Só é possível o esforço pessoal realizado para alcançar a situação de vulnerabilidade em que o poder punitivo concretiza-se. O esforço pode ser de diferentes magnitudes:

(a) São excepcionais os casos de quem parte de um estado de vulnerabilidade muito baixo e faz um esforço extraordinário até alcançar a situação concreta de vulnerabilidade. Não sempre, mas em muitas oportunidades, os esforços obedecem a perda de cobertura precedidas por lutas de poder.

(b) Também são menos freqüentes os casos de pessoas que, por partir de um estado alto, custar-lhes-ia pouco alcançar a situação de vulnerabilidade, mas mesmo assim realizam um esforço muito alto para atingi-la. Em geral, tais casos tratam-se de fatos que estão perto da patologia e constituem aberrações.

(c) A maioria dos criminalizados não leva a cabo importantes esforços para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade; partindo de um estado elevado, é preciso um esforço insignificante para que seja concretizada a periculosidade do poder punitivo. É muito mais fácil selecionar pessoas que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes cometendo injustos de pequena ou média gravidade.

Cabe esclarecer que, em alguns momentos, a seleção criminalizante altera-se por outras razões que podem determinar uma insistência na intervenção política (como acontece nos regimes autoritários), ou perseguindo minorias étnicas (indígenas ou imigrantes), minorias sexuais, grupos profissionais (às vezes políticos), etc., como acontece nas incontáveis emergências que inventa o poder punitivo. Com freqüência é orientada pelos empresários morais. Contudo, as regras não mudam muito, pois se trata somente de uma modificação do estereótipo criminal ou de um complemento do mesmo.

A administração do poder jurídico de contenção do poder punitivo conforme o grau de esforço pessoal para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade, sempre dentro do marco máximo da culpabilidade de ato (porque não é mais que sua antítese) resulta racional e também possível.

É racional porque deve outorgar-se preferência a quem menos tem feito para ser alcançado pelo poder punitivo (dado que o poder jurídico de contenção é limitado) que são os que partiram de um alto estado de vulnerabilidade que permitiu que um pequeno esforço seja suficiente para tornar realidade o perigo de criminalização.

Também é razoável que não fique limitado o poder jurídico de contenção a quem fez um esforço considerável para chegar à situação concreta. Insistimos que se trata de uma lógica de preferência análoga à de salvação de náufragos: deixando a salvo razões de humanidade, é razoável que se deixe para o final aos que afundaram o navio.

Ao considerar que o esforço jurídico enfrenta de modo permanente o estado de polícia, resulta racional que o direito penal reprove o esforço pessoal por alcançar a situação concreta de vulnerabilidade, porque esta indica a medida em que a pessoa operou contra a função redutora do poder punitivo do próprio direito penal. *O esforço pela vulnerabilidade é sua contribuição pessoal às pretensões legitimantes do poder punitivo e, portanto, contrário ao esforço redutor e pacificador do direito penal*⁵⁵.

Também é verificável que as agências jurídicas dispõem de maior espaço de contenção quando o esforço tem sido menor e vice-versa. A relação inversa entre esforço pessoal para alcançar a situação de vulnerabilidade e espaço de poder redutor não se pode negar argüindo exemplos de pressão política ou de corrupção, pois estes só demonstram que o sujeito mantém seu baixo nível de vulnerabilidade originário.

A culpabilidade pela vulnerabilidade não é uma correção da culpabilidade pelo ato, senão o reverso dialético, do que surgirá a culpabilidade penal como síntese. Dado que a culpabilidade pela vulnerabilidade opera como antítese redutora, nunca poderá a culpabilidade penal resultante da síntese superar o grau indicado pela reprovação da culpabilidade pelo ato.

VII. Uma síntese que não exclui a formulação ética da reprovabilidade e que oferece materialidade ética ao conceito.

⁵⁵ A posição de Jakobs (*op. cit.*, p. 10) segundo a qual se contrapõem os projetos do mundo do infrator e do estado, e a pena neutraliza a validade do primeiro, manifesta-se neste sentido como completamente idealista e dedutiva. O agente não manifesta nenhum *projeto de mundo próprio*, compartilha o existente em amplos setores sociais. O estado tampouco expressa com o poder punitivo um *projeto de mundo* conforme a vigência absoluta das normas, pelo contrário distribui punição sobre os mais grosseiros e valora as *infidelidades ao direito* só para os torpes, tanto que os outros, façam o que fizerem, continuam sendo bons cidadãos. Tal visão revela um projeto de mundo sem grosseiros. Os *bons cidadãos* desse mundo não seriam só os que não cometem delitos, senão também todos os que os cometem de modo refinado. A partir de um ponto de vista realista, o que o infrator põe de manifesto é uma vontade que obstaculiza o objetivo pacificador e redutor do direito penal (o do poder jurídico de contenção do poder punitivo).

É possível objetar que a culpabilidade pela vulnerabilidade é culpabilidade de autor, embora sem razão, por tratar-se de componentes do próprio fato, tendo em vista que o esforço é um aspecto da conduta do agente. Mas, ainda admitindo *ad argumentandum* que fosse, não teria importância porque, na pior das hipóteses, só poderia resultar como síntese um grau de culpabilidade igual à de ato. Não afeta nenhuma garantia um conceito de culpabilidade que em nenhum caso habilita mais poder punitivo que o indicado pela culpabilidade pelo ato.

Cabe perguntar se em alguma hipótese em que, verificada a culpabilidade pelo ato, a culpabilidade pela vulnerabilidade resulte tão ínfima que determine que não seja culpabilidade penal. Podemos pensar em casos muito excepcionais, onde exista provocação oficial (agente provocador)⁵⁶, se o ilícito não deixa de sê-lo, por não se tratar de um delito experimental de impossível consumação.

Assim, pode-se afirmar que a culpabilidade pela vulnerabilidade não é uma alternativa à culpabilidade como reprovação formal ética, senão um passo superador da culpabilidade que, como todo processo dialético a pressupõe e a conserva em sua síntese.

Afirmada a culpabilidade, conforme a forma ética - como culpabilidade pura pelo fato, segundo a autodeterminação com que o sujeito pôde deliberar e estabelecido segundo ela um certo grau de reprovação - a culpabilidade pelo esforço do sujeito para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade se lhe opõe para contra-balançar a falta de atenção sobre o fenômeno da seletividade (na medida em que corresponda), e se sintetiza em uma culpabilidade normativa penal que pode reduzir a reprovação pelo ato, mas nunca ampliá-lo.

A culpabilidade penal resultante desta síntese traduziria o esforço (ético e legítimo) do saber jurídico penal por reduzir (até onde seu poder alcance) o resultado da culpabilidade formal, mas não materialmente ética. O direito penal programa o poder jurídico redutor do poder punitivo, não legitimando senão contendo e filtrando a este último de modo racional. A elaboração da resposta à questão da conexão punitiva pela via da culpabilidade penal dialética seria uma ferramenta significativa para o cumprimento desta meta.

⁵⁶ Sobre este conceito, De Maglie, Cristina, *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e político criminale*, Milano, 1991.

Se a conexão punitiva impõe a elaboração de um vínculo personalizado entre o ilícito e seu autor que, em seu caso, opere como principal indicador do máximo da magnitude do poder punitivo que se pode habilitar, entendemos que a resposta mais completa é proporcionada por um conceito que respeita a culpabilidade pelo ato e, ao mesmo tempo, encarrega-se do dado mais deslegitimante do exercício do poder punitivo, como é a seletividade pela vulnerabilidade social e pessoal.

A conexão punitiva, em uma perspectiva penal baseada no conceito agnóstico de pena, resulta da síntese de um juízo de reprovabilidade baseado no âmbito de autodeterminação da pessoa no momento do fato (formulado conforme elementos formais proporcionados pela ética tradicional)⁵⁷ com o juízo de reprovação pelo esforço do agente para alcançar a situação de vulnerabilidade em que o sistema penal tem concretizado sua periculosidade. O vazio ético que a vulnerabilidade gera na culpabilidade pelo ato fica preenchido no jogo dialético com a culpabilidade pela vulnerabilidade, que se sintetiza na culpabilidade penal, indicadora final da quantia de poder punitivo susceptível de se habilitar.

Um saber dificilmente merece o nome de *ciência* se carece de conteúdo ético, em especial, quando se trata de um saber muito vinculado ao poder. É sabido que o discurso penal separado da ética deixou à história da humanidade, nos últimos oitocentos anos, uma praga de horrores e cadáveres. Precisamente por isso, quando evocamos a nossos pensadores ilustres, não lembramos a Torquemada, todavia recordamos Beccaria, Filangieri, Feuerbach ou Lardizábal; nunca a quem legitimou com discursos aberrantes o exercício genocida do poder punitivo, senão àqueles que quiseram limitá-lo ou reduzi-lo.

A eticização do direito penal, reclamada com insistência por Welzel e por Bettiol⁵⁸, foi um grito de alerta contra a razão de estado⁵⁹ ou contra um pretendido naturalismo que arrasava a pessoa. Seus caminhos de eticização não são transitáveis depois da deslegitimação sociológica do poder punitivo, mas a reclamação ética continua sendo absolutamente válida. Neste sentido não propomos um conceito de culpabilidade que

⁵⁷ Este esforço deve ser atribuído contemporaneamente a Köhler, Michael, *Strafrecht, Allg. Teil*, Berlim, 1997, p. 348.

⁵⁸ Sobre isto, Thorel, Gianpaolo, *Contributo ad una etica della colpevolezza*, em “Studi sulla colpevolezza” a cura di L. Mazza, Torino, 1990, p. 149.

constitua uma solução de continuidade com essa tradição, senão uma reformulação da mesma orientada ao poder. Não seria outra coisa que o corolário do reclamo originário, em uma hora de fortíssimas tensões inquisitórias.

Segunda parte: Algumas notas e especificações

I. Conceitos descritivos ou valorativos?

Parece haver certa confusão na adjectivação das diversas maneiras de construir a *conexão punitiva*, especialmente quanto ao carácter *descritivo* ou *valorativo* destas. Por tal motivo é mais difícil a tarefa de qualificar a culpabilidade da forma que colocamos.

Às vezes se consideram *valorativas* as diferentes teorias normativas da culpabilidade, ao ponto que se consideram *descritivas* a periculosidade, a *causação psicológica* (a culpabilidade psicológica de von Liszt) e a culpabilidade do funcionalismo extremo alemão (o chamado conceito *normativo puro*)⁶⁰.

Pode-se dizer que um conceito jurídico é *descritivo* quando, para estabelecer sua existência, basta verificar os dados do mundo que abarca. Porém o que se quer dizer quando se afirma que um conceito é *valorativo*? Sem dúvida coloca-se com isso que é um conceito que requer uma *valoração*, mas de quem? Não se pode responder que é do legislador, porque em tal sentido todos os conceitos jurídicos são valorativos (sem prejuízo de aclarar-se que nunca se sabe bem o que se entende por legislador). Descartada esta possibilidade, somente resta entender que se tratam de conceitos que importam critérios de valoração (se estabelecem os valores que consagram a ordem jurídica a esse respeito) porém devem ser concretizados pelo juiz em cada caso particular. *Tratar-se-iam de conceitos que se configuram com pautas gerais de valoração conforme as quais devem aplicar-se concretizando-nas no particular pela jurisdição.*

Em diferente sentido, também se poderia entender que um conceito é valorativo quando assume a forma da ética tradicional (forma de juízo ético) e que não o é quando apela a essa forma. Ligando-nos a conexão punitiva, dir-se-ia aqui que são valorativas as

⁵⁹ Sobre a razão de estado: Settala, Ludovico, *La razón de estado*, México, 1988; Meinecke, Friedrich, *La idea de la razón de estado en la edad moderna*, Madrid, 1983; Foucault, Michel, *El origen de la tecnología del poder y la razón de estado*, em "Revista Siempre", México, 1982.

⁶⁰ Assim, Jakobs, G., *op. cit.*, p. 32.

que importam a realização de uma reprovação personalizada, tanto que as que não impõem este juízo não o são. Esta variável será considerada adiante⁶¹.

II. Podem os juízes deixar de *valorar*?

Nos tempos em que a verdade processual se estabelecia mediante ordálias (a *disputatio*, duelo ou luta), o juiz atuava como árbitro, limitando-se a cuidar que se deixasse expressar claramente a vontade de Deus; desde que a verdade processual se estabeleceu com a *inquisitio* (ao processado, testemunhas, peritos e documentos), o juiz deve reconstruir um fato passado e para isso, assim como o historiador, deve *valorar*. O juiz passou a ser um historiador de pequenos conflitos, operando conforme uma metodologia histórica codificada. Assim como o historiador opera por heurística (determina os entes a interrogar), crítica externa (constata que estes não sejam falsos), crítica interna (constata que o que respondem não seja falso) e síntese. Sua síntese é uma sentença que, em caso de ser condenatória, não se limita a declarar a verdade fática, qualificando também um delito e autorizando o exercício de certo poder punitivo (pena).

Tudo isto requer que o juiz *valore*. O juiz não pode deixar de valorar, tanto para estabelecer a verdade dos fatos como para declarar sua relevância jurídica para habilitar o exercício de certo poder punitivo. O juiz penal está condenado a valorar, ainda que não o faça livremente segundo seus valores subjetivos, e sim de acordo com critérios legais que objetivam os valores subjetivos daqueles que impuseram as leis, legitimados pela soberania popular no marco de uma Constituição e do direito internacional dos Direitos Humanos.

A inevitabilidade da valoração judicial no exercício da jurisdição é rechaçada tanto (a) pelos bonapartistas (a vontade política expressa na letra da lei se deve cumprir literalmente, ainda que com isso se negue o princípio republicano nos casos em que a decisão resulte contraditória com outras leis ou seja irracional) quanto (b) por aqueles que temem que a valoração judicial degenere em arbitrariedade (interferência dos valores subjetivos dos juízes) que aniquile as garantias e limites constitucionais e internacionais ao poder punitivo, e também (c) pelos próprios juízes que, em maior ou menor medida, se sentiriam muito mais aliviados se sua função pudesse recobrar a natureza meramente verificadora da *disputatio* (nostalgia da função arbitral). Das três posições enunciadas,

⁶¹ V. infra, IV.

somente merece atenção a segunda, uma vez que a primeira é insustentável em nossos dias e a terceira importaria dispensar os juízes da função constitucional que lhes impõe o estado de direito moderno.

Não há dúvida de que é indesejável a interferência dos valores subjetivos do juiz em suas decisões, todavia não há qualquer garantia de exclusão absoluta, e por este motivo as leis tomam as mais diversas precauções para reduzir seu efeito. Por outro lado, a doutrina tenta eliminar a possível interferência, mediante a introdução de conceitos pretendidamente *descritivos*. Estes conceitos, em concreta referência a conexão punitiva⁶², se por um lado tranqüilizam tanto aos bonapartistas, quanto aos garantistas e proporcionam aos juízes a ilusão de seu impossível retorno à segurança da *disputatio*, e pese as boas intenções de seus cultores, por outro não fazem outra coisa senão mascarar a valoração judicial. No fundo, não existem nem existiram construções da conexão punitiva como conceitos descritivos puros; trata-se de falsas concepções descritivas, tão valorativas quanto as outras.

III. A periculosidade foi um conceito descritivo?

Os velhos positivistas pretendiam que o juiz verificasse o grau de probabilidade de cometimento de um novo delito por parte do infrator, o que indicava a entidade do poder punitivo que se devia habilitar no caso.

Na prática a periculosidade nunca foi usada como um conceito descritivo, pois (a) era invocada intuitivamente, segundo os valores subjetivos do juiz ou da polícia, (b) foi utilizada sem nenhuma base empírica cientificamente determinada e, (c) reconhecia seu sentido normativo na própria lei, quando a presumia (para reincidentes e habituais). Em síntese: foi um conceito que serviu para encobrir a arbitrariedade valorativa do juiz ou do especialista que produzia o diagnóstico e o prognóstico em que o juiz se fundava delegando a jurisdição.

Entretanto, cabe perguntar se poderia ser aplicada de um modo diferente. Neste sentido seria possível imaginar estatísticas com sólida base empírica, que com alguma precisão permitissem estabelecer o grau de probabilidade de uma conduta futura

⁶² Diferente é o caso no âmbito da tipicidade.

(prognóstico). Ainda que dispondo destes dados – que nunca foram manipulados⁶³ – o juiz tampouco evitaria sua função valorativa, dado que os percentuais de probabilidade devem traduzir-se no caso concreto em uma quantidade de pena e essa operação sempre é valorativa, pois não se trata de limitar a constatação de um fato, senão de dar-lhe relevância jurídico-penal, tarefa que não se pode qualificar de outra maneira.

Podemos ir adiante e imaginar que a própria lei o tabulasse, dividindo o máximo da pena por cem e estabelecendo uma unidade de pena por cada ponto percentual do grau de probabilidade investigado no caso (não houve texto legal que estabelecesse semelhante desatino). É certo que com este sistema imaginário se teria suprimido a valoração judicial, no entanto com o custo de estabelecer um sistema de penas fixas. É o mesmo que estabelecer agravantes e atenuantes encerradas e uma porcentagem para o cálculo da pena como no Código Criminal do Império do Brasil de 1830. O que se lograria com este sistema é que, para evitar a valoração subjetiva, eliminar-se-ia diretamente a valoração judicial, lesando o princípio de separação dos poderes (o legislador usurparia a função do juiz) sem contar com as arbitrariedades intoleráveis que importaria em muitos casos particulares.

Dado que não é aceitável sua deformação intuitiva (encobrimento da valoração subjetiva do juiz e da polícia) e tampouco a eliminação completa da função judicial através de penas fixas, o único entendimento possível da periculosidade⁶⁴ seria como constatação do fato (probabilidade estatística) e sua ulterior valoração para a tradução em pena, porém desse modo desapareceria a pretendida natureza *descritiva* do conceito, tendo em vista que o juiz deveria concretizar sua valoração em cada caso.

IV. A conexão punitiva é sempre valorativa

Tanto a culpabilidade normativa quanto a periculosidade são valorativas, pois nos dois casos a conexão punitiva se estabelece provando um fato e valorando-o para traduzi-lo na habilitação do exercício de poder punitivo. Através de uma perspectiva processual, o

⁶³ As tentativas mais sérias correspondem aos anos cinquenta do século passado e foram levadas a cabo por Eleonor e Sheldon Glueck (sobre suas investigações, Schneider, Hans Joachim, *Kriminologie*, Berlim, 1987, p. 385).

⁶⁴ Obviamente, isto não significa desconhecer que a periculosidade aplicada ao agente deve ser em qualquer caso rechaçada por notória incompatibilidade com os rasgos mais elementares da antropologia constitucional e jushumanista.

grau de probabilidade de uma conduta futura na periculosidade, o âmbito de possíveis condutas na culpabilidade de ato, as características da personalidade na de caráter, da experiência de vida anterior ou na condução da vida, são fatos que devem ser provados, além de toda dúvida razoável. Trata-se dos conteúdos materiais de diferentes modos de construção da conexão punitiva. Não menos valorativa é a conexão punitiva configurada mediante a defraudação do papel de *bom cidadão*, entendida como expressão de uma *inimizade ao direito*, de um *defeito da vontade*, uma *infidelidade ao direito* ou uma *violação ao dever de fidelidade* reclamado aos cidadãos como uma pauta geral⁶⁵.

Ao referir-nos à diferença entre conceitos valorativos e descritivos⁶⁶, vimos que também existiria a possibilidade de estabelecê-la segundo outro critério, ou seja, considerando que os primeiros são os que impõem ao juiz a realização de um juízo com a forma da ética tradicional (reprovabilidade), o que não lhe seria imposto pelos pretendidos conceitos descritivos, como os do perigosismo e do funcionalismo. O primeiro tem rechaçado o caráter valorativo com muito maior ênfase e, por ser mais velho no tempo, fica mais evidente a inutilidade de seu empenho neste segundo sentido.

O velho positivismo não fazia mais que ocultar a reprovabilidade do agente. E a reprovabilidade não era outra coisa que a tradução (valorativa) da periculosidade na entidade da pena? Com efeito, é claro que reprovavam a periculosidade. Não é verificável a sociedade como um organismo (nem um sistema) nem que os poucos infratores selecionados sejam seus entes patológicos (ou os que ponham em perigo sua identidade), como tampouco que o poder punitivo seja um antibiótico social de amplíssimo espectro (ou o aparelho ratificador da vigência das normas). Trata-se de metáforas que ocultam um juízo de reprovabilidade por enquadrar-se nos estereótipos. O mais puro positivismo fez-se cargo disto ao enunciar uma pretendida *responsabilidade social*: respondia-se porque se vivia em sociedade (Ferri). Isto significava que, como o que se estabelecia mediante a intuição policial não era mais que uma probabilidade, a pessoa devia carregar a margem de erro de seu caso particular, só por ser um ente social. Deste modo, tratava-se de responder à objeção de que pretendiam reprovos os genes.

⁶⁵ Ver o conceito funcional de G. Jakobs, em *op. cit.*, especialmente, pp. 77 e ss. e 117 e ss. Particularmente difícil resulta compreender um conceito como descritivo quando rechaça toda eficácia de dado empírico acerca do efeito de prevenção geral positiva em que funda a pena (*idem*, p. 5) e com o que necessariamente vincula a culpabilidade.

⁶⁶ Cf., *supra*, 2ª parte, II.

Logo, foi desconsiderada esta objeção e reprovado abertamente o caráter; mais tarde tratou-se de evitar a objeção mediante a culpabilidade pela condução da vida. Partindo da concepção orgânica da sociedade, combinada com o hegelianismo, hoje se evita o mesmo problema, ao afirmar que o reclamo se cancela para certos sujeitos que não geram alarma (não questionam a vigência da norma) e se lhes reclama aos restantes sem atender suas condições individuais.

Tanto a construção da conexão punitiva pela periculosidade como pela culpabilidade de autor são igualmente valorativas. Sua natureza é idêntica, e só diferem em uma questão de grau. A culpabilidade de autor libera-se da carga (nunca assumida na prática pela periculosidade) de verificar o fato da probabilidade futura, pois é composta de dados passados e presentes que serviriam de fundamento a esse juízo. Ambas são *sintomáticas*, como a presunção de que os que não se enquadram em uma causa de inculpabilidade expressam sua infidelidade ou inimizade ao direito, e os que o fazem em certas condições mostram que não são só refratários conjunturais senão inimigos⁶⁷. Assim, a culpabilidade de autor facilita a prática intuitiva e arbitrária da conexão punitiva positivista ao normativizar diretamente os componentes do estereótipo do delinqüente. Com isso neutraliza a débil garantia que podia representar uma eventual (e nunca realizada) aplicação estrita ou científica da periculosidade e, ao mesmo tempo, evita absolvições por total incapacidade para reiterar a conduta ilícita (igualmente quando se funda na necessidade de confirmar a vigência da norma). Dá por certo que os componentes do estereótipo são socialmente danosos e diretamente os reprovam.

V. A culpabilidade pela vulnerabilidade também é valorativa.

Tratando-se de uma conexão punitiva, o conceito de culpabilidade penal que propomos também será valorativo. A culpabilidade de ato puro é claramente valorativa, pois traduz um âmbito de autodeterminação (catálogo de possíveis condutas da pessoa na *constelação situacional* concreta em que atuou) em uma magnitude de reprovação e, em conseqüência disso, de possível habilitação de poder punitivo. Trata-se de constatar um fato

⁶⁷ Ver, G. Jakobs, *op. cit.*, pp. 731 e ss.

e de traduzi-lo juridicamente⁶⁸. Sua antítese, ou seja, a culpabilidade pela vulnerabilidade constata o estado de vulnerabilidade do sujeito e o esforço que este realiza para alcançar a situação concreta em que foi atingido pelo poder punitivo, e logo procede a sua tradução valorativa.

A síntese será uma tradução que se projetará sobre a pena até o limite da reprovabilidade do esforço, sempre que não supere o indicado pela culpabilidade do ato.

O estado de vulnerabilidade é um fato, que depende do *status* social da pessoa e, portanto, é perfeitamente verificável e não depende só da classe social, não sendo neste sentido um *conceito classista*. A periculosidade do poder punitivo para uma categoria de pessoas com certo *status* é dinâmica, dependendo das empresas morais e da mobilidade dos estereótipos, e restringi-la ao conceito de classe é uma simplificação que deforma a realidade do mundo.

O estado de vulnerabilidade (periculosidade do poder punitivo em razão de *status*) é um fato que se traduz em certo grau de probabilidade. O erro no caso individual (um fato estatístico que representa somente uma probabilidade) não pode objetar-se aqui porque, ao contrário da periculosidade positivista, justamente não reprova à pessoa, somente se lhe desconta, pelo qual não fere nenhuma garantia. A verificação pode se levar a cabo com recursos técnicos que oferecem margens bastantes seguras de resposta: é possível tomar em conta a sobre-representação de grupos, pessoas, coletividades, etc., na criminalização e estabelecer a dosimetria com precisão. Isto não converte a culpabilidade por vulnerabilidade em um conceito descritivo, porque só serve para medir o esforço pessoal do agente para ficar vulnerável e, por tal motivo, não passa de ser um fato que deve ser valorado, como sempre sucede na construção da conexão punitiva.

Em síntese: *a construção dialética da culpabilidade, como critério racional de seleção para a distribuição equitativa do poder de contenção e redução das agências jurídicas, resultante da síntese da tese da culpabilidade do ato com a antítese da culpabilidade do esforço pessoal por alcançar a situação concreta de vulnerabilidade, consta de fatos que são valorados nos dois momentos, de modo que a síntese resultante tem uma base real (de dados do mundo) valorada juridicamente, ou seja, que é um conceito*

⁶⁸ Um dos inconvenientes de aceitar a culpabilidade de ato só como uma ficção necessária em função de garantia é que não é possível sua quantificação. Como se quantifica uma ficção se por definição é uma coisa que não é?

valorativo, como todos os que se enunciaram para construir a conexão punitiva, embora não reconheçam esse sentido.

Eugenio Raúl Zaffaroni

Universidades de Buenos Aires (Argentina) e Autônoma do Estado de Hidalgo (México)