

INTRODUÇÃO À CIÊNCIA PENAL

Professor Nelson Hungria

Juiz de Direito no Distrito Federal

SUMARIO

- I — Ciência penal ou ciências penais?
- II — Filosofia penal e política criminal.
- III — História do direito penal.
- IV — Penologia.
- V — A lógica e a ciência penal.
- VI — O direito penal, em face do indivíduo humano, da sociedade e do Estado.
- VII — Da responsabilidade penal.
- VIII — Do livre arbitrio, do determinismo e da vontade normativa.
- IX — Da responsabilidade moral e da responsabilidade legal.
- X — Liberdade volitiva.
- XI — Defesa da "nossa" ciência penal, do "nosso" direito penal e o auxílio de outras ciências: medicina legal e psiquiatria forense.
- XII — O código penal e a auto-determinação da vontade como fundamento da responsabilidade ético-jurídico-penal ou condição da capacidade de direito penal.

I — O tema que me coube para dissertação nesta solenidade obedece à epigrafe *Introdução à ciência penal*. *Ciência penal* ou *ciências penais*? Se se entende por ciência penal toda aquela que se refere ao criminoso, ao crime e à pena, sob qualquer de seus aspectos, não há dúvida que se poderia falar em *ciências penais*. Estariam compreendidas nessa pluralidade, de par com a ciência do direito penal em sentido próprio, as chamadas *sociologia*, *biologia*, *antropologia* e *psicologia criminais*, a *filosofia penal*, a *política criminal*, a *penologia*, a *história do direito legal*, a *medicina legal*, a *psiquiatria forense*, a *psicologia judiciária*, a *policia técnica*. Se nos limitamos, porém, ao ponto de vista *jurídico*, que é o que especificamente nos interessa, a nós, cultores do direito, não podemos falar senão numa ciência penal: a ciência do direito penal constitui-

do, isto é, o estudo da lei penal em sentido lato ou do complexo de normas jurídicas mediante as quais o Estado manifesta o seu propósito de coibir a delinquência, indicando os fatos que a constituem, as condições da responsabilidade penal e as sanções repressivas ou preventivas. A ciência penal, *sub specie juris*, não admite outros conceitos e critérios além daqueles que lastreiam e informam as normas legais vigentes sobre a trilogia "criminoso, crime e pena".

Os postulados ou conclusões de outras ciências, preciências ou pseudo-ciências que se propõem, à margem do *jus conditum*, o estudo da criminalidade como fenômeno bio-psico-sociológico e a pesquisa ou preconício de meios de preservação e defesa sociais, nada têm a ver com a ciência do direito penal propriamente dito, senão quando e enquanto por este afiançados ou com este ajustáveis. Se não fazemos uma nítida separação entre *ciência penal*, que tem por objeto o estudo do direito penal positivo, e as teorias ou *hipóteses de trabalho* (*Arbeithypothese*) sob o rótulo genérico de "criminologia" ou "ciências criminológicas", não poderemos evitar uma confusão babélica de idiomas, e tudo resultará na desorientação e na perplexidade. Basta dizer que nem mesmo está isenta de dúvida a possibilidade de existência de uma sociologia criminal, ou de uma biologia, de uma antropologia, de uma psicologia exclusivamente criminais. Quanto a mim, não sei como se possa destacar da sociologia geral uma sociologia criminal, pois esta há de sempre entrosar-se visceralmente naquela, formando uma unidade indissolúvel e infragmentável. Biologia, antropologia e psicologia criminais? Onde a prova de que os delinquentes representam uma *variedade* da espécie humana, exigindo uma biologia *ad hoc*, uma antropologia especial, uma psicologia somente para eles? Como podem reclamar foros de ciência autônoma, com direito a classificação num quadro de *múltiplas* ciências penais, doutrinas que, embora se digam colhidas no campo da experiência, não conseguiram até a presente data provar, sequer, a legitimidade das premissas ou pressupostos de sua autonomia? Tais *hipóteses de trabalho* constituem, além disso, "espécie" inteiramente diversa da ciência do direito penal, e o reúní-las a esta, para estudo conjugado, somente poderia redundar num produto híbrido e, como tal, infecundo, maninho, estéril, ou somente propiciatório de enleios e ambigüidades. Nem jamais se poderá convir, do ângulo de vista jurídico, em que tenha

o nome de ciências penais teorias que, considerando o crime um fatalismo natural ou um produto necessário da estrutura social, pleiteiam, explícita ou implicitamente, nada menos que a abolição da pena, que, na órbita ético-jurídica, só se compreende em correlação com a liberdade volitiva e a culpa moral.

II — No tocante à *filosofia penal* e à *política criminal*, há que distinguir: ou se limitam à explicação ou justificação dos fundamentos e critérios éticos ou políticos do direito penal vigente, e aglutinam-se com este num bloco único; ou traduzem críticas radicais ou propostas de reforma do *jus positum*, e passam a ser teorias extrajurídicas, devaneios filosóficos ou meras sugestões ao legislador.

III — No que respeita à *história do direito penal*, não há razão para desmembrá-la da ciência jurídico-penal, pois não é mais que um subsídio ao estudo das normas penais vigentes.

IV — Quanto à *penologia* (compreendida nesta a *ciência penitenciária*), se não faz causa comum com a política criminal prejurídica, não passa, por sua vez, de um capítulo da autêntica ciência penal. Restam as ciências técnicas que instruem a justiça penal ou auxiliam a realização militante do direito penal. Evidentemente, não são elas ciências penais, do mesmo modo que a química não é uma ciência médica, nem a estatística uma ciência econômica. A genuína, a lídima ciência penal, repita-se, é uma só, isto é, a que se apresenta como objeto privativo do estudo dos juristas: a *dogmática jurídico-penal* ou *jurisprudência penal*, tomado o vocábulo *jurisprudência* no sentido romanístico. Não há entre ela e essa *teia de Penélope* que se intitula "criminologia" nenhuma afinidade ou relação necessária. Trata-se de ciência *normativa*, e não *causal-explicativa*. Tem por objeto, como diz Grisigní, não o *ser*, o *Sein*, mas o *dever ser*, o *Sein Sollende*, isto é, as normas jurídicas, os mandamentos ou preceitos legais, e não a indagação experimental em torno ao fenômeno da criminalidade. Seu método, seu único método possível, é o técnico-jurídico ou lógico-abstrato. Seu *processus* é o mesmo de todas as ciências jurídicas: estudo das *relações jurídicas* (isto é, das relações da vida, parcial ou totalmente reguladas pelo direito), construção lógica dos *institutos jurídicos* (que representam a coordenação unitária dos princípios que regulam cada relação jurídica) e, finalmente, a for-

mulação do *sistema*, que é a mais perfeita forma do conhecimento científico.

V — Nem por ficar assim delimitada, está a ciência penal reduzida, como argüem os que acreditam num direito vagando fora das leis, a uma ciência árida, estreita, mesquinha, de simples exegese de textos legais ou de pura e exclusiva lógica abstrata. Não! A ciência jurídico-penal, sem renunciar ao seu método próprio, não é a dialética servilmente aferrada ao rigor lógico das normas jurídicas. Não se confunde com a tarefa medíocre e inglória dos *escolásticos* do direito penal. Animando-a, vivificando-a, há dentro dela toda uma filosofia do homem e da vida humana; toda uma vasta sucessão de idéias vividas e sedimentadas pela experiência social e que continuam crepitando nos versículos da lei penal. Não se pode conhecer verdadeiramente e, sobretudo, não se pode estimar a ciência penal se não se tem a alma aquecida pelo profundo e emotivo sentimento da justiça social, — matéria incandescente que o legislador colheu na alma coletiva e plasmou com a sua própria alma, e que não se petrifica no engaste dos textos legais. Ciência penal não é essa desolante preocupação dialética dos que antepõem o literalismo frio das tábuas da lei ao seu sentido humano e enrodilham o direito penal numa inextricável complexidade de silogismos, asfixiando-o, anemizando-o, desfibrando-o; mas, sim aquela *jurisprudência superior* de que falava Ihering, a superior atividade sistematizadora do direito sem abstração da realidade palpitante da vida. A ciência penal não se esvai numa pura esquematização rígida de princípios, pois que é uma ciência modelada sobre a vida e para a vida. Não pode isolar-se da cambiante, multifária realidade social e humana. O tecnicismo jurídico, que reserva o direito penal para os juristas, não quer dizer que estes devam colocar entre eles e o *mar picado* da vida, como parede cega, a inteiriça contextura da lei. Como diz Maggiore, o direito, para garantir-se a própria estabilidade e certeza, constrói os seus *dogmas*, que são como retábulos em que se enquadra a experiência jurídica no seu desdobramento histórico; mas o predomínio desses dogmas não deve degenerar em tirania e protrair-se até o ponto de alheiar-se ao *élan* da vida, invés de limitar-se a construir os anteparos e sulcos em que ele deve acomodar-se à ordem jurídica. A dogmática, quando entregue à exasperação de abstrair, esquemati-

zar e classificar, arrisca-se a romper os pontos de contacto com a vida ou a pôr-se em dissídio com esta. E' certo, e chega a ser lapalissiano afirmá-lo, como ainda observa o professor da Universidade de Palermo, que a ciência do direito é construída juridicamente, isto é, com o método originário e sempre mais aperfeiçoado da jurisprudência romana; mas não é jurista digno dêsse nome aquele que desconhece a advertência de von Jhering: o irrestrito culto da lógica, que cuida de transformar a jurisprudência numa espécie de matemática do direito, é um erro, e assenta no desconhecimento da natureza do direito. A vida não é para os teoremas, mas estes para aquela. Não o que a lógica exige, mas o que a vida, o convívio dos homens e o sentimento jurídico reclamam é que deve acontecer, seja ou não possível dentro da lógica. Os romanos teriam merecido viver entre os sofistas de Abdera, se tivessem seguido outro critério, sacrificando os interesses da vida a uma dialética de escola. Não é verdadeiro jurista aquele que olvida o ensinamento de Jellinek: "E' impossível alcançar um resultado jurídico cientificamente aceitável, se se ignora inteiramente o conteúdo das relações da vida. A jurisprudência ou construção jurídica não pode perder a visão dêsse conteúdo, pois, do contrário, se abastardaria na escolástica, isto é, naquela diretriz do pensamento e da especulação que cria um mundo de noções sem realidade, de formas sem substância, de resultados sem valor".

VI — Os preceitos jurídicos não são textos encruados, adamantinos, intratáveis, ensimesmados, destacados da vida, como poças d'água que a inundação deixou nos terrenos ribeirinhos; mas, ao revés, princípios vivos que, ao serem estudados e aplicados, têm de ser perquiridos na sua gênese, compreendidos na sua *ratio*, condicionados à sua finalidade prática, interpretados no seu sentido social e humano. Ciência penal não é êsse *leite desnatado*, êsse *bagço remoido*, êsse *esqueleto de aula de anatomia* que nos impingem os ortodoxos da jurisprudência pura. Ciência penal não é a jurisprudência isolada em si mesma, a alimentar-se de si mesma, a desdobrar-se, introvertidamente, em cálculos judaicos e *subtidades juris*, indiferente às aventuras do mundo exterior. Não é ciência penal a que somente cuida do *sistema ósseo* do direito repressivo ou se limita a tessituras aracnídeas de lógica abstrata, fazendo de um código penal, que é a mais alta e viva expressão da ética de

um povo, uma teoria hermética, uma categoria de idéias hirtas, um seco regulamento burocrático, uma inexpressiva tabela de aduana. Ciência penal não é só a interpretação hierática da lei, mas, antes, de tudo e acima de tudo, a revelação do seu *espírito* e a compreensão do seu *escopo*, para ajustá-la a fatos humanos, a almas humanas, a episódios do espetáculo dramático da vida. O crime não é somente uma abstrata noção jurídica, mas um fato do mundo sensível, e o criminoso não é um *modelo de fábrica*, mas um trecho flagrante da humanidade. A ciência que estuda e sistematiza o direito penal não pode fazer-se cega à realidade, sob pena de degradar-se num formalismo vazio, numa platitude obsedante de mapa mural de geometria. Ao invés de librar-se aos pináculos da dogmática, tem de vir para o chão do átrio onde ecoa o rumor das ruas, o vozeiro da multidão, o estrépito da vida, o fragor do mundo, o bramido da tragédia humana. Não pode alçar-se às nuvens, no rumo do céu, pois tem de estar presente ao entrevero dos homens, ao dantesco tumulto humano de

Diverse lingue, orribili favelle,

Parole di dolore, accenti d'ira,

Voci alte e fioche, e suon di man con elle.

VI — Acresce que o direito penal é, dos ramos do Direito, o que de mais perto diz com o indivíduo humano em face da sociedade e do Estado, e por isto mesmo, mais do que qualquer outra disciplina jurídica, a ciência de sua sistematização está adstrita a defender-lhe a própria legitimidade e os próprios fundamentos, sem revestir-se da armadura legal.

Cada artigo da lei penal encerra um campo vastíssimo de investigação e de estudo, pois representa uma síntese de experiência, muitas vezes secular, da vida jurídica. Em cada alínea de um código penal há uma *norma de cultura*, uma etapa da evolução que transformou, lenta e gradativamente, a lei da jungle na lei do homem.

VII — Fixemos, por exemplo, pela sua preponderância, o tema da responsabilidade penal, baseada, *de jure constituto*, na responsabilidade moral, que, por sua vez, assenta no postulado da vontade livre. E' pela porta deste tema que se entra no âmbito da

ciência penal. Houve um tempo em que o libertismo da vontade humana foi colocado num mostruário de museu, entre a vértebra de um megatério e uma múmia egípcia; mas foi lá buscá-lo, de novo, a *teoria do conhecimento*, a confirmar, uma vez mais, a doutrina dos *retrocessos* de Vico. A ciência, a serviço da filosofia materialista, apregoara o causalismo universal, a que não podia forrar-se a psiquê humana, e negara, a pés juntos, a liberdade volitiva do *homo erectus et sapiens*. A demonstração, porém, firmava-se uma simples e sumária dedução generalizadora, e pôde Bergson, um dos maiores cérebros da era contemporânea, fazendo a intuição suprir o limitado alcance da inteligência, formular a sua interrogação: se o movimento molecular pode criar sensação com um nada de consciência, por que a consciência não pode criar, por sua vez, movimento, seja com um nada de energia cinética e potencial, seja utilizando essa energia a seu modo? E veio também William James para proclamar a improbabilidade da tese do determinismo psíquico. Tanto é profissão de fé afirmar o livre arbítrio como negá-lo. E' evidentemente impossível, dizia o filósofo do pragmatismo, afirmar *post factum* se o esforço de atenção que prestámos a uma idéia não podia ser maior ou menor do que foi.

Para resolver tal problema, seria preciso que se pudesse remontar aos antecedentes do esforço, determinar matematicamente seus coeficientes causais e provar dedutivamente, em virtude de leis de que não temos a mais longínqua suspeita, que êsses antecedentes não comportavam senão uma só quantidade fixa de esforço, isto é, a que precisamente foi empregada. Ora, concluía James, o espírito humano jamais poderá atingir essas medidas de quatidades nervosas ou psíquicas, ou chegar a essas deduções.

VIII — Os modernos estudos de psicologia da vontade, entretanto, como observa Gemelli, embora relegando para o domínio da filosofia o problema do livre arbítrio, conduzem, no terreno mesmo da experiência, ao reconhecimento do caráter originário da vontade, como expressão e manifestação da personalidade. A decisão da vontade precede um momento típico em que se dá a luta dos motivos. E' este um dado científico ou de psicologia experimental: não há vontade sem que haja escolha entre motivos. Mesmo nos casos em que parece que falha essa seleção e que a vontade se determina pelo motivo mais forte, mesmo então, existe decisão vo-

luntária: se a vontade está presente ainda que por um instante e realiza um esforço ainda que mínimo, afasta os motivos que não aceita, inibindo-os e determinando-se na direção preferida. A escolha entre os motivos contrastantes é feita mediante a inibição dos motivos, no rumo segundo o qual a vontade se determina. É o "eu" que age, opondo-se a tais ou quais motivos e refreando-os, sobrepondo-se aos vários motivos e estabelecendo uma hierarquia entre eles, antes de determinar-se. Esta capacidade do "eu" no sentido de determinar-se é uma propriedade sua. Os atos volitivos podem ocorrer como verdadeiros e elementares conteúdos de consciência. As representações subjetivas, as sensações de tensão, os sentimentos de prazer ou desgosto, podem acompanhar ou não os atos volitivos, mas sua presença não é necessária para que ocorra uma atividade voluntária, — o que vale dizer: o ato de vontade apresenta-se como ato autônomo, elementar, não reduzível a outros conteúdos de consciência. É de notar-se, especialmente, que não pode ser reduzido a uma concatenação mecânica e automática de representações, como pretendem as doutrinas associacionistas, ou a teoria dos reflexos condicionados de Pavlov ou o *behaviourismo*. A característica do ato elementar da volição é ser uma atividade interior ou, mais precisamente, uma atividade própria do "eu". É a espontaneidade do "eu" que se inclina e tende para um fim. Graças ao jogo dos motivos, tal inclinação se determina; mas quando se diz "se determina", não se quer dizer que haja um necessário nexos causal, senão apenas o fato de que a apresentação dos motivos dá ensejo ao indivíduo de avaliar os vários fins e, em virtude dessa avaliação, de natureza toda subjetiva, determinar-se à escolha entre os vários fins que se apresentam, isto é, entre o querer e o não querer.

Os deterministas cuidam haver explicado o mecanismo da vontade como uma corrente de associações, cujo último elo é a ação motriz que realiza o ato volitivo e, assim, negam a existência da vontade como auto-determinação. Mais recentemente, ainda sob um anacrônico influxo da filosofia materialista, o homem é equiparado, ou melhor, rebaixado ao cão de Pavlov. Tal concepção, porém, não serve para explicar as ações humanas que são a manifestação externa de uma auto-determinação no sentido de um fim considerado com um bem a atingir. Quem estuda o jogo das ini-

bições ou o fato da maior ou menor intensidade dos atos volitivos, tem de reconhecer que estes não são o último anel de uma cadeia associativa. Entre os elos associativos e as demonstrações volitivas, há desproporção ou descompensação, seguindo-se, portanto, que as últimas se apresentam como auto-determinações. O homem diferencia-se do animal, pois, se aquele, como este, reage a todos os estímulos, no animal a reação é sempre dependente do estímulo e por ele condicionada, enquanto no homem, além das reações condicionadas pelos estímulos, há outras que não são necessariamente conexas com estes, apresentando-se como auto-determinações, isto é, como determinações cuja causa não pode deixar de encontrar-se na própria atividade psíquica que domina soberanamente os motivos entre os quais escolhe. Nem com isso, pondera Gemelli, se diz que haja uma atividade voluntária sem causa. Seria um contrassenso admitir-se que há vontade sem causa. Nada existe no universo sem uma causa. A causalidade, aqui, deve ser identificada na própria natureza da vontade e do seu mecanismo. A vontade possui uma auto-causalidade: na sua atuação, extrai de si mesma os motivos de sua escolha e pode guiar-se por si mesma na avaliação dos motivos. Entre os motivos avaliados, uns são contrapostos aos outros, de modo que aparece o valor maior de um ou de outro; mas a determinação é ato próprio da vontade, tanto assim que ela pode prescindir da objetiva comparação dos motivos e agir em direção inteiramente oposta. Sem dúvida, quando se diz que a vontade pode auto-determinar-se, não se quer significar que está provada a liberdade do homem. É tarefa do filósofo a demonstração da existência dessa liberdade; mas a psicologia fornece dados de fato que não se explicam, no seu jogo, senão admitindo-se essa liberdade.

Os deterministas, como conclue o ilustre psicólogo italiano, negam à vontade humana capacidade de auto-dirigir-se, e o fazem, ao que declaram, em nome da ciência, de vez que a liberdade volitiva é uma interpretação da filosofia; mas esquecem-se de que, assim argumentando, são eles próprios que fazem filosofia, e má filosofia, porque, pelo receio de fazer filosofia, recusam, em nome de um preconceito filosófico, um dado de fato que também a pesquisa experimental ilumina e a consciência atesta. Jamais os deterministas puderam demonstrar que o esforço da vontade é uma

reação de tipo fixo, ao invés de ser, como diz James, um fator idêntico ao que os matemáticos chamam "variável independente", a evoluir entre os dados fixos, que são, em cada caso, os nossos motivos, o nosso caráter, as nossas predisposições etc.

Não é somente, porém, a decrépita filosofia materialista, em cujos flancos brotou o positivismo penal, que exclue a indagação psicológica do campo do direito punitivo. A exclusão é também postulada em nome de um requintado tecnicismo jurídico, embora com diverso fundamento. Kelsen, no seu famoso livro "*Die Hauptprobleme der Staatslehre*", defende a teoria chamada da *vontade normativa*, segundo a qual a vontade psicológica não tem relevância jurídica. O indivíduo, no âmbito das normas, é um ponto virtual sobre o qual converge toda a radiação de deveres e direitos, devendo excluir-se o pensamento de que a relação entre o indivíduo e o fato imputável se baseie no vínculo da volição. Para o direito, a vontade psicológica não conta: o nexo de responsabilidade se estabelece porque assim o exige a norma jurídica, desde que não aconteça o que ela mandava que acontecesse. Pouco importa que o agente tenha ou não capacidade de querer. Ao invés de dizer-se — *há pena porque há culpa*, deve dizer-se: *há culpa porque há pena*.

A esta teoria se pode chamar a quintessência do formalismo jurídico. É o divórcio a *vínculo* entre o direito e a realidade da vida social. É a abstração do problema humano do direito. Para atribuir-se a alguém uma obrigação como consequência de um ato ilícito, são indispensáveis requisitos ulteriores à disposição da norma, e precisamente eles é que constituem as condições, fundamentalmente psicológicas, da responsabilidade jurídica. A ordem jurídica, como objetam Gareis e Scarano, não podem constituir em um indivíduo faculdades e relações de vida, elementos já naturalmente constituídos, mas unicamente reconhecer-lhes os efeitos e, portanto, coordená-los em função da vida social. Ainda mais: para o fundamento da responsabilidade, segundo o pensamento kelseniano, é preciso que a norma crie não só a vontade como também uma ação que seja a fiel expressão desta, incidindo na relação entre uma e outra o juízo e o sentimento de imputação. Ora, nem um nem outro podem ser constituídos pela norma, pois são fenômenos morais que existem, ainda quando não exista a norma.

Dentro da lógica da teoria em questão, seria inútil afirmar-se, por exemplo, o elemento subjetivo do crime, pois estaria suprimido. Se a vontade psicológica é irrelevante, já não haveria distinguir entre dolo e culpa. Abstraida a volição conciente do agente, seria estranho falar-se em crimes mais ou menos graves do ponto de vista moral, ou em atenuantes e agravantes, ou em motivos determinantes, ou em vícios da vontade (erro, coação), etc. Tudo quanto tivesse cunho ou relêvo psicológico deixaria de ser juridicamente inteligível, e estaria desarticulada toda a armação do direito penal. O artifício da fórmula de Kelsen é tanto mais evidente quanto assenta numa tautologia, pois redundante em afirmar que só é juridicamente relevante aquilo que para o direito é relevante...

E não valem mais que a teoria de Kelsen a de Alsberg, que é uma variante dela; a de Condorelli, que tenta uma conciliação entre o idealismo atualístico e o pensamento kelseniano, e a de Sander, para quem o *juízo jurídico* se exaure num simples juízo de *existencialidade* ou *causalidade física*. Nenhuma delas resiste à mais superficial análise.

IX — Como quer que seja, comprovado ou não, dado científico ou conceito filosófico, a vontade livre, como imprescindível condição da responsabilidade moral, é, na expressão de Sauerlandt, o ponto de ligação (*Anknüpfungspunkt*) de todas as normas jurídicas. Excluído o indeterminismo psíquico na estrutura do direito, estaria este esvaziado do seu conteúdo ético e nada mais seria que um corpo sem alma. A liberdade da vontade é o pressuposto sobre o qual se tece toda a trama da vida quotidiana e é um princípio de tal como radicado na consciência individual e na consciência social, que o direito deixaria de ser regra de experiência se não o acolhesse e avalizasse, transfundindo-o na sua própria essência. Com toda razão, disserta o ministro Campos na "Exposição de motivos" que acompanhou o projeto definitivo do novo Código Penal brasileiro: "Do ponto de vista ético-social, a autonomia da vontade é uma *apriori* em relação à experiência moral, como o princípio da causalidade em relação à experiência física. Sem o postulado da responsabilidade moral, o direito penal deixaria de ser uma disciplina de caráter ético para tornar-se um mero instrumento de utilitarismo social ou de prepotência do Estado. Rejeitado o pressuposto da vontade livre, o código penal seria uma congerie de

ilogismos. Um código recente (refere-se o ministro Campos ao Código soviético), vasado nos moldes da Escola Positiva, substituiu ao princípio da responsabilidade moral o da responsabilidade legal. Não se absteve, porém, de declarar, num dos seus primeiros artigos, que às penas somente está sujeito o autor do crime "quando tenha tido consciência das conseqüências do seu ato, prevendo-as, querendo-as, ou favorecendo-as". A incoerência é manifesta: o elemento *vontade*, que se abstraía do conceito de responsabilidade penal, volta a ser condição necessária desta. Se a vontade é absolutamente determinada, que importa saber se o agente praticou o crime com ou sem vontade? É a mesma contradição em que incidia o famoso projeto Ferri, quando, depois de adotar o princípio da *responsabilidade legal*, dava preponderante importância à *intenção* (elemento subjetivo da vontade), ao *fim* (elemento objetivo da vontade) e aos *motivos determinantes* (formação íntima da vontade), o que importa, em última análise reintroduzir o princípio, que se havia banido, da responsabilidade moral. Ao direito penal, como às demais disciplinas práticas, não interessa a questão, que transcende à experiência humana, de saber se a vontade é absolutamente livre. A liberdade da vontade é um pressuposto de todas as disciplinas práticas, pois existe nos homens a convicção de ordem empírica de que cada um de nós é capaz de escolher entre os motivos determinantes da vontade e, portanto, moralmente responsável".

X — Mesmo que se reconheça cientificamente inadmissível a liberdade volitiva, seria inaceitável o determinismo, que declara o homem irresponsável. Se de um ponto de vista abstrato se pode negar essa liberdade, não se poderá recusá-la do ponto de vista ético-social, pois, além de postulada pela nossa consciência, é indispensável à vida jurídica dos povos. A liberdade, perdida na esfera do pensamento, readquire-se na esfera da ação, a qual exige, por indeclináveis razões da ordem social regulada pelo direito, a responsabilidade humana. É o dualismo de Max Ernest Mayer, o insigne penalista-filósofo, que defende a responsabilidade como um ideal cultural: "... a responsabilidade está em contraste com a lei do pensamento, mas em harmonia com a cultura dominante através de milênios e transfundida em nossa faculdade de sentir e querer" ("... steht die Verantwortlichkeit im Widerspruch mit dem Gesetz des Denkens, aber in Harmonie mit der Kultur,

wie sie die letzten paar Jahrtausende geherrscht und unser alle Fühlen und Wollen durchdrungen hat").

Tamber Sauer, outro filósofo ilustre do direito penal, se pronuncia por êsse dualismo. Há diferença entre o mundo da natureza, que é dirigido pela lei da causalidade, e o mundo da moral e do direito, que é o mundo da finalidade: um determinístico e outro não. Há em todos nós a consciência de que, quando agimos de certo modo, podemos agir de maneira diversa (*Anderskönnen*), e isto basta para que o Estado, como diz Kohlrausch, baseado que seja numa ficção, pressuponha a vontade livre e a responsabilidade moral, sem as quais não poderia subsistir nenhuma ordem jurídica.

É precisamentes, senhores, o reconhecimento do livre arbítrio, com o seu consectário da responsabilidade psico-ética, que nos atribue, a nós, juristas, como impreterível quinhão de legítima hereditária, a ciência do direito penal. Porque a nós, juristas, não é defeso elevar o espírito acima da crua e precária experiência científica, do vaidoso experimentalismo que pretende tudo explicar no mundo fenomênico, até mesmo o que êle chama a *mecânica* da alma humana, quando o certo é que não pode desvendar, sequer, todo o mistério que há por detrás da formação de um simples cristal e negava a possibilidade existencial do rádio até o dia em que êle foi descoberto por acaso! Porque a nós, juristas, é dado esboçar o superior sorriso da filosofia ante êsse contingente cientismo, que mal projeta um tênue fio de luz na imensa noite da ignorância humana, e que por aí se debate, com tanta insegurança nos seus tateios, que já teve de rever a própria teoria da estrutura da matéria e colocar Einstein no altar em que adorava Newton como deus único e verdadeiro.

XI — É preciso que defendamos, *unguibus et rostris*, a nossa ciência penal, o nosso direito penal. Tenhamos sempre à mão as petições, as provas e arrazoados para imediato ajuizamento de *interditos*, em defesa do exclusivismo de nossa posse milenária.

Não quer isso, porém, dizer, que devemos ou podemos dispensar o auxílio de outras ciências. Assim, para a constatação da materialidade do crime e para a identificação do *pathos* mental ou da anormalidade psíquica de certos criminosos, temos

de bater à porta da medicina legal e da psiquiatria forense, de cuja preciosa colaboração não podemos prescindir. É bem de ver, porém, que uma e outra, em sua cooperação com a justiça penal, têm de acomodar-se aos critérios jurídicos. Nem de outro modo se justificariam, na espécie, os adjetivos *legal* e *forense* apostos aos substantivos *medicina* e *psiquiatria*. O médico-legista, na avaliação, por exemplo, da gravidade ou letalidade de um ferimento, na apreciação de uma concausa patológica, no julgamento de uma *deformidade*, está adstrito aos preconceitos legais, não podendo abstrai-los em favor de divergentes pontos de vista da ciência médica. O psiquiatra forense, por sua vez, não pode discutir o acerto dos postulados jurídicos-penais. Psiquiatria forense não é psiquiatria geral: não haveria razão para sua existência autônoma, se não tivesse de ajustar-se aos moldes jurídicos. Tanto quanto o juiz, de quem é colaborador, o psiquiatra forense não pode recusar, por exemplo, o libertismo da vontade, sob pretêsto de que se trata de um conceito artificial. Esta subordinação é, aliás o ensinamento de notável cultor da psiquiatria jurídica, Reniz Maya, que, depois de acentuar que os códigos, como "manifestação articulada das conveniências sociais e resultado do consenso geral", não anteriores, numa ordem pragmática, à psiquiatria forense, declara: "esta é um produto daqueles, e sempre, em qualquer caso, tem de segui-los, procurando responder no sentido das perguntas formuladas; só deve oferecer o que se lhe pede, e nada mais". O psiquiatra fornse não pode dizer que a lei está errada, sob o prisma científico, do mesmo modo que o juiz não pode esquivar-se de aplicar a lei, sob alegação de que ela não responde a uma necessidade político-social.

XII — Fixemos a questão em face do atual Código Penal brasileiro. No art. 22 e seu parágrafo único, interpretados a *contario sensu*, é declarado *responsável* o agente que, ao tempo do crime, não estava incapacitado, por doença, retardamento ou anomalia mental, de entender o carater criminoso do fato ou de determinar-se de acôrdo com êsse entendimento. No caso de supressão parcial dessa capacidade intelectual ou volitiva, em razão das mesmas causas, estabelece que a responsabilidade não deixa de existir, embora a pena possa ser reduzida. Evidencia-se,

portanto, que o Código admite a auto-determinação da vontade como fundamento da responsabilidade ético-jurídico-penal ou condição da capacidade de direito penal, referindo esta ao homem mentalmente são, ou de normal desenvolvimento mental, ou cuja perturbação ou inferiorização mental não exclua sua classificação como simples variante do tipo normal da personalidade psíquica. Pouco importa que tal conceito seja, ou não, puramente convencional. O Código não visou traduzir uma verdade absoluta, mas atender a uma injunção da vida jurídico-social. O psiquiatra, quando chamado a cooperar com o juiz na aplicação dos citados dispositivos, não pode enjeitar êsse critério legal, incumbindo-lhe tão somente averiguar e informar se o acusado agiu em estado de doença, insuficiência ou anomalia mental, e se, por tal motivo, não dispunha, total ou parcialmente, daquela capacidade ou possibilidade de entendimento ético-jurídico ou volição adequada que a lei pressupõe no tipo estatístico do homem médio, no comum dos homens. Como o tradutor judicial se limita a trasladar para o vernáculo um documento em idiomas estrangeiro, sem cuidar do seu sentido ou valor jurídico, assim deve o psiquiatra limitar-se a retrair a fórmula psicopatológica do acusado e o seu influxo sobre a inteligência e vontade dêste, ao praticar o fato legalmente definido como crime. A questão da responsabilidade *in concreto* não é, sequer, de ser formulada ao psiquiatra, pois sua solução compete privativamente ao juiz, que, aliás, não está inexoravelmente adstrito ao laudo psiquiátrico, segundo expresso dispositivo da lei processual-penal. Antes de ser uma noção de conteúdo biológico e psicológico, a responsabilidade penal é um conceito jurídico. Se é abstraída esta premissa, permitindo-se que o psiquiatra, com os seus conhecimentos específicos, nem sempre coincidentes com os da lei, se substitua ao juiz, estará implantada a anarquia na órbita da justiça penal. A psiquiatria, ao deixar o templo de Esculápio para entrar no de Temis, há de curvar-se ante os altares desta e rezar nos seus *rituales libri*.

Meus senhores:

No Brasil, onde o estudo do direito penal tem sido tão descuidado, ensejando-se a difusão de idéias superficiais e graúdos equívocos, precisamos, agora que o advento do novo Código veio

trazer oportunidade e estímulo para uma revisão geral de conhecimentos, traçar, uma vez por todas, a linha de fronteira ou de circunvalação da ciência jurídico-penal. Notadamente, já não é mais tolerável, em face de uma legislação nova que mandou para o limbo as denominadas *ciências criminológicas*, que ainda se continue a falar delas como de *ciências penais*.

Mais do que nunca, nós, juizes, promotores e advogados do fôro criminal ou professores e escritores de direito penal, temos de pugnar pela nossa *doutrina* de Monröe: o direito penal é para os juristas, exclusivamente para os juristas. A qualquer indébita intromissão em nosso *Lebensraum*, em nosso indeclinável "espaço vital", façamos ressoar, em toque de rebate, os nossos tambores e clarins!