

Fernando A. N. Galvão da Rocha | Paulo César Busato (Orgs.)



DIREITO PENAL, neurociência e LINGUAGEM

Anais do III Congresso Ibero-Americano de
Direito Penal e Filosofia da Linguagem



Esta obra é fruto dos trabalhos apresentados no III Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem. A terceira edição do Congresso inseriu professores e pesquisadores do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais na discussão que foi inaugurada pelos grupos de pesquisa da Universidade de Valência – ES, Universidade Federal do Paraná e o Centro Universitário da FAE sobre a interlocução que se estabelece entre o Direito Penal e a Filosofia da Linguagem. Os temas tratados desenvolvem diversas abordagens relativas às linhas de pesquisa Direito Penal Contemporâneo e do Programa. O desgaste dos modelos teóricos que fundamentam a teoria do crime em explicações naturalistas e as contribuições oferecidas pelas teorias sobre a argumentação jurídica possibilitou compreender o fenômeno jurídico-penal no contexto da filosofia da linguagem. A interlocução entre o Direito Penal e a Filosofia da Linguagem desafia o operador do direito a superar os postulados científicos estabelecidos pela modernidade, fundados exclusivamente na racionalidade cognitiva que pretende conhecer os dados de uma realidade natural preexistente por meio do pensamento humano. Se a racionalidade da modernidade ordenou o conhecimento jurídico de modo a estabelecer homogeneidades, regularidades ou continuidades, na perspectiva de uma ciência avaliativa, a racionalidade pós-moderna se rebelou contra as expressões do pensamento rígido e totalizante que simplifica tudo, valendo-se de sistemas fechados que concebem o mundo e vida por meio de conceitos de contornos precisos.



Direito Penal, Neurociência e Linguagem

Direito Penal, Neurociência e Linguagem

**Anais do III Congresso Ibero-Americano de
Direito Penal e Filosofia da Linguagem**

Organizadores:

Fernando A. N. Galvão da Rocha

Paulo César Busato



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



A publicação desta obra foi financiada com recursos da CAPES/PROEX 502/2018, processo 23038.001810/2018-99

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da; BUSATO, Paulo César (Orgs.)

Direito Penal, neurociência e linguagem: anais do III Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem [recurso eletrônico] / Fernando A. N. Galvão da Rocha; Paulo César Busato (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

300 p.

ISBN - 978-65-81512-54-5

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito penal; 2. neurociência; 3. linguagem; 4. filosofia; 5. congresso; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação	9
Fernando A. N. Galvão da Rocha	
1	11
Juízo argumentativo de reprovação	
Fernando A. N. Galvão da Rocha	
2.....	52
Direito Penal, Neurociência e livre-arbítrio: uma visão neorrealista	
José Carlos Porciúncula	
3.....	68
Livre-arbítrio: entre crenças e comportamento	
Renato César Cardoso	
4.....	80
O princípio constitucional processual da presunção de inocência e seu ônus argumentativo: uma contribuição crítica sobre o papel do poder judiciário no estado democrático de direito a partir da controvérsia em torno do julgamento do <i>habeas corpus</i> n. 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal	
Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia	
Diogo Bacha e Silva	
Flávio Quinaud Pedron	
Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira	
5.....	115
Elementos subjetivos do tipo e “crime” formal: uma revisão crítica a partir da linguagem	
Alexis Couto de Brito	
6.....	135
O significado do crime de corrupção e os limites do tipo de ação	
Paulo César Busato	

7.....	160
Verdade e justificação no processo penal: uma proposta de estudo a partir da filosofia da linguagem	
Rodrigo Leite Ferreira Cabral	
8	184
Corrupção e anticorrupção: <i>discurso e legalidade</i> à luz da Filosofia da Linguagem de Wittgenstein	
Léo Peruzzo Júnior	
9.....	202
Sobre la certeza y el error de tipo objetivamente invencible	
José Antonio Ramos Vásquez	
10	242
Linguagem e formação do saber jurídico: a intersubjetividade como elemento fundante do conhecimento expreso na sentença	
Leonardo Augusto Marinho Marques	
11.....	257
La persona jurídica como sujeto activo del delito	
Juan Carlos Carbonell Mateu	
12	287
Ações neutras e linguagem: diálogo crítico com a proposta subjetiva centrada na adesão ao delito do autor	
Paula Brener	

Apresentação

Fernando A. N. Galvão da Rocha ¹

O texto que ora apresento ao leitor é fruto dos trabalhos apresentados no III Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem. A terceira edição do Congresso inseriu professores e pesquisadores do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais na discussão que foi inaugurada pelos grupos de pesquisa da Universidade de Valência – ES, Universidade Federal do Paraná e o Centro Universitário da FAE sobre a interlocução que se estabelece entre o Direito Penal e a Filosofia da Linguagem. Os temas tratados desenvolvem diversas abordagens relativas às linhas de pesquisa Direito Penal Contemporâneo e do Programa.

O desgaste dos modelos teóricos que fundamentam a teoria do crime em explicações naturalistas e as contribuições oferecidas pelas teorias sobre a argumentação jurídica possibilitou compreender o fenômeno jurídico-penal no contexto da filosofia da linguagem.

A interlocução entre o Direito Penal e a Filosofia da Linguagem desafia o operador do direito a superar os postulados científicos estabelecidos pela modernidade, fundados exclusivamente na racionalidade cognitiva que pretende conhecer os dados de uma realidade natural preexistente por meio do pensamento humano. Se a racionalidade da modernidade ordenou o conhecimento jurídico de modo a estabelecer homogeneidades, regularidades ou continuidades, na perspectiva de uma ciência avaliativa, a racionalidade pós-moderna se rebelou contra as expressões do pensamento rígido e totalizante que simplifica tudo, valendo-se de

¹ FD-UFMG

sistemas fechados que concebem o mundo e vida por meio de conceitos de contornos precisos.

Importa notar que, quanto mais rígido for o sistema jurídico-penal, maiores e mais intensos serão os seus conflitos internos.

As contribuições pesquisas foram iniciadas sob o marco teórico da segunda fase do pensamento de Wittgenstein, segundo o qual a linguagem humana constitui uma forma de atividade social que funciona por meio do sentido e do uso que é atribuído às palavras em suas mais diversas aplicações práticas. As contribuições da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas e, especificamente para o Direito, as contribuições da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy consolidaram as bases para uma importante mudança de paradigma na teoria do crime.

Com base em tais marcos, pode-se afirmar que a construção social do Direito Penal se realiza por meio de um processo discursivo contínuo, que trabalha com o sentido que é atribuído às ações humanas e estimula a constante reavaliação de suas proposições dogmáticas, bem como de suas fontes de legitimidade.

O trabalho sistemático que introduziu o paradigma linguístico na teoria do crime foi publicado pelo professor Tomás Salvador Vives Antón, da Universidade de Valência, e constitui o referencial mais importante para as diversas reflexões que se desenvolveram no III Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem.

O encontro realizado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais foi altamente produtivo por ampliar a divulgação do paradigma significativo do crime entre os estudiosos do Direito Penal nas Minas Gerais.

A quarta edição do Congresso já está agendada para a Universidade de La Coruña, na Espanha, quando as reflexões serão aprofundadas.

Juízo argumentativo de reprovação

*Fernando A. N. Galvão da Rocha*¹

1. Introdução

A Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais teve a honra de sediar a terceira edição do Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem, nos dias 02 e 03 de setembro de 2019.

A teoria significativa da ação, formulada por Tomás Salvador Vives Antón, já era conhecida entre professores e alunos da Faculdade, mas são poucas as oportunidades acadêmicas para a reflexão sobre os seus fundamentos e suas propostas. Por isso, a realização do Congresso na Faculdade constituiu uma oportunidade de singular importância.

Visando introduzir a teoria significativa da ação aos que não a conhecem, fiz a primeira intervenção no evento com uma apresentação geral da proposta do professor Vives e suas repercussões na teoria do crime. Em seguida, procurei provocar a reflexão sobre a necessidade de obter da teoria das pretensões de validade da norma penal as diretrizes necessárias para fundamentar a aplicação concreta da pena. O juízo argumentativo de reprovação deve se orientar por premissas que viabilizem a concreta individualização da pena que é imposta ao condenado. A síntese da apresentação e das provocações feitas encontra-se no registro que ora se inicia.

¹ Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-Doutorado pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Juiz Civil do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais.

2. Sistema Significativo

Nos dias atuais, com o desgaste dos sistemas que se fundamentam em explicações naturalistas e as contribuições oferecidas pelas teorias sobre a argumentação jurídica ², verifica-se uma forte tendência a compreender o fenômeno jurídico no contexto da filosofia da linguagem.³

A mudança de paradigma que se apresenta necessária desafia o operador do direito a superar os postulados científicos estabelecidos pela modernidade, fundados exclusivamente na razão do ser humano capaz de conhecer o mundo por meio do pensamento.⁴ Se a racionalidade da modernidade ordenou o conhecimento jurídico de modo a estabelecer homogeneidades, regularidades ou continuidades, na perspectiva de uma ciência avaliativa, a racionalidade pós-moderna se rebelou contra o pensamento rígido e totalizante que simplifica tudo, valendo-se de sistemas fechados que apresentam explicações para tudo, como se o mundo e vida fossem redutíveis a moldes de contornos precisos. Neste aspecto, importa notar que, quanto mais rígido for um sistema (social ou jurídico), maiores e mais intensos serão os seus conflitos. E, na perspectiva de um sistema rígido, o Direito Penal tende a incrementar o seu caráter repressivo.⁵

A perspectiva teórica da ação significativa foi elaborada para superar os problemas inerentes aos sistemas rígidos.

3. Giro linguístico e hermenêutico

Com base na segunda fase do pensamento de Wittgenstein, foi possível perceber que a linguagem humana constitui uma forma de atividade social que funciona por meio do sentido e do uso que é atribuído às

² ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*, p. 313-336.

³ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*, p. 232-236.

⁴ SOUZA, José Carlos Aguiar de. *O projeto da modernidade*, p. 34-40.

⁵ RIVERA LLANO, Abelardo. *Derecho Penal Posmoderno*, p. 40-41.

palavras em suas mais diversas aplicações práticas.⁶ Sob este prisma, pode-se constatar que a construção social do Direito Penal se realiza por meio de um processo discursivo contínuo, que trabalha com o sentido que é atribuído às ações humanas e estimula a constante reavaliação de suas proposições dogmáticas, bem como de suas fontes de legitimidade.

A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas e, especificamente para o Direito, a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy consolidaram as bases para uma nova mudança de paradigma na teoria do crime.

Com a contribuição oferecida pela teoria da ação comunicativa, o direito passou a ser entendido como um sistema que organiza ações teleológicas (estratégicas) que se justificam por meio de um discurso prático, no qual se desenvolve a argumentação sobre as pretensões de correção que lhe são subjacentes.⁷ Vale observar que a correção que orienta a construção normativa não pretende expressar verdades sobre as relações humanas ou mesmo uma virtude moral. A pretensão de correção é estabelecida conforme a consideração sobre a adequação dos meios que são utilizados para a obtenção dos objetivos estratégicos de controle social.

Como Luhmann⁸ e Jakobs⁹, Habermas também sustentou que as normas jurídicas expressam o acordo existente no grupo social, sobre o sentido de determinados comportamentos, que leva os membros do grupo a esperarem uns dos outros o cumprimento de determinada expectativa. A observância da norma, nesse contexto, significa o cumprimento de uma expectativa social.¹⁰ A *teoria da ação comunicativa* revelou as limitações da racionalidade prática e de suas premissas subjetivistas e individualistas, de modo a possibilitar o giro para a racionalidade comunicativa.¹¹ A mudança

⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*, p. 14 e 32.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa I*, p. 38.

⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito 1*, p. 53-66 e *La ciência de la sociedad*, p. 104.

⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*, p. 10.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa I*, p. 123.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa I*, p. 465-508.

de paradigma permite a melhor compreensão da lógica da regulamentação jurídica, bem como de suas fontes de legitimação.

Nos termos de uma racionalidade comunicativa, o conceito de razão é ampliado, na medida em que passa a ser uma razão que possibilita a constante reavaliação de suas conclusões, por meio da interação que se realiza entre os sujeitos no ambiente social. A racionalidade prática que orientou as iniciais elaborações da teoria do crime se desenvolve por meio da relação *sujeito-objeto*, em que o observador (legislador ou juiz) examina de maneira distante o seu objeto de estudo (conduta humana). A razão comunicativa, por sua vez, se desenvolve a partir da relação entre sujeitos capazes de comunicação e ação no ambiente social.¹² A nova perspectiva de racionalidade deve ser pensada a partir da ótica do participante da comunidade de comunicação, e não da ótica de um observador distante e imparcial. O paradigma de racionalidade comunicativa, que pressupõe a possibilidade de interação entre os sujeitos, possibilita a constante revisão crítica de suas pretensões de validade e se mostra mais adequado ao ambiente democrático.

A perspectiva da ação comunicativa recebeu importante contribuição de Gadamer, que complementa o giro linguístico com a compreensão de que todos os aspectos do entendimento humano possuem uma dimensão hermenêutica que encontra na linguagem a possibilidade de sua experiência.¹³ Todo o entendimento humano é uma forma de interpretação que se realiza em determinado contexto histórico.¹⁴ Reabilitando a tradição em seu sentido original (e por que não dizer, também jurídico) contra a ilusão da verdade científica obtida por meio da razão imparcial, Gadamer ressalta que o entendimento (interpretação) que é transmitido pela linguagem (tradição) está constantemente submetido a um processo de reelaboração (reinterpretação), ao qual denominou de fusão de horizontes.¹⁵ Nesse

¹² HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa I*, p. 507.

¹³ GADAMER, Hans-George. *Verdade e método*, p. 559-567.

¹⁴ GADAMER, Hans-George. *Verdade e método*, p. 400-459.

¹⁵ GADAMER, Hans-George. *Verdade e método*, p. 457.

sentido, não há significados fixos, finais ou absolutos para as condutas humanas. Os significados que atribuímos aos comportamentos humanos estão sempre em movimento, constantemente se modificando no processo de interpretação.

No que diz respeito ao âmbito normativo do direito, a mudança de paradigma impõe a superação do acordo normativo tradicional pelo acordo comunicativo, que decorre do consenso racional entre os participantes da interação social.¹⁶ Nos termos da racionalidade prática, a normatividade do direito se apresentou de maneira imediata, como fruto da decisão de uma autoridade que se funda em um direito que é concebido como um produto pronto e acabado. A razão comunicativa, por outro lado, propõe uma normatividade mediata, que se baseia em pretensões de validade sempre passíveis de problematização e que se afirmam por meio do consenso (sempre provisório) obtido com base nos melhores argumentos.

A teoria da ação comunicativa de Habermas concentrou atenções no desempenho discursivo dos participantes da comunicação. Fazendo distinção entre o mundo da vida, no qual a ação comunicativa promove uma interação simbolicamente mediada pela linguagem entre participantes que buscam entender-se sobre as questões da vida associativa, e o *sistema*, no qual a comunicação se opera por meio de *ação estratégica* que é desenvolvida com o objetivo de regulamentar as relações intersubjetivas e alcançar determinados fins¹⁷, Habermas inicialmente entendeu o Direito positivo como *ação estratégica* que contribui para a colonização do *mundo da vida*. A comunicação que se opera no *sistema* é restrita e o Direito, ao determinar as regras de convivência social, reserva o espaço da construção normativa apenas aos técnicos e especialistas.¹⁸ Com os esforços que desenvolveu para superar a racionalidade prática, Habermas acaba por reelaborar sua concepção sobre o direito, sob a perspectiva da teoria

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre faticidade e validade*, v. 1, p.142.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa II*, p. 169 e segs.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa II*, p. 502-527.

discursiva e de sua racionalidade procedimental, reconhecendo a sua função de mediador (e não mais colonizador) entre o *mundo da vida* e o *sistema*.¹⁹

Com base na premissa de que o discurso jurídico é um *discurso prático*, pois a ordem jurídica é concebida como um sistema que organiza ações teleológicas, Robert Alexy sistematizou e reinterpretou a teoria do discurso de Habermas, especificamente para aplicá-la ao Direito. Nesse sentido, sustentou que o discurso jurídico é uma forma especial do discurso prático geral (tese do caso especial)²⁰, que expressa o esforço de justificação da pretensão de correção existente nas decisões jurídicas.²¹ O discurso jurídico-penal, nessa perspectiva, constitui um caso que demanda justificação muito especial.

Importa observar, entretanto, que o discurso jurídico não pretende demonstrar que certa proposição é mais racional do que outra, mas que tal proposição pode ser fundamentada racionalmente, conforme os termos do ordenamento jurídico vigente.²²

No contexto de uma racionalidade comunicativa, a teoria do crime deve ser entendida como um método analítico que permite a decomposição dos elementos da conduta proibida (objeto de estudo) pelo Direito Penal, para posteriormente recompô-la por meio de uma interpretação que se realiza no âmbito da linguagem (processo democrático), com base em um comportamento concreto. A linguagem que orienta o processo hermenêutico caracterizador do crime é expressa no direito positivo. Como bem observa o professor Paulo de Barros Carvalho, a realidade jurídica é constituída em toda a sua extensão, em todos os seus momentos e manifestações, pela linguagem que se expressa no direito positivo.²³ A partir do referencial linguístico da norma jurídica, o intérprete deve compreender o

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre faticidade e validade*, v. 1, cap. I, em especial p. 52-53.

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 209-217.

²¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 217.

²² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 210.

²³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário*, p. 173.

significado da conduta que é analisada como possível pressuposto para a intervenção punitiva.

Cabe ainda observar que o desenvolvimento recente da teoria da linguagem incorporou a noção de relevância jurídica, para acolher o juízo valorativo que distingue o lícito do ilícito, o justo do injusto. No contexto da teoria do crime, a noção de relevância jurídica permite realizar o primeiro juízo valorativo que conforma a nova perspectiva de imputação.²⁴

A construção da realidade jurídica decorre essencialmente da intervenção discursiva do operador do direito, que relaciona os dados da realidade natural à linguagem que se expressa no direito positivo.²⁵ No contexto de uma teoria comunicativa do crime, é o observador ativo – participante da roda de comunicação – que realiza a distinção linguística do que deva ser considerado um fato penalmente relevante. O comportamento humano não é um dado natural que deva ser necessariamente reconhecido como penalmente típico. É a distinção de quem o observa como tal que permite a atribuição de tipicidade para a conduta examinada.²⁶ O juízo positivo de adequação da conduta examinada ao tipo penal incriminador é mais um problema de compreensão de seu significado do que de subsunção.²⁷ Nesse contexto, a decisão judicial que reconhece o fato típico deve ser fundamentada sob a ótica do participante, e não do observador.²⁸

A teoria comunicativa do crime também se caracteriza por conceber o sistema teórico que identifica o crime como integrado a um sistema jurídico mais amplo (Direito Penal), que, por sua vez, se apresenta como um subsistema do sistema social. Desse modo, a teoria do crime e o Direito Penal se apresentam funcionais ao sistema social.²⁹

²⁴ RIVERA LLANO, Abelardo. *Derecho Penal Posmoderno*, p. 39.

²⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário*, p. 188 e 215.

²⁶ ARCE AGGEO, Miguel Ángel. *Introducción a la teoría comunicativa del delito*, p. 21.

²⁷ IENNACO, Rodrigo. *Bem jurídico e perigo abstrato*, p. 73.

²⁸ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*, p. 43.

²⁹ ARCE AGGEO, Miguel Ángel. *Introducción a la teoría comunicativa del delito*, p. 8.

4. Pretensões de validade da norma penal

O primeiro trabalho sistemático que introduziu o paradigma linguístico na teoria do crime foi publicado em 1996 pelo professor Tomás Salvador Vives Antón, da Universidade de Valência³⁰, que expressamente se fundamentou na filosofia da linguagem do segundo Wittgenstein, bem como na teoria da ação comunicativa de Habermas.³¹

O sistema teórico elaborado por Vives Antón, fortemente influenciado pela teoria do significado³² e pelo conceito de *relevância jurídica*³³, pressupõe que a teoria do crime não pode ser elaborada a partir da mera descrição do que os homens fazem (dado ontológico), mas, sim, do significado atribuído ao que os homens fazem (aspecto interpretativo/valorativo).³⁴

Com base em tal premissa, Vives Antón ressalta a distinção existente entre as ações, que são manifestações dotadas de um sentido (significado) a ser apurado por meio da interpretação, e os fatos, que não possuem sentido e permitem apenas descrições. A partir da relação que se estabelece entre a norma e a ação, o professor espanhol reconstrói a teoria do crime, concebendo a ação penal sob o ponto de vista de seu significado. O giro paradigmático que Vives Antón promove para compreender a ação reposiciona a perspectiva valorativa que se realiza no juízo de tipicidade, de modo que a ação passa a ser compreendida como o resultado das interpretações que se pode dar ao comportamento humano, segundo os distintos grupos de regras sociais. Dessa forma, a ação deixa de ser o substrato material de um sentido proibido para firmar-se como o sentido de tal substrato, que é apurado por meio de um processo simbólico que é regido por normas e permite apurar o significado social da conduta.³⁵

³⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*, p. 252.

³¹ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 204-213.

³² HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*, p. 105-134.

³³ RIVERA LLANO, Abelardo. *Derecho Penal Posmoderno*, p. 39.

³⁴ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 212-213.

³⁵ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 221.

Na perspectiva significativa, o sentido que é atribuído às condutas examinadas é determinado pelas regras jurídicas que se firmam pelo uso que adquirem no ambiente social. A expressão de sentido que a condutas materializam não decorre das intenções dos sujeitos que a realizam pretendem expressar, mas do significado que socialmente se atribua ao que fazem. Desta forma, por não firmar o núcleo da ação na intencionalidade de quem a realiza, o paradigma significativa consegue explicar racionalmente a responsabilização dos crimes culposos.

A perspectiva discursiva adotada por Vives Antón implica na superação da racionalidade cognitiva (prática), que se desenvolve por meio da relação sujeito-objeto³⁶, para conceber o sistema teórico que identifica o crime por meio da racionalidade comunicativa, segundo a qual a compreensão do que deva ser considerado crime (do significado da conduta que é expresso no tipo de ação) decorre da interrelação que se estabelece entre sujeitos capazes de comunicação e ação no ambiente social.³⁷

Com base em Wittgenstein³⁸, Vives legitima a identificação do sentido da conduta a partir das *praxis* reconhecidas no ambiente social e não na ética discursiva que confere validação ao sentido pelo consenso estabelecido entre os interlocutores.³⁹ Entretanto, a proposta de Habermas, que legitima a intervenção valorativa no consenso⁴⁰, se concilia com a proposta de Vives e ainda melhor com as premissas do Estado Democrático de Direito. das *As praxis* reconhecidas no ambiente social se estabelecem e se consolidam em razão do consenso que se verifica entre os sujeitos que interagem socialmente.

Vives Antón ressalta que todos os esforços desenvolvidos para construir uma teoria científica coerente, que se preste a identificar o crime, tiveram como ponto de partida a noção de ação, que deveria ser

³⁶ Veja-se a crítica à racionalidade prática em HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa I*, p. 465-508.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa I*, p. 507.

³⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*, p. 29-30 e 93.

³⁹ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 464-467.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre faticidade e validade*, v. 1, p.142 e *Verdade e justificação*, p. 256-261.

estabelecida previamente à noção de tipo e ser capaz de reunir em um conceito geral todas as formas de comportamento humano (ação e omissão).⁴¹

Tal perspectiva de trabalho revela a aplicação de um modelo metodológico próprio às ciências naturais, que se presta a constituir saberes sobre objetos⁴², e sua racionalidade cognitiva, por meio da qual o sujeito/observador analisa um objeto que se encontra distante (dado ontológico: ação ou omissão) e decide sobre o que deva ser considerado como comportamento relevante. Nesse contexto, a normatividade instituída pela razão prática é imediata, na medida em que decorre diretamente da decisão da autoridade com poderes para aplicar o Direito que, por sua vez, é concebido como um produto pronto e acabado.

A perspectiva discursiva adotada por Vives, por outro lado, impõe, com sua racionalidade comunicativa, mudar o modo de conceber e de aplicar a teoria do crime, uma vez que pressupõe a necessidade de estabelecer um consenso racional entre os participantes da interação social⁴³ sobre o sentido do comportamento proibido.⁴⁴ A normatividade conforme a racionalidade comunicativa é concebida de maneira mediata, na medida em que se sustenta no consenso obtido sobre as pretensões de validade apresentadas durante o processo de comunicação.⁴⁵ O consenso que legitima a normatividade é sempre provisório, porque as pretensões de validade são sempre passíveis de problematização no processo de comunicação e se sustentam unicamente pela força dos melhores argumentos apresentados. O processo comunicativo permite a articulação e rearticulação de valores, bem como o questionamento permanente das pretensões de validade no ambiente democrático.⁴⁶

⁴¹ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 272.

⁴² VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 273.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre faticidade e validade*, v. 1, p.142.

⁴⁴ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 230.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*, p. 256-261.

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, v. 1, p. 48-55.

A concepção significativa da ação de Vives Antón não prescinde do princípio da proteção ao bem jurídico. No entanto, coerente com a premissa estabelecida pela filosofia da linguagem, não concebe o bem jurídico como um objeto de proteção jurídica, mas, sim, como um referencial argumentativo que integra o discurso racional de justificação da intervenção punitiva.⁴⁷ O paradigma procedimental de Vives Antón pressupõe que a identificação do objeto de proteção da lei penal e as formas proibidas de seu ataque decorre da interação democrática dos cidadãos, que chegam a um consenso sobre o que seja socialmente valioso (significativo).

5. Conformação sistêmica significativa

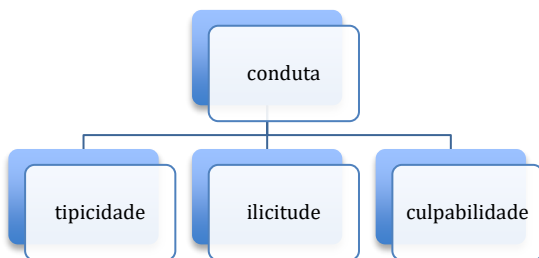
A contribuição da teoria significativa da ação pretende consolidar a perspectiva de um sistema de índole valorativa, de caráter aberto e dinâmico, que se fundamenta nas práticas sociais para identificar os significados que permitem a responsabilização penal. Os reflexos desta mais recente orientação dogmática também se fazem sentir especialmente na teoria da imputação objetiva e na culpabilidade, que desafiam interpretar o sentido da conduta examinada e o sentido da norma proibitiva.

O conceito de crime no modelo significativo se mantém estruturado para identificar na conduta suas características fundamentais de tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Contudo, Vives Antón propõe uma reodenação conceitual de tais características segundo a relação que estabelece entre a norma e a ação. Partindo de uma pretensão de validade genérica da norma Vives concebe os elementos da teoria do crime como formas de expressão da referida pretensão, subdividindo-as em pretensão de relevância (tipo de ação), pretensão de ilicitude e pretensão de reprovação (culpabilidade). Após a caracterização do crime, por meio de seus elementos fundamentais, Vives Antón trabalha com a pretensão de

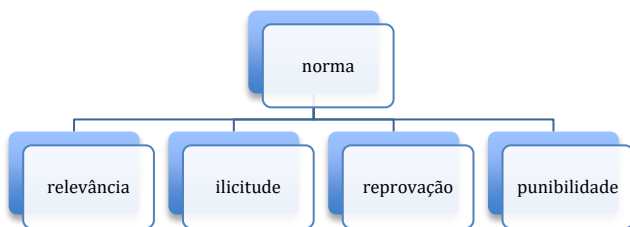
⁴⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 829.

necessidade da pena, na qual reúne todos os institutos que podem afastar a punição no caso concreto.⁴⁸

O modelo interpretativo da conduta criminosa tradicionalmente se apresenta estruturado com base no referencial da conduta humana. A representação abaixo sintetiza a construção tradicional.



A concepção significativa da ação propõe uma mudança de foco, centrando na norma jurídico penal – expressão comunicativa que permite a apuração de significado – a estrutura do modelo interpretativo do crime. A representação abaixo sintetiza a nova construção conceitual, cujos elementos identificam as pretensões de validade da norma jurídico penal.



Pretensão de relevância (Tipo de ação). Desconstruindo as bases objetivas (causalismo) e subjetivas (finalismo) dos sistemas ontológicos concebidos conforme as premissas da racionalidade cognitiva, Vives Antón elabora a sua teoria do crime a partir da noção de tipo de ação.⁴⁹ O tipo de ação, como primeira referência conceitual da teoria do crime, expressa a

⁴⁸ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 491-495.

⁴⁹ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 286-287.

pretensão de relevância da norma penal que identifica o comportamento como de interesse do Direito Penal.⁵⁰ Para definir o conteúdo do tipo de ação, Vives retoma criticamente os conceitos de *Tatbestand* e *Leitbild* formulados por Beling, bem como os desenvolvimentos dogmáticos posteriores do tipo, para, distinguindo o tipo de ação da figura reitora, reconstruir o conceito de tipo de ação como uma regulação de sentido da própria ação, que a identifica como pertencente à classe das ações que, por sua vez, são identificadas como relevantes para o Direito Penal.⁵¹ Nesse sentido, sua construção para o tipo de ação se aproxima do sentido próprio do *tatbestand*, que expressa um pensamento tipológico, e não um conceito classificatório fechado.⁵²

No sistema de Vives Antón, a ação (e também a omissão), o nexo de causalidade e o resultado (lesão ao bem jurídico) integram o conteúdo de sentido do tipo de ação.⁵³ O tipo de ação pressupõe a existência de uma conduta natural à qual será atribuído o sentido que a qualifica como relevante. Em outras palavras, somente a partir de uma ação humana (considerada como comportamento comissivo ou omissivo) se apresenta o problema de se verificar até que ponto será possível imputar-lhe o sentido de uma conduta proibida.⁵⁴

A pretensão de relevância se configura a partir da adequada compreensão linguística da formulação expressa no tipo incriminador, que exerce o papel limitador da intervenção punitiva exigido pelo princípio da legalidade, e da característica de ofensividade da conduta ao bem jurídico, que expressa uma pretensão substantiva de incorreção própria à antijuridicidade material. Acompanhando Roxin, Vives Antón sustenta que somente são relevantes para o Direito Penal as condutas que lesionam ou põem em perigo bens juridicamente protegidos.⁵⁵

⁵⁰ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 491.

⁵¹ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 274-287.

⁵² DERZI, Mizabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e tipo*, p. 70.

⁵³ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 292 e 320.

⁵⁴ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 289-291.

⁵⁵ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 491.

Em seu conceito de ação, Vives não inclui necessariamente a intenção e os motivos que direcionaram o comportamento, admitindo apenas sua inclusão eventual nas classes de ações que não podem ser definidas sem referência aos elementos subjetivos.⁵⁶ Na proposta de Vives, o elemento intencional deve ser ordinariamente analisado na pretensão de ilicitude. A conduta natural, por sua vez, pressupõe a liberdade de ação. A liberdade de ação constitui o ponto de fundamental interseção entre a teoria da ação e a teoria da norma.⁵⁷

Sob a influência do pensamento de Hume e do segundo Wittgenstein, Vives Antón concebe o nexo de causalidade como um hábito da mente que, com base nas experiências passadas, estabelece a ligação entre a causa e o efeito. Rejeitando a ideia de que a causalidade seja uma lei lógica, uma lei científica que viabiliza o pensamento indutivo ou uma qualidade inerente ao objeto, Vives Antón sustenta que a relação de causalidade não se estabelece naturalmente (internamente entre os eventos), mas unicamente na mente do intérprete (externamente), que visa atribuir sentido ao acontecimento.⁵⁸ Nestes termos, o problema da causalidade não pode ser resolvido no plano empírico, mas, sim, no contexto linguístico de seu significado, sendo que o significado da relação causal se evidencia por meio da interpretação que reconhece na conduta o significado que fundamenta a instituição do tipo de ação. Em outras palavras, não basta estabelecer-se determinado vínculo entre o movimento corporal e o resultado, é necessário que esse vínculo seja precisamente o que se apresenta regulado pelo tipo de ação penalmente relevante.⁵⁹ Nestes termos, Vives Antón supera a antiga noção de causalidade naturalística. Muito embora sua construção teórica da causalidade se fundamente na perspectiva prática de Wittgenstein, sua crítica possibilita avançar na construção de uma noção de uma causalidade conforme a norma – uma causalidade normativa.

⁵⁶ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 287.

⁵⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 345.

⁵⁸ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 295-300.

⁵⁹ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 311.

Vives Antón reconhece que a moderna doutrina da imputação objetiva, majoritariamente, a concebe como um exame que se desdobra em dois graus, sendo que o primeiro é constituído pela causalidade – determinada pela teoria da condição, e o segundo por critérios valorativos de imputação.⁶⁰ No entanto, denunciando as ilusões que levam a aceitar tanto um conceito universal de causalidade natural quanto a possibilidade de redução dos momentos valorativos que condicionam a atribuição do resultado a categorias homogêneas, Vives Antón sustenta que a imputação objetiva se desenvolve por meio da concreta interpretação do significado conduta, com base no significado dos diferentes tipos de ação previstos na lei (Código Penal ou legislação extravagante). Assim, sustenta que a imputação objetiva não se orienta por critérios gerais, mas, sim, por meio de práticas, interpretações e novas práticas.⁶¹

A relevância jurídico-penal da conduta, neste sistema teórico, decorre da interpretação que reconhece na conduta o mesmo sentido (significado) que fundamenta a instituição do tipo de ação dos diferentes crimes previstos na legislação repressiva.

A representação abaixo sintetiza as análises que constituem a pretensão de relevância da norma jurídico penal.



Pretensão de ilicitude (ou de antijuridicidade formal). Na perspectiva da pretensão de ilicitude Vives considera apenas o aspecto da

⁶⁰ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 315-316.

⁶¹ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 319-321.

antijuridicidade formal da conduta, que pode ser excluída por dispositivos permissivos. Se a conduta foi realizada com dolo ou culpa, nos casos previstos em lei, a princípio deve ser considerada ilícita. A ilicitude da conduta relevante, contudo, pode ser excluída em face da concorrência de dispositivos que outorguem direitos ou permissões fortes (causas de justificação) ou se limitem a tolerar a conduta por meio de uma permissão fraca (escusas ou causas de exclusão da responsabilidade pelo fato).⁶²

No exame da pretensão de ilicitude Vives Antón propõe seja considerada a intenção de violação da norma, que se expressa por meio da realização de uma conduta ofensiva ao bem jurídico não suportável pelas exigências do ordenamento jurídico. A análise da pretensão de ilicitude deve examinar uma intenção que se situa fora do tipo de ação e que é reveladora da existência ou não de compromisso com a violação de um bem jurídico, consoante ao tipo subjetivo (dolo ou culpa), bem como da existência de uma permissão forte ou fraca emanada do sistema do ordenamento jurídico. Tal posicionamento já influenciou juristas brasileiros, como o professor Paulo Cesar Busato, a tratar o dolo e a imprudência na contexto da perspectiva da pretensão subjetiva de ilicitude.⁶³

Também no âmbito da ilicitude Vives Antón situa a discussão sobre a exigibilidade de conduta diversa, como uma hipótese de permissão fraca (escusa).⁶⁴ Esclarecendo melhor a reformulação teórica, Paulo Busato sustenta que

...as circunstâncias de que trata a situação de exigibilidade ou inexigibilidade dizem respeito ao fato e não ao sujeito. Justamente por isso, não podem representar elementos de uma reprovação pessoal, comportamental, mas sim circunstancial. ...o correto para ser inscrever essa discussão no campo das permissões ou instâncias permissivas normativas para a afirmação ou não da pretensão de ilicitude e não no âmbito da pretensão de reprovação pessoal do sujeito.⁶⁵

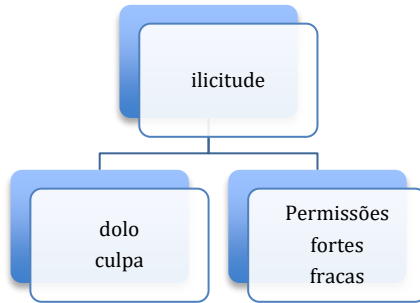
⁶² VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 492-493.

⁶³ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*, p. 396-455.

⁶⁴ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 493. Em nota de rodapé nº 73.

⁶⁵ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*, p. 504.

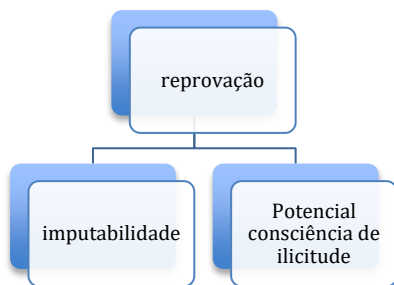
A representação abaixo sintetiza as análises que constituem a pretensão de ilicitude da norma jurídico penal.



Pretensão de reprovação (culpabilidade). A pretensão de reprovação recai sobre o autor da conduta que se conforma ao tipo de ação e não é amparada por excludente de ilicitude. Na proposta de Vives, que se funda na liberdade de ação, a reprovação jurídica se fundamenta na possibilidade de exigir que o sujeito realize conduta diversa da que é proibida. A pretensão de reprovação se apresenta como consequência inevitável do reconhecimento de validade da norma e da atitude participativa daquele que a viola. Quem realiza a conduta criminosa deve ser considerado como sujeito (persona) de sua intervenção social e não como mero objeto de observação. A reprovação jurídico-penal não se ampara na concepção escolástica do livre-arbítrio, mas sim na dignidade do ser racional que realiza a conduta portadora de significado proibido. Para Vives Antón a pretensão de reprovação se ampara em duas condições: a) imputabilidade, que consiste na capacidade do sujeito ser reprovado; e b) consciência da ilicitude de sua conduta, que permite o exame do erro de proibição.⁶⁶

A representação abaixo sintetiza as análises que constituem a pretensão de reprovação da norma jurídico penal.

⁶⁶ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 494.



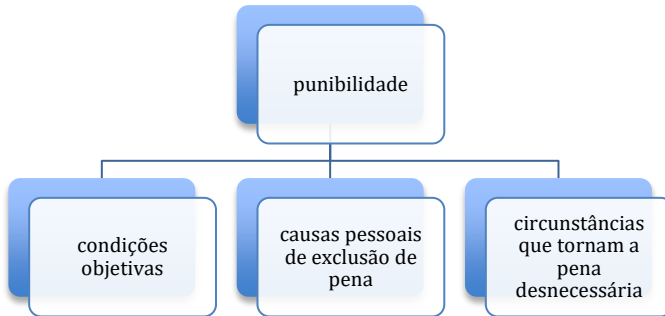
Pretensão de punibilidade. A última pretensão da validade da norma penal diz respeito à necessidade da pena, que constitui uma expressão do princípio constitucional da proporcionalidade da intervenção estatal. Vives Antón sustenta que a necessidade da pena se mede em abstrato por meio do exame das pretensões de relevância, ilicitude e culpabilidade. Contudo, para realizar uma intervenção punitiva justa ainda é necessário analisar se a pena se apresenta necessária no caso concreto. Aplicar uma pena que não se apresente necessária implica em realizar uma injustiça. E a necessidade da pena pode ser excluída tanto diante da constatação de circunstâncias previstas em lei, como da constatação de circunstâncias não previstas.⁶⁷

No mesmo sentido, Paulo Busato sustenta que na pretensão de punibilidade que deve conformar a ideia do crime a noção de punibilidade é ampla para incluir em seu conceito as condições objetivas de punibilidade, as causas pessoais de exclusão de pena e circunstâncias (mesmo posteriores ao crime) que tornam injustificada a imposição de pena.⁶⁸

A representação abaixo sintetiza as análises que constituem a pretensão de punibilidade da norma jurídico penal, nos termos da concepção atualizada de Paulo Busato

⁶⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 494.

⁶⁸ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*, p. 579.



6. Influencia do sistema significativo

Cabe observar que a concepção significativa da ação de Vives Antón já influenciou de maneira marcante o pensamento de importantes penalistas, como Carlos Martínez-Buján Pérez e José Antonio Ramos Vásquez, que também estruturam a teoria jurídica do crime com base nas pretensões de validade da lei penal (pretensão de relevância, pretensão de ofensividade, pretensão de ilicitude, pretensão de reprovação e pretensão de necessidade da pena).⁶⁹ Buján Pérez chegou a reformular o seu *Derecho penal económico y de la empresa* para adaptá-lo ao paradigma da ação significativa.⁷⁰

A concepção significativa da ação também influenciou os escritos posteriores de Jakobs, que reestruturou as bases de seu sistema de imputação. Retomando o conceito de ação como expressão de um sentido, elaborado por Welzel⁷¹, Jakobs concebe a possibilidade de imputação diretamente vinculada à constatação da contrariedade que se estabelece entre o sentido do comportamento e o sentido da norma jurídica que por ele é violada.⁷² O sentido do comportamento é determinado pela concreta compreensão social do significado contextualizado do acontecimento, que expressa uma tomada de posição do sujeito que o realiza. O sistema de regras de

⁶⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. A “concepção significativa da ação” de T. S. Vives e sua correspondência com as concepções teleológico-funcionais do delito, p. 27-71 e RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, p. 405-476.

⁷⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*, 4ª edição, p. 35 e segs.

⁷¹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, p. 57.

⁷² JAKOBS, Günther. *Imputação. Fundamentos e determinação da conduta não permitida*, p.17.

imputação de Jakobs permite reconhecer duas situações distintas, na medida em que o sentido do comportamento pode contrariar o sentido que fundamenta a norma jurídica incriminadora (possibilitando a imputação) ou conformar-se com o sentido de comportamento socialmente permitido (impossibilitando a imputação).⁷³ Com a reformulação, fica claro no pensamento de Jakobs que a possibilidade de imputação está estritamente vinculada ao significado que socialmente é atribuído ao comportamento observado que o caracteriza como violador da norma jurídica. Nessa perspectiva, Jakobs ressalta que, para a caracterização tanto dos crimes dolosos como dos culposos, é necessário constatar que a conduta observada se apresenta semanticamente como violadora dos deveres cujos significados são socialmente construídos.⁷⁴

Entre os doutrinadores nacionais, o professor Paulo César Busato, da Universidade Federal do Paraná, igualmente concebe, de maneira consistente e coerente, a teoria do crime sob o enfoque das pretensões de validade da lei penal.⁷⁵ Cezar Roberto Bitencourt também reconhece que o conceito de ação deve ser compreendido não somente em razão da finalidade que orienta a conduta, mas também pelo significado que lhe é atribuído com base nas considerações valorativas de caráter normativo.⁷⁶ No entanto, foi Juarez Tavares que, entre nós, fez a primeira crítica consistente aos paradigmas penais que se fundamentam em leis naturais, com a introdução dos paradigmas da linguagem e de sua perspectiva procedimental.⁷⁷

7. Crítica à pretensão de reprovação

Na oportunidade oferecida pelo III Congresso Ibero-Americano de direito penal e filosofia da linguagem, proponho a reflexão sobre a

⁷³ JAKOBS, Günther. *Imputação. Fundamentos e determinação da conduta não permitida*, p.16-17.

⁷⁴ JAKOBS, Günther. *Imputação. Fundamentos e determinação da conduta não permitida*, p. 21.

⁷⁵ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*, p. 258-261.

⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, v. 1, p. 287.

⁷⁷ TAVARES, Juarez E. X *Teoria do injusto penal*, p. 31-110.

capacidade de rendimento da teoria das pretensões da validade da norma penal para estabelecer uma fundamentação adequada para a imposição de pena em cada caso concreto.

A doutrina jurídico-penal tradicionalmente fundamenta a responsabilidade da pessoa física no juízo de reprovação da culpabilidade. Segundo corrente amplamente majoritária, além de ser princípio de política criminal, a culpabilidade é o elemento do conceito analítico do crime que retrata o juízo de reprovação da ordem jurídica sobre quem realiza o fato punível.⁷⁸ A culpabilidade é o último elemento do conceito analítico do crime, no qual se realiza juízo de reprovação pessoal sobre o sujeito que pratica a conduta proibida. Por meio dos juízos de tipicidade e ilicitude, a conduta humana (comissiva ou omissiva) é analisada sob o enfoque da violação ao bem jurídico e, constatada a existência de conduta punível, é no juízo de reprovação da culpabilidade que se verifica a possibilidade de censurar o indivíduo que a praticou.

Importa notar que a teoria clássica do crime faz um “ajuste” no discurso que articula as qualidades da conduta punível para encaixar a culpabilidade no modelo interpretativo. A narrativa que se consolidou para a teoria do crime afirma que tipicidade, ilicitude e culpabilidade são qualidades da conduta proibida. No que diz respeito à culpabilidade, o discurso afirma que é a qualidade da conduta de ser realizada por alguém capaz de responder penalmente por ela. Estabelecida a relação entre a culpabilidade e a conduta punível, a doutrina passa a concentrar atenções nas qualidades da pessoa do acusado e não nas qualidades da conduta que o mesmo realizou. O foco se estabelece nas questões relativas à imputabilidade e à consciência da ilicitude, limitando o alcance da exigibilidade de conduta diversa aos casos de obediência hierárquica e coação moral irresistível.

No entanto, o ordenamento jurídico permite constatar a estreita relação existente entre a exigibilidade de conduta diversa e imposição concreta da pena. Pode-se dizer que havendo exigibilidade de conduta diversa deve

⁷⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*, v. 1, p. 266 e p. 561; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral del delito*, p. 125.

haver reprovação e, conseqüentemente, imposição de pena. Por outro lado, não havendo exigibilidade não pode haver reprovação e, conseqüentemente, não pode haver imposição de pena. Mas, o trabalho com a noção de exigibilidade de conduta diversa ainda permite realizar gradação da reprovação, de modo que havendo maior exigibilidade deve haver maior reprovação e, conseqüentemente, imposição de maior pena. Da maneira coerente, pode-se afirmar que havendo menor exigibilidade de conduta diversa deve haver menor reprovação e, conseqüentemente, imposição de menor pena.

O exame do conjunto das disposições legais relativas à variação da pena a ser imposta em condenação permite constatar a relação existente entre tais variações e a exigibilidade de conduta diversa. É possível perceber que as agravantes e as causas de aumento de pena, ordinariamente, expressam situações de maior exigibilidade de conduta diversa. As atenuantes e causas de diminuição, por sua vez, expressam situações de menor exigibilidade de conduta diversa. Extraordinariamente, por razões de política criminal, a tentativa impõe redução de pena, bem como o concurso formal e o crime continuado impõem aumento de pena que não expressam variações da exigibilidade de conduta diversa.

A verificação da exigibilidade ou inexigibilidade em relação à determinada conduta, diante das peculiaridades do caso concreto, não é tarefa fácil. A noção de exigibilidade de conduta diversa não pode ser mero conceito jurídico abstrato. Ao contrário, deve fundamentar o juízo de reprovação da culpabilidade na aplicação de uma resposta punitiva determinada.

A teoria das pretensões da validade da norma penal parece não ter superado as dificuldades relacionadas à gradação da reprovação, em especial, por considerar a exigibilidade de conduta diversa no âmbito da pretensão de ilicitude⁷⁹. O enquadramento da exigibilidade na pretensão de ilicitude também restringe a capacidade de rendimento do critério, pois tem-se apenas as possibilidades de reconhecer a ilicitude, diante da exigibilidade de conduta diversa, ou a licitude, diante da inexigibilidade de conduta diversa.

⁷⁹ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*, p. 493. Em nota de rodapé nº 73. NO mesmo sentido: BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*, p. 504.

Certamente, a pretensão de ilicitude não comporta gradação. Não é possível reconhecer maior ou menor ilicitude. Também não é possível fundamentar a aplicação concreta da pena com base na pretensão de ilicitude.

Nos termos em que foi formulada por Vives Antón e difundida no Brasil por Paulo Busato, a pretensão de reprovação oferece apenas duas respostas possíveis à conduta que constitui objeto de exame pelos operadores do Direito: 1) a conduta é reprovada; e 2) a conduta não é reprovada. Não há a possibilidade de realizar qualquer gradação que possa fundamentar a variação da pena que materialize o princípio constitucional da individualização da resposta punitiva (art. 5, inciso XLVI, da CR).

Fracassadas as tentativas de estabelecer um conteúdo material para o juízo de reprovação (conteúdo que entre nós se consolidou como sendo o poder de agir de outro modo que, na prática, é presumido pelo julgador em desfavor do acusado), resta-nos trabalhar com a perspectiva de um juízo de reprovação procedimental que viabilize desenvolver argumentação que examine em que medida o injusto viola as expectativas sociais consolidadas na finalidade protetiva da norma incriminadora.

Há alguns anos venho sustentando que a finalidade que orienta a conduta punível deve constituir o centro de referência argumentativo para estabelecer, consideradas as circunstâncias do caso concreto, o contraste que se estabelece com a finalidade protetiva da norma. No contexto da tradicional teoria do crime, a medida da reprovação deve expressar a medida de tal contraste. Na oportunidade, novamente submeto à crítica a proposta de que a finalidade da conduta pode constituir o centro de referência do juízo argumentativo de reprovação da culpabilidade.

8. Culpa referida à finalidade comunicativa

O referencial argumentativo que permite desenvolver o juízo de reprovação da culpabilidade deve ser identificado em elemento naturalístico que possibilite a mensuração da reprovação social dirigida à conduta

delitiva por meio de processo discursivo em que seja sempre possível submeter à crítica a pretensões de reprovação.

Por isso, a concepção normativa da culpabilidade deve ser enriquecida com considerações sobre a reação social ao fato delitivo. Se a reprovação da culpabilidade fundamenta-se no cometimento de conduta contrária ao dever, a essência dessa reprovação há de ser identificada por categoria jurídica intimamente referida ao mundo naturalístico e que possa equacionar todas as dificuldades da reprovação jurídica, seja nos delitos dolosos, seja nos culposos.

Sob influência da teoria social da ação, a essência do injusto passou a ser concebida como conduta socialmente relevante, lesiva ou potencialmente lesiva ao bem jurídico. A ação e a omissão penalmente relevantes somente foram reunidas em conceito jurídico unitário de conduta, quando referidas ao meio social no qual se verificaram. Com razão, Wessels reconhece na relevância social da ação ou da omissão o critério conceitual comum a todas as formas de comportamento.⁸⁰ No que diz respeito à culpabilidade, o raciocínio também é válido para afirmar que a reprovação jurídica deve estar intimamente relacionada com a reação social dirigida à pessoa que pratica a conduta punível.

Se a finalidade é categoria ontológica fundamental a todo comportamento humano⁸¹, pois não há conduta sem intenção⁸², poderá constituir o centro de referência argumentativo tanto nos delitos dolosos como nos culposos. Nesses termos, pode-se sustentar uma concepção discursiva de culpabilidade, na qual o centro de referência argumentativo seja a finalidade individual contrária às expectativas sociais materializadas na norma jurídica violada. Afinal, é a finalidade que estabelece ligação da pessoa com a conduta punível e expressa o significado do crime para a ordem social. Se as razões que levaram a pessoa à prática criminosa não puderem ser

⁸⁰ WESSELS, Johannes. *Direito penal*, p. 20. No mesmo sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*, v. 1, p. 296.

⁸¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*, v. 1, p. 295. No mesmo sentido: IHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*, v. 1, p. 2-12.

⁸² SEARLE, John R. *Intencionalidade*, p. 115.

apuradas em sua integralidade, o propósito delitivo será sempre empiricamente comprovável⁸³ e possibilitará a discussão sobre a intervenção individual no contexto social.

Tal concepção permite que a valoração normativa considere os dados da experiência social do agente que integraram, como elementos cognoscivos, a finalidade delitiva. Vale notar que a intenção que dirige a conduta é sempre auto-referente, pois o conhecimento daquilo que se está fazendo envolve sempre a consciência de quem a faz e das características do ambiente social no qual a conduta se insere.⁸⁴

A reprovação da culpabilidade continua a ser normativa, mas identificando o centro de referência argumentativo na finalidade que orientou o comportamento proibido, deve considerar o contexto social no qual se fez socialmente relevante. A finalidade constitui elemento comum a todas as formas de comportamento humano e possibilita considerar as peculiaridades da reprovação própria aos delitos dolosos e aos delitos culposos. Neste sentido, cabe observar que nos delitos dolosos, a finalidade vincula-se diretamente à produção do resultado jurídico socialmente indesejado, e, nos delitos culposos, à violação do dever objetivo de cuidado que é estabelecido pelo consenso social para a proteção do bem jurídico.

A finalidade da conduta criminosa deve ser valorada sob o critério da exigibilidade social (discursiva) de adequação ao Direito, de modo que, quanto maior for o contraste entre a finalidade da conduta e a finalidade protetiva da norma, maior será a reprovação da culpabilidade. A identificação do centro de referência argumentativo da culpabilidade na finalidade atende ao princípio de que o Direito Penal, como mecanismo de repressão ao indivíduo, encontra-se limitado ao socialmente indispensável.⁸⁵

O poder-de-agir-de-outro-modo, a personalidade, o caráter, o ânimo adverso ao Direito e a capacidade de motivação são elementos que não se

⁸³ SEARLE, John R. *Intencionalidade*, p. 130.

⁸⁴ SEARLE, John R. *Intencionalidade*, p. 120-127.

⁸⁵ ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito*, p. 138.

prestam a fundamentar a reprovação da culpabilidade, pois não fornecem critérios seguros para identificar precisamente o objeto da valoração, tampouco em que medida se dá tal reprovação. A finalidade que motivou a conduta do agente, entretanto, serve de fundamento para a construção empírico-racional almejada, já que pode ser apurada por procedimentos indutivos e valorada para orientar o processo discursivo necessário à reprovação jurídico-penal.

A finalidade do agente, embora exigindo investigação sobre aspectos subjetivos, constitui dado da realidade facilmente apreensível, pois emerge dos fatos praticados. No primeiro momento do trabalho analítico do crime, a constatação da finalidade que orientou a conduta possibilita o exame da tipicidade, que é o primeiro passo para a responsabilização criminal. A seguir, a teoria do crime impõe verificar se a finalidade que orienta a prática da conduta é compatível com a exigência subjetiva das causas de justificação. Por fim, considerada como elemento peculiar ao tipo de culpabilidade, a finalidade passa a ser analisada como graduável manifestação violadora da norma protetiva dos bens consensualmente protegidos, considerando-se as particularidades do indivíduo e de seu ambiente para a realização do juízo de censura. Note-se que a finalidade que motivou a conduta não se confunde com a natureza perversa do réu. Homens bons podem cometer condutas socialmente danosas e, nesse caso, devem ser responsabilizados.

Também importa notar que a reprovação jurídico-penal deve se fundamentar na capacidade individual de racionalizar sobre o próprio comportamento. Neste sentido, Mannheim⁸⁶ esclarece que, no homem, podem ser vislumbradas duas formas de racionalidade: uma funcional e outra substancial. A primeira, que no estudo analítico do crime mostra-se suficiente para o juízo de tipicidade, traduz-se na capacidade da pessoa de estabelecer previamente o relacionamento entre os meios e os fins desejados. A segunda revela a capacidade de juízo próprio da pessoa acerca de sua individualidade e do contexto social no qual opera. A noção de

⁸⁶ MANNHEIM, Karl. *O homem e a sociedade: estudos sobre a estrutura social moderna*, p. 61-68.

racionalidade substancial possibilita valorar a finalidade que orientou a conduta punível, na perspectiva de seu ambiente social, para realizar um juízo de reprovação mais adequado. Note-se que o exame da tipicidade fundamenta-se na violação de uma norma proibitiva de caráter geral, que toma a conduta em si como objeto de valoração. No exame da culpabilidade, a valoração jurídica tem como enfoque a característica da conduta de vincular-se a um sujeito determinado em um contexto de interação social também determinado.

A finalidade, como objeto de valoração da reprovação própria ao juízo de culpabilidade, há de propiciar análise mais ampla do que a que se realiza no exame da tipicidade, justamente porque implicará a graduação da censura, com significativa repercussão na aplicação da pena. O conceito material de culpabilidade deve estar vinculado aos fins de determinação da pena justa, a qual somente será identificada mediante a consideração de todos os fatores sociais que contribuíram para o desencadeamento da conduta penalmente relevante.⁸⁷ A perspectiva discursiva do Direito Penal exige que o juízo de reprovação da culpabilidade considere o contraste entre a finalidade que orientou conduta concreta e as expectativas sociais que contrariou.

A finalidade da conduta, considerada como manifestação da racionalidade substancial, representa o resultado da decisão do indivíduo sobre seu atuar social, sendo certo que, conscientemente, considerou os dados de sua experiência individual. Tanto os dados empíricos da vivência social como o peso desses fatores na consciente decisão do indivíduo, no sentido de violar as expectativas sociais, podem ser verificados no caso concreto e servir para a graduação da reprovação que é dirigida a quem realiza o crime. Assim, a finalidade social pode fundamentar juízo de valoração concreto, que trabalha com o homem real diante de um fato socialmente determinado.⁸⁸

⁸⁷ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Culpabilidade e reprovação penal*, p. 129.

⁸⁸ RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de derecho penal*, p. 124. O autor ressalta que o Direito Penal não pode trabalhar com fórmulas abstratas, mas com o homem real. No mesmo sentido: REALE JR., Miguel. *Concepção existencial de Bettiol*, v. 2, p. 232.

No entanto, a atividade repressiva do Estado possui finalidades específicas e não se pode olvidar a questão relativa à necessidade da aplicação da pena para a realização dessas finalidades. A reação social ao fato-crime indica com que intensidade verifica-se a necessidade da resposta estatal e, até mesmo, se há necessidade da punição.⁸⁹ Por isso, a concreta reação social ao crime constitui fator de análise imprescindível ao juízo de reprovação. Nesse aspecto, cabe observar que as necessidades de prevenção geral encontram limites na culpa individual. Pretender-se que o condenado expie as tendências criminosas dos demais membros da sociedade significa verdadeiro atentado à dignidade da pessoa humana.⁹⁰

Desta forma, a valoração da culpabilidade realiza-se por meio da comparação entre a finalidade do acusado, agora em perspectiva que considere os dados de sua particular experiência e ambiência social, e a finalidade protetiva que fundamenta a existência da norma jurídica violada. O juízo de reprovação deve mensurar o distanciamento da finalidade manifesta pela pessoa em relação às expectativas sociais. A comparação que se estabelece entre a finalidade da pessoa, sob consideração holística, e a finalidade protetiva atribuída à norma jurídica pode estabelecer de maneira mais adequada o grau de exigibilidade social de um comportamento diverso e a medida da pena a ser aplicada. O fato delitivo não é produto meramente individual, pois contém influências sociais relevantes, por isso a justificação da apenação deve desvincular-se das noções de retribuição, reintegração ou socialização para assumir objetivo mais restrito, menos pretensioso, qual seja, a realização de política criminal que permita a proteção dos bens jurídicos estabelecidos pelo consenso discursivo entre os membros da comunidade social. Afinal, “se todas as normas jurídicas têm por finalidade a garantia das condições vitais da sociedade, isso significa que a sociedade é o sujeito final do Direito”.⁹¹

⁸⁹ ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito*, p. 58.

⁹⁰ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 37-38.

⁹¹ IHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*, v. 1, p. 247.

Com a identificação da finalidade como centro de referência argumentativo do juízo de reprovação da culpabilidade, seus componentes específicos ganham nova interpretação. A imputabilidade passa a ser entendida como capacidade psíquica do agente para conduzir seu comportamento segundo finalidade socialmente adequada, de modo que, no caso de incapacidade psíquica, será impossível censurar a manifestação da finalidade socialmente inadequada. A finalidade delitiva do menor e a do doente mental, embora se dirijam à violação dos valores socialmente relevantes, não autorizam a reação social, pois, nesses casos, o indivíduo não é capaz de compreender e/ou dominar-se de acordo com as normas impostas por meio do processo comunicacional. Quando o fato punível decorrer das deficiências de autodeterminação, muito embora o indivíduo possa compreender o caráter ilícito do fato, não será capaz de controlar seu corpo de acordo com as expectativas sociais, e, assim, não será possível a reação social. A potencial consciência da ilicitude do fato caracteriza a possibilidade de o indivíduo compreender que sua finalidade é contrastante com as expectativas sociais e, diante da ocorrência de erro de proibição inevitável, também não será possível censurar a pessoa por realizar conduta que se orientou por finalidade socialmente inadequada. Em ambas as hipóteses, a inexigibilidade de conduta diversa expressa princípio geral que orienta a reação social ao fato criminoso e determina não só a graduação da intensidade da reprovação como também os casos excepcionais em que tal reação não está autorizada.

8.1 metodologia

O conteúdo intencional da conduta define as condições materiais necessárias para a sua satisfação, ou seja, as condições que devem ser alcançadas para que o estado intencional seja satisfeito. Dessa forma, pode-se identificar o conteúdo intencional por suas condições de satisfação, ou seja, pelos dados concretos da realidade que se relacionam ao conteúdo intencional. O método científico a ser utilizado para identificar-

se o conteúdo intencional da conduta impõe investigar qual conteúdo intencional é satisfeito pelas condições de satisfação apuradas no fato realizado.⁹² Todo conteúdo intencional que se manifesta por uma direção de ajuste relaciona-se às condições de sua satisfação. A realização das condições de satisfação é a meta dos atos intencionais, de modo que a identificação de tais condições possibilita averiguar a direção intencional da conduta.

Dessa forma, a intenção que dirigiu a conduta da pessoa emerge aos olhos do observador (julgador/sociedade) por meio dos atos realizados e do contexto de significado no qual estes se verificaram.

Percebida a finalidade da conduta, bem como os dados sociais que integraram o campo de conhecimento da pessoa, deve-se considerar com que intensidade a sociedade, na qual a conduta criminosa verificou-se, pode exigir comportamento diverso. A comparação da finalidade pessoal com as expectativas sociais não é tarefa difícil, pois as expectativas sociais de proteção ao bem jurídico, inicialmente, explicitam-se na norma jurídico-penal.⁹³

O crime, como observa Ihering,⁹⁴ é ataque às condições vitais da sociedade, as quais são entendidas não somente como condições de existência, mas como valores que definem seu próprio e real sentido. As peculiaridades de cada sociedade, seu desenvolvimento cultural e seu momento histórico indicam as expectativas sociais a serem extraídas da norma jurídica. O sentido social que a pessoa que realiza um fato punível empresta à sua conduta evidencia a contrariedade de seu comportamento em relação aos anseios da coletividade, de modo que a reprovação que lhe é dirigida pode ser graduada em conformidade com a intensidade dessa contrariedade.

⁹² SEARLE, John R. *Intencionalidade*, p. 17-18.

⁹³ IHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*, v. 1, p. 259.

⁹⁴ IHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*, v. 1, p. 235-264.

8.2 finalidade e crimes dolosos

Vale observar que a consideração específica de um tipo de culpabilidade doloso ou culposo não importa a utilização de critérios diversos para a responsabilização penal. Em ambos os casos o critério de reprovação é o da exigibilidade social (discursiva) de conduta diversa. Contudo, a valoração do juízo de censura da culpabilidade deve apresentar-se variável, em decorrência das peculiaridades da pessoa do caso concreto em suas relações com um injusto doloso ou culposo que tenha cometido. Os elementos específicos de cada forma de injusto devem delimitar tanto o âmbito do punível quanto a graduação dessa punição. A maior ou menor exigibilidade de comportamento diverso, certamente, implica maior ou menor reprimenda.

O critério de valoração da culpabilidade (exigibilidade) e o objeto de sua valoração (finalidade) devem ser os mesmos nos crimes dolosos e culposos. No entanto, a valoração do objeto (centro de referência argumentativo) deve observar as peculiaridades do tipo de injusto. Deve-se partir da premissa de que nos delitos dolosos, a finalidade refere-se diretamente à produção do resultado jurídico que socialmente é considerado indesejado. Nos delitos culposos, por sua vez, a finalidade que orienta a conduta punível refere-se à violação do dever objetivo de cuidado que é estabelecido por consenso para a proteção do bem jurídico

A valoração da finalidade nos crimes dolosos deve mensurar o contraste que esta estabelece em relação à finalidade protetiva do bem jurídico. A norma jurídico-penal incriminadora materializa uma gama de expectativas sociais de proteção ao bem jurídico e o juízo de reprovação da culpabilidade deve interpretar o contraste que a finalidade da conduta apresenta em relação a essas expectativas. Nesse sentido, o próprio Welzel⁹⁵ ofereceu exemplos bastante adequados para compreender a reprovação pessoal da culpabilidade. Sustenta o formulador da teoria

⁹⁵ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 354.

finalista que se pode identificar menor culpabilidade de quem pratica fato doloso quando este se verificar em período de crescimento estatístico da prática deste crime. Neste caso, a interação social é conformada pela reprodução do padrão de comportamento. A pessoa, ao desenvolver a finalidade violadora da norma jurídica, é consciente da contextualização de sua conduta no meio social em que se verifica a ocorrência dos demais crimes e isso constitui fator a ser considerado para a reprovação da culpabilidade. Se o ambiente social fornecer maiores estímulos à prática delitiva, a integração do indivíduo ao meio implica em reação de menor intensidade (juízo de reprovação da culpabilidade reduzido).

O mesmo raciocínio pode se aplicar à hipótese em que uma pessoa em situação financeira privilegiada comete um crime patrimonial, tendo perfeita compreensão de como se integra ao ambiente social. A reprovação, nesse caso, deve ser mais severa do que quando se tratar de pessoa que expressa finalidade de realizar o crime patrimonial em um contexto de enfrentamento de dificuldades materiais. As peculiaridades da situação financeira do indivíduo conferem significado singular a seu comportamento, considerando as expectativas sociais. A reprovação da culpabilidade deve ser proporcional ao contraste verificado entre a expressão da finalidade auto referente da pessoa que comete o crime e as expectativas do grupo social a que pertence. Quanto maior for o contraste, maior deve ser a reprovação. Daquele que se encontra em boa situação econômica espera-se maior respeito ao patrimônio alheio e, assim, maior deve ser a reprovação ao crime.

Esses exemplos demonstram que o juízo de reprovação da culpabilidade deve ser dialético e estabelecer consideração concreta sobre a conduta punível e sua relação com o momento histórico e social no qual se apresentou violadora dos bens e interesses predominantes.⁹⁶ Se o fundamento material da reprovação reside no contraste entre a finalidade delitiva e a finalidade protetiva da norma que é estabelecida pelo consenso

⁹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*, p. 128.

social, quanto maior for a dimensão da violação às expectativas sociais, maior deve ser a reação à manifestação da finalidade socialmente inadequada.

8.3 finalidade e crimes culposos

Não é correto pensar que a finalidade somente possa fundamentar o juízo de reprovação da culpabilidade nos crimes dolosos. A finalidade também deve constituir centro de referência argumentativo para o juízo de reprovação da pessoa que comete um injusto culposos à medida que se relaciona aos deveres de cuidado exigíveis em sociedade para a proteção do bem jurídico. Nesse sentido, importa ressaltar a distinção entre intencionalidade prévia e intencionalidade na ação.

Muitas condutas materializam intenções que se formam antes de sua realização. Nesse caso, pode-se falar em intenção prévia, ou seja, na intenção que se verifica em momento anterior à prática da conduta. No entanto, existem casos em que a satisfação da intenção previamente identificada exige a prática de grande quantidade de condutas subsidiárias, não representadas na intenção prévia. Essas condutas também são intencionais e se verificam no momento em que a conduta está sendo realizada. John Searle percebeu a questão ao descrever a seguinte hipótese:

(...) quando levo a cabo minha intenção de dirigir até o escritório, haverá um grande número de atos subsidiários não representados pela intenção prévia, mas apresentados pelas intenções em ação: intencionalmente, dou a partida, engato marchas, ultrapasso veículos mais lentos, paro nos semáforos, desvio de ciclistas, mudo de pista, e assim por diante, com dezenas de atos subsidiários executados intencionalmente, mas que não necessariamente foram representados por minha intenção prévia.⁹⁷

No exemplo, a finalidade anterior direcionava a condução de dirigir o veículo até o local em que se situa o escritório. Tal finalidade não é

⁹⁷ SEARLE, John R. *Intencionalidade*, p. 383.

direcionada à lesão ou ao perigo de lesão a bens jurídicos, mas, no percurso ao escritório, várias condutas foram praticadas intencionalmente e podem, isoladamente, fundamentar a reprovação penal. Ao contrário dos delitos dolosos, a finalidade que se expressa na conduta culposa não se dirige à violação do bem jurídico, mas à desatenção aos deveres objetivos de cuidado que socialmente foram estabelecidos para a proteção ao bem jurídico.

Também para a realização de um juízo de reprovação social sobre crimes culposos, Welzel⁹⁸ forneceu exemplos adequados. Afirma o festejado professor que um crime culposos de trânsito deverá ser mais severamente apenado quando o tráfego for mais intenso. Nessa hipótese, verifica-se que a exigibilidade social de atenção ao dever objetivo de cuidado será maior do que quando ocorrer a circunstância de trânsito menos intenso. O fundamento dessa maior exigibilidade é que, no momento da violação ao dever objetivo de cuidado, a finalidade da conduta, mais do que relacionar meios a fins, considerando todas as circunstâncias peculiares do caso concreto, inobservou os deveres objetivos de cuidado socialmente exigíveis. Nos termos de uma racionalidade comunicativa, a reprovação jurídico-penal deve considerar as expectativas sociais dirigidas ao condutor do veículo no ambiente de sua situação concreta. Diante de maior risco ao bem jurídico, maior será a exigência social (discursiva) de cuidado.

Exemplificando com situação da ambiência verificada no trânsito de veículos: a finalidade que direciona a conduta no sentido de fazer avançar um automóvel na contramão direcional é objeto do exame de tipicidade. A finalidade que direciona a conduta no sentido de fazer avançar um automóvel na contramão direcional, em uma rodovia de intenso tráfego, contém elementos cognoscitivos adicionais e constitui o objeto de valoração para o juízo de reprovação da culpabilidade. A intensidade do tráfego é um dado concreto da realidade, percebido pela pessoa que decide realizar a manobra, e qualifica, de modo especial, a finalidade da conduta, impondo a maior severidade da reprovação.

⁹⁸ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 354.

O mesmo se diga com relação às condições de visibilidade ou do clima. Quanto piores as condições de dirigibilidade na realidade concreta, maior a exigibilidade social de atenção ao dever objetivo de cuidado. A finalidade que determinou a desatenção aos deveres objetivos de cuidado na situação concreta fez-se atuar, apesar das dificuldades relativas às condições de visibilidade ou de clima, violando de maneira mais grave as expectativas sociais de cuidado. Sendo mais grave a violação das expectativas, maior deve ser a reprovação.

Ainda cabe mencionar o exemplo do médico recém-formado que resolve fazer uma intervenção cirúrgica delicada. A inobservância ao dever de cuidado ocorre tão logo o médico inicie a cirurgia, pois viola o dever que se lhe apresentava de abster-se de realizar tarefa para a qual ainda não estava plenamente capacitado.⁹⁹ Ao desenvolver a intervenção cirúrgica o médico era consciente de sua inexperiência e sobre ele recaíam maiores expectativas de cuidado do que em relação ao médico experiente. A sociedade pode esperar (exigir) do médico recém-formado que se cerque de maiores cuidados (solicitando o auxílio de um preceptor, por exemplo) para o enfrentamento da situação de maior dificuldade. Novamente, é o caso de afirmar: diante de maiores dificuldades e riscos ao bem jurídico, pode a sociedade exigir maiores cuidados de quem realiza a conduta ariscada.

Note-se que a reprovação que tem por objeto a finalidade da conduta não apresenta as mesmas dificuldades verificadas na concepção psicológica da culpabilidade, pois, mesmo no fato cometido por culpa inconsciente, existe a finalidade consciente de praticar a conduta descuidada. Não há conduta que não seja finalisticamente orientada. A culpa inconsciente significa imprevisão quanto à produção do resultado lesivo, o que não se confunde com a finalidade que orienta a conduta. Um motorista pode não ter previsto a colisão dos veículos, mas, ao fazer avançar o automóvel na contramão direcional, age orientado por essa finalidade. No

⁹⁹ TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*, p. 282-283.

exemplo, a finalidade que determina a conduta de avançar o automóvel na contramão direcional (descuidada) deve ser objeto de valoração no juízo de tipicidade. A finalidade que determina a conduta de avançar o automóvel na contramão direcional em determinado contexto do ambiente de trânsito, considerando a previsão quanto a possibilidade da ocorrência de lesão ao bem jurídico, deve constituir objeto para o juízo de reprovação da culpabilidade. Certamente, quando se tratar de culpa consciente, a finalidade de contrariar o dever objetivo de cuidado deve receber reprovação mais severa do que quando a pessoa não previu a possibilidade de ocorrência do resultado, pois ao orientar sua conduta, a pessoa também considerou essa possibilidade e, mesmo assim, a realizou.

No tipo de culpabilidade culposo, o objeto de valoração da reprovação deve ser a finalidade da pessoa em violar o dever objetivo de cuidado. A simples violação do dever possibilita o exame positivo da tipicidade. As peculiares ponderações realizadas pela pessoa para fazer atuar essa finalidade servem ao juízo de reprovação da culpabilidade, o qual há de considerar a racionalidade substancial do homem e a racionalidade comunicativa da reprovação social.

Ressalte-se que, não se podendo exigir do homem médio o reconhecimento do dever de cuidado necessário para a proteção do bem jurídico, não se caracterizará o injusto jurídico-penal, sob pena de promover-se responsabilidade objetiva. A ocorrência de processos causais inadequados ou anormais faz excluir já do tipo de injusto a exigência do cuidado, tido como excepcional. No caso, não se encontra satisfeita a exigência da previsibilidade objetiva da produção do resultado ilícito e a tipicidade não se verifica.¹⁰⁰

Mas ao exame da culpabilidade somente importa discutir a previsibilidade do homem concretamente envolvido no fato-crime, ou seja, a previsibilidade subjetiva. Essa previsibilidade não se vincula à produção do resultado lesivo (como acontece na tipicidade), mas ao caráter ilícito da

¹⁰⁰ TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*, p. 287.

conduta que produziu o resultado lesivo. O juízo de reprovação é satisfeito apenas com a potencialidade de consciência da ilicitude do fato, mas se a culpabilidade importa juízo de reprovação pessoal, a potencialidade de reconhecimento da ilicitude do fato é aferida em relação à pessoa concreta que realizou o injusto penal, e não em relação ao *homem médio*.

O exame relativo ao potencial conhecimento da ilicitude do fato apresenta distinções, conforme se trate de injusto doloso ou culposos. A percepção da ilicitude dos crimes dolosos verifica-se, de maneira direta, pelo juízo de comparação entre a conduta e a norma proibitiva. Já a ilicitude dos crimes culposos surge da lesão ao cuidado objetivo necessário ao regular desenvolvimento da conduta. A violação ao dever de cuidado está sempre ligada à possibilidade de lesão ao bem jurídico, e o conhecimento da ilicitude do fato, nessas hipóteses, significa possibilidade individual de conhecer a relação existente entre a violação ao dever de cuidado e a lesão ao bem jurídico.¹⁰¹ Nesse sentido, Juarez Tavares¹⁰² esclarece:

Nos crimes culposos, o conhecimento do injusto reduz-se à consciência das exigências objetivas de cuidado, como verdadeiro *dever jurídico*. Essa consciência tanto pode ser atual quanto potencial. Na negligência consciente vigora normalmente o conhecimento atual desse dever jurídico. Na negligência inconsciente, porém, basta que o agente tenha podido reconhecê-lo como *dever jurídico*. Nos delitos de resultado é de se exigir, ainda, que o agente tenha podido saber que o resultado que causaria ou causou era reprovado pela ordem jurídica.

Considerando a finalidade delitiva como centro de referência argumentativo do juízo de reprovação da culpabilidade, pode-se concluir que se a pessoa decidiu violar a norma de cuidado, estando consciente de que havia a possibilidade da produção de um resultado ilícito, a exigibilidade social de abstenção da conduta perigosa é maior do que na situação em que a pessoa fez atuar sua finalidade sem atingir tal consciência, quando lhe era possível atingi-la. Dito de outro modo, à finalidade consciente do

¹⁰¹ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 246.

¹⁰² TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência*, p. 404.

caráter ilícito do fato corresponde maior exigibilidade social de comportamento diverso e, portanto, reprovação mais severa.

Referências

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria da argumentação jurídica – a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2ª Ed., 2005.

ARCE AGGEO, Miguel Ángel. *Introducción a la teoria comunicativa del delito*. Buenos Aires: Universidad, 2006.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito – teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 17ª edição, 2012.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

GADAMER, Hans-George. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução por Ênio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Barcelon: Planeta-Agostini, trad. Ramón García Cotarelo, 1994.

HABERMAS, Jürgen. *Más allá del estado nacional*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. México: Fondo de Cultura, 2000.

_____. *Teoría de la acción comunicativa I - Racionalidad de La acción y racionalización social*. Tradução de Manuel Jimenéz Redondo. Madri: Taurus, reimp. 1988.

_____. *Teoría de la acción comunicativa II - Crítica de la razón funcionalista*. Tradução de Manuel Jimenéz Redondo. Madri: Taurus, 1987.

_____. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. *Verdade e justificação - ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

IENNACO, Rodrigo. *Bem jurídico e perigo abstrato: um desenho hermenêutico da ofensividade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

IHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Tradução de José Antônio Faria Corrêa. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, v. I.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. Imputação. Fundamentos e determinação da conduta não permitida. Tradução da edição espanhola por Eneas Romero de Vasconcelos. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Coords.) *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 13-28.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Tradução de Santiago Mir Puig e Francisco Munoz Conde. Barcelona: Bosch, v. 1, 1981.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito 1*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, trad. Gustavo Bayer, 1983.

_____. *La ciência de la sociedad*. Tradução de Silvia Pappe e outros. Mexico: Universidad Iberoamericana, Anthropos, Iteso. 1996.

MANNHEIM, Karl. *O homem e a sociedade: estudos sobre a estrutura social moderna*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1962.

MARTÍNEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *A “concepção significativa da ação” de T. S. Vives e sua correspondência com as concepções teleológico-funcionais do delito*. Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Derecho Penal Económico*. 4. d. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

MUNOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de derecho penal: parte general*. Barcelona: Ariel, 1989.

RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.

REALE JÚNIOR, Miguel. Concepção existencial de Bettiol. In: BALESTRA, Andrés Augusto et al. *Ciência penal*. São Paulo: José Bushatsky, v. 2, 1974.

RIVERA LLANO, Abelardo. *Derecho Penal Posmoderno*. Bogotá: Temis, 2005.

ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito: elementos de delito en la base a la política criminal*. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona: PPU, 1992.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986.

SEARLE, John R. *Intencionalidade*. Tradução de Júlio Ficher e Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Pontes, 1995.

SOUZA, José Carlos Aguiar de. *O projeto da modernidade: autonomia, secularização e novas perspectivas*. Brasília: Liber Livro Editora, 2005.

TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

_____. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yanes Pérez. Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1987.

WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1996, col. Os pensadores.

Direito Penal, Neurociência e livre-arbítrio: uma visão neorrealista

*José Carlos Porciúncula*¹

1. Introdução

No presente trabalho, proponho-me a analisar criticamente a seguinte *vexata quaestio*: acaso as recentes pesquisas neurocientíficas sobre a ação voluntária implicam, efetivamente, como sustentam alguns, uma radical alteração da nossa compreensão acerca da responsabilidade penal? Para tentar oferecer uma adequada resposta a tal indagação, começo com um breve relato sobre uma série de experimentos realizados a partir dos anos 80 pelo renomado fisiologista norte-americano Benjamin Libet, que produziram um autêntico reflorescimento da vetusta controvérsia em torno do livre-arbítrio humano.

2. O panorama neurocientífico

Deixando de lado aspectos excessivamente técnicos, os experimentos de Libet podem ser descritos nos seguintes termos: pede-se a uma pessoa para flexionar os dedos da mão quando desejar, requerendo-se também que notifique imediatamente o instante em que teria tomado tal decisão.

¹ Doutor em Direito Penal pela Universidade de Barcelona (Espanha), com período de pesquisa doutoral na Universidade de Bonn (Alemanha). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), Brasília/DF.

Enquanto isso, monitora-se a atividade elétrica do seu cérebro. Libet observou que os neurônios do córtex motor suplementar, associados ao movimento das mãos, disparavam milissegundos antes do indivíduo estar consciente de sua vontade de realizar tal ação. Assim, concluiu Libet que as decisões tomadas por uma pessoa têm início num nível inconsciente e somente depois são conscientemente percebidas por ela. De qualquer sorte, advertia o então professor da Universidade da Califórnia, restaria ainda algum espaço para o livre-arbítrio humano, dada a possibilidade de que, na fase consciente do referido processo, o sujeito «vetasse» a efetiva realização da ação.²

Desde os experimentos de Libet, cientistas de renome têm se ocupado do problema do livre-arbítrio, podendo-se aqui mencionar como exemplos: Wolfgang Prinz, Diretor do Instituto Max Planck de Ciências Cognitivas e Neurológicas, em Leipzig; Gerhard Roth, Diretor do Departamento de Fisiologia Comportamental e Neurobiologia do Desenvolvimento do Instituto de Investigações sobre o Cérebro da Universidade de Bremen; e Wolf Singer, Diretor do Instituto Max Planck de Pesquisas sobre o Cérebro, em Frankfurt a. M.

Wolfgang Prinz sustenta que, ao contrário do que nos indica a psicologia popular (*folk psychology*), não há uma vontade que antecede nossos atos. Na verdade, diz Prinz, em primeiro lugar geramos uma ação, para somente depois surgir em nós a consciência de que a estamos realizando³. A percepção (consciente) que temos de nossas ações seria, assim, um fenômeno que acompanha, com um certo *delay*, processos neurológicos inconscientes responsáveis por elas⁴. Prinz expressa suas conclusões com

² Libet/Gleason/Wright Jr./Pearl, Libet/Gleason/Wright Jr./Pearl, *Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential): the unconscious initiation of a freely voluntary act* (1983) in *Neurophysiology of consciousness. Selected papers and new essays by Benjamin Libet*, Boston/Basel/Berlin, 1993, pp. 249 e ss.; Libet, *Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action* (1985) in *Neurophysiology of consciousness*, pp. 269 e ss.; o mesmo, *Are the mental experiences of will and self-control significant for the performance of a voluntary act? Response to commentaries by L. Deecke and by R. E. Hoffman and R. E. Kravitz* (1987) in *Neurophysiology of consciousness*, pp. 307 e ss.; o mesmo, *Do we have free will?* in *JCS* 6, n° 8-9, 1999, pp. 47 e ss.; o mesmo, *Mind Time: the temporal factor in consciousness*, Cambridge/London, 2004, em especial, pp. 33 e ss., e pp. 123 e ss.

³ Prinz, *How do we know about our own actions?* in *Voluntary action*, em especial, p. 26 e p. 30.

⁴ Prinz, *Die Reaktion als Willenshandlung* in *PsyRund* 49, 1998, p. 14.

uma frase que se tornou emblemática: «Não fazemos o que queremos, mas queremos o que fazemos»⁵. Apesar de considerá-lo inexistente em termos biológicos, Prinz admite que o livre-arbítrio possui uma dimensão cultural⁶. Na visão de Prinz, o livre-arbítrio seria uma instituição social⁷.

Também Gerhard Roth tem defendido que nossas ações não são causadas por uma vontade consciente, mas sim por processos neurológicos inconscientes⁸. A sensação que temos de controle de nossas ações seria, assim, uma mera experiência subjetiva, sem qualquer relevância causal, que somente surge depois que áreas do cérebro inacessíveis à consciência foram ativadas. De acordo com Roth, são justamente essas áreas do cérebro (a saber, os gânglios basais, a amígdala, o sistema mesolímbico e os núcleos talâmicos límbicos) que têm a última palavra em termos de ação⁹. Sob tal perspectiva, desaparece a noção de um «eu» como «senhor-de-si-mesmo», centro executor de suas próprias decisões; o livre-arbítrio passa a ser visto como uma ilusão¹⁰. Por isso mesmo, segundo Roth, o correto

⁵ Prinz, *Freiheit oder Wissenschaft?* in von Cranach/Foppa (eds.), *Freiheit des Entscheidens und Handelns: Ein Problem der nomologischen Psychologie*, Heidelberg, 1996, p. 87; o mesmo, *Der Mensch ist nicht frei. Ein Gespräch en Hirnforschung und Willensfreiheit*, p. 22.

⁶ Prinz, *Willensfreiheit als soziale Institution en Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?*, p. 51: «Wenn man nämlich als Psychologe, wie ich es bin, über den freien Willen reden soll, dann ist das ähnlich, wie wenn man als Zoologe über das Einhorn zu reden hätte. Man spricht dabei über Dinge, die es von Natur aus gar nicht gibt. Daher gehört das Einhorn auch nicht in die Zuständigkeit der Naturwissenschaften, sondern allenfalls der Kulturwissenschaften. Denn wenn es auch keine Naturgeschichte hat, so hat es doch eine Kulturgeschichte. Und hier – in der Kultur – existiert es dann praktisch doch, und kulturgeschichtliche Forschung hat einiges darüber zu sagen, wie das Einhorn in die Welt kam, wie es kommt, dass es sich so hartnäckig am Leben hält, und was die Leute davon haben, dass sie an es glauben. Das Einhorn will ich mir im Folgenden zum Beispiel nehmen. Ich werde also nicht über die Willensfreiheit selbst reden, sondern vor allem über die Idee der Willensfreiheit als kollektive Vorstellung und Konstruktion».

⁷ Prinz, *Willensfreiheit als soziale Institution*, pp. 51 e ss.

⁸ Roth, *Worüber dürfen Hirnforscher reden – und in welcher Weise?* in *Hirnforschung und Willensfreiheit*, em especial, p. 73; o mesmo, *Fühlen, Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, Frankfurt a. M., 2001, passim.; o mesmo, *Willensfreiheit, Verantwortlichkeit und Verhaltensautonomie des Menschen*, pp. 43 e ss.; o mesmo, *The interaction of cortex and basal ganglia in the control of voluntary actions in Voluntary action*, pp. 115 e ss.; o mesmo, *La relación entre la razón y la emoción y su impacto sobre el concepto de libre albedrío* in Rubia (ed.), *El Cerebro: avances recientes en Neurociencia*, Madrid, 2009, em especial, p. 113.

⁹ Roth, *The interaction of cortex and basal ganglia*, em especial, pp. 129-130.

¹⁰ Roth, *Fühlen, Denken, Handeln*, pp. 452-453: «Dieses Ich ist nicht der Steuermann, auch wenn es sich in charakteristischer Weise Wahrnehmungen, mentale Akte und Handlungen zuschreibt und die existenz des Gehirns, seines Erzeugers leugnet. Vielmehr ist es ein virtueller Akteur in einer von unserem Gehirn konstruierten Welt, die wir als unsere Erlebniswelt erfahren (...) Die subjektive empfundene Freiheit des Wünschens, Planens und Wollens sowie des aktuellen Willensaktes ist eine Illusion».

seria sempre dizer: «não foi o meu ato de vontade consciente que tomou a decisão, mas sim o meu cérebro!»¹¹.

É importante assinalar que as considerações de Roth acerca do livre-arbítrio humano excederam o seu campo de especialização, para penetrar em nosso âmbito, as Ciências Criminais. Inicialmente, Roth extraiu de suas pesquisas consequências radicais para a responsabilidade penal. Roth sustentava o seguinte: a natureza condicionada de nossa personalidade implica o abandono de um Direito Penal centrado nas noções de culpabilidade e função retributiva da pena. No lugar de tais noções, deveria entrar em cena um programa que tivesse por meta investigar as condições sob as quais é possível impor aos delinquentes medidas de reeducação e reabilitação (prevenção especial positiva)¹².

Mais recentemente, entretanto, tal autor moderou o tom de seu discurso, adotando uma visão compatibilista entre culpabilidade e determinismo. A verdade do determinismo, argumenta Roth, não afeta em nada o conceito de liberdade necessário para se declarar a culpabilidade de um indivíduo. Uma pessoa deve ser considerada livre, diz Roth, quando suas ações são o resultado de razões e motivos arraigados em sua personalidade¹³. Trata-se, claramente, da adoção de um modelo de culpabilidade pelo caráter¹⁴. Roth também modificou a sua visão a respeito da função da pena. Atualmente, tal autor defende uma teoria eclética, que trabalha com as funções de prevenção geral e especial. Diz Roth: “(...) a sociedade define as ações que são consideradas toleráveis e aquelas que são puníveis. Isso se faz, no marco da defesa do sistema criminal, sancionando os delinquentes e, assim, dissuadindo potenciais infratores da lei, mas com uma ênfase

¹¹ Roth, *Wörter dürfen Hirnforscher reden – und in welcher Weise?*, p. 73.

¹² Roth, *Willensfreiheit, Verantwortlichkeit und Verhaltensautonomie des Menschen*, pp. 56-57.

¹³ Roth/Lück/Strüder, *Willensfreiheit und strafrechtliche Schuld aus der Sicht der Hirnforschung*, pp. 135-136; Pauen/Roth, *Freiheit, Schuld und Verantwortung*, em especial, pp. 174-175.

¹⁴ Próximo, portanto, daqueles modelos caracterológicos de culpabilidade defendidos na Alemanha por Engisch (*Zur Idee der Täterschuld in ZStW* 61, 1942, pp. 166 e ss.; o mesmo, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, Berlin, 1963, pp. 40 e ss.) e Heinitz (*Strafzumessung und Persönlichkeit in ZStW* 63, 1951, p. 76), na Áustria por Nowakowski (*Das Ausmass der Schuld in SchwZStr* 65, 1950, pp. 301 e ss.) e em Portugal por Figueiredo Dias (*Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 3ª ed., Coimbra, 1995, passim; o mesmo, *Direito Penal*, PG I, pp. 483 e ss.; o mesmo, *Sobre a construção dogmática da doutrina do fato punível*, pp. 237 e ss.).

muito maior na reabilitação dos criminosos (...). Não se pode negar que as sanções são necessárias para reforçar a lei, mas para que tenham algum efeito no futuro é preciso que haja um mínimo de cooperação do delinquente. É importante destacar, entretanto, que a cooperação na forma de terapia não pode ser imposta. Por isso mesmo, o delinquente deve desempenhar um papel ativo no processo de proteção da norma, mediante a eleição entre terapia ou sanções tradicionais – depois de uma cuidadosa consideração acerca dos interesses de segurança”¹⁵.

Por fim, resta-nos expor as considerações de Wolf Singer sobre o livre-arbítrio. De acordo com Singer, em termos neurobiológicos, não há espaço para o livre-arbítrio, pois cada uma de nossas ações está determinada por estados imediatamente anteriores de nossos cérebros¹⁶. A sensação que experimentamos de agir livremente, observa Singer, não representa nada mais do que o produto de operações cognitivas desenvolvidas pelo cérebro ao longo da evolução¹⁷. Assim como Gerhard Roth, Wolf Singer estendeu o resultado de suas pesquisas ao âmbito penal, propugnando pelo abandono do conceito de culpabilidade, bem como pela substituição da pena por medidas de segurança¹⁸. Singer argumenta que essa seria uma solução mais humanitária e menos discriminatória em relação a alguém que teve a desventura de vir ao mundo com uma configuração física que não lhe permite seguir as normas¹⁹.

As considerações acima expostas conduzem-nos, naturalmente, a algumas indagações e reflexões. A primeira delas seria a seguinte: estaríamos diante de uma nova revolução científica²⁰, capaz de alterar

¹⁵ Roth, *Free Will. Insights from Neurobiology* in Frey/Störmer/Willführ (eds.), *Homo Novus – A Human Without Illusions*, Berlin/Heidelberg, 2010, pp. 243-244. Já antes, Grischa Merkel/Roth, *Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe*, pp. 77 e ss.

¹⁶ Singer, *Vom Gehirn zum Bewußtsein*, Frankfurt a. M., 2006, p. 55; o mesmo, *Verschaltungen legen uns fest: Wir sollen aufhören, von Freiheit zu sprechen in Hirnforschung und Willensfreiheit*, pp. 35 e ss., de modo mais detalhado.

¹⁷ Singer, *Verschaltungen legen uns fest*, p. 42.

¹⁸ Singer, *Verschaltungen legen uns fest*, pp. 62 e ss.

¹⁹ Singer, *Verschaltungen legen uns fest*, p. 63.

²⁰ O renomado neurocientista norte-americano (prêmio Nobel de Medicina), Gerald Edelman, inicia sua obra *Bright Air, Brilliant Fire: on the matter of the mind*, New York, 1992, p. xiii, da seguinte forma: «I have written this book because I think its subject is the most important one imaginable. We are at the beginning of the neuroscientific revolution. At its end, we shall know how the mind works, what governs our nature, and how we know the world.

profundamente a visão que temos de nós mesmos?²¹ Em seu conhecido artigo *Eine Schwierigkeit der Psychoanalyse*, dizia Freud que, ao longo da história, o homem sofreu três feridas narcísicas: a primeira delas teria ocorrido com o heliocentrismo copernicano («não é o sol que gira ao redor da terra, mas o contrário»); a segunda teria sido causada pela teoria da evolução de Darwin («o homem não tem uma linhagem divina, mas simi-esca»); a terceira ferida narcísica, apontava modestamente Freud, teria sido gerada por ele, através da psicanálise («o Eu não é o senhor em sua própria casa»)²². Pois bem: estaríamos diante de uma quarta ferida narcísica (ou pelo menos de uma releitura da terceira ferida narcísica apontada por Freud), agora provocada pelas recentes descobertas da neurociência? Seria o livre-arbítrio realmente uma ilusão?²³ *Homo novus ante porta*? E como questão logicamente relacionada às anteriores: implicaria essa nascente imagem do ser humano (supondo-se que ela seja verdadeira) uma

Indeed, what is now going on in neuroscience may be looked at as a prelude to the largest possible scientific revolution, one with inevitable and important consequences». Falam também de uma revolução neurocientífica, Rubia, *El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica*, Barcelona, 2009, passim; Pinker, *Ethics and the Ethical Brain* in Reuter-Lorenz/Baynes/Mangun/Phelps (eds.), *The Cognitive Neuroscience of Mind: a Tribute to Michael S. Gazzaniga*, Cambridge, 2010, p. 225.

²¹ Nesse sentido, Monyer/Rösler/Roth/Scheich/Singer/Elger/Friederici/Koch/Luhmann/von der Malsburg/Menzel, *Das Manifest: Elf führende Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung in Gehirn & Geist* 6, 2004, p. 37: «Dann werden die Ergebnisse der Hirnforschung, in dem Maße, in dem sie einer breiteren Bevölkerung bewusst werden, auch zu einer Veränderung unseres Menschenbilds führen (...) Was unser Bild von uns selbst betrifft, stehen uns also in sehr absehbarer Zeit beträchtliche Erschütterungen ins Haus. Geisteswissenschaften und Neurowissenschaften werden in einen intensiven Dialog treten müssen, um gemeinsam ein neues Menschenbild zu entwerfen».

²² Freud, *Eine Schwierigkeit der Psychoanalyse* (1917) in Freud, *Gesammelte Werke*, vol. xii (Werke aus den Jahren 1917-1920), Frankfurt a. M., 1947, pp. 7 e ss., p. 11 (citação).

²³ A respeito de tal questão cfr. as seguintes considerações de Wegner, *The Illusion of Conscious Will*, Cambridge, 2002, pp. 15-16 ("Why would people mistake the experience of will for an actual causal mechanism? Why is it that the phenomenal will so easily overrides any amount of preaching by scientists about the mechanisms underlying human action? Now, as a rule, when people find one particular intuition so wildly intriguing that they regularly stand by it and forsake lots of information that is technically more correct, they do so because the intuition fits. It is somehow part of a bigger scheme of things that they simply can't discard. So, for example, people once held tight to the Ptolemaic idea that the sun revolves around the earth, in part because this notion fit their larger religious conception of the central place of the earth in God's universe. Conscious will fits a larger conception in exactly this way — our understanding of causal agents. The intuitive experience of consciously willing our actions is something we return to again and again as we continue to assume that the experience of will reveals the force that creates our acts, mainly because we have a more general understanding of causal agency that allows this to make sense") e p. 335 ("Religion often emphasizes conscious will even more forcefully than does the law. What people consciously will becomes the arbiter of what they deserve on earth and of their fate in the hereafter. The idea that conscious will might be an illusion is radically disturbing to those who believe that our conscious choices determine our eternal futures").

significativa transformação das mais variadas áreas do saber, a exemplo do Direito (Penal)?²⁴

Por óbvio, uma resposta a todas essas indagações excederia os objetivos do presente trabalho. Nas linhas seguintes, abordo exclusivamente as possíveis consequências (ou não!) dos avanços da neurociência para o Direito Penal. Mas antes de tomarmos qualquer posição a esse respeito, gostaríamos de expor brevemente as principais manifestações produzidas em nossa disciplina sobre o tema em questão. Elas vão desde uma euforia irrefletida e, em certo sentido, *naïf*, passando por atitudes de ceticismo (nada vai mudar!), até alcançar manifestações de absoluto temor pelo futuro do Direito Penal. Senão vejamos.

3. O panorama jurídico-penal

Começemos pelos entusiastas da simbiose entre neurociência e Direito Penal, a exemplo de Grischa Merkel. Merkel assume como corretos os resultados das mais recentes pesquisas neurocientíficas, notadamente a noção de que o livre-arbítrio seria uma ilusão. Entretanto, a referida professora busca demonstrar que, mesmo que se prescindia do livre-arbítrio, é possível justificar a responsabilidade penal. De acordo com Merkel, a imposição da pena tem por fundamento a necessidade de proteção do ordenamento jurídico (prevenção geral positiva). De qualquer sorte, observa Merkel, na execução da pena deve-se dar ênfase às possibilidades de tratamento e reabilitação do delinquente, hoje proporcionadas pela neurociência e pela psicologia (prevenção especial positiva). Também tem se

²⁴ Respondem afirmativamente a essa pergunta, entre outros, Gazzaniga, *The Ethical Brain: The Science of Our Moral Dilemmas*, New York, 2006, p. 88; o mesmo, *The Law and Neuroscience* in *Neuron* 60, 2008, pp. 412 e ss.; Greene/Cohen, *For the law, neuroscience changes nothing and everything*, pp. 1.775 e ss.; O'Hara, *How neuroscience might advance the law*, pp. 1.677 e ss.; Zekî/Goodenough, *Law and the Brain: introduction* in Zekî/Goodenough (eds.), *Law and the Brain*, Oxford/New York, 2006, pp. XI e ss.; Hoffman, *The neuroeconomic path of the law* in *Law and the Brain*, pp. 3 e ss.; Chorvat/McCabe, *The brain and the law* in *Law and the Brain*, pp. 113 e ss.; Freeman/Goode-nough, *Introduction* in Freeman/Goodenough (eds.), *Law, Mind and Brain*, Farnham, 2009, pp. 1 e ss., assinalando que «We are seen the emergence of “neurolaw”» (p. 1). Parece bastante significativo que na importante obra editada por Buckel, Christensen e Fischer-Lescano, *Neue Theorien des Rechts*, tenha-se reservado um capítulo para o «neu-rodireito». Cfr. Gruber, *Neuro-Theorien des Rechts* in *Neue Theorien des Rechts*, pp. 327 e ss.

mostrado bastante receptiva aos influxos da neurociência no âmbito penal a discípula de Klaus Lüderssen, Anja Schiemann. Schiemann opina que devemos estar abertos às novas descobertas da neurociência, ao invés de hostilizá-las. Segundo ela, esse seria um excelente momento para repensarmos o nosso tradicional modelo de responsabilidade criminal²⁵. Na mesma linha de Schiemann, Gunnar Spilgies vê na demonstração neurocientífica da inexistência do livre-arbítrio humano uma oportunidade para refletirmos sobre o conceito de culpabilidade²⁶.

Felizmente, o número de penalistas que se deixaram seduzir por essa novidade é bastante inferior ao daqueles que a examinaram com a devida cautela. Klaus Lüderssen, por exemplo, compara as teses de Roth e Singer com as concepções defendidas no passado pelo famoso médico legista italiano Cesare Lombroso²⁷. Da mesma forma, Amanda Pustilnik, professora da Universidade de Maryland, aponta com extrema preocupação os paralelismos existentes entre esse novo «Neuro-Direito Penal» e antigas correntes criminológicas como a frenologia, a antropologia criminal lombrosiana e a psiquiatria forense de abordagem cirúrgica (com suas conhecidas técnicas de lobotomia e implante de eletrodos)²⁸. Também Winfried Hassemer declarou que o atual discurso neurocientífico, em termos de conteúdo, estratégia e retórica, aproxima-se perigosamente das teses outrora defendidas pelos «agrimensores de seres humanos» como Lombroso e Ferri²⁹. Hassemer acusa neurocientistas como Gerhard Roth de incorrerem num «erro categorial», ao transladarem o resultado de suas pesquisas para a esfera jurídico-penal. Esse «erro categorial», assinala Hassemer, «deriva da vulneração de um princípio da teoria do conhecimento e da ciência», que, segundo ele, consiste no seguinte: «toda ciência somente enxerga aquilo que

²⁵ Schiemann, *Kann es einen freien Willen geben? – Risiken und Nebenwirkungen der Hirnforschung für das deutsche Strafrecht* in NJW, 2004, pp. 2.056 e ss.

²⁶ Spilgies, *Die Kritik der Hirnforschung an der Willensfreiheit als Chance für eine Neudiskussion im Strafrecht* in HRRS, 2005, pp. 43 e ss.; o mesmo, *Zwischenruf: Die Debatte über „Hirnforschung und Willensfreiheit“ im Strafrecht ist nicht falsch inszeniert* in ZIS 4, 2007, pp. 155 e ss.

²⁷ Lüderssen, *Ändert die Hirnforschung das Strafrecht?*, p. 98.

²⁸ Pustilnik, *Violence on the brain: a critique of neuroscience in criminal law* in WakeForestLR 44, 2009, pp. 183 e ss.

²⁹ Hassemer, *Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal*, p. 2.

os seus instrumentos lhe permitem ter acesso, e encontra uma resposta unicamente ali onde seu instrumentário lhe permite uma pergunta que corresponda à resposta no plano categorial (...) Se uma ciência atua fora do âmbito que lhe resulta acessível, confunde as coisas e as categorias, criando o caos»³⁰. A negação da responsabilidade do ser humano, adverte Hassemer, implica não somente a eliminação de um conceito fundamental do nosso ordenamento jurídico, como também da nossa realidade social³¹. E arremata o antigo Catedrático da Universidade de Frankfurt a. M.: a responsabilidade não é uma noção assentada em dados biológicos, mas sim numa *praxis* em que indivíduos se veem e veem os demais como pessoas (e não como autómatas!), e se conduzem em função de tal reconhecimento³². Os desafios naturalísticos lançados pela neurociência ao Direito Penal também não escaparam da análise crítica de outro membro da Escola de Frankfurt, Klaus Günther. A interessante estratégia utilizada por Günther na abordagem do problema consiste em não confrontar diretamente as teorias jurídico-penais sobre a ação voluntária e sobre a culpabilidade com os recentes avanços da neurociência, mas sim em partir da impressionante faticidade da prática social de atribuição de responsabilidade. Günther pergunta, então, já antecipando a sua posição, se a admirável faticidade de tal prática social não torna a refutação neurocientífica do livre-arbítrio humano algo absolutamente irrelevante em termos jurídico-penais³³. Na defesa de sua posição, Günther utiliza os seguintes argumentos: a responsabilidade penal, diz, é um constructo que depende de fatores sociais, políticos, históricos e culturais; consequentemente, a questão de se e em que medida «fatores causais do comportamento humano influem na atribuição da responsabilidade, depende de uma decisão acerca das normas que regem o processo de

³⁰ Hassemer, *Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal*, p. 6; o mesmo, *Grenzen des Wissens im Strafprozess. Neuvermessung durch die empirischen Wissenschaften vom Menschen?* in ZStW 121, 2009, pp. 846-847. Censura também os neurocientistas por incorrerem num «erro categorial», Hillenkamp, *Das limbische System: Der Täter hinter dem Täter?*, p. 110.

³¹ Hassemer, *Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal*, pp. 8-9.; o mesmo, *Grenzen des Wissens im Strafprozess*, p. 849.

³² Hassemer, *Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal*, pp. 9-10.

³³ Günther, *Voluntary action and criminal responsibility*, p. 265.

atribuição»³⁴. Isso já é perceptível, observa Günther, desde o primeiro nível da inimputabilidade, correspondente ao componente biopsicológico³⁵. Nele, «não conta somente o estado de conhecimento da medicina acerca das doenças e transtornos físicos e psíquicos, os quais devem ser tão profundos que permitam apreciar a incapacidade de compreensão e a incapacidade de direção exigida no segundo nível. O estado de conhecimento da medicina incide sobre uma política criminal orientada normativamente, que decide, de acordo com seus próprios critérios, que conceitos médicos de doença são considerados no âmbito relevante para a incapacidade de culpabilidade»³⁶. As concussões de Günther são as seguintes: noções como ação voluntária e liberdade de vontade constituem traços essenciais de nossa realidade social; por meio da atribuição de responsabilidade, perpetuamos a narrativa acerca daquilo que consideramos uma conduta «normal» ou «anormal»; é bem possível que o livre-arbítrio seja, como sustentam alguns neurocientistas, uma ilusão, mas essa é uma ilusão absolutamente real para nós, seres humanos, e com base na qual organizamos a nossa vida; abdicar do livre-arbítrio seria renunciar a uma parte fundamental de nosso mundo³⁷. Pois bem. Outro autor que fez críticas a uma eventual utilização das recentes descobertas da neurociência no âmbito penal foi Günther Jakobs. Na análise do problema, Jakobs parte da consideração de que entre as ciências naturais e os princípios organizacionais de uma sociedade deve existir uma relação de «articulação» («*Scharnier*»). Com a expressão «articulação», Jakobs quer significar que, respeitando-se alguns limites, ambos os lados têm a possibilidade de realizar uma valoração própria da realidade. Assim, diz Jakobs, «naqueles casos em que a pessoa (em sentido formal) faça referência à sua anatomia cerebral depois de cometer um crime, a sociedade concebida

³⁴ Günther, *Voluntary action and criminal responsibility*, p. 269.

³⁵ Günther, *Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts*, p. 78; o mesmo, *Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff*, p. 120.

³⁶ Günther, *Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts*, p. 78; o mesmo, *Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff*, p. 120.

³⁷ Günther, *Voluntary action and criminal responsibility*, pp. 272 e ss.; o mesmo, *Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts*, em especial, p. 86; o mesmo, *Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff*, em especial, pp. 125-126.

normativamente bloqueará isto como regra geral (...) aludindo à incumbência da pessoa. Em outras palavras, aludindo à sua vontade livre»³⁸. Utilizando sua conhecida distinção entre indivíduo e pessoa, Jakobs sustenta o seguinte: os indivíduos, enquanto unidades psicofísicas pertencentes ao ambiente que se movem pela satisfação e insatisfação, não são livres; já as pessoas, enquanto portadoras de um papel social, é dizer, titulares de direitos e deveres, sim o são. Nas palavras do próprio Jakobs: «Somente as pessoas responsáveis, e não os indivíduos determinados causalmente, necessitam de esferas de liberdade (os indivíduos determinados causalmente somente precisam de espaços mais agradáveis, tal como sucede com a proteção de animais), e somente com pessoas responsáveis é possível garantir institucionalmente as esferas de liberdade»³⁹. Portanto, para Jakobs, o livre-arbítrio não é um pressuposto da responsabilidade, mas exatamente o contrário: somente é livre aquele que é responsável⁴⁰; a liberdade não é um dado natural, mas um constructo que deriva de uma ordem normativa⁴¹. Na Espanha, o conúbio entre neurociência e Direito Penal foi objeto de censura por parte de Feijoo Sánchez⁴². Feijoo Sánchez acusa neurocientistas como Singer e Roth, e psicólogos como Prinz, de serem exageradamente reducionistas em suas considerações sobre as consequências da refutação neurocientífica do livre-arbítrio humano para a responsabilidade criminal. Tais autores, afirma Feijoo Sánchez, excluem de suas perspectivas

³⁸ Jakobs, *Individuum und Person*, p. 258.

³⁹ Jakobs, *Individuum und Person*, p. 261.

⁴⁰ Uma posição bastante similar era mantida por Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Wien, 1960, p. 102: «Dem Menschen wird nicht darum zugerechnet, weil er frei ist, sondern der Mensch ist frei, weil ihm zugerechnet wird».

⁴¹ Jakobs, *Individuum und Person*, em especial, p. 260, nota 43, e p. 263.

⁴² Feijoo Sánchez, *Derecho Penal y Neurociencias*, pp. 1 e ss. Outros importantes penalistas espanhóis também têm se ocupado do tema, como é o caso de Mercedes Pérez Manzano, *Fundamento y fines del Derecho penal*, pp. 1 e ss. Não a incluo em nenhum grupo (nem no grupo dos entusiastas, nem no grupo dos céticos, nem no grupo dos críticos), por considerar que a referida professora não toma uma posição definitiva sobre a relação entre Neurociência e Direito Penal, optando por deixar a questão em aberto. Na minha opinião, na Espanha, a maior autoridade no tema é Demetrio Crespo, *Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal*, pp. 1 e ss.; o mesmo, «Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación entre neurociencias y Derecho penal in Demetrio Crespo (Dir.)/Calatayud (Coord.), *Neurociencias y Derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Buenos Aires/Montevidéu, 2013, pp. 1 e ss. Não faço aqui uma exposição sobre a perspectiva de tal autor (o «compatibilismo humanista»), por considerar temerário abordar, nesse curto espaço, as profundas reflexões desenvolvidas por ele.

importantes aspectos sociais do problema⁴³. Esse desprezo pelo social, observa o Catedrático da Universidad Autónoma de Madrid, somente poderia resultar em soluções totalitárias, perfeitamente equiparáveis àquelas oferecidas pelo positivismo naturalista do final do século XIX e início do século XX⁴⁴. Para Feijoo Sánchez, a proposta de Roth, por exemplo, de «potencializar as possibilidades de prevenção especial na execução de uma pena imposta por razões de prevenção geral positiva» representa uma espécie de retorno ao Programa de Marburgo de Franz von Liszt⁴⁵. Mas então, como impedir o perigoso *affair* que vem se estabelecendo entre neurociência e Direito Penal? Feijoo Sánchez oferece a seguinte resposta a essa pergunta: «Como deve existir um ‘acoplamento estrutural’ entre o sistema jurídico e as ciências empíricas, consequentemente as soluções normativas nunca podem ser incompatíveis com as construções implementadas pelas ciências empíricas, na medida em que as mesmas são um elemento básico de configuração e definição das sociedades ocidentais no século XXI. As construções jurídicas devem sofrer a influência de outros discursos sociais como a neurologia ou a psicologia, mas esses discursos também devem ser submetidos ao discurso jurídico (...) Formulando a questão em termos menos vinculados à teoria dos sistemas sociais, o Direito é uma ordem que, a partir de um ‘mundo natural’ cria uma ordem institucional, embora isso não signifique que o mundo natural possa explicar o mundo institucional»⁴⁶. A partir dessa opção metodológica, Feijoo Sánchez sustenta um conceito comunicativo de liberdade. Diz Feijoo Sánchez: a liberdade que serve de base ao Direito Penal não é, como querem alguns neurocientistas, um «fato bruto» (*brute fact*)⁴⁷, é dizer, um dado pré-social, mas sim um constructo; ela é um princípio organizativo de um Estado de Direito, que tem sua origem na interação humana (mais especificamente, no reconhecimento que os sujeitos possuem

⁴³ Feijoo Sánchez, *Derecho Penal y Neurociencias*, p. 10.

⁴⁴ Feijoo Sánchez, *Derecho Penal y Neurociencias*, pp. 11 e ss.

⁴⁵ Feijoo Sánchez, *Derecho Penal y Neurociencias*, pp. 10-11.

⁴⁶ Feijoo Sánchez, *Derecho Penal y Neurociencias*, pp. 20-21.

⁴⁷ Sobre a noção de «fatos brutos» (*brute facts*) cfr. Searle, *The construction of social reality*, New York, 1995, pp. 27 e ss.

de si mesmos e dos demais como pessoas) e na prática de atribuição de responsabilidade⁴⁸.

Finalmente, no grupo dos céticos figuram nomes como Stephen Morse, Günter Stratenwerth e Lothar Kuhlen. Stephen Morse sustenta que a «revolução neurocientífica» não ameaça em nada a nossa compreensão sobre a responsabilidade criminal, pois, segundo ele, o conceito de responsabilidade nada tem a ver com a noção de livre-arbítrio, mas sim com critérios normativos, especialmente o de racionalidade da ação⁴⁹. O Professor da Universidade da Pennsylvania observa o seguinte: ainda que um sujeito sofra, por exemplo, de uma grave anomalia mental, ele será considerado responsável se sua conduta puder ser julgada como minimamente racional⁵⁰. Portanto, sob o ponto de vista de Morse, o fundamento da responsabilidade encontra-se na racionalidade e não no livre-arbítrio. Stratenwerth e Kuhlen, por sua vez, opinam que a existência ou não do livre-arbítrio humano é uma questão que não está sujeita a uma constatação fática e que, portanto, não pode ser decidida por meios científicos⁵¹. Assim, dizem tais autores, as novas descobertas da neurociência não provocam nenhuma mudança em nossa concepção sobre a responsabilidade criminal. De acordo com Stratenwerth e Kuhlen, as pesquisas neurocientíficas simplesmente confirmam a conhecida visão de que os processos mentais possuem uma base neurobiológica⁵².

Pois bem. Realizado esse *tour d'horizon* pelas distintas manifestações que ocorreram em nossa disciplina a respeito da simbiose entre neurociência e Direito Penal, é chegado o momento de oferecer uma resposta (que considero adequada) a tal questão.

⁴⁸ Feijoo Sánchez, *Derecho Penal y Neurociencias*, pp. 42 e ss.

⁴⁹ Morse, *New neuroscience, old problems*, pp. 164 e ss., pp. 177 e ss.: «*Rationality is the touchstone of responsibility*» (p. 165).

⁵⁰ Morse, *New neuroscience, old problems*, p. 179. Já antes, o mesmo, *Brain and Blame* in Katz/Moore/Morse (eds.), *Foundations of Criminal Law*, New York, 1999, pp. 299 e ss.

⁵¹ Stratenwerth/Kuhlen, *Strafrecht*. AT, § 1/7.

⁵² Stratenwerth/Kuhlen, *Strafrecht*. AT, § 1/7, nota 10.

4. Posição pessoal: aproximação a uma visão neorrealista do problema

O tema do livre-arbítrio envolve claramente o conflito entre uma «imagem manifesta» e uma «imagem científica» do mundo⁵³. A «imagem manifesta» corresponde ao mundo como ele aparece para nós em nosso cotidiano, repleto de objetos sólidos, cores etc. Já a «imagem científica» do mundo, como a própria expressão indica, diz respeito ao modo pelo qual a Ciência o apresenta, composto por quarks, átomos, elétrons e moléculas. O conhecido físico inglês Arthur Eddington costumava falar (expressando bem o conflito acima referido) da imagem de «duas mesas», uma sólida, com a qual interagimos em nossa experiência diária, e aquela outra formada por átomos que se encontram separados uns dos outros por verdadeiros espaços vazios, compondo um cenário que se aproxima muito mais de uma galáxia do que de um pedaço de madeira⁵⁴.

É evidente que uma imagem naturalista do universo é-nos imposta pelo inegável êxito de ciências como a física, a química e a biologia. Aliás, como expressava Putnam, por meio de um argumento que se tornou bastante conhecido, o realismo científico “é a única filosofia que não faz do sucesso da ciência um milagre”⁵⁵. Entretanto, o realismo científico é, de certo modo, obtuso. Ofereço um exemplo do que quero dizer. De acordo com a física moderna, as cores seriam apenas uma ilusão, tratando-se, na verdade, de um espectro de radiação eletromagnética. Entretanto, essa visão científica do mundo nada diz a respeito da nossa experiência quando apreciamos, por exemplo, o exuberante jogo de cores de uma tela de Miró. Seria tal experiência uma ilusão? Parece-nos que não. Note-se, ademais, que orientamos as nossas ações com base nas cores: paramos no sinal vermelho e seguimos viagem quando ele se torna verde. E o fazemos muito

⁵³ Sellars, *Empiricism and the Philosophy of Mind*, Cambridge, 1997, *passim*, identifica no conflito entre a «imagem manifesta» e a «imagem científica» do mundo a principal fonte de problemas filosóficos.

⁵⁴ Cfr. Dennett, *Intuition pumps and other tools for thinking*, New York, 2013, p. 69.

⁵⁵ Putnam, *What is mathematical truth in Philosophical Papers I*, Cambridge, 1975, p. 73.

bem, de forma que seria curioso pensar que todo esse extraordinário sistema de orientação tem por base uma «ilusão».

Pois bem. Quando alguns neurocientistas afirmam que o livre-arbítrio não existe, pois as decisões tomadas por uma pessoa têm início numa área do cérebro inacessível à consciência, eles estão incorrendo no mesmo erro dos físicos ao sustentarem que as cores são uma ilusão, pois não passam de radiação eletromagnética. Ora, experimentamos, em nosso cotidiano, uma real sensação de liberdade. Não nos vemos e não vemos os demais como «objetos causantes», mas sim como seres dotados de dignidade e liberdade e que, por isso mesmo, podem ser responsabilizados por suas ações. Responsabilidade aqui significa, como a própria etimologia da palavra indica, a capacidade que possui o sujeito de «responder» (*responder*) por suas ações, é dizer, de prestar contas sobre algo que lhe é atribuído por um terceiro, oferecendo razões para tanto.

A realidade do livre-arbítrio também pode ser experimentada pela sua notável capacidade de organização das nossas vidas. Elogiamos e reprovamos pessoas por suas ações. Não se trata, como perceptível *in ictu oculi*, de uma questão que somente afeta o âmbito penal, mas de um conceito chave de nossa existência. Ofereço o seguinte exemplo, que nos serve como uma espécie de *reductio ad absurdum*: se abdicássemos da noção de livre-arbítrio, rigorosamente teríamos que cancelar todo e qualquer prêmio Nobel concedido até hoje! Albert Einstein, por exemplo, perderia o seu prêmio Nobel de física, concedido em 1921, pela demonstração do efeito fotoelétrico. Claro, se não somos livres, mas sim determinados, a noção de mérito perde qualquer sentido. Qual seria o sentido de premiar seres determinados? Só há mérito onde há liberdade. Quando o supercomputador *Deep Blue* venceu o notável enxadrista russo Garry Kasparov, ninguém pensou seriamente em premiar a máquina com uma medalha. Evidentemente, somente os seus programadores colheram os louros daquele memorável triunfo.

Hoje se faz imprescindível um projeto de conciliação entre a ontologia científica e aquela apresentada pelo senso comum, buscando-se com isso

um «equilíbrio reflexivo» entre ambas⁵⁶. Trata-se da necessidade de adoção de um novo realismo pluralístico (um realismo do senso comum), que se situe numa posição intermediária entre a visão científica do mundo e a sua imagem manifesta, concedendo a ambas a mesma autoridade⁵⁷. Note-se bem: não se trata aqui de uma tentativa de utilizar a Filosofia para criar um mundo alternativo àquele da Ciência. De forma alguma. O objetivo de tal projeto é compatibilizar aquilo que os cientistas pensam a respeito da realidade e a experiência que dela fazemos⁵⁸. E é evidente que o Direito Penal deve se inserir nesse contexto. Na linha desse «equilíbrio reflexivo»⁵⁹, embora se sustente a existência do livre-arbítrio humano, seria razoável admitir que certas pesquisas neurocientíficas possam implicar uma ampliação das hipóteses de inimputabilidade. De qualquer sorte, insista-se: a regra continua sendo a liberdade.

⁵⁶ Nesse sentido, Putnam, *On Not Writing Off Scientific Realism in Philosophy in an Age of Science*, London, 2012, pp. 91 e ss.; De Caro, *Le ragioni del nuovo realismo* in Andina/Barbero (eds.), *Ermeneutica, estetica, ontologia. A partire da Maurizio Ferraris*, Bologna, 2016, p. 193.

⁵⁷ Cfr. Ferraris, *Realismo Positivo*, Torino, 2013, p. 65.

⁵⁸ Esse é também o projeto de Gabriel, *Warum es die Welt nicht gibt*, Berlim, 2013, *passim*.

⁵⁹ No Brasil, também chama a atenção para a necessidade desse «equilíbrio reflexivo», Cerqueira, *Neurociências e Culpabilidade*, 2ª ed., Florianópolis, 2018, em especial, p. 119: “(...) dialogar com a neurociência cognitiva deve ser um exercício indispensável para o Direito Penal (...)”.

Livre-arbítrio: entre crenças e comportamento

*Renato César Cardoso*¹

Carthago delenda est! A famosa frase com que o senador Catão encerrava todos os seus discursos, defendendo a destruição completa do adversário das Guerras Púnicas, foi repetida com ênfase ao final da palestra de um importante cientista, em recente evento acadêmico sobre a neurociência do livre-arbítrio.²

A paródia, no entanto, tinha um alvo sem localização geográfica definida: o inimigo contra o qual ele bradava era o dualismo cartesiano.³

Para além das elevadas discussões compatibilistas entre filósofos e neurocientistas que estavam sendo travadas ali, alertava o cientista, havia um oceano de desconhecimento público acerca dos avanços feitos pelas neurociências cognitivas nas últimas décadas. Essa ignorância, segundo ele, era o que permitia à maior parte da população continuar, de forma acrítica, a manter crenças dualistas radicais há muito desautorizadas pelas evidências empíricas mais básicas e pelas teorias científicas mais consolidadas na área.

¹ Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG.

² Prof. John-Dylan Haynes, em sua palestra “Challenges to causal interpretation of decision-predictive brain signals”, proferida em 17 de Março de 2019 - Second International Conference on Neuroscience and Free Will, Chapman University, Harry and Diane Rinker Health Science Campus. <https://braininstitute.us/news/free-will-conference>

³ Está para além do escopo deste artigo discutir as principais posições do debate de filosofia da mente; há inúmeros livros de referência sobre o tema. Por todos, veja: Maslin, K. Introduction to the philosophy of mind. Cambridge: Polity Press, 2007.

De fato, um enorme estudo recém-publicado – e que tem o referido neurocientista como co-autor – confirma a advertência feita, ao menos no que diz respeito à pervasividade das visões dualistas entre a população, tanto em sociedades ocidentais (culturalmente classificadas como individualistas) quanto orientais (culturalmente classificadas como coletivistas).⁴ Partindo de uma análise de quase 2.000 entrevistas de sujeitos de diversos perfis nos Estados Unidos e em Singapura, constataram que uma ampla maioria declarava concordância com afirmações notadamente dualistas, estabelecidas de acordo com o questionário validado “The free will inventory” (FWI), de 2014.⁵

O FWI tem vantagens claras em relação a outros testes conhecidos de medição de crenças em livre-arbítrio, especialmente por testar separadamente as noções de dualismo, determinismo e livre-arbítrio, possibilitando captar diferentes posturas que não podem ser identificadas em testes tradicionais, em especial as posturas compatibilistas. Estes testes tradicionais normalmente elaboram um contínuo com dois pólos, determinista/libertário, o que impossibilita identificar diferentes correlações e posições sobre o tema.⁶ O FWI, por sua vez, apresenta um cenário mais complexo e matizado, com mais informações. Recentemente traduzido e validado para o português brasileiro, espera-se que em breve surjam mais dados sobre o FWI (ILA, em português) em nossa população.⁷

⁴ Wisniewski D, Deutschländer R, Haynes J-D (2019) Free will beliefs are better predicted by dualism than determinism beliefs across different cultures. *PLoS ONE* 14(9): e0221617. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0221617> Acessado em 04 de Outubro de 2019.

⁵ Nadelhoffer T, Shepard J, Nahmias E, Sripada C, Ross LT. The free will inventory: Measuring beliefs about agency and responsibility. *Conscious Cogn.* 2014;25: 27–41. pmid:24561311

⁶ Veja, por exemplo: Bergner, R. M., & Ramon, A. (2013). Some implications of beliefs in altruism, free will, and nonreductionism. *The Journal of Social Psychology*, 153(5), 598–618. doi: 10.1080/00224545.2013.798249 e também Rakos, R. F., Laurene, K. R., Skala, S., & Slane, S. (2008). Belief in free will: Measurement and conceptualization innovations. *Behavior and Social Issues*, 17(1), 20–39. doi: 10.5210/bsi.v17i1.1929

⁷ Veja: “O presente estudo traduziu e validou para o português brasileiro o inventário ILA que permite avaliar as crenças pessoais no livre-arbítrio, determinismo e dualismo e não reducionismo. A estrutura fatorial original composta por três subescalas manteve-se na versão adaptada, explicando 57,78% da variância com bons valores de consistência interna. Ademais, a análise fatorial confirmatória apresentou bons índices de ajuste desse modelo, os quais foram bastante similares aos do estudo original (Nadelhoffer et al., 2014). Portanto, o ILA é uma medida eficaz para avaliar livre-arbítrio, determinismo e dualismo no contexto brasileiro, segundo os resultados obtidos com essa amostra.” VILANOVA, Thiago Rafael Santin Felipe; COSTA, Ângelo Brandelli; NADELHOFFER, Daniela Goya

Voltando ao estudo de Wisniewski, Deutschländer e Haynes, vemos que segundo seus dados, nos Estados Unidos mais de três quartos da população entrevistada (75.77%) se alinhavam com posições dualistas. Em Singapura a quantidade era ainda maior, quase nove em dez entrevistados (88.33%). Mais interessante do que estes números absolutos, no entanto, era a relação que eles apresentavam com as crenças em livre-arbítrio e determinismo, também investigadas. Assim, tem-se que em Singapura a maioria também acreditava no livre-arbítrio (85.44%), assim como nos E.U.A. (82.33%). Também é interessante notar que o determinismo mostrou um padrão diverso de aceitação nos dois países: enquanto no país asiático a maioria concordava com a idéia (59.00%), nos E.U.A. a taxa foi de apenas 30.77%. Vale ressaltar que não houve alterações consideráveis nos dados quando considerados estratificadamente por idade, sexo ou grau de escolaridade, nas duas culturas (ao contrário do que se constatou no Brasil, por exemplo⁸).

O mais interessante achado do experimento, no entanto, foi a expressiva correlação encontrada entre as crenças em livre-arbítrio e as perspectivas dualistas. Estas foram muito mais significativas do que a relação aventada hipoteticamente no início entre as crenças deterministas e a descrença no livre-arbítrio. Também interessante é a constatação de que as pessoas mantêm crenças aparentemente incoerentes ou incompatíveis em relação ao tema, algo que já se havia demonstrado também em outras áreas⁹.

Estas crenças divergentes se afastam muito das discussões filosóficas tradicionais e nos mostram que, muitas vezes, é preciso investigar empiricamente a cognição e o comportamento, sob pena de ignorarmos o que de fato orienta as ações dos seres humanos. Os debates acadêmicos sobre

Tochetto Thomas e KOLLER, Silvia Helena. Validity evidence of the free will inventory for the brazilian population. *Aval. psicol.* [online]. 2018, vol.17, n.1, pp. 1-11. ISSN 1677-0471. <http://dx.doi.org/10.15689/ap.2017.1701.01.13308>.

⁸ VILANOVA, Thiago Rafael Santin Felipe; COSTA, Ângelo Brandelli; NADELHOFFER, Daniela Goya Tochetto Thomas e KOLLER, Silvia Helena. Validity evidence of the free will inventory for the brazilian population. *Aval. psicol.* [online]. 2018, vol.17, n.1, pp. 1-11. ISSN 1677-0471. <http://dx.doi.org/10.15689/ap.2017.1701.01.13308>.

⁹ Nichols S. Experimental Philosophy and the Problem of Free Will. *Science*. 2011;331: 1401-1403. pmid:21415346

o tema, por exemplo, normalmente giram em torno do compatibilismo e do incompatibilismo.¹⁰

As posições incompatibilistas são aquelas que propõe que a ideia de determinismo e a ideia de livre arbítrio são mutuamente incompatíveis e, portanto, apenas uma delas pode ser verdadeira. Assim sendo, desenham-se, naturalmente, dois tipos incompatibilistas: os que creem na prevalência do livre arbitro, e portanto, não admitem a existência do determinismo – também chamados de libertários¹¹ – e aqueles que defendem uma posição determinista forte, e por isso excluem a possibilidade de existência do livre-arbítrio.

As posições incompatibilistas são contrapostas por teóricos compatibilistas, que sustentam que, apesar da existência do determinismo, é possível também defender a existência de um livre-arbítrio que seja compatível com as leis naturais.¹² Estas posições encontram inúmeros apoiadores, que muitas vezes sustentam posições bastante diferentes. Além das posições estritamente filosóficas¹³ há, hoje em dia, correntes que se baseiam fortemente em evidências neurocientíficas para sustentar que mecanismos neurais específicos são os responsáveis por capacitar o que normalmente se denomina de funções executivas – e que estas são as funções tradicionalmente relacionadas ao livre-arbítrio: planejamento, controle, raciocínio etc. Exemplo recente desta influente corrente pode ser encontrado em “Responsible brains: neuroscience, law, and human culpability”:

“O robusto conjunto de funções executivas dos seres humanos nos permitem comportamentos flexíveis e, além disso, o exercício do auto-controle – nos permite guiar nossas ações de maneiras complexas, levando em conta as informações dos nossos sentidos ou da nossa memória, mas também de

¹⁰ Para uma visão mais aprofundada do assunto, com perspectivas representativas diversas, veja: John Martin Fischer, Robert Kane, Derk Pereboom, Manuel Vargas: *Four viwes on free will*. Oxford: Blackwell Publishing, 2017.

¹¹ Nenhuma relação com a posição política de mesmo nome, ressalte-se.

¹² Fischer, J., Ravizza, M. *Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility*. Cambridge University Press (1998).

¹³ *E.g.* Dennet, Daniel; *Elbow Room: The Varieties of Free Will Worth Wanting*, Cambridge: MIT Press, 1984.

nossas emoções e valores. Funções executivas nos permitem planejar ações e formular intenções, estabelecer e perseguir objetivos, organizar ações complexas com múltiplas partes e fases, sem perder nossa direção, e estabelecer e revisar padrões de comportamento habituais. (...) Funções executivas são distintas de outras capacidades mentais como percepção, tanto no que diz respeito ao que elas fazem quanto no que diz respeito a onde elas residem no cérebro. Neurocientistas divisam uma linha (pouco exata, mas defensável) no cérebro entre processos de percepção, por um lado, e, por outro, processos executivos, que podem corrigir percepções e formular intenções baseadas em *input* perceptório. Quando os sistemas dos sentidos terminam sua tarefa, representações altamente processadas são disponibilizadas para as partes evolutivamente mais novas, os lobos pré-frontais. No entanto, todo este trabalho seria inútil se as representações não fossem usadas de maneira inteligente e efetiva. É aí que entram em cena as funções executivas. Elas possibilitam aquilo que, em nosso linguajar cotidiano, chamamos de planejamento, pensamento, tomada de decisões e até raciocínio, cujo objetivo último é nos conduzir de maneira a alcançarmos nossos objetivos de maneira efetiva, em um meio social complexo.”¹⁴

No entanto, se as discussões acadêmicas têm se pautado no debate compatibilismo/incompatibilismo, seja ele informado por argumentos filosóficos ou científicos, parece que fora dos artigos especializados ou dos textos de filosofia moral as intuições mais comuns ignoram esse problema. E no mundo não-acadêmico é o dualismo – não o compatibilismo – que

¹⁴ Hirstein, William, Sifferd, Katrina, Fagan, Tyler. *Responsible brains: neuroscience, law, and human culpability*: Cambridge, MA : MIT Press, 2018, pág. 18-19. No original: “Human beings robust suite of executive functions allows us not only to behave flexibly, but to exert self-control—to guide our actions in complex ways, taking account of input from our senses, or from memory, but also from our emotions and values. Executive functions allow us to plan actions and formulate intentions, to set and pursue goals, to organize complex actions with multiple parts and phases, while not losing our place, and to establish or revise patterns of habitual behavior. (...) Executive functions are distinct from other mental capacities, such as perceptual capacities, both with regard to what they do and where they reside in the brain. Neuroscientists draw a rough but defensible line in the brain between, on the one hand, perceptual processes and, on the other hand, executive processes that can correct perceptions and formulate intentions based on perceptual input. Sensory processing begins in the back of the brain and then steadily moves toward the front. As processing continues, several functions are accomplished: Certain details of the incoming sensory flow are highlighted and emphasized; the boundaries of visual objects are made sharper; in the auditory realm, the boundaries between words are sharpened; and missing information is filled in, as in the case of the visual blind spot. When the sensory systems are finished, highly processed representations are made available to the brain’s evolutionarily newest parts, the prefrontal lobes. However, all this work is of no use if the representations are not employed in an intelligent and effective way. This is where executive processes come in. They achieve what we speak of in our everyday mental talk as planning, thinking, decision-making, and even reasoning, the ultimate goal of which is to conduct ourselves in a way that meets our objectives effectively, within a complex social milieu.”

demonstra uma correlação muito mais significativa com a crença em livre-arbítrio:

“Este achado fundamental está de certa maneira contrastante com o debate filosófico atual acerca do livre-arbítrio, que se foca majoritariamente em sua relação com o determinismo. Alguns argumentam a favor do compatibilismo, outros do libertarianismo ou do determinismo forte, mas todas essas teorias tentam explicar de que maneira o livre-arbítrio se relaciona com o determinismo. Nossos resultados sugerem que o dualismo é muito mais importante para as visões leigas do que para as teorias acadêmicas do livre-arbítrio e o determinismo pode não configurar uma ameaça a elas por causa das crenças dualistas amplamente aceitas.”¹⁵

A questão da relação intrínseca existente entre a crença no livre-arbítrio e as crenças dualistas ou deterministas é de suma importância para a discussão filosófica da responsabilidade penal, por vários motivos. O principal destes é que as intuições sociais acerca das raízes do comportamento humano influenciam diretamente nosso sistema jurídico e nossas políticas criminais, seja por meio da sua cristalização legislativa em uma democracia representativa, seja por meio da sua concretização em decisões jurídicas cotidianas nelas embasadas.

Discutir, portanto, a influência que as crenças sobre o livre-arbítrio exercem sobre o comportamento, especialmente aquele atribuído de relevância legal intrínseca, tem enorme importância em nossas investigações. É precipuamente um tema de investigação da psicologia experimental e das ciências cognitivas. Trata-se de questão diversa e independente do problema metafísico do livre-arbítrio – investigado há séculos pela tradição filosófica ocidental¹⁶ – bem como independente de qualquer

¹⁵ No original: this key finding is somewhat at odds with the current philosophical debate surrounding free will, which focuses largely on its relation to determinism. Some argue for compatibilism, others for libertarianism or hard determinism, but all of these theories try to explain how free will is related to determinism. Our results suggest that dualism is much more important to lay theories than it is for academic theories of free will, and determinism might not pose a threat to free will because of wide-spread dualistic beliefs. Wisniewski D, Deutschländer R, Haynes J-D (2019) Free will beliefs are better predicted by dualism than determinism beliefs across different cultures. PLoS ONE 14(9): e0221617. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0221617> Acessado em 04 de Outubro de 2019.

¹⁶ Frede, M. A free will: Origins of the Notion in Ancient Thought. Los Angeles: University of California Press, 2012.

investigação empírica do tema, em especial daquelas análises neurocientíficas iniciadas pelo paradigma de Benjamin Libet.¹⁷

Muito resumidamente, neste experimento seminal, Libet demonstrou que a ocorrência de um sinal cerebral eletrofisiológico conhecido como potencial de ação (*readiness potential* – RP – ou *Bereitschaftspotential*) podia ser detectado mais de 500 milésimos de segundo antes de uma ação espontaneamente decidida pelos sujeitos do experimento. O que mais chamou a atenção, no entanto, foi o fato de que estes sujeitos, instados a relatar o momento em que conscientemente tomaram a sua decisão de se mover, consistentemente reportaram terem tomado consciência da sua decisão por volta de 200 milésimos de segundo antes da decisão, ou seja, depois de já iniciado o potencial de ação. Muitos concluíram que a ação espontânea se iniciaria de maneira não-consciente no cérebro, jogando por terra qualquer possibilidade de sustentar as noções tradicionais de livre-arbítrio. O próprio Libet argumentou que, apesar de não haver mais espaço para essas noções, ainda assim haveria um “poder de veto”, uma capacidade consciente de controlarmos ou suspendermos as ações iniciadas sem nosso controle. Schurger, Sitta e Dehaene argumentaram que processos estocásticos seriam responsáveis pelas variações de RP detectadas, em artigo que causou muito impacto na área.¹⁸ Ainda hoje muitas são as dúvidas sobre qual a melhor forma de se entender os resultados.¹⁹

Com efeito, foi a partir dos estudos de Libet que investigações científicas sobre a questão passaram a ocupar lugar de destaque nos debates. O argumento de que a neurociência havia resolvido empiricamente a questão do livre-arbítrio, com a qual tantos filósofos se degladiaram sem

¹⁷ Libet B, Gleason CA, Wright EW, Pearl DK. Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential) the unconscious initiation of a freely voluntary act. *Brain*. 1983;106: 623–642. pmid:6640273

¹⁸ Schurger, A., Jacobo D. Sitta, and Stanislas Dehaene, An accumulator model for spontaneous neural activity prior to self-initiated movement, *Proc. Nat. Acad. Sci. USA*, online www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1210467109 August, 2012, p.1

¹⁹ Marcel Brass; Ariel Furstenberg; Alfred R. Mele. Why neuroscience does not disprove free will, in *Neuroscience & Biobehavioral Reviews* 102 · May 2019

sucesso, ganhou inevitável destaque midiático.²⁰ Destaque, diga-se ade- mais, que se devia mais ao potencial polêmico e contra-intuitivo das interpretações que alardeavam o fim definitivo da ideia de livre-arbítrio do que a algum tipo de consenso, ainda que mínimo, na comunidade cien- tífica sobre o que representavam os dados encontrados. Apesar das muitas afirmações me contrário nas páginas de divulgação científica, ainda per- manece em aberto a questão.

Com a crescente divulgação das pesquisas, inúmeros estudos se vol- taram então para a investigação dos efeitos da crença e da descrença no livre-arbítrio sobre vários tipos de comportamento. Por um lado, foram constatados inúmeros efeitos positivos: a crença no livre arbitrio apresen- tou correlação positiva com comportamentos pró-sociais e moralmente desejáveis²¹. Também foram demonstrados inúmeros efeitos negativos so- bre o comportamento, a partir de manipulações que levavam os sujeitos dos experimentos a questionar a ideia de livre arbítrio.²² Tais sujeitos apresentaram maior predisposição a agressividade, a comportamentos egoístas²³, desonestos²⁴ e mesmo racistas²⁵ (ainda que a crise de

²⁰ Griffin, A. (2016). Free will could all be an illusion, scientists suggest after study shows choice may just be brain tricking itself. Independent, Retrieved from <http://www.independent.co.uk/news/science/free-will-could-all-be-an-illusion-scientists-suggest-after-study-that-shows-choice-could-just-be-a7008181.html>.

Chivers, T. (2010). Neuroscience, free will and determinism: 'I'm just a machine'. The Telegraph, Retrieved from <http://www.telegraph.co.uk/news/science/8058541/Neuroscience-free-will-and-determinism-Im-just-a-machine.html>.

Overbye, D. Free Will: Now You Have It, Now You Don't. New York Times, Jan. 02, 2007 <https://www.nytimes.com/2007/01/02/science/02free.html>

²¹ Stillman, T., Roy F. Baumeister, Kathleen D. Vohs, Personal Philosophy and Personnel Achievement: Belief in Free Will Predicts Better Job Performance January 1, 2010 Research Article <https://doi.org/10.1177/1948550609351600>

²²Protzko, J., Ouimette, B., & Schooler, J. (2015). Believing There Is No Free Will Corrupts Intuitive Cooperation. Available at SSRN 2490855

²³ Baumeister RF, Masicampo EJ, DeWall CN. Prosocial Benefits of Feeling Free: Disbelief in Free Will Increases Aggression and Reduces Helpfulness. *Pers Soc Psychol Bull.* 2009;35: 260–268. pmid:19141628

²⁴ Vohs, K. D., & Schooler, J. W. (2008). The value of believing in free will encouraging a belief in determinism increases cheating. *Psychological Science*, 19, 49–54.

²⁵ Zhao, X., Liu, L., Zhang, X.-x., Shi, J.-x., & Huang, Z.-w. (2014). The effect of belief in free will on prejudice. *PLoS one*, 9, e91572.

replicação da psicologia que pareça também estar começando a atingir alguns destes estudos, segundo recente publicação de Crone e Levy²⁶).

Por outro lado também foram relatados efeitos positivos sobre o comportamento de sujeitos que tiveram suas crenças deterministas reforçadas: eles apresentaram menor tendência ao retributivismo²⁷ e menor predisposição ao viés de correspondência²⁸. Estes são importantes achados que dizem respeito diretamente à questão da responsabilidade penal e do comportamento judicial, em face da maior ou menor crença em livre-arbítrio por parte daqueles responsáveis por decisões juridicamente relevante. É preciso que se proponham mais investigações sobre a tomada de decisão jurídica e sobre as influências às quais ela está constantemente sujeita, de forma a avaliar mais precisamente, no contexto judicial, se os efeitos da mitigação destas crenças é deletério, benéfico, neutro ou uma mistura destes. Algumas iniciativas já se desenham nesse sentido e espera-se que, com uma melhor compreensão do comportamento e da tomada de decisão jurídica, tenhamos também uma melhor compreensão dos mecanismos disponíveis para aprimorá-la. Discutir os efeitos das crenças dualistas/fisicalistas, compatibilistas/incompatibilistas, libertárias/deterministas, em suas diversas possibilidades, afigura-se como um possível caminho para esse intento.

²⁶ Damien L. Crone, Neil L. Levy Are Free Will Believers Nicer People? (Four Studies Suggest Not)

First Published June 28, 2018 Research Article <https://doi.org/10.1177/1948550618780732>

²⁷ Shariff, A. Joshua D. Greene, Johan C. Karremans. Free Will and Punishment: A Mechanistic View of Human Nature Reduces Retribution First Published June 10, 2014 Research Article <https://doi.org/10.1177/0956797614534693>

²⁸ Parece que a crença em livre-arbítrio afeta mesmo processos básicos: "Second, the basic observation that the belief in free will affects the correspondence bias indicates that such belief changes can eventually influence our social interactions. Shariff et al. already reported that believing in free will increases prescribed punishment of negative behavior. Our research expands this finding by demonstrating that free-will beliefs increase not only prescribed punishment of negative behavior but also prescribed reward of positive behavior. In other words, not only do free-will beliefs affect prescribed actions toward negative and immoral behavior, but they also have a broader influence on how people react to others' behavior. Moreover, the results of study 4 demonstrate that the relationship between free-will beliefs and prescribed behavior is due to stronger attribution to internal as compared to external causes. This result may be particularly relevant to court cases. For instance, recent research showed that judges afforded shorter sentences to hypothetical psychopathic criminals when the description of the criminals' psychopathy included internal causes, such as biomechanical components. Our results therefore raise the question whether shifting public perception toward a scientific "anti-free-will" perspective may encourage judges and jurors to emphasize external, as compared to internal, factors when taking a decision. As in the legal system the punishment strongly depends on the degree to which a person acted intentionally, a stronger focus on external, as compared to internal, forces would lead to lower retributive punishments." Genschow, O, Davide Rigoni, Marcel Brass, Belief in free will affects causal attributions when judging others' behavior (2017) PROCEEDINGS OF THE NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES OF THE UNITED STATES OF AMERICA. 114(38). p.10071-10076.

Referências:

- Baumeister RF, Masicampo EJ, DeWall CN. Prosocial Benefits of Feeling Free: Disbelief in Free Will Increases Aggression and Reduces Helpfulness. *Pers Soc Psychol Bull.* 2009;35: 260–268. pmid: 19141628
- Brass,M.; Furstenberg, A.; Mele. A., Why neuroscience does not disprove free will, in *Neuroscience & Biobehavioral Reviews* 102 · May 2019
- Bergner, R. M., & Ramon, A. (2013). Some implications of beliefs in altruism, free will, and nonreductionism. *The Journal of Social Psychology*, 153(5), 598-618. doi: 10.1080/00224545.2013.798249 e
- Chivers, T. (2010). Neuroscience, free will and determinism: 'I'm just a machine'. *The Telegraph*, Retrieved from <http://www.telegraph.co.uk/news/science/8058541/Neuroscience-free-will-and-determinism-Im-just-a-machine.html>.
- Damien L. Crone, Neil L. Levy Are Free Will Believers Nicer People? (Four Studies Suggest Not)
- First Published June 28, 2018 Research Article <https://doi.org/10.1177/1948550618780732>
- Dennet, Daniel; *Elbow Room: The Varieties of Free Will Worth Wanting*, Cambridge: MIT Press, 1984
- Fischer, J., Kane, R., Pereboom, D., Vargas, M.,: *Four views on free will*. Oxford: Blackwell Publishing, 2017.
- Fischer, J., Ravizza, M. *Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility*. Cambridge University Press (1998)
- Frede, M. *A free will: Origins of the Notion in Ancient Thought*. Los Angeles: University of California Press, 2012.
- Genschow, O., Davide Rigoni, Marcel Brass, Belief in free will affects causal attributions when judging others' behavior (2017) *PROCEEDINGS OF THE NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES OF THE UNITED STATES OF AMERICA*. 114(38). p.10071-10076.

Griffin, A. (2016). Free will could all be an illusion, scientists suggest after study shows choice may just be brain tricking itself. Independent, Retrieved from <http://www.independent.co.uk/news/science/free-will-could-all-be-an-illusion-scientists-suggest-after-study-that-shows-choice-could-just-be-a7008181.html>.

Hirstein, William, Sifferd, Katrina, Fagan, Tyler. Responsible brains: neuroscience, law, and human culpability: Cambridge, MA : MIT Press, 2018, pág. 18-19.

Libet B, Gleason CA, Wright EW, Pearl DK. Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential) the unconscious initiation of a freely voluntary act. *Brain*. 1983;106: 623–642. pmid:6640273

Maslin, K. Introduction to the philosophy of mind. Cambridge: Polity Press, 2007.

Nadelhoffer T, Shepard J, Nahmias E, Sripada C, Ross LT. The free will inventory: Measuring beliefs about agency and responsibility. *Conscious Cogn*. 2014;25: 27–41. pmid:24561311

Nichols S. Experimental Philosophy and the Problem of Free Will. *Science*. 2011;331: 1401–1403. pmid:21415346

Overbye, D. Free Will: Now You Have It, Now You Don't. *New York Times*, Jan. 02, 2007 <https://www.nytimes.com/2007/01/02/science/02free.html>

Protzko, J., Ouimette, B., & Schooler, J. (2015). Believing There Is No Free Will Corrupts Intuitive Cooperation. SSRN 2490855

Rakos, R. F., Laurene, K. R., Skala, S., & Slane, S. (2008). Belief in free will: Measurement and conceptualization innovations. *Behavior and Social Issues*, 17(1), 20-39. doi: 10.5210/bsi.v17i1.1929

Schurger, A., Jacobo D. Sitta, and Stanislas Dehaene, An accumulator model for spontaneous neural activity prior to self-initiated movement, *Proc. Nat. Acad. Sci. USA*, online www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1210467109 August, 2012

Shariff, A. Joshua D. Greene, Johan C. Karremans. Free Will and Punishment: A Mechanistic View of Human Nature Reduces Retribution First Published June 10, 2014 Research Article <https://doi.org/10.1177/0956797614534693>

Stillman, T., Roy F. Baumeister, Kathleen D. Vohs, Personal Philosophy and Personnel Achievement: Belief in Free Will Predicts Better Job Performance January 1, 2010 Research Article <https://doi.org/10.1177/1948550609351600>

Vilanova, Thiago Rafael Santin Felipe; Costa, Ângelo Brandelli; Nadelhoffer, Daniela Goya Tocchetto Thomas e Koller, Silvia Helena. Validity evidence of the free will inventory for the brazilian population. Aval. psicol. [online]. 2018, vol.17, n.1, pp. 1-11. ISSN 1677-0471. <http://dx.doi.org/10.15689/ap.2017.1701.01.13308>.

Vohs, K. D., & Schooler, J. W. (2008). The value of believing in free will encouraging a belief in determinism increases cheating. *Psychological Science*, 19, 49-54.

Wisniewski D, Deutschländer R, Haynes J-D (2019) Free will beliefs are better predicted by dualism than determinism beliefs across different cultures. *PLoS ONE* 14(9): e0221617. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0221617> Acessado em 04 de Outubro de 2019.

Zhao, X., Liu, L., Zhang, X.-x., Shi, J.-x., & Huang, Z.-w. (2014). The effect of belief in free will on prejudice. *PloS one*, 9, e91572.

**O princípio constitucional processual da
presunção de inocência e seu ônus argumentativo:
uma contribuição crítica sobre o papel do poder judiciário
no estado democrático de direito a partir da controvérsia
em torno do julgamento do *habeas corpus* n. 126.292 pelo
Supremo Tribunal Federal ¹**

Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia ²

Diogo Bacha e Silva ³

Flávio Quinaud Pedron ⁴

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira ⁵

Introdução

No presente texto, reunimos três contribuições críticas⁶ acerca do papel do Poder Judiciário na efetivação de direitos individuais. Tais textos,

¹ Dedicamos o presente texto ao Professor Doutor Lenio Luiz Streck e ao Professor Doutor Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha.

² Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Pós-Doutorado pela Universidade do Porto. Professor Adjunto da UFOP e IBMEC. Bolsista de Produtividade do CNPq.

³ Mestre em Direito pela FDSM e Doutor em Direito pela UFRJ. Professor da Faculdade de São Lourenço.

⁴ Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Professor da PUC-Minas, IBMEC e Faculdade de Guanambi (Mestrado). Advogado.

⁵ Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Pós-doutorado pela Universidade de Roma III. Professor Titular de Direito Constitucional e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG.

⁶ Uma primeira versão foi publicada na coluna *Constituição e Democracia*, no *Empório do Direito*. Disponível em <http://emporiiodireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica/>; <http://emporiiodireito.com.br/em-defesa-do-estado-democratico-de-direito-contr-o-risco-atual-do-estado-tutelar-de-policia-uma-critica-ao-desrespeito-judicial-a-constituicao-e-a-legislacao-processual-penal-no-brasil-por-alexand/>;

com ligeiras modificações, foram publicados na coluna Constituição e Democracia na revista *Empório do Direito*. Em especial, procuramos alertar para o modo como o Poder Judiciário cuida de contribuir para os avanços ou os retrocessos na consolidação do Estado Democrático de Direito, a partir de sua atuação no julgamento de concretos.

No primeiro momento, analisamos o julgamento do HC 126.292, proferido pelo Supremo Tribunal Federal⁷, e a controversa ideia de “mutação constitucional”, contra o próprio texto expresso da Constituição de 1988, no que se refere à garantia da presunção de inocência. Neste sentido, uma atitude decisionista por parte do Supremo Tribunal Federal corre o risco de contribuir para um verdadeiro processo de erosão constitucional, significando um retrocesso quanto à compreensão da presunção de inocência presente na própria jurisprudência anterior do Tribunal⁸.

Na segunda passagem de nosso texto, reconstruímos decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que, seguindo a tendência no julgamento do HC 126.292, consolida um “Estado tutelar de Polícia”. A atuação do Poder Judiciário passa a se pautar por um pragmatismo de tutela da coletividade em clara afronta aos direitos individuais.

Por último, a título de considerações finais, buscamos, mais uma vez, colocar a questão acerca do papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. Assim, retomamos a crítica a um ativismo judicial que não apenas transborda em judicialização da política, como também inverte as expectativas normativas, quanto à atuação garantista e de efetivação de

<http://emporiiododireito.com.br/sobre-o-poder-judiciario-brasileiro-e-o-risco-do-estado-de-excecao-no-brasil-em-defesa-do-regime-constitucional-democratico-em-tempos-de-morogatei-por-alexandre-gustavo-melo-fra/>.

⁷ Quando retomamos este texto, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento das ADCs n. 43, 44 e 54 que buscam a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal. Sobre isso, ver o essencial artigo de Lenio Streck em <https://www.conjur.com.br/2019-out-21/streck-lendas-mitos-senso-comum-presuncao-inocencia>.

⁸ Bastante ilustrativo disso, a posição do Min. Barroso no HC n. 126.292, disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-mai-11/apenas-0035-recursos-stf-absolveram-reus-barroso>. Uma tentativa anterior à do Min. Barroso de justificação *estatística* da relativização da presunção de inocência já havia sido tentada pelo Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, tento merecido uma crítica certa por parte de Lenio Streck (Cf. <http://www.conjur.com.br/2016-abr-25/janot-cria-metodo-juridico-estatistica-nao-counta-tudo>). Incrivelmente, cabe desde já dizer, mesmo para aqueles que defendem a ideia de mutação constitucional, não apenas a adoção de uma suposta mutação *contra legem*, mas também a própria pretensão por parte dos ministros de literalmente decretarem uma mutação constitucional, um processo classicamente tido como não voluntarístico (Cf. PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2012).

direitos por parte do Judiciário, quando passa a desprestigiar garantias constitucionais processuais, seja no caso da chamada “relativização da presunção de inocência”, como também no caso da chamada *Operação Lava Jato*.

Em verdade, é dever da doutrina repensar criticamente a atuação do Poder Judiciário na construção do Estado Democrático de Direito e em uma democracia sempre aberta a incorporar novos sujeitos e novos direitos. É o momento candente para tentarmos, mais uma vez, proceder àquilo que Lenio Streck chama, inclusive, de *constrangimento epistemológico*, um papel a ser desempenhado por uma doutrina comprometida com a Constituição democrática.

1. O julgamento do HC. n. 126.292 e uma pretensa “mutação constitucional”⁹.

Com apreensão, assistimos à proclamação do resultado do julgamento do HC. n. 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 17 de Fevereiro de 2016 (publicado no DJ. 17.05.2016). Nessa decisão o Supremo Tribunal Federal alterou entendimento anterior (HC. n. 84.078/MG) e considerou ser possível a execução provisória da pena após o julgamento pela 2ª instância. Assim, passa o Tribunal a entender que, por razões, inclusive, de eficácia no combate à impunidade e à criminalidade, o princípio da presunção da inocência (ou da não culpabilidade) exaure-se com a confirmação da sentença penal condenatória em 2ª instância, afastando-se a exigência constitucional do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da Constituição da República). Votaram com o Relator, Min. Teori Zavascki, os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes e restaram vencidos a Ministra Rosa Weber e os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

⁹ Uma primeira versão encontra-se publicada em <http://emporiiododireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica/>.

No voto do Ministro Teori Zavascki¹⁰, condutor do resultado, ficou expresso em suas razões que a presunção de inocência tem fim no juízo de culpabilidade realizado pelas instâncias ordinárias, já que eventuais recursos de natureza extraordinária para o STF e para o STJ, em nosso ordenamento, não se prestam ao reexame de fatos e provas. Ademais, o Relator também realiza analogia com a Lei de Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010) que consagra inelegibilidade quando houver condenação por alguns crimes proferida por órgão colegiado. Ainda, cita legislações e entendimentos de países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, indicando que nesses países a execução penal tem início *antes* do trânsito em julgado da sentença condenatória.

No entanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal, a um só tempo, desconsidera frontalmente o texto constitucional (art. 5º, LVII, da Constituição da República), Tratados Internacionais – que o próprio Estado Brasileiro ratificou como a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, n. 2¹¹) –, a própria legislação processual penal (art. 283 do Código de Processo Penal) e também sua própria jurisprudência (HC 84.078/MG, de 05/02/2009¹²).

O Ministro Marco Aurélio foi enfático em reconhecer que “o Supremo acabou de rasgar a Constituição”¹³ e acrescentaríamos: rasgou a Constituição, documentos internacionais, a própria lei vigente e, por corolário, o Estado de Direito e além também da sua própria jurisprudência.¹⁴

¹⁰ Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/leia-voto-relator-prisao-condenado-segundo-grau>

¹¹ “2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (grifos nossos). Sobre o modo com que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos interpreta o *Pacto de San José* quanto à toda espécie de “prisões preventivas” (ou seja, de “todo o período de privação de liberdade de uma pessoa suspeita de haver cometido um delito, ordenado por uma autoridade judicial e anterior ao trânsito em julgado da sentença”) em face do direito à presunção de inocência, ver em especial o “Relatório sobre o uso das prisões preventivas nas Américas”, disponível em www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf. Texto integral em espanhol, disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>.

¹² Ementa disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>.

¹³ Fala aos jornalistas, disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/stf-decide-reu-presos-depois-decisao.pdf>, acesso em 19 de Fevereiro de 2016.

¹⁴ Já bastaria isso para afirmar que com tal postura o STF vira completamente às costas para a virtude democrática da Integridade do Direito, como defendida por Ronald Dworkin em: DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [Direito e Justiça], o que já é suficiente para

Logo após a divulgação do resultado, vozes se levantaram contra o resultado analisando o citado *Habeas Corpus* sob os seus diversos vieses. Para Leonardo Isaac Yarochevsky:

“A decisão do STF atingiu o coração do princípio da presunção de inocência, mas, oxalá, permita que ele sobreviva como princípio, como princípio constitucional, como princípio do Estado Democrático de Direito. Estado Democrático de Direito, que não se satisfaz simplesmente com a democracia formal, mas sobretudo um verdadeiro Estado Democrático de Direito que efetivamente garanta os direitos fundamentais e onde prevaleça a maximização da liberdade e a minimização do poder punitivo estatal”.¹⁵

Thiago Bottino escreveu alertando para o fato de que estatísticas comprovam que muitas vezes a utilização do *Habeas Corpus* serviu para reformar decisões condenatórias proferidas pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Regionais Federais, além do que se o problema fosse o excesso de recursos para o trânsito em julgado da sentença, então, somente o Poder Legislativo através de Emenda à Constituição teria legitimidade para modificar a situação e não o Supremo Tribunal Federal, já que não teria legitimidade, nem mandato para tanto¹⁶.

Emílio Peluso Neder Meyer levanta sérios problemas jurídicos quanto a ~~essa~~ decisão do STF no *Habeas Corpus* n. 126.292. Ela é violadora de texto expresso da Constituição, expressa ausência de integridade no julgamento, critica a suposta oposição entre questão de fato e de direito, chama atenção para o retrocesso na proteção dos direitos fundamentais e a ilegitimidade no controle de constitucionalidade por ofensa tanto à perspectiva liberal, quanto à concepção republicana e a uma concepção procedimentalista¹⁷.

afirmar que há um erro de julgamento essencial, que deverá ser corrigido pela própria jurisprudência do Tribunal sob pena de enraizarmos ainda mais tal exegese avessa à proteção de direitos fundamentais.

¹⁵ YAROCHEVSKY, Leonardo Isaac. Com decisão do Supremo, presunção de inocência está na UTI. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/leonardo-yarochevsky-presuncao-inocencia-uti>

¹⁶ Texto disponível em: <http://jota.uol.com.br/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena>.

¹⁷ Texto disponível em: <http://jota.uol.com.br/presuncao-de-inocencia-ate-a-condenacao-em-segunda-instancia>. Para uma crítica à oposição artificial entre questões de fato e de direito, ver: BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2012.

Também o texto de Cezar Roberto Bitencourt e de Vania Barbosa Adorno Bitencourt, em que asseveram o autoritarismo da Corte por, ao tentar agir como guardião da Constituição, agir na verdade por reescrevê-la e desconsiderar direitos fundamentais, além de gerar imensa insegurança jurídica¹⁸.

E, por fim, Lenio Streck¹⁹ questiona se a postura adotada pelo Min. Teori Zavascki seria diferente, afinal, da anteriormente adotada, quando este era Ministro do STJ, no que se refere à exigência, defendida por esse mesmo Ministro, de que uma declaração de inconstitucionalidade de dispositivos normativos deve ser sempre explícita. Assim, se não houve uma declaração explícita de inconstitucionalidade do disposto no art. 283 do Código de Processo Penal, pela decisão do Supremo Tribunal Federal, bem como não houve edição de enunciado de súmula vinculante quanto ao entendimento adotado naquela decisão, os tribunais; portanto, bem podem não seguir esse entendimento que, conforme Lenio Streck, seria, então, precário, isolado e não amadurecido.²⁰

Obviamente, aderimos às críticas feitas pelos autores acima citados²¹. O que o Supremo Tribunal Federal parece esquecer é que o direito à presunção de inocência é, antes de qualquer coisa, um princípio processual, uma garantia processual e uma regra de argumentação processual. Significa simplesmente que quem tem o ônus da prova é quem acusa e não quem se defende. A presunção de inocência é um princípio basilar do

¹⁸ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>. Sobre o papel do STF como “guardião da Constituição”, vale lembrar a advertência da Maria Fernanda: “Justamente porque o STF tem a última palavra sobre o que é a Constituição, ele não pode agir como se tivesse a última palavra sobre o que é a Constituição” (SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. O papel político do Supremo Tribunal Federal e a hermenêutica constitucional: considerações a partir da teoria, da cultura institucional e da jurisprudência. *Revista do Curso de Direito da Faculdade Metodista Isabela Hendrix*, v. 1, 1º sem. 2003, p. 107. Disponível em: <http://migre.me/t3MKr>).

¹⁹ STRECK, Lenio. Teori do STF contraria Teoria do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>.

²⁰ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Vale a pena também considerar as colocações de Luciano Feldens e Débora Poeta em Prisão segue condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/prisao-segue-condicionada-transito-julgado-sentenca>

²¹ Cf. também, entre outros, Délio Lins e Silva em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/lins-silva-stf-julgou-materia-requerenda-nuvem-mediocridade>. E Borges D'Urso em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/luiz-durso-antecipar-cumprimento-pena-desastre-humanitario>.

sistema acusatório, do devido processo legal e do modelo constitucional do processo penal nos Estados Democráticos de Direito. Além do que a Constituição da República determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, até decisão condenatória irrecorrível (embora o sistema ainda admita meios autônomos de impugnação de decisões judiciais). A comparação com outros países apenas poderia fazer sentido se nossa Constituição não dissesse aquilo expressamente e, de outro lado, em todos os países citados pelo STF a regra sobre prisão antes do trânsito em julgado advém da lei e não de criação jurisprudencial.

Em face da controvérsia que se criou em torno da decisão do STF²², o que também nos causa estranheza é a adesão, em maior ou menor medida, por parte de alguns autores, ao entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292; ou, ao menos, quanto à impossibilidade de se questionar essa decisão em face do Direito Internacional de Proteção aos Direitos Humanos.

Oscar Vilhena Vieira, por exemplo, em entrevista à *Folha de São Paulo*, afirma textualmente que é a favor da decisão e que “o Supremo seguiu o padrão internacional, que é a dupla jurisdição. Nos EUA é diferente: a prisão ocorre logo após a decisão de primeira instância. O Brasil estabelecer um duplo grau de jurisdição não é um atentado à democracia”²³. Com efeito, Oscar Vilhena Vieira sustenta seu ponto de vista em uma suposta superioridade de outros ordenamentos jurídicos, como se: *já que é assim nos EUA, então em nosso país periférico deve ser também assim*. Esquece-se o autor de mencionar que os EUA são, no que toca ao campo processual penal e prisional, tudo menos um exemplo a ser seguido: a maior população carcerária do mundo; um sistema que, como o nosso, se concentra nos mais pobres e negros (além de hispânicos, no caso dos EUA); um país, enfim, que sustenta uma prisão ilegal e violadora de

²² Ver, p. ex., de um lado, <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opinio-publica-antecipar-pena>. E, de outro, <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/ajufe-comemora-decisao-prisao-condenacao-grau>.

²³ Entrevista disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1740916-decisao-do-supremo-nao-viola-a-democracia-afirma-pesquisador.shtml>.

todos os Tratados Internacionais possíveis localizada em Guantánamo. Ademais, o mesmo autor, contudo, reconhece que o Supremo Tribunal Federal realizou uma *mudança* na própria Constituição, sendo que “o ideal seria que a mudança fosse feita por meio de uma emenda constitucional”²⁴, mas “como o Congresso jamais aprovaria tal mudança”²⁵, então está justificada a mudança feita pelo Supremo Tribunal Federal.

Em primeiro lugar, a comparação que faz o autor nos parece inadequada, posto que ela pretende sustentar-se no argumento de uma suposta autoridade que o sistema jurídico norte-americano teria sobre os chamados países “periféricos”. Assim, cabe perguntar: os Estados Unidos são mesmo um modelo de democracia para todo o mundo, inclusive para nós? Por lá, não existem violações a direitos fundamentais? Basta lembrarmos que esse tipo de argumento pode bem esconder uma tentativa de legitimação através de uma violência simbólica por parte de uma “inteligência” com ares de crítica, para consolidar a dominação do modelo de privilégios da elite e dos chamados países centrais na espoliação dos países periféricos²⁶. Uma análise do direito norte-americano e do instituto da presunção de inocência, portanto, deve ser realizada com os rigores metodológicos que o direito comparado requer; fora daí é pura *tolice da inteligência brasileira*, no sentido de Jessé Souza.

²⁴ Entrevista disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1740916-decisao-do-supremo-nao-viola-a-democracia-afirma-pesquisador.shtml>.

²⁵ Entrevista disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1740916-decisao-do-supremo-nao-viola-a-democracia-afirma-pesquisador.shtml>.

²⁶ Comentando essa exaltação da sociedade americana, Jessé Souza bem elucida: “A cereja do bolo desse quadro pseudocrítico da sociedade brasileira é a ideia de que existem sociedades sem jeitinho, ou seja, sem influência de relações pessoais poderosas decidindo o destino de pessoas concretas, muito especialmente nessa sociedade de conto de fadas para adultos que são os Estados Unidos aos olhos de nossos liberais conservadores. Os Estados Unidos seriam a sociedade da *accountability*, da confiança interpessoal, do respeito à lei impessoal, e da igualdade como valor máximo. Tudo como se o policial norte-americano não batesse com mais força no latino e nos negros pobres, como se o governo, na mutreta e sem assumir, não espionasse aliados e inimigos, como se o eufemismo da desregulação do mercado financeiro – o que é afinal desregular senão abdicar de qualquer controle intencionalmente? – não fosse a senha para corrupção aberta por meio de mecanismos financeiros com um só ganhador: os bancos norte-americanos que se apropriam por meios frequentemente duvidosos do excedente econômico do planeta inteiro. O interesse aqui não é obviamente praticar antiamericanismo, sentimento do qual estou a anos-luz de distância, é apenas irritação contra esse tipo de admiração basbaque e infantil de tão cândida com relação a sociedades tão imperfeitas e dignas de crítica quanto qualquer outra sociedade humana existente” (SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: LeYa, 2015. p.88).

Um dia depois de sua entrevista, Oscar Vilhena Vieira, agora em artigo publicado no mesmo veículo, escreve sobre o tema. Explicando que o ministro Cezar Peluso encaminhou ao Congresso proposta de emenda à Constituição, em 2011, para transformar os recursos especiais e extraordinários em verdadeiras revisões criminais, com o intuito de *agilizar* os processos penais e também reduzir a impunidade, e como o Congresso se manteve omissos em relação a essa emenda, o Supremo Tribunal Federal se insurgiu possibilitando a execução da pena antes do trânsito em julgado. Assim, o autor questiona: “Afim, é assim que ocorre em grande parte das democracias contemporâneas. Por que deveria ser diferente no Brasil?”²⁷. Conclui, então, dizendo:

“Parece sensato. Ocorre, porém, que a Constituição brasileira é diferente das demais. É o ‘trânsito em julgado’ e não o ‘duplo grau’ que estabelece o momento a partir do qual se pode executar uma sentença. É o que está escrito. Não há dúvida de que a ‘benevolência’ constitucional gera morosidade e favorece a impunidade. Corrigir a Constituição, no entanto, não é função do Supremo”²⁸.

O autor, em um primeiro momento, disse que o Supremo Tribunal Federal teria feito aquilo que o Congresso se omitiu para, então, depois dizer que não caberia ao Supremo Tribunal Federal fazer o que fez. Mas que nas “democracias *decentes*” é assim que ocorre, diferentemente da “Constituição *benevolente*” que temos. É bem claro que o autor recua no artigo em relação à opinião manifestada na entrevista, mas não deixa isso claro e nem tem a coragem de dizer que voltou atrás. O que ele também não diz nesse segundo texto é o porquê de a nossa Constituição ser tão “benevolente”; contudo, cremos ser possível ajudá-lo nesse sentido: 20 anos de regime ditatorial, no qual as garantias fundamentais mais básicas foram violentadas à exaustão, talvez só isso já esclareça a razão da

²⁷ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenvieira/2016/02/1741320-presuncao-de- inocencia.shtml>, acesso em 21 de Fevereiro de 2016.

²⁸ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenvieira/2016/02/1741320-presuncao-de- inocencia.shtml>, acesso em 21 de Fevereiro de 2016.

Constituição “cidadã” ter tanto cuidado em proteger aquele que está sujeito à violência do Estado. Isso para não falarmos de um sistema direcionado, desde sempre, para um tipo específico de *clientela*, para quem o Estado aparece, normalmente, apenas como violência e força. Interessante é ler a crítica de alguns segundo a qual quem tem recursos pode pagar um bom advogado para que este se valha dos “mecanismos” que supostamente teriam sido criados para protelar uma condenação. O problema, então, não seria, por um lado, coibir em concreto situações de abuso e, por outro, garantir meios adequados de defesa a todos? Para resolver uma distorção precisamos jogar fora “a água da banheira com a criança dentro”?

Essa “mudança” realizada pelo Supremo Tribunal Federal só poderia ser, segundo alguns, uma tentativa de “mutação constitucional”. Mas é possível falar em mutação *constitucional contra legem*?

Advogando o que seria uma pretensa “mutação constitucional”, cabe tecer algumas considerações sobre o artigo de José Ribas Vieira e Ranieri Lima Resende. Esse texto busca, sobretudo, analisar se eventualmente a decisão do STF teria ou não ofendido a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica²⁹. Respeitosamente, cabe dizer, desde já, que discordamos do ponto de vista apresentado pelos autores.

Antes de tudo, é preciso lembrar que a ideia de “mutação constitucional” é pensamento oriundo da crise do positivismo alemão do final do século XIX e início do século XX, uma tentativa de solução ou de explicação sociológica para um problema hermenêutico.³⁰

Veja-se bem, falar em uma “mutação constitucional”, já de início, aponta para uma saída que somente faz sentido dentro da tradição do Positivismo Jurídico. Que a Ciência Jurídica de outrora faça uso de tal leitura é ainda compreensível. Contudo, juristas atuais defenderem a

²⁹ Disponível em: <http://jota.uol.com.br/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-cao-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>.

³⁰ Cf. JACOBSON, Artur J. e SCHLINK, Bernhard. *Weimar: A Jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California, 2000, p. 46; p. 54-57; e: PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012.

possibilidade de “mutações constitucionais” pode soar, no mínimo, anacrônico. Seja porque o paradigma jurídico atual reivindica normatividade para os princípios jurídicos, seja porque esse mesmo paradigma exige que se leve em consideração de forma adequada o papel do judiciário em uma democracia.

Dessa forma, é necessário um rápido olhar sobre o que significa epistemologicamente a doutrina de uma “mutação constitucional”, a partir do contexto de seu desenvolvimento, até para espancar qualquer dúvida acerca da imprestabilidade de seu uso no momento atual:

- Em um primeiro momento, a referência a essa ideia é feita em face de efetivas mudanças de interpretação da Constituição do Império Alemão, de 1870, constituindo a “mutação constitucional” uma espécie de explicação para essas mudanças, percebidas, sobretudo, pela Teoria do Estado como um problema de defasagem entre o texto constitucional e as práticas sociais.³¹
- Em um segundo momento, a ideia de “mutação constitucional” ressurge no contexto do debate sobre a crise dos métodos jurídicos na Alemanha.³² Nesse contexto, Dau-Lin³³ afirmará – baseando-se em Smend – que as “mutações constitucionais” são elementos fundamentais para a manutenção da unidade do Estado. Disso ele tira uma conclusão pessimista: *não há nenhum mecanismo jurídico que seja capaz de controlar as instâncias mais altas do Estado e de vinculá-las ao cumprimento da Constituição*.³⁴

Com isso, nos parece que a doutrina constitucional brasileira defensora de uma “mutação constitucional” parece olvidar – seja por déficit epistemológico, ou talvez por uma perversidade ideológica – que historicamente a figura de uma “mutação constitucional” sempre foi utilizada pela história constitucional para uma “desculpa elegante” para justificar o descumprimento da Constituição e o decisionismo de um Judiciário

³¹ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

³² PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012, p. 101.

³³ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Cristian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

³⁴ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012, p. 119-120.

descomprometido com bases democráticas, revivendo as célebres palavras de Lassalle e reduzindo a Constituição a uma *mera folha de papel*. Como afirmam Lenio Streck, Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Marcelo Cattoni:

“Em síntese, a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode *inventar* o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia”.³⁵

Também deveria ser estranho – ou pelo mesmo vergonhoso – notar que se realizarmos uma pesquisa empírica sobre os julgados do Supremo Tribunal Federal,³⁶ este tem uma jurisprudência absurdamente vacilante e frágil acerca do conceito do que seja uma “mutação constitucional”; de modo a reduzir anos de teoria e história do constitucionalismo alemão a um mero

³⁵ STRECK, Lenio; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; CATTONI, Marcelo. *A nova perspectiva do STF sobre controle difuso*. Disponível em http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso. Citamos todo o trecho: “Não se pode deixar de frisar, destarte, que a mutação constitucional apresenta um grave problema hermenêutico, no mínimo, assim como também de legitimidade da jurisdição constitucional. Com efeito, a tese da mutação constitucional é compreendida mais uma vez como solução para um suposto hiato entre texto constitucional e a realidade social, a exigir uma “jurisprudência corretiva”, tal como aquela a que falava Bülow, em fins do século XIX (veja-se, pois, o contexto histórico): uma jurisprudência corretiva desenvolvida por juízes éticos, criadores do Direito” (Gesetz und Richteramt, Leipzig, 1885) e atualizadores da constituição e dos supostos envelhecimentos e imperfeições constitucionais; ou seja, mutações constitucionais são reformas informais e mudanças constitucionais empreendidas por uma suposta interpretação evolutiva. Essa tese foi formulada pela primeira vez em fins do século XIX e inícios do século XX por autores como Laband (Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, Dresden, 1895) e Jellinek (Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, Berlim, 1906), e mereceu mais tarde conhecidos desenvolvimentos por Hsü-Dau-Lin (Die Verfassungswandlung, Leipzig, 1932). Como bem afirmam os professores Artur J. Jacobson (New York) e Bernhard Schlink (Berlim), em sua obra *Weimar: A Jurisprudence of crisis* (Berkeley: University of California, 2000, p. 45-46), o dualismo metodológico positivismo legalista-positivismo sociológico que perpassa toda a obra de Jellinek *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (Berlim, Häring, 1906) e que serve de base para a tese da mutação constitucional (*Verfassungswandlung*), impediu o jurista alemão de lidar normativamente com o reconhecimento daquelas que seriam “as influências das realidades sociais no Direito”. A mutação constitucional é assim tida como fenômeno empírico e não é resolvido normativamente: “Jellinek não apresenta um substituto para o positivismo legalista, mas apenas tenta suplementá-lo com uma análise empírica ou descritiva dos processos político-sociais”. Na verdade, o conceito de mutação constitucional mostra apenas a incapacidade do positivismo legalista da velha *Staatsrechtslehre* do Reich alemão de 1870 em lidar construtivamente com a profundidade de sua própria crise paradigmática. E não nos parece que esse fenômeno possua similaridade no Brasil. E mesmo em Hsü-Dau-Lin” (referido pelo ministro Eros Grau) e sua classificação “quadripartite” do fenômeno da mutação constitucional não leva em conta aquilo que é central para o pós-segunda guerra e em especial para a construção do Estado Democrático de Direito na atualidade: o caráter principiológico do direito e a exigência de integridade que este direito democrático expõe, muito embora, registre-se, Lin tenha sido discípulo de Rudolf Smend, um dos primeiros a falar em princípios e espécie de fundador da doutrina constitucional alemã pós-segunda guerra.”

³⁶ O que foi de fato levada a cabo na obra PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012, p. 52.

recurso retórico (vazio de significação), seguidamente repetido. Isto é, banalizou-se a noção no interior do Supremo Tribunal Federal de que quando algum Ministro quer proferir uma decisão inovadora, este alega proceder a uma “mutação constitucional” (onde muitas vezes é mesmo caso, se não de emenda, ao menos de percepção mais sofisticada hermeneuticamente e politicamente responsável da dinâmica constitucional).

De mais a mais, admitir a mutação constitucional é pretender que o sistema jurídico seja um conjunto de regras apenas, ignorando por completo a dimensão principiológica existente em um Ordenamento Jurídico, sob as balizas do paradigma pós-positivista, como já afirmamos. Logo, tal instituto não se sustenta ao descobrirmos que o direito deve ser pensado a partir de um projeto coletivo de uma comunidade de princípios e que a interpretação deve sempre ter um caráter construtivo.³⁷ Por isso, deve-se substituir a ideia de “mutação constitucional” pela integridade na construção interpretativa do direito.³⁸

E, ainda, mesmo para aqueles que admitem a sua utilização, jamais se admite interpretações *contra legem*, - interpretações contrárias ao próprio texto constitucional (o que Dau-Lin denominada por mutação inconstitucional e tanto condenava)³⁹ - e ainda, que a “alteração de sentido” a que se chama de mutação não seria algo “construído” pelo Judiciário, mas apenas reconhecido pelo mesmo.⁴⁰

Mesmo admitindo a “mutação constitucional” – o que já não se sustenta na atual quadra histórica do Direito, pois agir assim significaria

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

³⁸ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012.

³⁹ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Cristian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

⁴⁰ Por isso o desacerto na defesa de mutação tal qual pretendida por Gilmar Mendes quando votou na Reclamação n. 4335: ao fim e ao cabo, era o STF – ou, mais precisamente, o Min. Gilmar – quem pretendia que teria havido uma mudança na Constituição, implicando em uma revogação tácita de dispositivo constitucional. Mesmo dentro da teoria da mutação constitucional a tese não se sustentava porque, no caso, não se encontrava qualquer indício – fora da vontade expressa pelo Ministro em seu voto – de que tivesse surgido uma expectativa generalizada sobre a questão. Cf. STRECK, Lenio; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; CATTONI, Marcelo. *A nova perspectiva do STF sobre controle difuso*. *Consultor Jurídico*, 03.08.2007. Disponível em http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso.

ignorar o Direito como formado a partir conjunto de princípios norteados pela integridade – é de se chegar à conclusão de que o seu pretenso emprego fora feita em completo descompasso com o texto constitucional e, ainda, com uma argumentação de fundo *utilitarista* com o objetivo de suprimir direitos e garantias, o que torna tudo ainda mais grave – é dizer, o argumento de um juiz/Tribunal deve ser guiado por questões de princípio e não de política; deve decidir porque assim diz a melhor leitura do Direito e não porque isso vai gerar uma melhor sensação de segurança ou de uma resposta àquele setor punitivista da opinião pública.

Se o Tribunal fosse defender a tese de uma “mutação”, ele precisaria enfrentar a história institucional que veio antes dele, mostrando uma mudança social de interpretação que tenha gerado uma leitura diversa – e plausível constitucionalmente – do instituto. Mas por óbvio isso não aconteceu.

Há uma exigência de fundo face aos tribunais em geral, mas, principalmente, aos Tribunais de cúpula, que construam entendimentos estáveis. Assim, eles têm um ônus ainda maior quando pretendem superar entendimentos anteriores; não podem, pois, simplesmente inovar sem enfrentar as razões (a *ratio decidendi*) postas no caso anterior. Não por outra razão o que dispõe o CPC/2015 no inciso VI do §1º do art. 489⁴¹. Não é possível que a única razão para que o STF decida hoje de forma diferente que ontem seja a composição diversa da Corte: mesmo que haja novas pessoas a ocuparem as cadeiras, a decisão sempre é da instituição e se compreendemos o Direito como um sistema coerente e íntegro, então o Tribunal, para alterar seu posicionamento, precisa enfrentar decisões anteriores e assumir o ônus argumentativo de mostrar que aquelas estavam “equivocadas” e que a melhor leitura é a atual. Isso implica assumir uma teoria dos erros institucionais, como leciona Dworkin.⁴²

⁴¹ THEODORO JR., Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco e PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3ª ed. RJ: Forense, 2016.

⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. [Direito e Justiça].

Cabe repetir: a tese da mutação constitucional, portanto, nada mais é do que a defesa de uma concepção *decisionista* da jurisdição constitucional – logo, antidemocrática –, que acaba por transformar o Supremo Tribunal Federal em um poder constituinte permanente.⁴³

Isso é inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Novamente, o Supremo Tribunal Federal nada mais fez do que “substituir um texto por outro texto”⁴⁴. Veja-se que o que o Tribunal fez, na prática, foi trocar a expressão “até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII da CF/88) por “até acórdão condenatório em 2ª instância” (HC. n. 126.292). Qual a legitimidade da jurisdição constitucional para substituir o texto constitucional?

Ora, há toda uma história institucional que não pode ser simplesmente desconsiderada: trânsito em julgado jamais será, para o Direito Processual, sinônimo de condenação em segundo grau. Simplesmente porque são institutos próprios. E desconsiderar essas diferenças é desprestigiar o princípio constitucional do devido processo legal.

Para além da referência a uma suposta “mutação constitucional”, o texto de José Ribas Vieira e de Ranieri Lima Resende defende que a decisão do Supremo Tribunal Federal não ofende qualquer dispositivo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nem qualquer precedente da Corte Americana de Direitos Humanos, já que não há qualquer garantia convencional de cumprimento da sentença condenatória condicionada ao trânsito em julgado⁴⁵.

Além de o artigo de Ribas e Resende infelizmente desconhecer inteiramente o entendimento da Comissão Interamericana de Direito Humanos sobre o direito à presunção de inocência, especialmente frente às chamadas

⁴³ STRECK, Lenio; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont`Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista Argumenta*, n. 7, ano 2007, p. 45-68.

⁴⁴ STRECK, Lenio; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont`Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista Argumenta*, n. 7, ano 2007, p. 45-68.

⁴⁵ Disponível em: <http://jota.uol.com.br/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>.

prisões decretadas antes do trânsito em julgado de decisões condenatórias, como no caso do “Relatório sobre o uso das prisões preventivas nas Américas”⁴⁶, cabe lembrar que a Convenção Americana exige dos Estados signatários o respeito ao sistema de garantias que esses próprios Estados legalmente adotam. Ora, não é nem preciso adotar a tese do transconstitucionalismo para perceber, em razão das remissões recíprocas entre a Constituição e o Pacto de San José, que o desrespeito ao próprio sistema de garantias legal e constitucionalmente adotados internamente também viola o Pacto e o Direito Internacional de Proteção aos Direitos Humanos (especificamente, art. 8º, n. 2, primeira parte, da Convenção Americana).

Ademais, essa decisão do STF sobre a presunção de inocência vem corroborar, arriscadamente, uma linha de relativização em matéria penal e processual penal, que pode bem ser chamada de *jurisprudencialismo penal*. Como sabemos, numa visão garantista, o Direito Penal e o Processo Penal devem submeter-se à legalidade em sentido formal e material. Essa linha de relativização nos parece já estar presente, inclusive, na discussão sobre o “estado de coisas inconstitucional”, na medida em que o Tribunal tenta assumir, ainda que em parte, uma tarefa de governo em matéria de política criminal que cabe constitucionalmente ao Legislativo e ao Executivo, sob o argumento da falência da política.⁴⁷ Mais uma vez, o STF prova que não é papel dele esse tipo de coisa, até porque, em razão de o direito à presunção de inocência ser uma cláusula pétrea, nem mesmo o Congresso democraticamente eleito tem legitimidade para relativizar uma garantia como essa.

Por fim, cabe dizer que a decisão no *Habeas Corpus* n. 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal desrespeita, ademais, a ideia alardeada por

⁴⁶ Cabe conferir o modo com que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos interpreta o *Pacto de San José* quanto ao direito de **presunção de inocência**, frente a toda espécie de “prisões preventivas” (ou seja, de “todo o período de privação de liberdade de uma pessoa suspeita de haver cometido um delito, ordenado por uma autoridade judicial e anterior ao trânsito em julgado da sentença”). “Relatório sobre o uso das prisões preventivas nas Américas”, disponível em www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf. Texto integral em espanhol, disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>.

⁴⁷ Para uma crítica certaíra à ideia de “Estado de coisas inconstitucional”, ver STRECK, Lenio. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>.

tantos quanto à “proibição do retrocesso”⁴⁸. Se o STF alcançou um certo entendimento mais favorável, como é possível que pouco tempo depois volte atrás? Temos visto muitos dos que saúdam essa decisão do STF dizendo que até 2009 esse era o entendimento e que apenas em 2010 é que houve mudança. O que este argumento está sustentando – inclusive refazendo um histórico pré-88 – é que o erro do passado deve prevalecer? Ora, se o STF em 2010 enfrentou entendimentos anteriores e avançou para uma nova compreensão que percebeu mais adequada ao atual constitucionalismo, qualquer novo entendimento dos Tribunais no sentido de “andar para trás” precisará estar escorado em uma mudança da Constituição, uma vez que o caráter aberto de interpretação do texto constitucional se dá apenas em um sentido: o da ampliação dos direitos e dos sujeitos de direitos: §2º do art. 5º da Constituição da República. Aliás, para aqueles que gostam de citar “o exemplo dos EUA”, vale lembrar que cláusula similar se encontra na Emenda n. IX da Constituição daquele país.⁴⁹

Mais uma vez, com tudo isso, vem à memória a advertência de Boaventura de Sousa Santos quanto aos perigos do ativismo judicial, já que tanto pode caminhar em um sentido progressista quanto conservador; neste último caso, configurando uma verdadeira “contrarrevolução jurídica”.⁵⁰

2. Pelo Estado Democrático de Direito contra os riscos do atual “Estado Tutelar de Polícia”⁵¹

Falávamos acima sobre a decisão do STF no HC. n. 126.292. Pois bem, passados alguns dias daquela decisão e já pudemos sentir a tônica que os

⁴⁸ Cabe reconhecer que Ribas e Rezende, ao final de seu texto, referem-se, contudo, a esse problema. Cf. <http://jota.uol.com.br/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-cao-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>

⁴⁹ “A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo”.

⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A contrarrevolução jurídica*. Disponível em: <<http://www.uc.pt/iii/novidades/CES-boaventura-contrarevolucao12-09>>.

⁵¹ Uma versão anterior deste tópico foi publicada em <http://emporiadodireito.com.br/em-defesa-do-estado-democratico-de-direito-contra-o-risco-atual-do-estado-tutelar-de-policia-uma-critica-ao-desrespeito-judicial-a-constituicao-e-a-legislacao-processual-penal-no-brasil-por-alexand/>.

tribunais lhe darão. Mais uma vez, o sentido da Constituição e da lei estão em disputa.

É bem verdade que, fôssemos um sistema jurídico acostumado a lidar com os precedentes, os Tribunais e os juízes poderiam praticar um verdadeiro *sub silentio overruling*⁵² ou uma superação implícita da decisão do STF, sem falar na erosão do precedente para se chegar a uma decisão oposta ao decidido, o chamado *undermining*⁵³. Para tanto, bastaria que os Tribunais e juízes aplicassem um artigo de lei ainda em vigor que, ao que tudo consta, não foi objeto de declaração de inconstitucionalidade, o art. 283 do CPP.

Mas a recepção que a ideia de precedentes sofreu em nosso sistema jurídico é a de que eles não servem no processo de argumentação das partes – como ocorre nos países de *common law* –, mas sim como ponto final do processo de argumentação⁵⁴. Assim, as decisões proferidas pelas mais altas Cortes são cegamente seguidas pelos juízes inferiores, que não se preocupam em aplicar o direito à sua melhor luz no caso concreto, nem em aplicar o direito reconstruindo as circunstâncias do caso em questão e comparando-as às circunstâncias do caso precedente, como Dworkin⁵⁵ e Günther⁵⁶ nos ensinam.

Daí que a consequência é trágica para o ordenamento, como se vê no caso que aqui analisamos. De um lado, não se aplica adequadamente o precedente e, de outro, desconsideram-se as normas legais vigentes. Ou seja, não somos um sistema de *common law* e estamos deixando de ser um sistema de *civil law*⁵⁷. Sistemas de jurisdição mista (*mixed jurisdiction*) são uma tendência mundial (dos dois lados dos grandes sistemas “puros”);

⁵² GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 35.

⁵³ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *El precedente en el derecho ingles*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 158.

⁵⁴ BAHIA, Alexandre; BACHA E SILVA, Diogo. O novo CPC e a sistemática dos precedentes: para um viés crítico das reformas processuais. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, p. 38 a 71, jan./jun. 2015.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁵⁶ GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: Application discourses in morality and law*. Trad. John Farrell. New York: State University of New York, 1993.

⁵⁷ BACHA E SILVA, Diogo. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas civil law e common law. In: *Direito jurisprudencial: volume II*. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MARINONI, Luiz Guilherme; MENDES, Aluisio Gonçalves (orgs.). São Paulo: Editora RT, 2014.

contudo, o que deve haver é uma soma – de experiências, de práticas, de esforços, de ganhos havidos nas tradições – e não o abandono de todos os ganhos da construção anterior em troca de uma vulgata do novo.

Igualmente, diríamos, também correremos o sério risco de estarmos abandonando o Estado de Direito (*Rule of Law*) para estabelecermos uma espécie de *Estado Tutelar de Polícia*, um verdadeiro “estado de exceção interpretativo”, como alerta Lenio Streck⁵⁸.

Assim, veja-se que o Superior Tribunal de Justiça, no dia 03 de março de 2016, através de sua Sexta Turma, julgou Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.484.415/DF (Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe. 14.04.2016), para determinar a execução da pena do ex-Deputado Distrital e ex-Governador Benedito Domingos, que foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, sem que houvesse o trânsito em julgado da referida condenação⁵⁹ – e a justificativa que foi dada foi a referida mudança de entendimento do STF.

Nesse caso, o Ministério Público postulou nos autos do Recurso Especial a expedição de mandado de prisão, à vista do entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, muito embora houvesse embargos de declaração apostos pela defesa.

Nosso objetivo não é, obviamente, discutir o caso concreto e as circunstâncias que os cercam. Pretendemos problematizar a forma inadequada com que o Superior Tribunal de Justiça procurou seguir o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado de decisão condenatória.

Nos termos do voto do Relator, Min. Rogério Schietti Cruz, no item que se refere ao novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, quer ele fazer crer que o STF aplicou entendimento “mite” ou “dúctil” de Gustavo Zagrebelsky “para quem o direito é disciplina prática,

⁵⁸ STRECK, Lenio. Hermenêutica e positivismo contra o estado de exceção interpretativo. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-25/senso-incomum-hermeneutica-positivismo-estado-excecao-interpretativo>.

⁵⁹ O caso, em junho de 2016, ainda estava pendente de julgamento de Embargos de Divergência opostos contra a decisão.

necessariamente ancorada na realidade”⁶⁰. Segundo confia o Ministro, o julgamento do STF teve como móvel um quadro caótico do processo penal brasileiro, muito em virtude – segundo ele – do alto número de meios recursais existentes no Código de Processo Penal e demais legislações esparsas, contabilizando um total de 20 (vinte) meios recursais e de impugnação aos atos jurisdicionais para a defesa⁶¹: “em diversos pontos dos votos dos eminentes juízes que participaram da sessão ocorrida em 17 de fevereiro próximo passado, assinalou-se, como móvel para a referida guinada jurisprudencial, a gravidade do quadro de ‘desarrumação’ do sistema punitivo brasileiro, máxime por permitir a postergação da definição do juízo de condenação, mercê dos inúmeros recursos previstos na legislação processual penal”⁶².

Assim, está claro para o Relator⁶³ que o entendimento do Supremo Tribunal Federal destinar-se-ia a promover uma “arrumação” no sistema processual brasileiro; apesar de que ele também afirme que o mais adequado seria o caminho legislativo que, no entanto, foi frustrado quando da apresentação da chamada “PEC dos Recursos”.

Isto é, se o Legislativo, ainda que, inclusive, como poder constituinte derivado, não fez seu trabalho ou então pretendeu de início fazê-lo violando as cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, da Constituição, não cabe a um Tribunal assumir tarefa legislativa que não é sua. Noutras palavras, tem-se o agravamento do problema da inércia do Legislativo ou mesmo de sua atuação inconstitucional – se é que o caso da chamada “PEC dos Recursos” é de inércia ou de vontade expressa –, com a avocação espúria de uma espécie de “poder constituinte” por parte de um Tribunal. Ora, se o Supremo Tribunal Federal – assim como qualquer órgão público e cada

⁶⁰ Voto disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/RESp1484415.pdf.

⁶¹ O estranho é que não se viu nenhuma voz do Poder Judiciário atribuindo a culpa da morosidade na escassez de recursos, nos tempos mortos do processo, na má-gestão processual e até na desídia de servidores públicos.

⁶² Voto disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/RESp1484415.pdf.

⁶³ E os que o acompanham: a decisão não foi unânime, havendo dois votos vencidos.

cidadão (nos termos propostos por Peter Häberle⁶⁴) – é um guardião da Constituição, ele não pode se comportar como se fosse “dominus” dela, sob pena de frustrar a coparticipação democrática de todos nos processos constitucionais, *privatizando-a* a alguns poucos.

O Relator, Min. Rogério Schietti Cruz, continua alegando que, em sua “opinião”, a correção do sistema punitivo deveria ser realizada por meio da modificação da redação do princípio da presunção da não culpabilidade. Bastaria, então, “escrever tal princípio em nossa Carta Magna sem fazer referência ao trânsito em julgado da sentença; algo como “todos devem ser considerados inocentes até que se prove o contrário”, ou “o acusado em um processo penal deve ser considerado inocente até que se prove sua culpa.”⁶⁵.

No entendimento do Min. Rogério Schietti Cruz, tal modificação redacional não ofenderia a garantia da vedação de supressão ou abolição dos direitos e garantias individuais (art. 6o, §4º, IV da CR/88), já que manteria incólume o núcleo essencial da presunção de inocência:

“Reafirmo que não se cogita, ainda que remotamente, de abolir ou diminuir essa verdadeira conquista civilizatória. Contudo, preservado o núcleo essencial dessa garantia, não haveria razão para se impedir que, ajustada sua redação por meio de reforma constitucional, fosse alcançado o salutar e desejado equilíbrio entre os interesses individuais e os interesses sociais que permeiam tanto a persecução quanto a punição de autores de condutas criminosas”⁶⁶.

Entretanto, o Relator não escreve nenhuma linha a respeito da proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais e se tal se aplica também ao princípio da presunção de inocência – além de não levar a sério o que dispõe o §4º do art. 6o da Constituição, igualmente parece se esquecer de que, se a Constituição é um projeto aberto, o é para se permitir a

⁶⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre Fabris, 2002.

⁶⁵ Voto disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/RESp1484415.pdf.

⁶⁶ Voto disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/RESp1484415.pdf.

inclusão de novos direitos e de novos sujeitos e nunca o inverso⁶⁷. Com efeito, mesmo aqueles que, como Gomes Canotilho, admitem que o princípio da irreversibilidade não se constitui em um núcleo duro, também acreditam na irrazoabilidade de uma desproporcional e retroativa afetação de direitos subjetivos incorporados ao patrimônio do cidadão⁶⁸.

A questão é que uma pseudo-arrumação que o Poder Judiciário pretende fazer em nosso sistema processual tem uma simples conotação já denunciada tantas vezes por Lenio Streck: ao invés de combatermos a doença, simplesmente matamos o doente.

De fato, a simples modificação redacional de um dispositivo constitucional contribui para a reestruturação da dinâmica processual? Não seria preciso uma modificação no próprio exercício da jurisdição ao invés da ingênua crença de que se mudarmos a sintática de um texto normativo então estariam resolvidos nossos problemas?

De toda forma, toda eventual mudança no sistema processual penal, seja legislativa, seja mesmo pela discutível via jurisprudencial (já que o Direito Processual Penal submete-se à legalidade, a não ser que novo entendimento jurisprudencial seja construído em favor das garantias do acusado), deve respeitar a Constituição da República e não representar um retrocesso em matéria de garantia de direitos fundamentais. Seja o novo entendimento do STF em relação à possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, seja uma proposta de emenda que venha a alterar a redação da Constituição ou da legislação infraconstitucional que desconsidere a exigência do trânsito em julgado da decisão condenatória para a execução da pena, repetimos, é inconstitucional.

O problema maior na fundamentação do voto do Relator, Min. Rogério Schietti Cruz, ainda é o aspecto abordado acerca do art. 283 do Código de Processo Penal e sua relação com o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Ele reconhece que o art. 283 do CPP, com a redação dada

⁶⁷ Como já salientamos acima, citando o §2º, do art. 5º, da CR/88 e a Emenda n. IX à Constituição dos EUA.

⁶⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 111.

pela Lei 12.403/11, veio expressamente aduzir que toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado deveria ser caráter cautelar⁶⁹. No entanto, em face da decisão do STF, a aplicação do art. 283 do CPP deveria ser *afastada*, segundo o Min. Rogério Schietti Cruz, haja vista que tal regra teria como fundamento o princípio da não culpabilidade, que o próprio Supremo Tribunal Federal deu conta de conferir nova interpretação:

[O] “art. 283 do Código de Processo Penal encontra sua essência no princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Logo, se o próprio Pretório Excelso, ao interpretar o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, entendeu pela possibilidade de execução provisória da pena após a prolação de acórdão condenatório, não vejo como uma interpretação a regra infraconstitucional possa contraditar o alcance de sentido que foi emprestado ao princípio que dá sustentação a essa regra infraconstitucional, porquanto, sob a perspectiva kelseniana, as normas inscritas na Carta Maior se encontram no topo da pirâmide normativa, à qual todo o sistema jurídico deve se conformar”⁷⁰.

Jamais iremos nos opor ao fato da Constituição ser o cume de nosso ordenamento jurídico, donde as demais leis devem retirar seu fundamento de validade formal e material. Mas o Min. Rogério Schietti Cruz se esquece de que a Constituição não é aquilo que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é – como se este fosse o superego de uma sociedade órfã, nos termos postos por Ingeborg Maus para criticar o ativismo do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha⁷¹. Fosse assim poderíamos prescindir

⁶⁹ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito **ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.** (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Recentemente, o Conselho Federal da OAB propôs ADC em relação a esse dispositivo, colocando, pois, o STF, nas palavras de Lenio Streck, “em uma sinuca de bico” (Cf. <http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf> e <http://www.conjur.com.br/2016-mai-20/oab-supremo-suspenda-prisoes-antes-transito-julgado>). A petição dessa ADC encontra-se disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/oab-stf-declare-constitucional-prisao.pdf>.

⁷⁰ Voto disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/RESp1484415.pdf, acesso em 05 de Março de 2016.

⁷¹ MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Barreto Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, nov. de 2000. Disponível em http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf. Ver também: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o Judiciário como superego da sociedade. *Revista CEJ*, Brasília, n. 30, jul./set. 2005.p. 10-12. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/672/852>.

de um texto escrito e deixarmos o Supremo Tribunal Federal conduzir nossa vida em sociedade.

Ademais, não é o Superior Tribunal de Justiça o guardião da legislação infraconstitucional, de acordo com suas funções constitucionalmente estabelecidas? Acaso positivo, como o Superior Tribunal de Justiça pode deixar de aplicar as leis vigentes neste País?

Basta lembrarmos que o Supremo Tribunal Federal em nenhum momento declarou a inconstitucionalidade do art. 283 do CPP, fazendo um “drible hermenêutico” (Streck) para aplicar a pena provisoriamente antes do trânsito em julgado.

E a própria decisão do Superior Tribunal de Justiça também realiza um “drible hermenêutico” para evitar a aplicação do art. 283 do CPP. Vale salientar, nos termos com que denuncia Lenio Streck: uma lei só poderá deixar de ser aplicada se: a) se for inconstitucional, declarada em controle difuso ou concentrado, b) se for possível uma interpretação conforme a Constituição, c) se for o caso de nulidade parcial sem redução de texto, d) no caso de uma inconstitucionalidade parcial com redução de texto, e) se se estiver em face de resolução de antinomias e f) no caso do confronto entre regra e princípio⁷².

No caso em questão não nos parece que o Superior Tribunal de Justiça tenha declarado a inconstitucionalidade do art. 283 do CPP. Aliás, com a pretensão de seguir um entendimento jurisprudencial do STF, a decisão acaba por infringir decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal. É que, conforme o enunciado 11 da súmula vinculante do STF, “viola a cláusula de reserva de plenário (CR, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Em primeiro lugar, órgão fracionário, exceto se já houver entendimento anterior do órgão especial, não pode afastar a aplicação da lei no

⁷² Seu rol detalhado está em: STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 605-606.

caso concreto e negando vigência ao ato normativo em vigor, sob pena de violação da regra *full bench* do art. 97, da Constituição da República. Fosse para declarar a inconstitucionalidade do art. 283 do CPP, então o caso deveria ser afetado ao plenário do Superior Tribunal de Justiça que somente seria declarada pela maioria absoluta dos seus Ministros.

Assim, na busca da celeridade processual, o Superior Tribunal de Justiça acaba de dar um tiro pela culatra. É que dessa decisão caberá tanto reclamação ao STF por violação ao entendimento expresso no enunciado 11 da Súmula Vinculante, quanto Recurso Extraordinário com fundamento no art. 97 da Constituição Federal.

Por isso, perguntamos, mais uma vez: qual o papel que deve exercer o Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito? É o da defesa da Constituição e da lei democráticas. E se os sentidos da Constituição e da lei estão em disputa, cabe aos cidadãos, aos movimentos sociais e à sociedade civil organizada lutarem jurídica e politicamente por uma prática institucional que respeite os direitos e as garantias fundamentais, especialmente, contra o sério risco do estabelecimento de um Estado Tutelar de Polícia entre nós.

No dia posterior à decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça e aqui analisada, o ex-Presidente Lula foi conduzido coercitivamente a uma Delegacia da Polícia Federal em um aeroporto em São Paulo para prestar depoimento por meio de decisão dada pelo Juiz Federal Sérgio Moro. Ora, o mandado de condução coercitiva foi determinado por despacho do Juiz sob o argumento, injustificável, de se evitarem confrontos entre manifestantes⁷³.

Tão logo a condução coercitiva ocorria, juristas já corretamente denunciavam a inconstitucionalidade e a ilegalidade da medida, que ofendeu os arts. 218 e 260 do Código de Processo Penal que determinam a

⁷³ Veja-se, pois, o teor do despacho: “Colhendo o depoimento mediante condução coercitiva, são menores as probabilidades de que algo semelhante ocorra, já que essas manifestações não aparentam ser totalmente espontâneas” Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/pf-violou-lei-penal-ordem-moro-conduzir.pdf>.

intimação prévia, tanto para testemunha quanto para acusado, ao ato de “condução coercitiva”⁷⁴.

As associações de magistrados logo se apressaram em emitir uma nota buscando argumentar que não houve excesso ou ofensa à Constituição e às leis vigentes, tal como a nota apresentada pela Associação de Juizes Federais do Brasil (Ajufe)⁷⁵, e nem qualquer apelo midiático por parte da atuação dos agentes públicos no mandado de condução coercitiva.

É bom lembrar que emitir uma nota em termos meramente retóricos não transforma como que em um passe de mágica um ato abusivo, ilegal, inconstitucional em ato válido. No Estado de Direito, não faz o menor sentido que qualquer um que tenha de depor em inquéritos e processos judiciais seja conduzido coercitivamente sem intimação prévia – nunca foi essa a prática anterior e, esperemos, nem será no futuro.

Em verdade, como muito bem afirma Leonardo Yarochevsky, o que houve no caso foi um sequestro, travestido de condução coercitiva⁷⁶, que deverá, inclusive, ser objeto de responsabilização nas mais diferentes esferas.

Analisando os acontecimentos, tanto da decisão do STF e do STJ restringindo garantias constitucionais e, agora, a decisão da Justiça Federal em conduzir coercitivamente o ex-Presidente Lula a depor sem intimação prévia, cabe, mais uma vez, reafirmar o papel constitucional a ser desempenhado pelo Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, o da garantia da Constituição e da lei sem, contudo, que, para isso, se pretenda

⁷⁴ Por todos, o qual subscrevemos, ver: STRECK, Lenio. Condução coercitiva de ex-presidente Lula foi ilegal e inconstitucional. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/streck-conducao-coercitiva-lula-foi-ilegal-inconstitucional> e YAROCHEWSKY, Leonardo. O Estado penal não tem limites. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/o-estado-penal-nao-tem-limites-por-leonardo-isaac-yarochevsky/>. Ver também, entre outros, no mesmo sentido a posição do ex-Ministro da Justiça, do Governo FHC, José Gregori, disponível em http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160303_gregori_lula_pf_ms. Min. Marco Aurélio, do STF, disponível em <http://www.brasil247.com/pt/247/poder/219739/Marco-Aur%C3%A9lio-Moro-atropelou-regras.htm>. Gilberto Bercovici, disponível em <http://www.vermelho.org.br/noticia/277174-1>. Celso Antônio Bandeira de Mello, disponível em <http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2016/03/ato-contra-lula-equivale-a-uma-confissao-de-medo-diz-bandeira-de-mello-6999.html>. Fábio Konder Comparato, disponível em <http://www.vermelho.org.br/noticia/277158-1>. E Pedro Serrano, disponível em <http://www.cartacapital.com.br/politica/eu-tenho-pouca-esperanca-de-que-a-constituicao-e-a-lei-sejam-observados>.

⁷⁵ Disponível em: <http://www.ajufe.org/imprensa/noticias/juizes-federais-rebatem-qualquer-alegacao-de-ofensa-a-democracia-e-a-constituicao-na-operacao-lava-jato/>.

⁷⁶ Yarochevsky, Leonardo. O Estado penal não tem limites. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/o-estado-penal-nao-tem-limites-por-leonardo-isaac-yarochevsky/>, acesso em 05 de março de 2016.

usar a Constituição ou lei contra elas mesmas, por meio de interpretações restritivas, violadoras de direitos e garantias constitucionais⁷⁷.

Vale lembrar aqui o diagnóstico já feito por Jessé Souza, antes mesmo dos referidos acontecimentos:

“São os órgãos de controle como TCU, MP e Polícia Federal, aliados aos “Juizes justiceiros”, incensados pela mídia conservadora como os novos heróis do povo (leia-se classe média conservadora), como os novos representantes da vontade geral (ou seja, os interesses econômicos do 1% mais rico); supostamente acima da política, que são os novo candidatos a incorporar o poder moderador da pseudo-democracia tutelada brasileira”⁷⁸.

Ora, veja-se, por exemplo, que os representantes do Ministério Público podem se associar a uma mídia interessada economicamente e ideologicamente nos resultados de uma investigação criminal⁷⁹. Ministério Público que se autoproclama salvador de nosso processo político e da condução da coisa pública. É preciso, então, estabelecer um limite de responsabilidade para ele. Ao invés de mirar seus poderes institucionais para instituir um Estado policialesco, é preciso que o Ministério Público aja de acordo com suas funções de defesa da democracia e da Constituição e também às minorias políticas, como dizem Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Gustavo Hermont Corrêa:

“Este apelo para o Ministério Público não é apenas a defesa da democracia e do Estado de Direito. O apelo que se faz é pela defesa da humanidade do ser humano. Apelo pelo respeito ao Outro. Respeito aos direitos dos excluídos, dos

⁷⁷ E, cabe dizer, o Judiciário também não pode se amesquinhar à defesa de privilégios corporativos, como muito bem critica, p. ex., Thomas Bustamante em *O Corporativismo nas Prerrogativas do Poder Judiciário e a Anamatra: de Ronald Dworkin a Ray Charles e Miles Davis*. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-corporativismo-nas-prerrogativas-do-poder-judiciario-e-a-anamatra-de-ronald-dworkin-a-ray-charles-e-miles-davis>, acesso em 05 de Março de 2016.

⁷⁸ SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: LeYa, 2015. p. 260.

⁷⁹ Disponível em: <http://jornalgn.com.br/blog/weden/cartel-de-midia-e-mp-uma-relacao-delicada-por-weden>, acesso em 06 de Março de 2016.

hipossuficientes, dos órfãos, dos estrangeiros. Respeito aos invisíveis da sociedade, como os moradores de rua e os presidiários”⁸⁰.

Se nos primeiros anos de vigência da nova Constituição, diante da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo para tomarem medidas e ações necessárias ao cumprimento das normas e à realização dos objetivos constitucionais, parcela significativa da doutrina jurídica brasileira apostou na atuação concretizadora do Judiciário, naquilo que muitos chamaram de “ne-constitucionalismo” ou mesmo de “constitucionalismo da efetividade”, cabe dizer que essa legitimação ou o “empoderamento” judicial, sustentado doutrinariamente, jamais teve o sentido de uma “carta branca” para que a Jurisdição brasileira viesse a tutelar paternalisticamente o processo político democrático ou, o que agora vivemos, sob o argumento paternalista da eficácia na condução de políticas a que, diga-se, não cabe a ele, Judiciário, realizar, e muito menos um “cheque em branco” para que passasse a desrespeitar os direitos fundamentais mais comezinhos dos cidadãos, expondo o País ao risco de uma espécie de Estado Tutelar de Polícia.

O risco dessa forma de Estado policialesco é sobejamente conhecido em nossa história nacional: esteve presente no Brasil da última ditadura, no qual políticos, sindicalistas e trabalhadores, professores, estudantes, jornalistas, funcionários públicos, minorias sociais em geral e mesmo militares foram cassados, perderam seus cargos e empregos, foram impedidos de trabalhar e de contratar, além de monitorados, perseguidos, sequestrados, violentados, exilados e assassinados por agentes do regime ou com a sua cumplicidade – a partir de denúncias e de acusações, fossem clandestinas ou mesmo formais, sobre seus posicionamentos ideológicos. Tudo o que não precisamos é a instauração de qualquer versão de autoritarismo, antiga ou mesmo futurista, como no já clássico “Minority Report”⁸¹.

⁸⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, CORRÊA, Gustavo Hermont. Ministério Público: um super-herói em busca de responsabilidade. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.) *O outro e o direito*. Vol. II. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 155.

⁸¹ Sobre isso, ver STRECK, Lenio. O pacote anticorrupção do Ministério Público e o fator *Minority Report*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-mar-03/senso-incomum-pacote-anticorrupcao-mpf-fator-minority-report>. Ver também STRECK, Lenio. Pacote retroage mais de mil anos. Disponível em <http://zh.clicrbs.com.br/rs/opiniaao/noticia/2016/02/lenio-streck-pacote-retroage-mais-de-mil-anos-4984832.html>.

É, portanto, inadmissível que alguém se comporte ilegitimamente como se estivesse acima da Constituição e da lei democráticas, ainda que sob o argumento de protegê-las, ou que pretenda, assim, como uma espécie de novo poder moderador, tutelar (ainda que sob o argumento “mite”, “dúctil”, de um Zagrebelsky lido, todavia, pelo Min. Schietti), o processo político democrático: a democracia não necessita de tutores – ao contrário, ela é negada quando alguém/alguma instituição se arvora a tal papel.

3. Considerações finais: O Poder Judiciário Brasileiro e o risco do Estado de Exceção no Brasil: Em defesa do regime constitucional-democrático em tempos de “Morogate”⁸²

Em meados de março deste ano, o Professor Leonardo Avritzer, do Departamento de Ciência Política da UFMG, lançou a obra *Impasses da Democracia no Brasil*,⁸³ em que analisa o atual momento político vivido até então no País, propondo, de início, um contraponto às reflexões propostas por Paulo Arantes e por Marcos Nobre sobre o tema⁸⁴. Para desenvolver a sua análise, Avritzer volta suas atenções para o que chama de *impasses da democracia no Brasil*, “uma crise de crescimento e de

⁸² Uma primeira versão deste tópico encontra-se em <http://emporiadodireito.com.br/sobre-o-poder-judiciario-brasileiro-e-o-risco-do-estado-de-excecao-no-brasil-em-defesa-do-regime-constitucional-democratico-em-tempos-de-morogatei-por-alexandre-gustavo-melo-fra/>. “Morogate” é termo cunhado por LENIO STRECK para se referir à interceptação telefônica ilegal de conversa entre a Presidente Dilma e o ex-Presidente Lula, bem como à posterior divulgação pública, também ilegal, do conteúdo dela, feita pelo Juiz Sérgio Moro, na semana passada, que gerou verdadeiro risco de convulsão social. Explica Lenio Streck: “Imaginemos que, para pegar um presidente, sejam feitos vários grampos envolvendo pessoas que o cercam, como a secretária executiva. A vingar a tese de Moro de que não há mais sigilo [em conversas envolvendo autoridades, desde que elas não tenham sido diretamente grampeadas], todos os segredos da República poderiam ser divulgados. Uma cadeia de contatos que exporiam todo tipo de assunto que o Presidente da República falasse com pessoas sem foro”, analisa Lenio. “Quem examinar esse fato à luz da democracia, dirá: Moro foi longe demais.” STRECK, Lenio em Canário, Pedro e Vasconcellos, Marcos de. Sérgio Moro divulgou grampos ilegais de autoridades com prerrogativa de foro. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-mar-16/moro-divulgou-grampos-ilegais-autoridades-prerrogativa-foro>. Também RODAS, Sérgio. Moro reconhece erro em grampo de Dilma e Lula, mas mantém divulgação. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-mar-17/moro-reconhece-erro-grampo-dilma-lula-nao-recua>.

⁸³ AVRITZER, Leonardo. *Impasses da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

⁸⁴ AVRITZER, Leonardo. *Impasses da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 22-27; em especial, p. 25-27. Ver: ARANTES, Paulo. *O tempo do mundo: e outros estudos sobre a era da emergência*. São Paulo: Boitempo, 2014. E NOBRE, Marcos. *Imobilismo em movimento: da abertura democrática ao governo Dilma*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

evolução da cultura democrática no país”.⁸⁵O autor apresenta, então, cinco elementos em que esse impasse está centrado, dentre eles, o novo papel do Judiciário brasileiro.⁸⁶

Também, em diversos textos, temos colocado a questão sobre qual deve ser esse papel no Estado Democrático de Direito e tocamos um ponto-chave: o “empoderamento”, por grande parte da doutrina jurídica pátria, do chamado “ativismo judicial”, como meio de efetivação de direitos⁸⁷.

De certa forma, a própria doutrina jurídica se viu nutrida de esperança pelo ativismo judicial quando, em determinados momentos, esse empoderamento discursivo possibilitou que Judiciário e Ministério Público fiscalizassem os Poderes Executivo e Legislativo, combatessem a corrupção e exigissem transparência, garantissem a concretização de direitos e a implementação de políticas sociais, mesmo em face da inércia decisória dos outros poderes republicanos. Colocado em uma posição ímpar na atual Constituição, tendo adquirido autonomia face aos poderes e ampliadas suas competências na esfera cível, o Ministério Público foi louvado por muitos por seu protagonismo no uso de instrumentos de defesa de direitos, como nas várias Ações Cíveis Públicas, de quem é o principal titular,

⁸⁵ AVRITZER, Leonardo. *Impasses da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 9.

⁸⁶ Dentre os cinco elementos analisados por Avritzer do impasse da democracia brasileira, ao novo papel do Judiciário não é dedicado um capítulo específico da obra, mas somente algumas importantes passagens. Ver, em especial, AVRITZER, Leonardo. *Impasses da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 9 (na Introdução); p. 110-112 (por referência à Operação Lava Jato); p. 116-119 (sobre “os limites do presidencialismo de coalizão e a da judicialização”).

⁸⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco Moraes, BACHA E SILVA, Diogo, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A decisão do STF sobre o impeachment representa uma judicialização da política? Uma resposta a Luis Werneck Vianna. Disponível em <http://emporiadodireito.com.br/a-decisao-do-stf/>. BAHIA, Alexandre, BACHA E SILVA, Diogo, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade, PEDRON, Flavio Quinaud. Presunção de Inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://emporiadodireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica/>. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco Moraes, BACHA E SILVA, Diogo, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Em defesa do Estado Democrático de Direito contra o risco atual do Estado Tutelar de Polícia: Uma crítica ao desrespeito judicial à Constituição e à legislação processual penal no Brasil. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/em-defesa-do-estado-democratico-de-direito-contra-o-risco-atual-do-estado-tutelar-de-policia-uma-critica-ao-desrespeito-judicial-a-constituicao-e-a-legislacao-processual-penal-no-brasil-por-alexand/>. Sobre a crítica ao conceito, ver: BACHA E SILVA, Diogo. Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Arraes editores, 2013. E STRECK, Lenio, entre inúmeros outros artigos, “O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?” Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>.

atuando, sem muita modéstia – ou muita crítica da doutrina –, como substituto processual, que age na defesa de uma população que supostamente ignoraria os vários direitos que lhe foram assegurados pela Constituição e que, por isso, precisaria, segundo esse discurso, de um especial protetor e promotor de seus direitos⁸⁸.

O ativismo judicial era visto com ares progressistas, ainda que, apesar do risco de um efeito colateral, pudesse conduzir à paternalista “judicialização da política”, substituindo, inclusive, as escolhas democráticas feitas pelos atores sociais e políticos por escolhas do Poder Judiciário e do Ministério Público; uma boa parte da doutrina entendia que valia a pena correr esse risco. E ele foi, muitas vezes, o não-dito de todos os acadêmicos que, de alguma forma, cuidaram de escrever sobre o tema⁸⁹.

Essa suposta dimensão emancipatória do ativismo tem se perdido – ou se mostrado cada vez mais equivocada – no que pode ser denominado de “sanha punitivista” atual de setores do Judiciário ou do Ministério Público, que vêm tratando questões políticas e sociais, no Brasil, como questão de polícia ou mesmo criminais. Pior, não raro certos membros daquelas duas instituições sequer reconhecem legitimidade à crítica especializada que eles têm sofrido.⁹⁰

⁸⁸ Uma constatação desse protagonismo – seja do Judiciário, seja do Ministério Público pode ser visto, por exemplo, aqui: “A incapacidade de representação dos interesses coletivos pelos canais da democracia representativa e as dificuldades de defesa e garantia dos direitos sociais pelos mecanismos de adjudicação da dogmática jurídica colocam a magistratura diante de um problema sem precedentes (...). [O] uso do Judiciário como canal garantidor e reconhecedor de novos direitos dá início (...) a dupla ruptura do modelo tradicional de democracia representativa. De um lado, transfere várias decisões vinculantes do Parlamento para o Judiciário. De outro, revaloriza o papel do poder judiciário” (CAMPILONGO, Celso F. Magistratura, Sistema Jurídico e Sistema Político. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1994. p. 117-118). Ver também: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes*. 1ª reimpr., Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Luperj/Faperj, 2003; RODRIGUES, Horário W. (et al.) (org.). *O terceiro poder em crise: impasses e saídas*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003. STRECK, Lenio. O protagonismo judicial existe ou é imaginação de alguns? Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>.

⁸⁹ Assim, por exemplo, exaltavam o ativismo judicial doutrinadores tais como BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, v. 2. n. 21. jan./jun. 2012 e Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009. Por fim, BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. E sobre o tema do ativismo jurídico, ver <http://www.osconstitucionalistas.com.br/tag/ativismo-judicial>.

⁹⁰ Por exemplo, o episódio recente envolvendo o Professor Thomas Bustamante e a ANAMATRA, que resultou, mais uma vez, num debate sobre o papel da doutrina face ao Judiciário no Brasil. Ver os textos: BUSTAMANTE, Thomas <http://jota.uol.com.br/o-corporativismo-nas-prerrogativas-do-poder-judiciario-e-a-anamatra-de-ronald-dworkin->

De fato, nunca foi o intento da doutrina passar um “cheque em branco” ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público. O compromisso deveria ser com a concretização e a efetividade de direitos sociais, econômicos e culturais, sob o pano de fundo da experiência autoritária recente da Ditadura empresarial-militar, em prol das condições materiais ou substantivas para a consolidação da democracia no Brasil.

Como vimos, nos tópicos anteriores, procuramos denunciar os riscos da relativização da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292 e também pela 6ª Câmara Criminal do Superior Tribunal de Justiça no REsp. 1.484.415. Interessante observar que há um pano de fundo comum entre as citadas decisões e a condução coercitiva do ex-Presidente Lula, decretada pelo Juiz Sérgio Moro: uma judicialização do processo penal, tradicionalmente fundado no princípio da reserva de lei ou da legalidade, tem levado à relativização do devido processo legal, da ampla defesa e de outras tantas garantias fundamentais por uma espécie de *jurisprudencialismo* no Brasil – e tais garantias não são meros detalhes, senão a própria essência da Constituição e de nossa opção pelo Estado Democrático de Direito. Se os direitos e garantias fundamentais, assim como o controle democrático das instituições, formam aquele sistema de direitos sobre os quais assentimos ao regular nossas vidas em comum, jurídica e democraticamente (Habermas), então, abrir mão deles é romper com tal compromisso que nos constitui enquanto sociedade política.

Mas o que, afinal, pretendia trazer algum nível de legitimação à *Operação Lava-Jato*?⁹¹ Para além do apelo ético do combate à corrupção, a legitimação assentada no ativismo do Poder Judiciário sempre desempenhou um papel central. Salientamos, contudo, que o mesmo ativismo, quanto implica judicialização da política, pode assumir um papel perverso

a-ray-charles-e-miles-davis; SIQUEIRA, Germano Silveira de <http://jota.uol.com.br/as-falas-do-professor-thomas-bustamante-e-os-papeis-institucionais-da-anamatra>; BUSTAMANTE, Thomas <http://jota.uol.com.br/um-veu-da-ignorancia-para-a-anamatra>; e MEYER, Emilio Peluso Neder, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade e BUSTAMANTE, Thomas <http://jota.uol.com.br/judiciario-e-ministerio-publico-acima-de-tudo-uma-questao-constitucional>.

⁹¹ Sobre o tema, ver o excelente artigo de GUIMARÃES, Juarez. Por que a Operação Lava Jato está corrompida? Disponível em <http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/Por-que-a-Operacao-Lava-Jato-esta-corrompida-/4/33853>

no sistema democrático. Como já alertou Boaventura de Sousa Santos, o reverso do ativismo judicial pode ser a *contrarrevolução jurídica* consistente em um movimento do Poder Judiciário destinado a bloquear, por via judicial, muito dos avanços democráticos conquistados ao longo das duas últimas décadas⁹².

Lenio Streck, ao comentar, por exemplo, a tentativa de aplicação do *Estado de Coisas Inconstitucional*, já alertava para os riscos que corríamos diante da nocividade de um Judiciário ativista e, ainda, na substituição da política pela vontade do Poder Judiciário⁹³.

Agora, quanto à *Operação Lava Jato*, cabe chamar atenção para o fato de que um *ativismo com sinal trocado* ainda continua sendo um *ativismo* que, como todo ativismo que implica judicialização da política, não compreende corretamente o papel constitucionalmente atribuído ao Poder Judiciário numa democracia.

É preciso também alertar que o aumento do poder jurisdicional nem sempre representou, como no caso brasileiro, o incremento de uma cultura do exercício do poder como coisa pública. Isso porque geralmente aquele é o efeito inverso do pretendido, é dizer, apesar de serem partes integrantes das transformações concretas da política, da sociedade e da economia, o aumento do poder jurisdicional pode representar também uma forma de favorecer três grandes grupos: 1) as elites políticas, já que se manteriam longe das vicissitudes da democracia suas preferências políticas particulares como forma de perpetuar sua hegemonia; 2) as elites econômicas, uma vez que vê a constitucionalização do direito de propriedade, da liberdade e do livre exercício profissional como forma de se impor limites à ação governamental de promover o livre mercado e as desigualdades sociais; e, por fim, 3) as elites judiciais e as mais altas cortes, que

⁹² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 110-111.

⁹³ STRECK, Lenio Luis. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>, acesso em 18 de Março de 2016.

veem nestas o *locus* adequado para a perpetuação de sua influência política e reputação internacional⁹⁴.

Quando, então, o ativismo jurídico transborda em judicialização da política, temos algo, então, preocupante. A questão é ainda mais dramática para o Estado Democrático de Direito quando há, de um lado, o “esquecimento”/esvaziamento da política, e, de outro, sua criminalização⁹⁵. O Poder Judiciário que deveria se ocupar em garantir o exercício de direitos diante da inércia dos demais poderes, acaba exatamente por ser o lugar de violação dos direitos fundamentais.

Interceptações telefônicas ilegais, além das hipóteses permitidas na Constituição, na legislação e em Resolução do Conselho Nacional de Justiça⁹⁶, antecipação da condenação criminal, participação do Poder Judiciário no processo político, inclusive com a tomada de posição partidária, violação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, são todos fenômenos que colocam em xeque o Estado Democrático de Direito e a Constituição que, é sempre bom frisar, foi promulgada por nós cidadãos e cidadãos brasileiros após um longo processo de lutas democráticas contra o autoritarismo e contra a violação sistemática de direitos – que, também é bom lembrar, contava com a autoria direta ou a cumplicidade das forças militares e policiais de segurança, de parcela do Ministério Público e do Judiciário, no tempo da Ditadura empresarial-militar.

A questão agora, portanto, já não é mais uma disputa teórica a que caberia a correntes doutrinárias divergentes. A questão passa a ser a

⁹⁴ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 11-12.

⁹⁵ NOVAES, Adauto (org.). *O esquecimento da política*. Rio de Janeiro: Agir, 2007.

⁹⁶ Respectivamente: Art. 5º, XII da CR/88, Lei 9296/96 e Resolução n. 59/2008, do CNJ, com redação dada pela Resolução n. 217/2016. Sobre o tema, ver MOREIRA, Rômulo de Andrade. Sobre interceptações telefônicas, prerrogativa de foro, juízes e crime. Disponível em <http://emporiiodireito.com.br/tag/romulo-de-andrade-moreira/>. PRADO, Geraldo. Moro constrange e apequena o STF ou essa “súbita impressão de incesto”. Disponível em <http://emporiiodireito.com.br/%E2%80%8Bmoro-constrange-e-apequena-o-stf/>. Ver também a crítica de Lenio Streck em CANÁRIO, Pedro e VASCONCELLOS, Marcos de. Sérgio Moro divulgou grampos ilegais de autoridades com prerrogativa de foro. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-mar-16/moro-divulgou-grampos-ilegais-autoridades-prerrogativa-foro>. VASCONCELLOS, Marcos de e LÉLLIS, Leonardo. Moro quebra sigilo profissional de advogado de Lula e divulga grampos. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-mar-16/moro-quebra-sigilo-advogado-lula-divulga-grampos>.

permanência ou não do Estado Democrático de Direito, plasmado na Constituição da República de 1988, diante do risco de um *estado de exceção*, criado com a participação de alguns setores do Poder Judiciário e do Ministério Público.⁹⁷ Lutar pelo Estado Democrático de Direito, não cabe dúvida, significa responsabilizar de forma republicana e democrática aqueles que descumprirem a Constituição da República e a legislação vigente no Brasil, respeitado sempre e de forma inegociável o devido processo legal. Todavia, ninguém, nem mesmo o Poder Judiciário, está acima da Lei.

⁹⁷ Nesse sentido, a “nota à comunidade”, redigida por Professores da Faculdade de Direito da UFMG, disponível em <http://joseluzquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2016/03/1592-manifesto-de-professores-de.html>: “OS PROFESSORES ABAIXO ASSINADOS, diante dos riscos à estabilidade democrática e ao primado do Estado de Direito verificados nos últimos dias, vêm manifestar o seu compromisso incondicional com a luta pela democracia, pela prevalência dos direitos humanos e pela ordem constitucional. Confiamos que o Poder Judiciário, alicerce fundamental da legalidade e do equilíbrio entre os poderes devidamente constituídos pelo povo em sua Constituição, irá assumir o seu papel de proteger incondicionalmente as garantias processuais inerentes à ampla defesa, ao contraditório, à presunção de inocência e ao devido processo legal. O Judiciário deve atuar para fortalecer o processo político democrático, e repudiar a atuação de seus membros que busquem agir como protagonistas dos juízos políticos e da militância contra ou a favor de qualquer pessoa, partido político ou instituição. As exceções não podem desmoralizá-lo. Detenções discricionárias, vazamentos para a imprensa, punições seletivas, participação de juízes em movimentos políticos, divulgação irregular de gravações (inclusive entre advogados e seus clientes) e quaisquer expedientes probatórios não realizados segundo a mais estrita legalidade não podem, se comprovados, ser tolerados, sob pena de renunciarmos ao principal capital político e moral alcançado pela Constituição de 1988: a democracia, que é um valor inegociável. O combate à corrupção e à apropriação da coisa pública por interesses privados é uma conquista definitiva da sociedade brasileira, mas tem que ser realizado no estrito cumprimento da lei.” O *Ato pela Legalidade*, na Faculdade de Direito da USP: <https://www.youtube.com/watch?v=fxnv1bRP2E&feature=youtu.be>. E Manifesto da Rede para o Constitucionalismo Democrático, <http://www.peticaopublica.com.br/pview.aspx?pi=BR89188>.

Elementos subjetivos do tipo e “crime” formal: uma revisão crítica a partir da linguagem

*Alexis Couto de Brito*¹

Introdução

A teoria dos elementos subjetivos do tipo tem sido desenvolvida há mais de um século. Até os dias atuais parece não ter adquirido a estabilidade teórica compatível com sua vasta utilização prática. Por vezes o reconhecimento de que existem elementos subjetivos do tipo penal tem levado a doutrina e a jurisprudência ao uso de uma da linha teórica que proporciona insegurança jurídica tamanha que em casos reais muito próximos as decisões são absolutamente diferentes. Em termos técnicos, muitos autores ainda tratam o elemento subjetivo do tipo como um *tertius genus* em uma classificação dos elementos do *Tatbestand* (descritivos, normativos e subjetivos), outros como uma espécie de dolo (dolo específico ou especial), e outros ainda como um momento normativo ou psíquico conectado à ação ou à antijuridicidade. Tal falta de unificação e atualização tem provocado uma ruptura no sistema penal e produzido interpretações *contra legem* a partir de teorias como a do “crime formal” que desafia a redação do artigo 14, I sobre a consumação do delito no Brasil.

Dentre os poucos textos modernos que tratam do tema, adquire relevância o de Martínez-Buján Perez, que com base na teoria significativa

¹ Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo – USP.

da ação oferece uma releitura dos elementos, afastando certos conceitos consagrados e reduzindo exemplos consagrados a alguns poucos. De seu texto retiro conclusões interessantes que se não concordes totalmente com a proposta do autor, em muito se assemelham e permitem uma aproximação ao nosso texto legal, em especial ao artigo 14, I que em uma redação não prevista em nenhum outro país congênere, determina que para a consumação estejam reunidos todos os elementos do tipo penal. Ao referencial teórico de Martínez-Buján Perez acrescento outros autores que de forma direta ou indireta analisaram a teoria do tipo penal e questionaram a importância da teoria de Beling e seus conceitos de *Tatbestand* e *Leitbild*.

Teria este *tipo penal consumado*, citado pelo artigo 14 da lei, relação direta com a teoria do *Tatbestand*? E ainda mais, com a *Leitbild* que inspira tal teoria?

A proposta deste pequeno artigo é provocar uma reflexão sobre (1) a (ir)real classificação dos elementos do tipo (descritivos, normativos e subjetivos) à luz da teoria da linguagem e, a partir disso, (2) especular acerca dos denominados elementos subjetivos do tipo e (3) demonstrar que teorias como a do “crime formal” devem ser reconsideradas para uma melhor paridade ao princípio de legalidade e o disposto no artigo 14, I do Código Penal.

1. Elementos do tipo legal

A demarcação sobre a tipicidade e os elementos do tipo pode ser atribuída a Ernst Beling². Se por um lado – como reconhece o próprio autor citado – não criou as noções que teoriza em seu *Die Lehre vom Verbrechen*,

² “O conceito de *Tatbestand* no sentido técnico não é novo. Ainda hoje, a geração de juristas de muitos lugares trabalha com ele. Mas ele não chegou nem não chegou perto ao seu lugar de direito: ele é subestimado e apenas ocasionalmente, *ex professo*, ele é tratado e não em determinado contexto, e nenhum dos sistemas científicos de direito penal oferece seu próprio e completo significado”. No original: “Der Begriff des ‘Tatbestandes’ im technischen Sinne ist nicht neu. Mit ihm arbeitet auch schon die heutige Juristengeneration vieler Orten. Aber zu seinem vollen Recht ist er bisher nicht gekommen: es wird seiner, weil man ihn unterschätzt, immer nur stellenweise und gelegentlich gedacht, *ex professo* ist er nirgends im Zusammenhang behandelt, keines der wissenschaftlichen Systeme des Strafrechts gönnt ihm einen eigenen, die volle Bedeutung des Tatbestandes aufzeigenden Abschnitt”. Na introdução de *Die Lehre vom Verbrechen*.

por outro foi por meio de sua teoria do *Tatbestand*³ que a importância da definição do tipo legal adquiriu relevância a ponto de atualmente ser a categoria mais importante da maioria dos modelos de teoria do delito⁴. A conclusão não poderia ser diferente porquanto tal categoria atende ao mais precioso cânone do direito penal: a legalidade.

Se foi um passo de extrema relevância para a elaboração dogmática da categoria, a teoria de Beling foi fruto de seu tempo, no qual a influência de um ambiente positivista e de uma separação insuficiente objetivo-subjetivo não o permitiu conceituar um tipo penal que não fosse constituído apenas de elementos objetivos. Sua preocupação em *Die Lehre vom Verbrechen* era a de construir com precisão uma “teoria geral do tipo penal especial” e destacar a necessidade de que a ação criminosa correspondesse a algum dos tipos em espécie descritos na lei penal⁵.

O ponto de partida seria a *Leitbild*, uma imagem reitora, que é descrita por Beling como o conjunto de todas as características objetivas e subjetivas de um comportamento/resultado tido como delituoso. Esta imagem permitiria que fossem construídos artigos de lei que descrevessem a realidade física do fato social. A esta parte puramente objetiva seriam agregadas as externas de antijuridicidade (parte normativa) e de culpabilidade (parte subjetiva).

De qualquer forma, a análise da parte especial do código penal alemão – e posteriormente de qualquer outro código ocidental – permitiu o desenvolvimento da teoria e a observação de que os elementos do tipo não possuem apenas um caráter objetivo (descritivo) no sentido proposto por Beling. Já no âmbito do tipo legal, certos elementos exigiriam uma completa criação mental (algo valorativo) e outros uma intromissão no aspecto psicológico do criminoso (algo subjetivo).

³ Inicialmente em *Die Lehre vom Verbrechen* de 1906; posteriormente, em revisão e complementação, primeiro a partir da 7ª edição de seu *Grunzüge des Strafrechts* de 1920, e depois em seu em *Die Lehre vom Tatbestand*, publicado no livro em homenagem a Reinhardt Frank, de 1930.

⁴ Não se desconhece as obras antecedentes de Stübel e Luden.

⁵ CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. El tipo penal en Beling y los neokantianos, p. 21.

Os elementos subjetivos do tipo surgem como problema quando além dos resultados como lesão do bem jurídico ou de seu objeto físico se reconhecem processos contrários ao direito que não estão suficientemente caracterizados apenas pelo resultado ou nos que falta um resultado em sentido objetivo (lesão ao objeto que representa o bem jurídico); a necessidade de atribuir ao elemento *vontade* (ou intenção) um lugar e função sistemáticos no ilícito como uma parte sua integrante subjetiva não pode ser resolvida corretamente pela teoria tradicional que entendia o “ilícito” como uma lesão objetiva do bem jurídico (em geral, no sentido de lesão do objeto do bem jurídico)⁶. Ademais, a análise do subjetivo pertencia ao dolo, inserido na culpabilidade.

O momento teórico acaba por impor uma classificação por acumulação. Explico: a teoria do tipo penal inicia-se com a afirmação de que seus elementos são objetivos, pura descrição de uma realidade empírica (Beling); posteriormente, alguns autores identificam que alguns dos elementos do tipo não são apenas descrições de fenômenos físicos e exigem uma atividade intelectual valorativa (Mayer), são pois normativos; e por fim identificam-se que outros exigem uma análise da intenção do autor, logo são subjetivos (Fischer e Hegler)⁷. Assim, aos elementos do tipo que eram objetivos somam-se os normativos e os subjetivos, principalmente pela configuração da teoria do delito à época que relegava o normativo para a categoria da anti-juridicidade e o subjetivo para culpabilidade.

Ao longo das décadas, contudo, tal diferenciação não restou muito clara. Ao menos não quanto aos elementos subjetivos do tipo⁸. A maioria

⁶ ZIELINSKI, Diethart. Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito, p. 50.

⁷ Kai Ambos relembra que outra abordagem, denominando aos elementos subjetivos como características internas, Stübel já tentava resolver os problemas que envolvem os chamados “delitos com tendência interna transcendente” ao que se referia como “tipo pessoal” (*personaler Tatbestand*). AMBOS, Kai. 100 años de la “teoría del delito” de Beling: ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?, p. 20.

⁸ Este também é o sentir de Paulo Queiroz, que superando a ideia inicial de grande parte da doutrina que o dolo não poderia abranger a consciência e vontade de um elemento que não estivesse na descrição do tipo (por ser subjetivo e não se poderia ter consciência e vontade sobre a própria intenção, elemento anímico como destacava Hegler) afirma que o elemento subjetivo do tipo nada mais é do que uma nova roupagem ao que a doutrina (principalmente a brasileira causalista e a italiana) denominava como “dolo específico”. Ademais, para o autor, “se se entende o dolo como ‘saber e querer a realização do tipo’, tal há de compreender, necessariamente, todos os elementos que o integram, pouco importando se objetivos ou subjetivos, mesmo porque o conceito de dolo é um conceito referencial, e, pois, só tem sentido em referência a uma descrição típica certa e determinada, não havendo por que se lhe restringir

dos autores afirma que um elemento subjetivo não se confunde com o dolo, grande parte repetindo os argumentos e inclusive citando expressamente as considerações de Edmund Mezger (causal-normativista) que possuía uma especial necessidade de fazer tal afirmação porquanto o dolo não poderia estar situado entre ação e tipo penal, como posteriormente o fez Hans Welzel. Tampouco este último autor reduziu os elementos subjetivos do tipo ao dolo, tratando-o como intenção transcendente de sentido ético-social. Mas mesmo após os aportes do finalismo há os que fundamentam a separação entre dolo e elementos subjetivos do tipo com base em Mezger, ou os que o fazem com base em Welzel, tanto nomeando-os como “dolo específico”⁹ quanto não os considerando como elementos do tipo penal, mas sim do tipo de ilícito, aparentemente como parte da anti-juridicidade¹⁰; há ainda os que elaboram e o fazem com base neste último penalista não mais com base em um sentido ético-social senão adotando uma teria do bem jurídico e mantendo uma concepção de intenção que se aproximaria demasiadamente do dolo¹¹; e há ainda os que, sendo finalistas, realizam o matrimônio entre Mezger e Welzel, citando a ambos em suas considerações¹². Por fim, mesmo os funcionalistas encabeçados por Roxin os reconhecem e os limitam ao tipo e à sua relação com o bem jurídico protegido¹³.

o alcance a determinados elementos seus – os objetivos”. QUEIROZ, Paulo. Direito Penal. Parte Geral. 5 ed., p. 208/209.

⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. 29 ed., p. 129. Ressalve-se que este autor não trabalha dogmaticamente com os elementos normativos do tipo limitando-se a fazer um compêndio do que cita a doutrina sem classificar ou discutir a natureza jurídica e as correntes que a fundamentam.

¹⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito penal. 10 ed., p. 179: “O especial fim ou motivo de agir que aparece em certas definições de delitos condiciona ou fundamenta a ilicitude do fato. Trata-se, portanto, de elemento subjetivo do tipo de ilícito, que se apresenta de forma autônoma, junto ao dolo”. Contudo, Welzel situava os elementos subjetivos do injusto (*subjektiven Unrechtselemente*) no âmbito do tipo como elementos subjetivos pessoais especiais que dão o sentido ético-social à mesma ação. No original: “kommen im Tatbestand häufig besondere subjektiv-personale Momente vor, die den social-ethischen Gehalt der Handlung in einem bestimmten Sinne färben”. WELZEL, Hans. Das Deutsche Strafrecht. 7 ed., p. 70.

¹¹ GIL GIL, Alicia. El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención. IN: RDPC n° 6 Extra, p. 103, nota de rodapé nr. 2.

¹² “Na realidade, o *especial fim*, embora amplie o aspecto subjetivo do tipo, não integra o dolo nem com ele se confunde, uma vez que, como vimos, o *dolo* esgota-se com a *consciência* e a *vontade* de realizar a ação com a finalidade de obter o resultado delituoso, ou na *assunção do risco* de produzi-lo”. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 356.

¹³ ROXIN, Claus. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Tomo I, 3 ed, p. 251.

Seja com base em autores causalistas, neokantianos, finalistas ou funcionalistas, tal classificação dos elementos do tipo permanece de forma majoritária até os dias atuais, presente na maioria dos manuais de direito penal¹⁴. Poucas são as monografias e os artigos que desafiam esta configuração e os que os fazem não descartam a classificação, apenas investigam pontualmente se um ou outro elemento de determinado tipo penal pode ou não ser considerado como descritivo, normativo ou subjetivo.

Acompanho o entendimento de que a classificação deve ser entendida muito mais como didática do que teórico-prática. E neste sentido algumas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais deveriam ser repensadas por possuir um impacto prático incongruente considerando-se a política criminal democrática e o texto legal brasileiro.

Em verdade, já Erik Wolf em seu tempo observou que *todo elemento do tipo é normativo*: “matar, lesionar, violar são exemplos de tais elementos. Aqui também aparece para a adoção do conceito de coisa. Se empregam pelo juiz na tarefa de apreciação cognitiva, não juízos de valor, senão proposições empíricas. Mas como esta experiencia mesma procede novamente do âmbito da cultura atinente a valores: o significado que se dá ao conceito de ‘coisa’ não é nunca unívoco em relação ao que ‘alguém’ costuma admitir realmente como significado deste conceito; para simplificar a apreciação da ambiguidade deste ‘alguém’ é necessária a atividade seletiva, normativa do juiz. Todos estes fatos empíricos não são decididamente nada ‘dado’; são fatos *jurídicos* e deles resulta que também os elementos descritivos (cognitivos) do tipo são normativos. A ‘experiência’ pode ser incerta ou estar cheia de contradições, o sentido ‘objetivo’, por exemplo, de uma declaração pode ser entendido de forma distinta em diversos grupos sociais, e nesse caso se remite ao juiz à ponderação e valoração, enfim, à atividade normativa. Assim mesmo, os conceitos

¹⁴ Ressalte-se apenas a convicção da doutrina majoritária italiana que mantendo o dolo na culpabilidade entende que o elemento subjetivo de um delito nada mais revela que um dolo específico. Vide RAMACCI, Fabrizio. Corso di Diritto Penale, 2 ed., p. 368; FLANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Diritto Penale. Parte Generale, 2 ed., p. 273. Em sentido contrário, não reconhecendo o elemento subjetivo sempre como dolo específico nos casos de um “conteúdo finalístico-significativo da conduta ilícita”, PAGLIARO, Antonio. Principi di Diritto Penale, parte generale. 7 ed., p. 386.

aparentemente inalteráveis, como o de ‘cão’ ou ‘construção’ flutuam. [...] todos os elementos do tipo são normativos, todos os tipos são conceitualmente de caráter normativo”¹⁵.

Se adotarmos uma teoria funcional ou da linguagem, seja por meio de imputação ao tipo ou por reconhecimento de pretensão de significado, nenhum elemento restará ileso a uma análise social e político criminal de significado. Se tomarmos como exemplo o mais descritivo dos tipos penais – o homicídio – vamos notar com facilidade que “alguém” ou “matar”, que parecem claramente descritivo, estão carregados de matizes normativos quando se formulam os limites da vida humana (começo e fim).

Contudo, por motivos didáticos e epistemológicos, manterei a definição consagrada de elementos subjetivos como sendo os normativos de maior referência ao sujeito da ação no momento da valoração.

2. Os elementos subjetivos do tipo e sua dogmática.

Partindo-se da aceitação dos elementos subjetivos a dogmática passou a ser construída para delinear e justificar a adequação de um certo acontecimento social a um tipo penal.

Para alguns delitos em particular, o legislador adicionaria explicitamente elementos subjetivos no injusto, distintos do dolo. Também em alguns casos específicos estes requisitos seriam exigidos a partir de interpretações doutrinárias e jurisprudenciais pacíficas e uniformes. Seriam *ánimos específicos* que, em tese, limitariam a intervenção penal, ou seja, seriam requisitos de uma política criminal democrática de contenção do direito penal, pois sua ausência implicaria a atipicidade, por inexistência de um requisito típico. Porém, como se verá adiante, esta mesma política criminal é não só olvidada como invertida, e a teoria se transforma em instrumento de aplicação indevida de pena, muito mais entendendo tal

¹⁵ WOLF, Erik. Las categorías de la tipicidad, p.114/115. Também em AMBOS, Kai. 100 años de la “teoría del delito” de Beling: ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional?, p. 21/23. AMBOS aponta que tanto FISCHER quanto HEGLER demonstraram que os elementos subjetivos são elementos altamente normativos.

construção típica como a teorização de um antecipação no campo de proteção por parte do legislador, que anteciparia propositadamente o momento consumativo do delito, tratando-o como de mera ação¹⁶.

A teoria dos elementos subjetivos produziu uma classificação na qual há certo consenso em dois aspectos: (i) elementos de *tendência intensificada* e (ii) elementos subjetivos de *intenção transcendente*.

No primeiro caso (i) tais elementos são encontrados em delitos construídos com base em *um único ato*, e são caracterizados por requererem uma *tendência interna intensificada*. Nestes casos, existe um elemento subjetivo que vai muito além do dolo. Assim, o sujeito deve ter um *ânimo ou intencionalidade* adicional que traçará o limite do punível. Dentro destas hipóteses encontramos o *ânimo de lucro* nos delitos patrimoniais, o *ânimo injuriandi* nas injúrias, o *ânimo lúbrico* nos delitos sexuais etc.

No segundo (ii) – elementos subjetivos de *intenção transcendente* – os delitos poderiam ser construídos sobre *dois atos* ou *resultados*. Nos delitos “fracionados em dois atos” o mesmo sujeito deve projetar subjetivamente a realização do delito para um segundo ato. A primeira conduta deve ser materializada *para* ser complementada com a segunda. Por exemplo, possuir drogas *para* traficá-las. O delito se consumaria ao se realizar dolosamente a primeira conduta, sempre que se tenha *projetado subjetivamente* para a segunda, cuja materialização objetiva, em tese, seria irrelevante. Já nos chamados delitos de “resultado cortado” o autor deve projetar subjetivamente a realização do delito para um *segundo resultado*. O primeiro resultado deve se materializar para se obter o segundo. Por exemplo, o delito previsto no artigo 243: deixar filho próprio em instituição de assistência *para* prejudicar direito inerente ao estado civil. Este delito também se consumaria ao se realizar dolosamente o primeiro resultado, sempre que se tenha *projetado subjetivamente* para o segundo, cuja materialização objetiva poderia, em tese, ser em si mesma irrelevante¹⁷.

¹⁶ GIL GIL, Alicia. El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención. IN: RDPC nº 6 Extra, p. 105.

¹⁷ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. Direito Penal Brasileiro. 2. ed., p. 334/335.

Não me aprofundarei sobre os delitos de tendência (i) porquanto se por um lado existem elementos subjetivos que agregam algo para a definição da ação ou do tipo, por outro muitos elementos subjetivos nada mais são do que parte integrando o próprio dolo, como bem notou Martínez-Buján Perez. O autor reconhece e grande parte da doutrina também que muitos “ânimos” (nos delitos de tendência intensificada) nada mais são do que a própria configuração do dolo: ânimo de injuriar, de matar, de fraudar, de satisfazer a libido, de humilhar, de discriminar: “modernamente a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo progressivamente o campo dos clássicos *animi*, caracterizados como elementos anímicos que se agregariam ao dolo genérico e que tradicionalmente vinham sendo qualificados como ‘dolo específico’ (assim, se referiam, v. gr., a um *animus necandi, laedendi* etc.), do que se extraíam consequências dogmáticas que iam além das que se deduziriam de seu entendimento como simples dolo genérico (na prática da totalidade dos casos, para fundamentar uma absolvição que não se sabia fundamentar de outro modo). Todavia, na imensa maioria dos casos, tais *animi* não são senão o dolo referido aquilo que objetivamente requer o tipo, com o qual não agregam nada ao conhecimento e vontade próprios do dolo”¹⁸.

O problema, a meu ver, encontra-se no segundo grupo de casos – elementos subjetivos de intenção transcendente – que no Brasil sofreram uma adaptação pelo desenvolvimento de uma teoria nacional que define três espécies de “crime”: material, formal e de mera conduta, quando, na verdade, trata-se de tipos “formais” ou “materiais”. A partir desta duvidosa classificação, que tem como maior representante a monografia de Manuel Pedro Pimentel¹⁹, sua utilização prática tem provocado desigualdade e injustiças na aplicação da pena. Quase em um ato de preferência, autores classificam os tipos penais em “materiais” ou “formais” sem se preocuparem com sua fundamentação teórica e em descompasso com o texto legal ou a dogmática e violam a isonomia e a política criminal democrática

¹⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. Los elementos subjetivos del tipo de acción: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción, p. 46. Entre os autores italianos também Mantovani faz a mesma ressalva, ainda que admita a figura do dolo específico. MANTOVANI, Ferrando. Diritto Penale, p. 308.

¹⁹ PIMENTEL, Manoel Pedro. Crimes de mera conduta. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

quando, por exemplo, no campo processual desobrigando-se de fazer a prova efetiva do resultado, e no campo penal negando a possibilidade de se reconhecer a tentativa e a consequente redução da pena.

3. Crítica sobre a construção da teoria do “crime formal”.

Esta má consideração de um elemento subjetivo do tipo e sua inserção dentro de uma meta-teoria do crime formal faz com que, como de certa forma trabalha Martínez-Buján Pérez, o que deveria ser resolvido no plano estritamente objetivo-externo acabe por ser resolvido por um “assim chamado elemento subjetivo do injusto que, segundo a opinião dominante, reside exclusivamente na mente do sujeito”²⁰. O autor, na verdade, como adepto da teoria da ação significativa de Vives Antón, delimita o sentido de restrição de tipicidade que se deve dar ao elemento subjetivo como forma de evitar a imputação em caso de sua ausência. Em suas palavras, “no que diz respeito ao debatido problema da constatação dos elementos subjetivos do delito, Vives adota uma decidida postura a favor da ‘normatização’, sobre a base de uma reorientação do subjetivo fixada nas premissas de sua concepção da ação: a verificação dos elementos subjetivos ocorrerá em ordem às competências do autor e às características públicas de sua ação, e não em função da impossível crença nas ‘representações, credences ou vontades enrustidas em algum opaco lugar de sua mente’”²¹.

Com bem expõe o autor, “se um tipo penal requer um elemento subjetivo como critério conceitual a mais para valorar a ação (ou seja, cumprindo um papel definidor de um determinado tipo), este elemento resta integrado indubitavelmente como uma parte a mais do tipo de ação e sua ausência determina de pronto a falta de relevância da conduta, isto é, afeta a primeira pretensão de validade da norma penal”.²²

²⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. Los elementos subjetivos del tipo de acción: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción, p. 11.

²¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. Los elementos subjetivos del tipo de acción: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción, p. 19.

²² MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. Los elementos subjetivos del tipo de acción: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción, p. 21. Contudo, devemos sempre ter em mente que a concordância que se dá ao texto de

Deve-se descartar que o ânimo (assim como qualquer elemento subjetivo) resida “no fundo da alma, na qual se deve mergulhar até encontrar os episódios mentais que a sustentem”. O que propõe a concepção significativa é justamente uma mudança de método: assim como acontece com o significado das palavras, o das ações não depende de objetos na mente – acerca dos quais nada podemos saber – senão de práticas sociais; dito de outro modo, o significado social – objetivado em regras e práticas – é o que dá sentido às ações. E, conseqüentemente, também às intenções subjetivas devem ser determinadas, não por uma terceira entidade pressuposta e incognoscível – o estado mental – mas sim pela ação externa, à que as diversas atitudes intencionais estão conectadas logicamente: é na ação externa (e não na comparação dessa ação externa com um hipotético acontecimento interno) onde se mostra a intenção”²³. O autor aponta que não se trata de uma dicotomia, estanque, da qual se parte de um para chegar ao outro. Embora sejam necessários critérios externos para se determinar quando concorre um elemento subjetivo, “não se trata de critérios externos a partir dos quais se possa induzir a existência ou inexistência de determinados processos internos, posto que ‘tal dicotomia não existe’”²⁴.

Com base na teoria que defende, Martínez-Buján passa a analisar alguns tipos penais e a resolver o problema de interpretação de formas diferentes, ou seja, oferecendo algumas respostas específicas para cada um dos tipos analisados.

Martínez-Buján atem-se à importância dos elementos normativo-subjetivos à configuração típica e não necessariamente ao seu conceito completo das demais categorias do tipo. Em complemento a seu pensamento, para o autor, “el referido elemento se viene a añadir a los restantes elementos del tipo que integran el comúnmente denominado desvalor objetivo de la conducta (modo de comisión del comportamiento, elementos personales del autor, peligrosidad ex ante de la acción y relación de causalidad entre acción y resultado en los delitos de resultado material) para conformar la primera de las dos subcategorías del tipo de acción, esto es, la tipicidad, que contiene exclusivamente la vertiente fáctica, puesto que la dimensión valorativa viene dada por la ofensividad (o antijuridicidad material), corolario de la llamada pretensión de ofensividad, que acompaña inevitablemente ya a la pretensión de relevancia, en la medida en que únicamente son relevantes para el Derecho penal aquellas acciones que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicamente protegidos”. Esta estrutura não é a que adoto como a mais pertinente sobre bens jurídicos e antijuridicidade.

²³ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. Los elementos subjetivos del tipo de acción: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción, p. 16/17.

²⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. Los elementos subjetivos del tipo de acción: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción, p. 17/18.

Um dos exemplos tratados por Martínez-Buján é o da falsidade documental. Segundo a opinião tradicionalmente majoritária da doutrina e jurisprudência espanholas seria um genuíno elemento subjetivo diferente do dolo o ânimo de introduzir o documento em ambiente jurídico e que sua ausência impediria entender a falsidade como algo penalmente relevante. É curioso pois assim como o tipo penal brasileiro, o espanhol não possui um expresse elemento do tipo neste sentido (“com o fim de introduzir ...”). Para Martínez-Buján, para descartar uma falsidade documental penalmente relevante não seria necessário recorrer à inexistência de um suposto elemento subjetivo do injusto “dado que a atipicidade deriva antes da ausência de risco relevante de ofensa ao bem jurídico”, que o autor define como a “confiança dos cidadãos nas funções dos documentos no tráfego jurídico” quando o documento não chega a ser colocado em circulação ou não reúne consistência aparente suficiente para enganar alguém²⁵. E muitas destas expressões se analisadas do ponto de vista correto da linguagem no momento da imputação ao tipo mostram-se como total ausência de risco ao bem jurídico. Martínez-Buján bem observa que o pretenso requisito de ser destinado à circulação nada mais é do que um requisito objetivo implícito da própria conduta penalmente típica; e “certamente, o autor deverá estar consciente de que sua ação falsária está destinada ao tráfego jurídico e querer consegui-lo, mas se trata do conhecimento e da vontade próprios do dolo de falsificar”²⁶. Nota-se que neste caso, a referência a um elemento subjetivo do tipo tem imediata relação com o bem jurídico lesionado em uma relação com a *Leitbild* do delito.

Da mesma forma, no crime de furto a expressão “para si ou para outrem” (que no Código Penal Espanhol aparece como “em benefício próprio ou de um terceiro”) que por vezes é interpretada como um elemento subjetivo deveria ser vista como elemento objetivo indicador de um perigo

²⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. Los elementos subjetivos del tipo de acción: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción, p. 55.

²⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. Los elementos subjetivos del tipo de acción: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción, p. 56.

para o bem jurídico, ou mesmo como uma lesão²⁷. Mais uma vez a referência ao bem jurídico.

Talvez fosse possível – e é o que apresentamos à discussão – repensar a teoria do “crime formal” (melhor: tipo formal) e dos elementos subjetivos do tipo para assegurar uma verdadeira política criminal de *ultima ratio* e que consiga atender melhor à previsão legal e fornecer dogmaticamente um verdadeiro desvalor do resultado e preservar a *Leitbild* do delito.

A doutrina tradicionalmente faz uma diferenciação entre “crime” formal e material. No primeiro, não haveria um resultado de alteração do mundo físico o que anteciparia a consumação do delito. Para o crime material, a consumação dependeria da realização desta alteração física. Tal doutrina, de matiz italiano, obteve grande repercussão no Brasil pela assimilação durante décadas daquele pensamento penal em nossos professores de autores como Carrara, Petrocelli, Manzini, dentre outros, mas que nem mesmo na Itália possuía uma aceitação pacífica a exemplo das críticas de Cecchi, Maggiore e Battaglini²⁸, e que se referia a tipos de ação (crime formal) e de resultado (crime material). Em *terra brasiliis* mantivemos costumeiramente a classificação de “crimes” formal e material, mas na verdade descrevendo *tipos* formais – os que descreveriam um resultado naturalístico que não precisaria ocorrer para a consumação – e *tipos* materiais – que exigem o resultado naturalístico para a consumação.

O primeiro e mais citado exemplo dos manuais sobre o “crime formal” é a extorsão mediante sequestro (art. 159 do CP²⁹). Basta, para a quase totalidade da doutrina, que o sequestro se realize para que o tipo penal esteja consumado. Intuitivamente evidenciamos vários problemas a partir desta teorização que desafiam a linguagem e outros institutos da

²⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. Los elementos subjetivos del tipo de acción: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción, p. 58/59.

²⁸ A exemplo, Battaglini afirmava que os tipos de ação seriam considerados os de resultado formal, e os tipo de resultado seriam os materiais: “nos casos em que o evento integra-se na ação (pelo que não surge o problema da causalidade, previsto na legislação peninsular pelo art. 40), temos os denominados *crimes formais*; quando, pelo contrário, o evento é apartado da ação, podendo verificar-se em tempo ou até mesmo em lugar diversos, surgem os chamados *crimes materiais*”. BATTAGLINI, Giulio. Direito Penal, parte geral, p. 175.

²⁹ CP/1969, art. 159 - Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate.

parte geral: i) consideramos consumado o delito mesmo que todos os elementos do tipo não tenham sido alcançados, exigência do artigo 14, inciso I; ii) Caso de fato se realizem, criamos a categoria do *exaurimento*, que deveria influenciar na dosimetria da pena mesmo sendo ainda parte do próprio tipo penal, o que é um contrassenso; iii) restringimos as categorias da desistência voluntária e do arrependimento posterior, pois ainda que se desista do pedido do preço e do resgate nenhum tipo de alteração típica poderá ocorrer diante da consumação antecipada; iv) também impossibilitamos a investigação sobre o crime impossível, que com feições de tentativa impede a própria existência o tipo penal.

Uma análise atenta do tipo nos permite utilizar a linguagem de forma diferente. Note-se que em outros tipos penais nos quais um resultado material é possível o legislador utilizou-se de uma outra forma de redação. Se tomarmos como exemplo o delito de estelionato podemos perceber que a redação do tipo coloca o resultado em seu lugar de destaque, exigindo que seja obtido: “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”.

Mas a redação do estelionato também poderia ser invertida como no delito de extorsão mediante sequestro, e ter a seguinte construção: “induzir ou manter alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio”. Transforma-se assim um resultado material absolutamente possível de ser alcançado em uma mera finalidade ou *elemento subjetivo do tipo*.

Pois bem, poderíamos então reconstruir o tipo de extorsão mediante sequestro também de forma diversa: “obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate, mediante sequestro”. E, afinal, não é este o *nomem juris* do tipo, Extorsão *mediante* sequestro? Não se encontra ele dentre os delitos contra o patrimônio?

Não exige longa fundamentação o fato de que o resultado se mostra muito importante a ponto do delito de sequestro e o de extorsão mediante

sequestro possuírem penas muito diferentes. Mas ainda assim, a se manter a interpretação atual, a obtenção do resgate somente será considerada como “exaurimento”, e sendo um elemento do tipo, por coerência, não poderá significar nenhum tipo de aumento da pena base, o que implica em desconsiderar completamente o bem jurídico diverso atingido (patrimônio) e o desvalor que possa representar o alcance de um resultado material absolutamente possível.

A comum justificativa para a redação é a política criminal. O legislador teria pretendido se antecipar ao resultado e já punir, com todo o desvalor, o fenômeno que se apresenta apenas como uma ação.

Mas por tudo o que foi exposto acima e partindo-se de uma teoria da linguagem, parece-me muito mais apenas uma falta de técnica. Até mesmo porque quando o legislador assim o “quis”, equiparou a consumação à tentativa (p. ex., artigo 352 do CP: evadir-se ou tentar evadir-se o preso...). Tanto que na redação do projeto de Código Penal elaborado pelo mesmo Nélson Hungria em 1969 a redação era outra, muito mais técnica: “Art. 170. Extorquir ou tentar extorquir para si ou para outrem, mediante sequestro (sic) de pessoa, indevida vantagem econômica”. O que deveria ser interpretado a partir do delito de extorsão, que possuía a seguinte redação: “Art. 169. Obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, constringendo alguém, mediante violência ou grave ameaça”. Destaco que as citadas redações estão em vigor nestes exatos termos no Código penal militar³⁰.

Ainda em apreço a uma melhor redação, no máximo deveríamos ter a construção dos tipos em suas formas qualificadas, mas ainda assim com um resultado material. Neste caso, o tipo de sequestro poderia ser qualificado pela obtenção de resgate, e não uma mera finalidade. Em alguns casos, como no exemplo de Martínez-Buján da falsidade documental, sequer haveria a necessidade de um tipo “formal”.

³⁰ Extorsão simples. Art. 243. Obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, constringendo alguém, mediante violência ou grave ameaça.

Extorsão mediante sequestro. Art. 244. Extorquir ou tentar extorquir para si ou para outrem, mediante seqüestro de pessoa, indevida vantagem econômica.

Ao analisarmos de forma correta de qual seria a natureza de um elemento subjetivo podemos defender que para os delitos de resultado tal elemento poderia ser desprezado por uma redação correta, que reconhecesse ao resultado seu verdadeiro posto de desvalor. Isto relegaria o elemento subjetivo apenas para os tipos considerados como de ação. Aqui não há a previsão típica de um resultado separado da ação, e o elemento subjetivo se mostraria necessário para que a própria ação tivesse sentido.

Tomemos como exemplo o porte de drogas para consumo. Sem o elemento subjetivo que não se materializa como um ilícito em si ou um resultado material relacionado a um bem jurídico se poderia imputar ao sujeito o delito de tráfico, que não exige qualquer elemento subjetivo.

Não se trata, portanto, de uma opção ou política criminal de antecipação do resultado para o injusto da ação, como se pretende na má construção do tipo de extorsão mediante sequestro, que possui uma realização fática perfeitamente possível e aferível e da qual simplesmente se quer abrir mão para alcançar maior espectro de punição. O elemento subjetivo é essencial e suficiente para a valoração do injusto e atribuição de sentido ao comportamento típico. Sem ele, não haverá tipicidade pelo total desvalor da conduta.

Martínez-Buján chega à uma conclusão parecida quanto, de *lege ferenda*, aponta que determinadas expressões do tipo penal deveriam ser substituídas por situações mais objetivas, expressões “com fins industriais ou comerciais”, ou “com a intenção de desabastecer um setor do mercado, forçar uma alteração de preços ou prejudicar gravemente os consumidores”, ou “com o propósito de captar investidores ou depositantes...”, dentre outros³¹.

Importante então a utilização de uma teoria do bem jurídico e, principalmente em casos de pluriofensividade, o tipo deve ser completamente percorrido. No caso da extorsão mediante sequestro, em termos de medida da pena, não considerar o recebimento do preço seria desprezar uma

³¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. Los elementos subjetivos del tipo de acción: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción, p. 59/60.

situação fática, trazida ao tipo penal, e ignorá-la no momento da dosimetria, ou seja, seria dizer que se houvesse o recebimento do resgate a pena não sofreria aumento com isso ou, pior, que se houvesse o recebimento do resgate a pena seria aumentada simplesmente pela total ocorrência de todos os elementos do tipo básico, que é a própria configuração do delito, sem nenhum correspondente no sistema trifásico por não ser uma qualificadora, causa de aumento ou agravante, mas simplesmente um dos elementos do próprio tipo penal. Em termos de aplicação de outros institutos como a tentativa, desistência e crime impossível aumentar-se-ia o campo de abrangência até o momento final no qual a completude do resultado pudesse ser observada.

Mas ainda assim, não se poderia punir pelo perigo? Sim, contudo o perigo – e a excepcionalidade de sua tipificação – tem uma reprovação menor pela distância de do resultado. É evidente que quando a ofensa ao bem jurídico pode significar sua afetação física o perigo é apenas um antecedente lógico e necessário que não esgota a reprovação.

Conclusão

Conclui-se, portanto, que havendo possibilidade de alcance do fenômeno por completo – a *Leitbild* – há absoluta impropriedade na elaboração do tipo penal e uma inversão indevida do resultado como mera finalidade e não como fato a ser atingido. Os elementos subjetivos do tipo – agora entendidos como elementos normativos de referência subjetiva – fazem sentido em tipos penais conhecidos como tipos de ação, que possuem resultado jurídico de ofensa a um bem jurídico que depende da análise da finalidade específica do tipo. Não é correta a criação teórica do “crime formal” porquanto legitima a indevida inversão linguística do tipo, que sendo de realização fática, é na verdade um delito de resultado (e não de ação) e que, portanto, deve chegar a este não só por motivos de política criminal, mas principalmente por exigência legal do artigo 14 que define que o crime somente se consuma quando todos os elementos do tipo forem alcançados.

Em regresso à teoria do *Tatbestand* devemos observar a essência ou *Leitbild* do tipo e o intérprete, sempre que for chamado à imputação a um certo tipo penal, identificando a inversão e o mal-uso da linguagem deve conferir ao chamado tipo formal a leitura correta, conferindo ao resultado seu significado de destaque e elemento necessário para a consumação do delito.

Referências

AMBOS, Kai. 100 años de la “teoría del delito” de Beling: ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional? In: AMBOS, Kai. Fundamentos y ensayos críticos de Derecho Penal y Procesal Penal. Lima: Palestra, 2010.

BATTAGLINI, Giulio. Direito Penal. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1964.

BELING, Ernst von. Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen: Mohr, 1906. Disponível em <https://archive.org/details/dielehrevomverboobeligoog/page/n6>.

_____. Die Lehre vom Tatbestand, in: Hegler, August (coord.). Festgabe für Reinhardt Frank. Tübingen: Mohr, 1930.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

BUSATO, Paulo César. Direito Penal e ação significativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Direito penal. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015.

CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. El tipo penal en Beling y los neokantianos. Barcelona: PPU, 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas. Montevideo: B. de F., 2007.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra; BRITO, Alexis Couto de. Direito Penal Brasileiro. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Diritto Penale – parte generale. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1989.

GARGANI, Alberto. Dal “Corpus Delicti” al “Tatbestand”. Le origini della tipicità penale. Milão: Giuffrè, 1997.

GIL GIL, Alicia. El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención. IN: RDPC nº6 - Extra. Universidad la Rioja, 2000. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/17108>.

HEGLER, August (org.). Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Reinhard von Frank. Band I und II. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1930.

MANTOVANI, Ferrando. Diritto Penale. Padova: Cedam, 1988.

MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. Los elementos subjetivos del tipo de acción: un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción, in: Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 5, n. 9, p. 9-76, jul./dez. 2013. Disponível em <https://revistajusticaesistema.criminal.fae.edu/direito/article/view/2>, acessado em 03/07/2019.

MAYER, Max Ernst. Derecho Penal. Parte general. Tradução de Sergio Polittoff Lifschitz. Montevideu: B de F, 2007.

MEZGER, Edmund. Tratado de Derecho Penal. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PAGLIARO, Antonio. Principi di Diritto Penale - Parte Generale. 7. ed. Milão: Giuffrè, 2000.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Crimes de mera conduta. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Los Elementos subjetivos del tipo legal. Montevideo: B. de F., 2008.

QUEIROZ, Paulo. Direito Penal. Parte Geral. 5. Ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

RAMACCI, Fabrizio. Corso di Diritto Penale. Torino: Giappichelli, 2001.

VIVES ANTÓN, Tomás S. Fundamentos del Sistema Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

WELZEL, Hans. Das Deutsche Strafrecht. 7. ed. Berlin: De Gruyter, 1960.

WOLF, Erik. Las categorías de la tipicidad. Trad. María del Mar Carrasco Andrino. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

ZIELINSKI, Diethart. Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Buenos Aires: Hammurabi, 1990.

O significado do crime de corrupção e os limites do tipo de ação

Paulo César Busato ¹

Introdução

Um dos pontos mais discutidos no Direito penal brasileiro, hoje em dia, é a corrupção².

O tema é tratado sob vários ângulos, desde a questão criminológica e político-criminal, até as fórmulas de incriminação inovadoras, como o caso da corrupção de agente público estrangeiro ou a corrupção no âmbito privado.

Este panorama interno está muito relacionado a dois fatores de âmbito global, a saber: primeiro, a identidade - cada vez mais clara - do Século XXI como sendo o Século da comunicação e da informação e, segundo, a vinculação das pautas de certos organismos econômicos globais a

¹ O autor é Doutor em Direito penal, Professor da Universidade Federal do Paraná e Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

² Veja-se, por exemplo, PINTO, Celia Regina Jardim. *A banalidade da corrupção. Uma forma de governar o Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011; GORDON, Flávio. *A corrupção da inteligência: intelectuais e poder no Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2017; SENNA, Gustavo. *Combate à má governança e à corrupção: uma questão de direitos fundamentais e de direitos humanos*. vol. 9. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019; SANTOS, José Maurício Abduch; BERTONCINI, Mateus; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajá. *Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; SILVEIRA, Renato de Melo Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015; ROMEIRO, Adriana. *Corrupção e poder no Brasil: uma história, Séculos XVII a XVIII*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017; HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015; BARROS FILHO, Clóvis de e FRANÇA, Sérgio. *Corrupção, parceria degenerativa*. Campinas: Papirus, 2014; LEITE, Alaor e TEIXEIRA, Adriano [organizadores]. *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. São Paulo: FGV Editora, 2017 e CUNHA, Rogério Sanchez e SOUZA, Renee. *Lei anticorrupção empresarial*. Salvador: Juspodivm, 2017, entre outros.

expressões comunicativas do fenômeno de corrupção desconectadas de qualquer referência a controles formais legais.

De outro lado, a estrutura de imputação segue sendo interpretada no Brasil por uma boa parte da doutrina, como certo espelho normativo de uma realidade empírica.

Esta mescla nociva faz com que, no que refere à corrupção, a imperceptível transformação de realidade ôntica em processo comunicativo contamine ambas as esferas - econômica e jurídica - com efeitos expansivos.

Propõe-se o artigo a utilizar o instrumental técnico de imputação oferecido por uma teoria do delito ancorada na filosofia da linguagem oferecida por Vives Antón, como paradigma de quebra deste círculo vicioso.

Para tanto, partindo de uma abordagem sobre a compreensão do termo corrupção, descreve-se o modo como as diretrizes internacionais tratam o tema e como influenciam o recorte técnico-jurídico no Brasil.

Descreve-se, a partir daí, como hipótese de trabalho a existência de um círculo vicioso ampliativo do Direito penal, que deve ser rompido.

Propõe-se, por fim, promover esta ruptura a partir de uma abordagem do modelo teórico de tipicidade, a partir da concepção de *tipo de ação*, proposta pelo modelo linguístico construído por Vives Antón.

1. O que é corrupção?

O ponto de partida de uma discussão a respeito de corrupção seria claramente definir o que se quer dizer com o uso do termo, já que ele é polissêmico³. Ela pode ser entendida como o intento de lograr vantagens pessoais a partir do controle de parte da atividade pública⁴, ou o o desvio por parte de um funcionário público dos deveres formais do cargo devido à busca de recompensas para si ou para terceiros; uma violação do

³ A respeito das tentativas de unificação ou delimitação do conceito, atestando a polissemia, veja-se MIRANDA, Luiz Fernando. *Unificando os conceitos de corrupção: uma abordagem através da nova metodologia dos conceitos*. Revista Brasileira de Ciência Política, nº 25. Brasília, janeiro - abril de 2018, pp 237-272.

⁴ KEY, Valdimir Orlando. *The techniques of political graft in the United States*. Tese de Ciência Política. Chicago: University of Chicago, 1936, p. 5-6.

interesse comum, com vistas à obtenção de vantagens particulares; uma forma particular de exercer influência ilícita, ilegal e ilegítima⁵ ou ainda o comportamento que se desvia das obrigações formais de um cargo público em benefício de interesses pecuniários ou de status que diz respeito ao mundo privado (seja um interesse pessoal, de um núcleo familiar e/ou parentes próximos, ou de um pequeno grupo de interesse)⁶ ou simplesmente a troca de ação política pela riqueza econômica⁷, além de uma pluralidade de outros conceitos.

E, justamente por conta desta polissemia, torna-se impossível afirmar um "ser" da corrupção. Simplesmente não há uma verdade empírica a ser afirmada a partir de um conceito jurídico, senão que tais conceitos são afirmados pelo uso prático que se faz deles próprios, vale dizer, de sua dimensão de lei escrita incriminadora.

A questão vai ainda mais longe, se tomado o ponto de vista do uso comum. Por exemplo, são de uso corrente as expressões: - a estrutura do edifício está corrompida (significando *fragilidade*); a juventude atual está corrompida (significando *degradação moral*) tanto quanto: - aquele policial é corrupto; e - este empresário está envolvido em corrupção (significando as condutas criminosas de corrupção passiva e ativa respectivamente).

Nota-se, pois, que a forma coloquial de perceber o fenômeno da corrupção é bastante mais distendida do que aquilo que pode ser entendido como crime.

Entretanto, como será visto a seguir, é a concepção ampla acerca do fenômeno da corrupção que pauta a inclusão econômica no plano global.

A própria T.I.⁸ define corrupção como "o abuso do poder de confiança para ganho privado".

⁵ BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 6. ed. Distrito Federal: UnB/Linha Gráfica Editora, 1991, p. 292.

⁶ NYE, Joseph. "Corruption and political development: a cost-benefit analysis". in *American Political Science Review*. Vol. 61, n. 2. Cambridge University Press, June, 1967, p. 419.

⁷ HUNTINGTON, Samuel. *A ordem política nas sociedades em mudança*. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Fozense/EDUSP, 1975, p. 79.

⁸ In <https://www.transparency.org/what-is-corruption#define>. Acessado em 02/08/2019, às 15:03.

2. As diretrizes de organismos econômicos internacionais.

É de conhecimento geral que à medida em que a economia mundial avança a passos agigantados para um modelo claramente globalizado, a inclusão da população em *standards* mínimos de cidadania depende da inserção dos respectivos países nos organismos internacionais com voz suficiente para a defesa dos seus interesses.

Nos últimos anos, muitos dos países Latino-americanos - e o Brasil não é exceção - visam ter uma participação mais ativa em organismos como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico⁹, já que a participação neste organismo - dependente de uma pauta de medidas econômicas liberais, como controle inflacionário e fiscal - certifica a confiabilidade do país no sentido da obtenção de investimentos a nível global.

O Brasil já figura como parceiro estratégico - e não membro efetivo - da OCDE, parceria iniciada através da participação do país no chamado *Comitê do Aço*, em 1996, ao que se seguiu a participação, a partir de 2012, do Programa de Engajamento Ampliado. Em 2015, foi assinado Acordo de Cooperação, que foi o passo aproximativo mais decisivo, permitindo que o país tenha já representatividade em vários órgãos e alguns projetos da entidade. O pedido de adesão para converter-se em membro pleno data de maio de 2017.

Bons termômetros para o Brasil parecem ser as experiências do México, que foi o primeiro país da América Latina a entrar para a OCDE, em 1994 e do Chile, cujo ingresso se deu em 2010, sendo constatável em ambos um crescimento significativo do PIB e da empregabilidade.

Ainda que exista certa discussão entre os economistas sobre em que medida a participação do Brasil em tal organismo o alija de uma liderança natural entre países emergentes e fragiliza seu vínculo com a Organização Mundial do Comércio (OMC) ou das facilidades de crédito junto ao Banco Mundial, derivadas da posição de país "em desenvolvimento", parece claro

⁹ Doravante nominada OCDE.

que desde um ponto de vista dos resultados de inclusão cidadã, o grupo de países que participa da OCDE desfruta de uma posição nitidamente melhor.

A entidade, por seu turno, trata de monitorar e acompanhar os países pretendentes, através de grupos de trabalho, de onde surgem relatórios periódicos que compõem, cada vez mais, diretrizes de organização governamental.

O ingresso depende de que o país cumpra uma série de requisitos, consistentes em aprovações dos vários comitês da organização, bem como o cumprimento de um sem número de normativas.

Especificamente na área econômica, a OCDE exige duas ações principais: o controle da evasão fiscal e da corrupção. Assim, entram em foco as medidas tomadas pelo país acerca de governança e *compliance* no ambiente público, bem como as medidas de controle de corrupção, as quais incluem medidas acerca da incriminação da lavagem de dinheiro, do financiamento de terrorismo, crimes tributários e fiscais.

Isto levou a que o Brasil firmasse uma série de convenções internacionais nesta matéria, como a Convenção dos Estados Americanos, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002; a convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (convertida internamente pelo Decreto 5.687/2006) e a Convenção Anticorrupção de Agentes Públicos da OCDE, que - ao entrar em vigor em 1999 - gerou, entre outras coisas, a inserção da figura típica da corrupção do funcionário público estrangeiro, no Código penal brasileiro, através da Lei 10.467 de 11 de junho de 2002.

Como implementação de um Plano de Ação Anticorrupção do G20, aprovado na Reunião de Cúpula de Seul, em novembro de 2010, o Brasil propôs-se submeter-se a uma avaliação acerca da integridade da administração pública.

Em relatório do ano de 2011, a OCDE apontou ser aquela a primeira avaliação do sistema de integridade da administração pública federal de um Estado-Membro do G20, no caso, o Brasil, apontando algumas medidas que o país tomava em direção à realização das pautas de controle.

Visava-se, com a iniciativa de ser avaliado por seus pares, gerar para o Brasil um papel protagonista nos debates internacionais e nos processos de tomada de decisão de caráter econômico global.

3. A interferência da Transparência Internacional.

De outro lado, nos relatórios da entidade acerca do monitoramento dos itens avaliados no Brasil, aponta-se que o Brasil apresentou em 2018 nova queda no Índice de Percepção da Corrupção (IPC) da Transparência Internacional¹⁰.

O Brasil caiu 9 posições no referido índice em comparação com 2017, passando a ocupar a 105^a colocação entre 180 países avaliados, com pontuação que passou de 37 para 35, o pior resultado desde 2012, consistindo, ademais, trata-se da 3^a queda anual seguida (em 2016 situava-se em 79º e 2017 96º). Em termos Latino-americanos, saímos para a 20^a posição entre 32 países, sendo que ocupávamos a 12^a posição em 2012¹¹.

A aparência é de que todas as medidas anticorrupção não produziram resultado algum, antes pelo contrário. Afirma-se que não se chegou à raiz do problema, não se atacou as causas estruturais da corrupção no país¹².

O tema terminou sendo amplamente divulgado na mídia, com reflexos óbvios na postura dos organismos nacionais e internacionais¹³.

Convém, entretanto, chamar a atenção para os métodos empregados pela T.I. para aferir tais índices.

Desde a sua criação em 1995, o Índice de Percepção da Corrupção consiste no relatório principal e mais amplamente divulgado da T.I., convertendo-se no principal indicador global de corrupção no setor público.

¹⁰ Doravante T.I..

¹¹ <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/#brasil>. Acessado em 01 de outubro de 2019.

¹² <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/#brasil>. Acessado em 01 de outubro de 2019.

¹³ Veja-se, como exemplo, matéria redigida por Gabriel Luiz, publicada no site do G1, em 29/01/2019 às 04h00. Cf. <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/01/29/brasil-fica-cai-para-105o-lugar-em-ranking-de-2018-dos-paises-menos-corruptos.ghtml>. Acessado em 02 de outubro de 2019.

Ele é um índice composto, uma combinação de diferentes pesquisas internacionais e avaliações de corrupção, coletadas por várias instituições. O índice baseia-se em 13 pesquisas de instituições especializadas em governança e análise do clima de negócios¹⁴.

Como é fácil notar, a base das conclusões do relatório é a percepção da pessoas acerca da corrupção e não propriamente o fenômeno criminoso da corrupção.

4. Os efeitos legislativos da conjunção entre as pretensões de inclusão no modelo econômico global e a percepção de corrupção.

A associação automática que se faz acerca da percepção da corrupção, associada ao propósito - declarado ou não - de alcançar um lugar entre as economias de ponta através de tomadas de medidas terapêuticas sobre o tema, levou a uma avalanche legislativa.

Não entra na conta o índice estatístico de efetivos crimes de corrupção, mas apenas a imagem sobre corrupção que se associa ao país e a premência em fazer algo a respeito.

É fácil notar o efeito disso quando se verifica a sucessão de leis recentes que alteraram os termos em que é tratada a incriminação de fatos relativos à corrupção no Brasil.

Basta citar como exemplos a lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, que criou todo um capítulo do Código penal de crimes contra finanças públicas, tendo em vista as atividades dos agentes políticos; a lei nº 10.268, de 28 de agosto de 2001 que alterou penas dos crimes de falso testemunho e falsa perícia no Código penal, justamente pela relação de tais práticas com a corrupção (§ 1º do art. 342); a lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, já mencionada, que criou um novo capítulo no Código penal para tipos penais de corrupção de agente público estrangeiro; a lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003, que aumentou as penas dos crimes de corrupção

¹⁴ https://www.transparency.org/news/pressrelease/explanation_of_how_individual_country_scores_of_the_corruption_perceptions. Acessado em 01 de outubro de 2019.

ativa e passiva previstos no Código penal; aprovou-se a Lei Anticorrupção, a lei 12.846 de 01 de agosto de 2013 e a lei de Organizações Criminosas, a lei 12.850 de 02 de agosto de 2013.

E atualmente chega-se a um projeto de lei (PL 3855/2019 antigo PL 4850/2016), prenhe de inconstitucionalidades, que se justifica pelo suposto estabelecimento de medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos.

5. A hipótese.

Este duplo fenômeno - perceber o crime de corrupção por uma lente ampliada e gerar uma inflação de incriminação na matéria - parece ter por fonte, se não exclusiva, ao menos, colateral, um problema clássico que relaciona ação e norma: o problema do imanentismo ou transcendentalismo do crime de corrupção em face da lei.

Este problema pode ser posto, em termos radicalmente simples, da seguinte forma: existe uma corrupção em si que é, mais tarde, apreendida pela norma incriminadora, por ser reconhecida como algo socialmente deletério ou é a norma incriminadora a pauta de afirmação da existência da corrupção?

Os altos índices de percepção popular da corrupção no Brasil, constantes dos relatórios da T.I. parecem apontar para a evidência empírica de um fenômeno crescente de corrupção no país.

A mescla de tal aferição com a pressão dos organismos internacionais no sentido da tomada de providências legislativas internas acerca de governança estatal, parecem impulsionar a inflação legislativa já apontada.

Estas iniciativas parecem evidenciar que novas formas de corrupção vão sendo descobertas, demandando maior intervenção penal, o que levaria a crer tratar-se de um fenômeno natural, coberto pelo direito penal incriminador por força de uma necessidade empírica.

Como efeito, porém, novas formas normativas colocadas sob o manto do termo *corrupção* permitem obviamente uma percepção ampliada do fenômeno como algo que supostamente "existe", gerando o incremento dos dados dos novos e sucessivos relatórios da T.I..

Trata-se de um evidente círculo vicioso que deve ser rompido de alguma forma.

Ainda que qualquer ponto do círculo possa ser atacado para obter seu rompimento, aos juristas caberia propô-lo desde o ponto de vista dos processos de incriminação.

E é justamente aqui que parece que esbarra-se em um monumental escolho derivado do instrumental dogmático.

Acontece que a corrupção como crime é identificada a partir da conjunção entre a norma e o fenômeno social que lhe caracteriza.

O modelo ainda tristemente dominante na doutrina brasileira segue sendo o de um caquético finalismo que parece claudicar cada vez mais acentuadamente, mas que insiste em sobreviver.

Na base deste modelo - inspirador da última reforma do Código penal, havida, não por acaso, ainda nos tempos obscuros da ditadura militar - encontra-se uma teoria da ação que pretende ser reconhecida a partir de uma base ôntica.

Defende-se, desde este ponto de vista, a existência de uma ação pré-jurídica que receberia, *a posteriori*, as valorações capazes de convertê-la em delito.

Como é mais do que evidente, uma concepção desta ordem abre passo para o reconhecimento da existência do fenômeno criminoso como prévio à opção legislativa, o que, no caso que nos ocupa, absolutamente incapaz da formulação de um mecanismo crítico.

A proposição do presente estudo é, portanto, atacar justamente este paradigma dogmático para oferecer, a partir dele, a ruptura necessária do ciclo vicioso. Para tanto, resulta necessário abandonar a perspectiva de uma ação ou fato típico em favor de um tipo de ação.

6. A questão da ação típica e do tipo de ação.

O tipo de injusto como categoria delitiva já nos alvorea da construção da teoria do delito perdeu protagonismo frente ao avanço de uma ideia de ação pré-jurídica como categoria fundante do conceito analítico de crime, especialmente quando da artificialmente insuflada¹⁵ polêmica entre causalismo e finalismo.

Esta perda está claramente relacionada com a pretensão de ciência invocada pela dogmática jurídico-penal, já que pretendeu-se, através da adoção das chamadas *estruturas lógico-objetivas*¹⁶, preencher o vazio científico deixado pela *praxis* que sempre orientou o direito. E, neste afã, ao invés de partir dos limites legais fixados pelo tipo, para analisar se o caso oferece elementos que permitem reconhecê-lo, optou por iniciar pela afirmação de um conceito pré-jurídico de ação¹⁷, carregado de uma pretensão de verdade científica que pretendia estabelecer – na expressão de Vives Antón¹⁸ um *saber sobre objetos*, hoje já amplamente superada tanto pelo reconhecimento de que as figuras delitivas não são entidades objetivas, quanto pela constatação de que a ação não se concebe como substrato, mas como sentido¹⁹, já que não é possível pretender nenhuma conceito geral

¹⁵ Sobre o tema, são pesquisas fundamentais MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito penal do seu tempo*. Trad. de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005 e LLOBET RODRIGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal (1933-1945)*. São Paulo: Tirant Brasil, 2019.

¹⁶ WELZEL, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. ed., Göttingen: Vandenhoeck-Ruprecht, 1962, p. 243-244.

¹⁷ A crítica a esse proceder é bem delimitada em VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Fundamentos del Sistema penal*. 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 272.

¹⁸ VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Fundamentos...cit.*, p. 273.

¹⁹ Há uma imensa quantidade de publicações que já adotam a perspectiva da filosofia da linguagem em Direito penal, tal como proposta por Vives Antón, dentro de um modelo que pode ser chamado de modelo "significativo" de teoria do delito. Os principais textos, por ordem alfabética, CARBONELL MATEU, Juan Carlos, "Texto de la ley, lenguaje común y posición de garante", in Tomás S. Vives Antón; María Luisa Cuerda Arnau e Elena Górriz Royo [org.]. *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 251-258; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis [coord.]. *Lenguaje y dogmática penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. "La fe ciega en el conocimiento experto", in *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 259 a 267; GÓRRIZ ROYO, Elena. *El concepto de autor en Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008; GÓRRIZ ROYO, Elena. "¿Es el sonambulismo un caso de ausencia de acción?", in *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 34-91; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. "La concepción significativa de la acción de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito", in *Libro homenaje a Marino Barbero Santos. Castilla-La Mancha-Salamanca*: Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha - Universidad de Salamanca, 2001, p. 1141-1178, 2001, p.1075-1104; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El contenido de la antijuridicidad (Un estudio a la luz de la concepción significativa del delito)*.

de ação, senão apenas identificar, segundo regras sociais, os diversos tipos de ação²⁰.

O surgimento desenvolvimento do tipo como categoria fundamental da teoria do delito. O vivo e o morto da tese de Beling.

Como bem observa Vives Antón²¹, ao explicar sua ideia de *tipo* como figura reitora (*Leitbild*), Beling incorreu em certos erros conceituais, na medida em que pretendeu que esta figura representasse uma imagem de um processo real à qual confluem os processos objetivo de execução física do fato e a intenção subjetiva, os quais receberiam seu sentido do *Leitbild* que realizariam.

Valencia: Tirant lo Blanch, 2013; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Los elementos subjetivos del tipo de acción”, in *Teoría & Derecho*, nº 13. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 233-279; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “El error sobre el tipo a la luz de la concepción significativa del delito”, in *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. [Jesús María Silva Sánchez; Joan Josep Queralt Jiménez; Mirentxu Corcoy Bidasolo e María Teresa Castiñeira Palou (coord.)], Buenos Aires: BdeF, 2017 p. 715-723; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El error en la teoría jurídica del delito (Un estudio a la luz de la concepción significativa)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Notas básicas sobre la autoría. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)”, in *Liber amicorum. Estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M Terradillos Basoco. Libro homenaje a Juan Terradillos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 143-157; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Autoría y realización/ejecución (objetiva y positiva) del significado específico del hecho. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español), in *Estudios jurídicopenales y criminológicos” in Homenaje al Prf. Dr. H. c. mult. Lorenzo Morillas Cueva*. Madrid: Dykinson, 2018, p. 421-453; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *La autoría en Derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019; ORTS BERENGUER, Enrique e GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio de derecho penal. Parte general*. 7ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2017; ORTS BERENGUER, Enrique. “Consideraciones sobre los elementos subjetivos de algunos tipos de acción”, in *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del Prf. Tomás Salvador Vives Antón. Tomo II*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 1483-1500; ORTS BERENGUER, Enrique. “A propósito de Lady Macbeth y la doctrina de la acción” in *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 91-111; RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008; RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. “Un proceso interno necesita criterios externos. Algunos apuntes sobre la gramática profunda del elemento volitivo del dolo”, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del Prf. Tomás Salvador Vives Antón. Tomo II*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1639-1653; RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. “El lenguaje de la vecina y la posición de garante como redundancia en la comisión por omisión”, in *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 232-250; MUÑOZ CONDE, Francisco. “Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción significativa”, in *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. T.II Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 1449-1464; BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007; BUSATO, Paulo César. *La tentativa del delito*. Curitiba: Jurua, 2011; BUSATO, Paulo César. *Direito penal. Parte Geral*. 4ª ed., São Paulo: Gen-Atlas, 2018, BUSATO; Paulo César [org.] *A Linguagem do direito penal*. Rio de Janeiro: Tirant-Brasil, 2017; BUSATO, Paulo César. *Novas Reflexões Sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo*. Rio de Janeiro: Tirant-Brasil, 2019; BUSATO, Paulo César. *Dolo e Direito Penal - Modernas Tendências*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Tirant-Brasil, 2019; GONZÁLEZ CUSSAC, Jose Luis. *Lenguaje y dogmática penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019 e PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal Hacia la «exteriorización de lo interno»*. Barcelona: Atelier, 2014.

²⁰ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos...cit.*, p. 274.

²¹ Idem, pp. 276-277.

No entanto, o certo é que antes mesmo de poder ser caracterizada como execução da *matar alguém*, a realização externa já se vê como *ação de matar*. Ou seja, deve existir um nexó de intelegibilidade, para além do processo de subsunção, que una os movimentos corporais com a morte, fundindo-os em um concreto tipo de ação, qual seja, o de homicídio²². Portanto, não é o *Leitbild* que dá sentido à execução, mas sim existe o reconhecimento de uma certa classe de ação nos movimentos corporais que permitem entendê-la como o correspondente modelo reitor.

Portanto, é o *tipo de ação* de que se trata que determinará tanto a execução física e a intenção quanto a própria figura reitora.

Vives Antón²³ observa, ainda, que o próprio Beling deve ter intuído tal circunstância – ainda que não dispusesse da base teórica para desenvolver o raciocínio estruturado sobre a linguagem – pois, ao lado de seu modelo descritivo, ao explicar a independência do *Leitbild* ofereceu também um modelo que Vives qualificou de *lógico*, socorrendo-se da analogia do concerto.

Referiu Beling:

“[...] aquele primeiro elemento do conceito de assassinato não é, portanto, a ‘morte de uma pessoa’, mas a ação que realiza a morte de uma pessoa. Dito em outros termos: o primeiro constituens do tipo de delito (independente) não é o delito-tipo, mas a adequação da ação a ele. O delito-tipo não faz mais que regular tal constituens. Como exemplo esclarecedor, podemos comparar a peça musical com o concerto: a execução de uma peça não é idêntica ao concerto (é uma parte), e a peça não é sequer uma ‘parte’ do concerto; é, antes, uma criação espiritual do compositor, que constitui um programa para o concerto”²⁴.

Acontece que, por muito que a peça permita compreender o sentido musical de quem a executa, não é capaz de representar, concretamente, que ações podem ser qualificadas como um “concerto”. Vives Antón²⁵ o exemplifica referindo que se ouvíssemos vários alunos em uma aula cujos

²² Idem, p. 277.

²³ Idem, p. 277.

²⁴ BELING, Ernst. *Esquema de Derecho penal. La doctrina del delito-tipo*. Trad. de Sebastián Soler, Buenos Aires: El Foro, 2002 (original de 1930), p. 277.

²⁵ VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Fundamentos...cit.*, p. 278.

movimentos de abertura de livros, sentar nas carteiras, etc., reproduzisse justamente a sequência de sons de uma sintonia de Bethoven, jamais diríamos que estão realizando um concerto, mas procuraríamos dar outra explicação para o que fazem. Obviamente, o que dá sentido ao reconhecimento de um determinado tipo de ação é o contexto. Seguindo ainda os exemplos usados por Vives Antón²⁶, a expressão “agora, vou te matar” tanto pode ser uma ameaça, quanto pode ser o anúncio de que se vai contar uma piada muito melhor que as que foram contadas naquele momento, do mesmo modo com que a expressão “passar bem” pode expressar um desejo de bons augúrios como anunciar a exigência de que o interlocutor se retire imediatamente do ambiente. Assim é com as palavras, bem como com as ações.

Isso mostra que Beling, aparentemente, estava no caminho certo de apresentar uma ideia sobre a categoria fundante da estrutura de imputação, acudindo à sua abstração em face dos movimentos voluntários e do conteúdo da elaboração mental interna. Entretanto, seu projeto fracassa porque, ao final, ele busca que o *sentido* do *Leitbild* funcione como intersecção que permite a justaposição entre os processos físicos de execução da ação com os processos mentais. Em resumo, Beling pretende que o sentido seja a própria conjunção desses fatores e não o *contexto* em que eles ocorrem, dispensando a linguagem pura do sentido em favor de uma ontologia²⁷.

O tipo pós-Beling.

A dogmática subsequente às teses de Beling, não apenas assumiu justamente a parte frágil de sua tese, como também terminou sobrecarregando a categoria da tipicidade com aspectos que não pertencem ao elemento de definição do próprio *tipo de ação*, mas muito mais à sua valoração.

²⁶ Idem, p. 278.

²⁷ Idem, p. 279.

O tipo de injusto neokantiano.

Assim foi já, em seguida, com a proposta *neokantiana* de inverter a lógica de Beling de propor uma etapa de identificação do tipo prévia à sua valoração. Concentrados na norma, os *neokantianos*, propuseram tomar como ponto de partida a norma como valoração, para entender o tipo já como *tipo de injusto*, emprestando à categoria fundante da imputação um conteúdo material de valoração do injusto de cada espécie de delito.

A mescla é evidentemente indevida, porque aquilo que se pretende, qual seja, o reconhecimento da *lesividade de certas ações*, é na verdade, *tipo de lesão*, pois o bem jurídico não se encontra em outro lugar além do tipo, pelo que, aí também há de se encontrar a *lesividade*, à margem de que proceda ou não de uma ação²⁸. A prova mais flagrante disso é a variação dos *desvalores* que pesam, por exemplo, no furto qualificado pela escalada, frente ao furto simples, que possuem penas diferentes. Do ponto de vista da ação, a lesão patrimonial é idêntica. A diferença das penas só pode residir em um diferente desvalor do *tipo de lesão*²⁹.

Claro que está correta a crítica neokantiana sobre a inviabilidade do isolamento completo da categoria de definição (o tipo) frente às valorações. É inegável que ocasionalmente há elementos normativos e/ou subjetivos em certos tipos de modo a fazer demandar sua própria identificação do proceder valorativo. No entanto, isso não quer dizer que seja ideal proceder a partir da valoração e menos ainda que seja inútil pretender escalonar a questão metodológica da definição frente a questão substantiva da valoração.

O tipo finalista.

A principal transformação do tipo proposta por Welzel, ao contrário de desonerar o tipo de elementos que não fazem parte da definição da ação,

²⁸ A crítica procede de VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Fundamentos...cit.*, p. 282.

²⁹ O exemplo aparece em *Idem*, p. 283.

inflacionou-o severamente com a adição da *intenção subjetiva* expressa pela finalidade.

Com a proposta de um *direito penal da vontade*, cuja perspectiva, vista no contexto em que se apresentava, hoje se reconhece em seus aspectos mais perversos, o tipo passava a incorporar aspectos relacionados ao dolo e à culpa, de forma não apenas a antecipar a valoração que os identifica, como ainda a incluir por presunção, aspectos desbordantes dos limites estritos da legalidade.

Tomado o tipo como presumivelmente doloso, o que se faz é incluir uma valoração negativa por presunção à definição da categoria básica da formulação da imputação.

Mas não é só. Se, por um lado, do ponto de vista lógico existe uma sobrecarga, do ponto de vista metodológico, a âncora permanece fixada exatamente no ponto dos condicionamentos ontológicos.

Isto porque, a justificativa apresentada para a inclusão do dolo e da culpa como parte do tipo, é que eles *estão presentes na própria ação*, tomada esta como *o movimento físico movido causalmente por uma força interna psicológica*³⁰.

O que se nota não é sequer o mero acudir ao ontológico para dar sentido ao tipo, mas sim a verdadeira dependência total do ontológico para a afirmação de um *ser* da ação, que condiciona ao típico³¹.

O tipo funcionalista.

Seria impossível repassar nos estreitos limites de um artigo, todo o cenário da categoria tipicidade derivado de concepções que pretenderam superar o finalismo à raiz da racionalidade funcional. Como esta quebra de paradigma é absolutamente fragmentaria³², não seria possível nem

³⁰ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 39 e ss..

³¹ Por muito que seja negado por Welzel, sua conexão com Nicolai Hartmann, vai muito além da mera expressão "ação finalista". Cf. Idem, p. 44.

³² É de todos conhecido que não há uma só tendência no funcionalismo. A mudança de perspectiva sobre o Direito penal parte da alteração da pergunta sobre o crime. Já não se pretende, como no finalismo, perguntar sobre o que é

aglutinar as distintas tendências em torno a uma compreensão comum acerca do tipo, nem tampouco descrever, com precisão minimamente suficiente, as diferentes apreciações.

Em razão disso, por ser o mais representativo autor do que se convencionou chamar de tendência funcionalista, toma-se aqui a apreciação de Roxin acerca da tipicidade, tão somente com o fito de demonstrar que, do mesmo modo que as demais tendências que sucederam Beling, trata-se de uma perspectiva confusa e provocadora de uma sobrecarga da tipicidade, incentivando, como é sabido, uma absoluta descontextualização da importância da ação em termos jurídico-penais³³.

Roxin³⁴ inicia sua apreciação crítica à tipicidade *welzeliana* a partir de uma perspectiva claramente valorativa, que põe de lado a pretensão da afirmação de verdade, ínsita às teorias do delito de base ontológica. Ele não pretende afirmar a verdade sobre um fato, mas medir a maior ou menor correção de uma proposta teórica acerca do tema, que leve em conta a justiça e a segurança jurídica como valores maiores a serem perseguidos.

A opção é inicialmente boa, na medida em que afasta a possibilidade de situar o significado do tipo nos meros processos psicológicos e físicos, em compasso binário. Por outro lado, parece que a perspectiva, ao invés de debruçar-se sobre a forma como percebemos a presença de um tipo de ação, o que faria desembocar a tese sobre a linguagem, passa a perquirir assuntos nitidamente valorativos, praticamente sobrepondo a concepção, em boa parte, às fórmulas *neokantianas*.

Roxin³⁵ afirma que a resposta à pergunta sobre a correção da teoria do tipo está vinculada à sua capacidade de rendimento para uma pretensão de justiça e segurança jurídica, que só pode ser obtida através da ponderação acerca de quais as funções que o tipo penal deve cumprir na teoria do delito.

o crime, mas sim sobre que razões existe para impor castigo. A resposta disso, portanto, já não é dada em forma do binômio verdade/falsidade, mas sim por uma resposta consistente em um juízo de valor variável com o aspecto social destacado pela perspectiva que se adote.

³³ Veja-se ROXIN, Claus. "Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação" in *Direito penal*. Trad. de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, 3a ed., Lisboa: Vega, 1998, pp. 91 e ss.

³⁴ ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*. Trad. de Enrique Bagigalupo, Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 169.

³⁵ Idem, p. 169.

Ao descrever o tipo, Roxin³⁶ remete a uma função de garantia, consistente no cumprimento da tarefa limitadora do princípio de legalidade na medida em que se permite a persecução apenas do que consta dos tipos legais; uma função regulatória do erro, na medida em que expressa os dados sobre os quais a incidência de erro pode gerar um efeito de afastamento do dolo - admitindo, com isso, implicitamente, a presença do dolo como um elemento do tipo -; e a função sistemática, consistente na identificação dos elementos que definem os tipos.

Como se nota, o *tipo penal*, na perspectiva de Roxin, deve responder a funções consistentes em juízos de valor funcionais para a teoria do delito. Ou seja, deve ser uma categoria que funciona axiologicamente como um filtro valorativo dentro do qual se encontram aspectos claramente excedentes ao dado primático consistente na identificação do tipo mesclando aspectos metodológicos e normativos.

A reconstrução do *tipo de ação* sobre a base da linguagem.

Portanto, se algo há que se resgatar na história do desenvolvimento da categoria *tipicidade* é a construção de Beling que propôs o isolamento de um *Leitbild* em face dos processos físicos e mentais. Porém, tal resgate deve ser feito empregando-se a epistemologia da linguagem, ou seja, compreendendo que a expressão de um tipo de ação ou de um tipo de omissão reside não em processos físicos ou mentais, mas sim nas “práticas, nos entrelaçamentos regulares de interação que determinam o sentido”³⁷. E a partir daí “com base no papel que jogam esses entrelaçamentos, podemos falar de diferentes *tipos de ação*, e tais *tipos de ação* – que não são senão diferentes funções sociais – constituem o *dado primário* do nosso conhecimento sobre ação”³⁸.

³⁶ ROXIN, Claus. *Stradrecht. Allgemeiner Teul. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4ª ed., München: C.H.Beck, 2006, p. 280.

³⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Fundamentos...cit.*, p. 280.

³⁸ Idem, p. 280.

Portanto, quando se fala no furto, a *subtração* não é um dado físico independente e prévio à questão do tipo, senão que constitui a expressão de sentido pela qual o *tipo de ação* de furto se realiza.

Assim se constitui a categoria básica da estrutura de imputação como sendo o *tipo de ação* ou *tipo de omissão*.

Importa destacar este ponto, porque tomado assim, o princípio de legalidade joga um papel crucial na delimitação do sentido do evento que se denomina crime, na medida em que só será possível falar de *crime de corrupção* quando se identifique no contexto analisado a presença da expressão de sentido que corresponda ao seu respectivo *tipo de ação*.

Como já referido antes, o reconhecimento do *tipo de ação* como categoria fundante do reconhecimento da classe de ação de que se trata, não implica isolá-lo completamente de valorações ou de considerações subjetivas, afinal, algumas vezes – ainda que nem sempre – é preciso acudir precisamente a essas valorações para *definir de que classe de ação se trata*³⁹. No entanto, o subjetivo, aqui, não implica o recurso a acudir a um fenômeno mental, mas pura e simplesmente à sua expressão contextual.

Um bom exemplo disso é o furto, que é definido pelo Código penal como “*Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel*”. Só é possível reconhecer a presença das circunstâncias denotativas do *tipo de ação* de furto, quando se pode perceber, contextualmente, o *animus* de assenhoreamento ou de transferência da *res* a terceiro. Portanto, aquele que é o último a sair de uma reunião, dando-se conta de que um computador foi esquecido sobre a mesa o apanha e sai em busca daqueles que deixaram a sala antes dele, embora subtraia coisa alheia móvel não comete um furto.

Assim é que, na precisa análise de Vives Antón⁴⁰, “a concordância da manifestação externa com um tipo de ação determina uma aparência de ação” que verificando-se que ‘segue uma regra’, pode expressar um significado de um *tipo de ação*. Ou seja, presente algo que ocorre conforme o modelo da legalidade, verifica-se a presença ou não do sentido de um *tipo*

³⁹ Idem, pp. 287-289.

⁴⁰ Idem, p. 289.

de ação a partir da verificação contextual de se está sendo ‘seguida uma regra’⁴¹ social de realização daquele tipo.

Especificamente no objeto em que estamos tratando, presente a situação em que alguém entrega cem reais a um guarda de trânsito uniformizado, busca-se no contexto da sua realização a verificação de se nos encontramos diante da *entrega de vantagem a funcionário público* ou se simplesmente o sujeito devolve ao funcionário público a nota que vê cair do bolso deste quando ele de lá retirava uma caneta.

7. A modo de conclusão: tipo de ação, linguagem e corrupção.

É obviamente um equívoco almejar alcançar uma “verdade”⁴² empírica e pré-jurídica sobre a corrupção.

O direito é uma *praxis* e não uma ciência, portanto, não pode pretender afirmar algo no mundo.

Não existe uma “verdade” acerca da corrupção.

Mas existem, sim, parâmetros jurídicos positivos acerca da corrupção, e são eles que balizarão a interpretação do contexto em que se realiza determinada ação, para fins de reconhecê-la como expressão de sentido do crime de corrupção.

Como visto, não apenas não se trata de um evento a exigir tipificação, mas sim tipificações que pretendem ser válidas para avaliar a expressão de sentido das ações ali representadas.

Da análise comunicativa das circunstâncias, estará ou não presente o sentido da ação de corrupção, marcando taxativamente o que se pode considerar crime de corrupção frente ao que não pode.

⁴¹ A respeito do *seguimento de regras* esclarece Vives Antón, com apoio em Wittgenstein, que existem costumes e usos estáveis que fixam o conteúdo das regras pelas quais se reconhece as distintas modalidades de ações, servindo de apoio às interpretações que permitem chegar à *rocha dura* da certeza, que permite o reconhecimento das ações. Idem, p. 291. Confira-se WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt-am-Main: Suhrkamp, 2001, n.ºs 198, 201, 217.

⁴² Importa destacar que há diferentes perspectivas acerca da verdade na filosofia contemporânea, seja sob a forma de verdade como correspondência, na linha de Alfred Tarski, Rudolph Carnap ou Donald Davidson, seja verdade fenomenológica, na linha que vai de Husserl e Ortega y Gasset até Paul Ricoeur; verdade hermenêutica em sentido *hedeggeriano* ou *gadameriano* ou até teorias pragmáticas na forma da proposta, por exemplo de Rorty. Para um apanhado geral dessas perspectivas, é altamente recomendada a leitura do compêndio organizado por NICOLÁS, Juan Antonio e FRÁPOLLI, María José. *Teorías contemporáneas de la verdad*. 2a ed., Madrid: Tecnos, 2012.

Esta pauta há de ser afirmativa de uma diferença de percepção que permita negar a condição de crime de corrupção para um grande número de eventos que coloquialmente acabam abrigados sob a égide deste termo.

A adoção desta perspectiva, desde um ponto de vista jurídico certamente redundante em impacto positivo na percepção geral da população acerca da corrupção.

Com isso se logra romper o ciclo vicioso a partir da adoção de uma inversão, que permite reconhecer a ação como expressão de sentido, retirando-a da condição pré-jurídica e devolvendo-a ao seu *locus* primitivo: a linguagem.

No caminho do processo, a formulação dogmática abandona a ideia de uma ação típica assumindo o *tipo de ação* e limitando, a partir da legalidade, as hipóteses de reconhecimento da corrupção enquanto tal.

A limitação de seu reconhecimento tem potencial de impacto sobre os índices de percepção da T.I., oferecendo argumentos em favor da retirada da pressão exercida por organismos como a OCDE no sentido da implantação de novas incriminações a respeito do assunto.

Inverte-se, assim, o ciclo, para uma perspectiva progressivamente melhor e mais justa.

Referências

- BARROS FILHO, Clóvis de e FRANÇA, Sérgio. *Corrupção, parceria degenerativa*. Campinas: Papirus, 2014.
- BELING, Ernst. *Esquema de Derecho penal. La doctrina del delito-tipo*. Trad. de Sebastián Soler, Buenos Aires: El Foro, 2002 (original de 1930).
- BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 6. ed. Distrito Federal: UnB/Linha Gráfica Editora, 1991.
- BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- BUSATO, Paulo César. *Dolo e Direito Penal - Modernas Tendências*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Tirant-Brasil, 2019.

BUSATO, Paulo César. *La tentativa del delito*. Curitiba: Juruá, 2011.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal. Parte Geral*. 4ª ed., São Paulo: Gen-Atlas, 2018.

BUSATO, Paulo César. *Novas Reflexões Sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo*. Rio de Janeiro: Tirant-Brasil, 2019.

BUSATO; Paulo César [org.] *A Linguagem do direito penal*. Rio de Janeiro: Tirant-Brasil, 2017.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “Texto de la ley, lenguaje común y posición de garante”, in Tomás S. Vives Antón; María Luísa Cuerda Arnau e Elena Górriz Royo [org.]. *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

CUNHA, Rogério Sanchez e SOUZA, Renee. *Lei anticorrupção empresarial*. Salvador: Juspodivm, 2017.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis [coord.]. *Lenguaje y dogmática penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. “La fe ciega en el conocimiento experto”, in *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

GONZÁLEZ CUSSAC, Jose Luís. *Lenguaje y dogmática penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

GORDON, Flávio. *A corrupção da inteligência: intelectuais e poder no Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2017.

GÓRRIZ ROYO, Elena. “¿Es el sonambulismo un caso de ausencia de acción”, in *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

GÓRRIZ ROYO, Elena. *El concepto de autor en Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HUNTINGTON, Samuel. *A ordem política nas sociedades em mudança*. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Forense/EDUSP, 1975

KEY, Valdimer Orlando. *The techniques of political graft in the United States*. Tese de Ciência Política. Chicago: University of Chicago, 1936.

LEITE, Alao e TEIXEIRA, Adriano [organizadores]. *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. São Paulo: FGV Editora, 2017.

LLOBET RODRIGUEZ, Javier. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal (1933-1945)*. São Paulo: Tirant Brasil, 2019.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Autoría y realización/ejecución (objetiva y positiva) del significado específico del hecho. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español), en Estudios jurídicos penales y criminológicos” in *Homenaje al Prf. Dr. H. c. mult. Lorenzo Morillas Cueva*. Madrid: Dykinson, 2018.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “El error sobre el tipo a la luz de la concepción significativa del delito”, in *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. [Jesús María Silva Sánchez; Joan Josep Queralt Jiménez; Mirentxu Corcoy Bidasolo e María Teresa Castiñera Palou (coord.)], Buenos Aires: BdeF, 2017.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “La concepción significativa de la acción de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, in *Libro homenaje a Marino Barbero Santos*. Castilla-La Mancha- Salamanca: Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha - Universidad de Salamanca, 2001, p. 1141-1178, 2001.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Los elementos subjetivos del tipo de acción”, in *Teoría & Derecho*, nº 13. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Notas básicas sobre la autoría. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)”, in *Liber amicorum. Estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M Terradillos Basoco. Libro homenaje a Juan Terradillos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El contenido de la antijuridicidad (Un estudio a la luz de la concepción significativa del delito)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El error en la teoría jurídica del delito (Un estudio a la luz de la concepción significativa)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *La autoría en Derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- MIRANDA, Luiz Fernando. *Unificando os conceitos de corrupção: uma abordagem através da nova metodologia dos conceitos*. Revista Brasileira de Ciência Política, nº 25. Brasília, janeiro - abril de 2018.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. "Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción significativa", in *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. T.II Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito penal do seu tempo*. Trad. de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- NICOLÁS, Juan Antonio e FRÁPOLLI, María José. *Teorías contemporáneas de la verdad*. 2a ed., Madrid: Tecnos, 2012.
- NYE, Joseph. "Corruption and political development: a cost-benefit analysis". in *American Political Science Review*. Vol. 61, n. 2. Cambridge University Press, June, 1967.
- ORTS BERENGUER, Enrique e GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio de derecho penal. Parte general*. 7a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- ORTS BERENGUER, Enrique. "A propósito de Lady Macbeth y la doctrina de la acción" in *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- ORTS BERENGUER, Enrique. "Consideraciones sobre los elementos subjetivos de algunos tipos de acción", in *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del Prf. Tomás Salvador Vives Antón. Tomo II*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- PINTO, Celia Regina Jardim. *A banalidade da corrupção. Uma forma de governar o Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal Hacia la «exteriorización de lo interno»*. Barcelona: Atelier, 2014.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. "El lenguaje de la vecina y la posición de garante como redundancia en la comisión por omisión", in *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. "Un proceso interno necesita criterios externos. Algunos apuntes sobre la gramática profunda del elemento volitivo del dolo", *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del Prf. Tomás Salvador Vives Antón. Tomo II*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

ROMEIRO, Adriana. *Corrupção e poder no Brasil: uma história, Séculos XVII a XVIII*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

ROXIN, Claus. *Stradrecht. Allgemeiner Teul. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*. 4ª ed., München: C.H.Beck, 2006

ROXIN, Claus. "Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação" in *Direito penal*. Trad. de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, 3ª ed., Lisboa: Vega, 1998.

ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*. Trad. de Enrique Bacigalupo, Buenos Aires: Depalma, 1979.

SANTOS, José Maurício Abduch; BERTONCINI, Mateus; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajá. *Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SENNA, Gustavo. *Combate à má governança e à corrupção: uma questão de direitos fundamentais e de direitos humanos*. vol. 9. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

SILVEIRA, Renato de Melo Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIVES ANTÓN, Tomás S.. *Fundamentos del Sistema penal*. 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

WELZEL, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. ed., Göttingen: Vandenhoeck-Ruprecht, 1962.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt-am-Main: Suhrkamp, 2001.

Verdade e justificação no processo penal: uma proposta de estudo a partir da filosofia da linguagem

*Rodrigo Leite Ferreira Cabral*¹

1. Introdução

A verdade sempre ocupou um espaço de notável relevância no processo penal de matriz continental. Desde a visão embrionária dos gregos, em que a verdade era vista como uma limitação ao poder punitivo, passando pelo seu auge no sistema inquisitivo medieval, até chegar aos dias atuais, em que o tema atravessa, ainda, um árduo e lento processo de depuração e oxigenação democráticas², é indubitável que processo penal e verdade andaram sempre de mãos dadas, o que salienta a importância da investigação do tema.

Nesse contexto, é possível afirmar que a verdade, no processo penal, pode ser encarada sob duas perspectivas fundamentais: a) uma política, em que a verdade é usada como instrumento de dominação e poder ou mesmo como justificativa para a manutenção de estruturas arcaicas e desenhos superados de perseguição penal; e b) a outra epistemológica, voltada à

¹ Doutor em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha, mestre em Criminologia y Ciencias Forenses pela mesma Instituição. Foi pesquisador-visitante do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Professor do PPGD (Mestrado) UNIBRASIL, Professor Substituto de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná e Professor Titular do Programa de Doutorado em Ciências Penais da Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales da Universidad San Carlos de Guatemala. É Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

² Sobre as raízes históricas e desenvolvimento da verdade no processo penal, desde os gregos aos dias atuais, cf.: KAHLED JR, Salah. *A busca da Verdade no Processo Penal*: para além da ambição inquisitorial. 2ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016, pp. 29 e ss. Sobre a evolução histórica do processo penal, com abordagem, inclusive, sobre o tema da verdade, cf.: BARONA VILAR, Silvia. *Proceso penal desde la historia*: desde su origen hasta la sociedad global del miedo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

compreensão dos limites e exigências probatórias mínimas - observadas desde uma visão cognitiva - para que esteja autorizada uma condenação penal legítima, em uma matriz ilustrada e humanista de processo penal.

O uso da verdade como instrumento de poder já vem sendo denunciado de há muito pela doutrina processual penal. Apesar disso, nossos sistemas, em especial o brasileiro, ainda ostentam resquícios legais, jurisprudenciais e doutrinários, que insistem em utilizar a verdade como justificativa para práticas inquisitórias, fundamentalmente ao assentar o centro da gravidade da gestão da prova penal na figura do juiz³.

Por outro lado, a verdade, observada desde uma perspectiva epistemológica, tem recebido uma atenção menor da doutrina, apesar de ostentar um papel fundamental para a concretização de um processo penal garantista⁴, que realize a plenos pulmões a pretensão de Justiça, que deve ser ínsita a todo o arco de atuação do Sistema Penal, que pode ser caracterizado pela tríade: Direito Penal, Criminologia e Processo Penal⁵.

Afinal, de nada adianta uma norma penal elaborada segundo as melhores orientações doutrinárias e um processo penal que obedeça os ritos e garantias de um exemplar *due process of law*, com uma prova

³ Sobre o uso político da verdade, no processo penal, imprescindível a leitura de: FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002. Sobre o tema, como ensina, PINTO: “A verdade real assumiu na Inquisição a condição de finalidade da atividade processual e se sedimentou como um dos eixos estruturantes do processo inquisitório, uma vez que fornece o estofa para fundamentar todos e quaisquer abusos e violações praticados para a aferição do fato ocorrido.” PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 179. Assim, também, GLOECKNER registrando que, um sistema misto, baseado na ideia de verdade real, apresenta, pelo menos, três perspectivas negativas no processo penal: a) o uso da verdade real, como mola propulsora da atividade probatória do juiz; b) o repúdio a qualquer tentativa de implementação de um sistema de controle sobre os meios probatórios, uma vez que a busca da verdade real possibilita a livre admissão de quaisquer elementos aptos a servir de suporte à convicção judicial e c) a atribuição ao juiz da tarefa de solucionar as dúvidas de fato, por meio de um impulso próprio em busca de atividades e diligências probatórias, visando sempre o esgotamento da atividade probatória e evitando ao máximo a utilização da fórmula do *in dubio pro reo*. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideais autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 417-420

⁴ Nesse sentido, consigna PINTO: “Os estudos sobre a construção da verdade no processo penal, apesar da inquestionável importância, tradicionalmente são bastante acanhados e, em geral, alcançam conclusões reacionárias e atreladas à corrente filosófica da verdade como correspondência, própria do modelo processual inquisitivo, em que a apuração do fato se sobrepõe às normas do ordenamento jurídico e à proteção da pessoa integrante do polo passivo do processo penal.” PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 01.

⁵ Sobre a necessária pretensão de legitimidade das normas, especialmente, penais, cf.: JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Estudio preliminar*, in VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª. Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 87.

adequadamente produzida, se, no momento culminante desse caminho, na sentença de mérito, o exame e a valoração das provas para a condenação ou absolvição são feitos de forma arbitrária, sem um standard probatório adequado e com fundamento em critérios estritamente subjetivos do juiz.

É nesse ponto específico que este artigo realiza um corte. A ideia aqui é focar justamente na forma como é encarada a verdade no processo penal, desde uma perspectiva epistemológica.

Como ponto de apoio e de contraste crítico para a pesquisa, será utilizada a obra seminal *Direito e Razão*, do professor italiano, Luigi FERRAJOLI⁶.

Isso porque, como bem assevera VIVES ANTÓN, o livro *Direito e Razão* apresenta dois níveis de discurso. De um lado, um verdadeiro manifesto em favor das garantias penais, com o qual se está amplamente de acordo, muito embora se constate alguns exageros e insuficiências. Do outro, constata-se a formulação de uma teoria geral do garantismo, fundamentalmente quando trata do problema da verdade, da separação entre direito e moral e na parte em que desenvolve sua concepção sobre a teoria jurídica e o seu papel de delimitação diante da dogmática. É principalmente neste último aspecto que se desconfia que existam alguns problemas teóricos, derivados principalmente de uma concepção jurídica tributária da filosofia da consciência⁷.

O presente artigo focará, pois, nos aparentes equívocos filosóficos da concepção de verdade de FERRAJOLI e, também, na insuficiência garantista do standard probatório por ele apresentado, como requisito de um juízo condenatório.

2. Sobre verdade e justificação

Como visto, o artigo pretende problematizar precisamente a concepção de verdade que vem sendo utilizada no processo penal, não como

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2002.

⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Ferrajoli y Después: Reflexión sobre los fundamentos de la teoría del Derecho*, in Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico n. 13. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 282-284

desculpa política para satisfazer eventuais arroubos inquisitoriais, mas desde uma perspectiva do seu próprio conteúdo, sendo que o ponto de partida será a obra *Direito e Razão* de FERRAJOLI.

Nesse livro, o professor italiano dedica uma epígrafe inteira para discurrir sobre o conceito de verdade processual por ele adotado, que denomina de: “*A concepción semántica da verdade processual como ‘correspondência’. Verdad fáctica e verdad jurídica*”⁸.

Antes, porém, faz questão de deixar claro que esse conceito de verdade deve ser redefinido, para ser compreendido apenas como um limite, nunca plenamente alcançável, à atividade judicial, uma vez que, em favor do acusado, incide - além das garantias legais e de liberdade - uma garantia de verdade. Em outras palavras, a constatação da verdade processual constitui claramente um limite adicional ao poder punitivo estatal, vez que é condição imprescindível para a condenação de alguém⁹.

FERRAJOLI, inicialmente, sustenta que existe uma verdade jurídica (*quaestio juris*), compreendida dedutivamente do significado das palavras utilizadas pela lei, e uma verdade fáctica (*quaestio facti*), identificada pela via indutiva, de acordo com os dados probatórios¹⁰. O presente artigo, como já registrado, centralizará sua atenção nesta última modalidade de verdade: a fáctica¹¹.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, p. 40.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, pp. 38-39.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, p. 40.

¹¹ Isso não quer significar que a concepção de verdade jurídica adotada por FERRAJOLI esteja isenta de críticas. Muito pelo contrário. VIVES ANTÓN objeta que: “*Me preocupa, además, la aplicación de la idea de verdad como correspondencia a la que Ferrajoli llama verdad jurídica. Según señala Tarski, la concepción aristotélica, a cuyas instituciones básicas quiere hacer justicia su propuesta, puede formularse diciendo que ‘la verdad de una oración consiste en su acuerdo (o correspondencia) con la realidad’. En otros lugares habla de ‘acuerdo con los hechos’; pero, para Ferrajoli, mientras la verdad fáctica es ‘resoluble por vía inductiva, conforme a los datos probatorios’, la otra solo es comparable ‘a través de la interpretación del significado’ de las palabras de la ley. De modo que, aún que pudiéramos, que no parece que podamos, hablar aquí de alguna clase de ‘acuerdo con los hechos’, ese acuerdo sería muy diferente del ‘acuerdo con los hechos’ que requieren las verdades fácticas. Tan diferente que el propio Ferrajoli, al distinguir juicios de vigencia y juicios de validez de las normas constata una aporía teórica. La validez de las normas depende de juicios de valor contenidos en la Constitución que, como tales, ni son verificables ni refutables, dado que, respecto a ellos, al no poderse hablar en correspondencia con los hechos, la verdad es indecidible*”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Ferrajoli y Después*, p. 286. E arremata VIVES ANTÓN - depois de expor que os conceitos jurídicos estão envolvidos em uma película normativa, citando BELING e LASK - afirmando que a “*naturaleza valorativa de todos los conceptos jurídicos se refleja aún más claramente cuando se analizan términos de otra índole a los expuestos, pero también aparecen en los tipos penales, como ‘injuria’, ‘grave’, ‘doloso’, etc., a los que resulta muy dudoso que pueda atribuirse la calidad de descripciones; y, si ello es así, y así parece ser, el predicado ‘verdadero’ atribuido a los juicios jurídicos*”.

Com relação ao conteúdo dessa verdade fática, FERRAJOLI expressamente afirma adotar a concepção semântica de verdade propugnada por Alfred TARSKI¹². A semântica, conforme TARSKI, é a disciplina que cuida das relações entre expressões da linguagem e os objetos a ela referidos, constituindo, segundo aludido autor, a forma mais simples e natural de obter-se a mais precisa definição de verdade¹³.

Desse modo, para TARSKI *“uma sentença é verdadeira se ela é satisfeita por todos os objetos, e falsa caso ocorra o contrário”*¹⁴.

Nesse sentido, FERRAJOLI defende que deve existir uma referência semântica entre a verdade fática e os fatos ocorridos na realidade, sustentando que o mérito da concepção semântica de verdade de TARSKI é tornar possível falar-se em verdade no processo, utilizando-se os termos verdadeiro ou falso para designar a conformidade ou desconformidade das proposições jurídicas em relação aos fatos¹⁵.

Sustenta, no entanto, que é impossível formular-se um critério seguro para a verdade, uma vez que representa sempre um ideal inalcançável, decorrente de uma ingenuidade epistemológica, razão pela qual propugna, com base em POPPER, que a verdade processual seja uma verdade aproximada, ostentando um valor de hipótese de probabilidade¹⁶.

Assim, defende que a verdade processual *“não está demonstrada como logicamente deduzida das premissas, mas somente comprovada*

resulta, en cualquier caso, inadecuado, si se profesa una concepción de la verdad como correspondencia con los hechos”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Ferrajoli y Después*, p. 287.

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, p. 40.

¹³ TARSKI, Alfred. *The Semantic Conception of Truth: and the Foundations of Semantics*, in *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 4, n. 3 (Mar., 1944), p. 345.

¹⁴ TARSKI, Alfred. *The Semantic Conception of Truth*, p. 353. Sobre a teoria da verdade como correspondência, TARUFFO explica que de acordo com essa teoria: *“a verdade resulta da correspondência do enunciado com um estado empírico dos fatos. Desse modo, uma descrição é verdadeira quando descreve um fato real, isto é, quando fornece uma imagem fiel de um elemento do mundo empírico”*. TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26. Veja-se que, conforme bem consigna PINTO: *“A teoria semântica mantém uma reminiscência com a teoria da correspondência, pois sustenta a ideia metafísica da existência de uma correspondência ontológica entre linguagem e realidade”*. PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, p. 107.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, p. 41.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, pp. 42-44.

como logicamente provável ou razoavelmente plausível de acordo com um ou vários princípios de indução”¹⁷.

Analisando a proposta de FERRAJOLI, é forçoso, inicialmente, reconhecer que o autor tem o mérito de ter se debruçado sobre tema tão complexo, como o da verdade, invocando, para tanto, consagrados filósofos como TARSKI e POPPER.

No entanto, e essa é uma das problematizações que pretende fazer este artigo, é certo que, como afirma VIVES ANTÓN, “*a concepção de verdade exposta por Ferrajoli causa muitas dúvidas*”¹⁸.

Nesse sentido, cumpre abordar a proposta de FERRAJOLI a partir das seguintes hipóteses críticas, consubstanciadas: a) pelo uso cauteloso da verdade, no processo penal; e b) por uma concepção de verdade como justificação, em que se rejeita a adoção de uma verdade meramente aproximativa ou probabilística.

a) Do uso cauteloso da verdade no processo penal:

A concepção de verdade como correspondência adotada por FERRAJOLI constitui o reflexo de uma visão absoluta do mundo, em que proposições funcionam como se fossem verdadeiros espelhos da natureza¹⁹.

Nesse paradigma, imagina-se ser possível descrever fatos brutos, objetivamente constatados, o que corresponde a uma concepção de um realismo metafísico²⁰.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, p. 44.

¹⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Ferrajoli y Después*, p. 285. Assim, também, no processo civil, MARINONI, ARENHART e MITIDIERO advertem que a ideia de verdade como correspondência é vinculada: “(...) à *visão defendida pelo paradigma do objeto*”, que “*é hoje objetada por outras tantas visões sobre essa questão*”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. 2, 3ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 252.

¹⁹ Nesse sentido, é a crítica realizada por Richard RORTY, em sua obra seminal: *A filosofia e o espelho da natureza*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

²⁰ Como afirma VIVES ANTÓN: “*Así como no creo que haya una concepción absoluta del mundo (repito, del mundo tal y como es en sí) tampoco creo que existan hechos brutos, independientes del lenguaje en que se halle descritos. O, dicho de otro modo; ‘los propios enunciados fácticos y los procedimientos de investigación empírica con lo que*

No entanto, as práticas delitivas (para focarmos em nosso objeto de estudo) não podem ser descritas independentemente da linguagem, uma vez que, de acordo com a tese do “segundo” WITTGENSTEIN:

“não se pode apontar (ou descrever) um fato, uma vez que um fato não constitui um objeto ou complexo de objetos (PR 301-3). (...) Isso significa (...) que não se pode invocar o fato verificador como justificação, pois, nesse caso, estar-se-ia simplesmente repetindo a proposição que se buscava justificar.”²¹

De tal maneira, segundo a filosofia da linguagem, não existe um fato em si mesmo, que possa receber uma fiel descrição mimética. Não há seres idênticos entre si que possam fazer jus a uma correspondência idêntica. Não há nada com o que corresponder, pois não há nada que ostente uma natureza tal que possa medir a adequação do discurso a ela referido. A identidade é indiferente à natureza, vez que é linguística e é formada por falantes contingentes, como nós, seres humanos²².

Dessa maneira, a filosofia da linguagem sustenta que é ilusória a pretensão de que exista a verdade como um espelhamento, como uma correspondência com os fatos, já que não é possível isolar-se esses fatos da linguagem, de modo que, como explica HABERMAS, “*quem se limita à dimensão semântica das proposições e ao comentário metalinguístico das proposições apreende apenas o reflexo de uma práxis linguística prévia, que (...) alcança até mesmo a práxis cotidiana.*”²³

Por exemplo, quando uma vítima comparece em juízo para prestar declarações de um roubo que sofreu, ela pode dizer que estava caminhando na rua, durante a noite, quando um rapaz armado a abordou e pediu para que ela passasse o celular e o dinheiro. Pode contar, também, que o acusado fugiu correndo, mas acabou sendo preso, em flagrante

contamos para decidir si algo es o no es un hecho presuponen valores (Putman);” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Fundamentos del Sistema Penal. 2ª. Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 944.

²¹ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 366. A essa concepção em que se invoca o fato verificador, tem-se atribuído o nome de “*verdade como redundância*”, cf.: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Ferrajoli y Después*, p. 291.

²² ALLEN, Barry. *Truth in Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 312.

²³ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*, 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2009, pp. 248-249.

delito, por policiais, que se encontravam a poucos metros do local do assalto e que presenciaram o ocorrido.

Com essa narrativa, a ofendida não está descrevendo fatos brutos, como se estivesse descrevendo um objeto, mas sim ações impregnadas de significados e regras linguísticas previamente estabelecidas.

Afinal, como afirma HABERMAS:

“(...) no paradigma linguístico, a verdade de um enunciado não pode mais ser compreendida como correspondência com algo no mundo, pois do contrário teríamos de ‘sair da linguagem’ por meio da linguagem. Evidentemente, não podemos comparar a expressão linguística com uma peça da realidade não-interpretada ou ‘nua’ – ou seja, com um referente que escape à nossa inspeção, sempre presa à linguagem”²⁴.

Desse modo, o agente, para praticar esse delito, deve saber jogar o jogo de linguagem do roubo e “jogar” de forma adequada as regras que o conformam. Assim, deve compreender as concepções de bens alheios, de posse e propriedade privada, deve compreender quais as comunicações linguísticas são idôneas à ameaçar, além de inúmeras outras regras linguísticas e sociais, para praticar essa ação significativa. No mesmo sentido, a vítima deve conhecer esse jogo de linguagem para obedecer e passar os seus pertences ao assaltante.

Portanto, se uma mulher, por exemplo, aborda um homem extremamente forte e alto, mandando-lhe que passe a carteira, mas não está armada, nem tem superioridade numérica ou física, dificilmente terá sucesso no seu assalto. Isso porque, a regra do jogo de linguagem do crime do roubo, para o seu êxito, pressupõe o emprego de uma comunicação linguística que tenha a potencialidade de ameaçar a vítima (ou mesmo o uso de violência física suficiente para subtrair os bens).

Descrever os movimentos corpóreos do autor e vítima, sem explicar as regras e o contexto que lhes dão sentido, é falhar no espelhamento, precisamente porque aqui não há semântica, mas gramática.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*, pp. 242-243.

Afinal, como consigna WITTGENSTEIN: “*Para descrever o fenômeno linguístico, é preciso descrever uma prática, não algo que acontece uma vez, não importa de que tipo*”²⁵.

Por isso que se fala que não existem fatos brutos independentemente da linguagem, precisamente porque é o significado intersubjetivo de nossas ações que pode caracterizar ou não determinados delitos²⁶.

Como assevera ARAÚJO, com base em RORTY:

*“Falar sobre algo depende de inúmeros fatores que vão da designação, passando pela significação, descrição, situação, intenção, e que dependem, em última análise, do contexto do discurso; a discussão não pode ser simplificada por um apelo à busca semântica de uma teoria sobre o que as pessoas estão ‘realmente falando’, que não leva a nada, pois é impossível chegar a saber sobre o que estão falando de fato. Entram aí, como bem viu Davidson (...), fatores históricos, antropológicos, biológicos, psicológicos. Só sabemos como a linguagem funciona nos limites da teoria do presente. Pretender que uma teoria da referência possa elucidar a relação entre a linguagem e a realidade é pretender que haja uma espécie de conexão mágica entre palavras e coisas, entre referência e o que está sendo referido”*²⁷.

Com base nessas premissas básicas é que um grupo bastante relevante de notáveis filósofos tem criticado severamente a teoria semântica da verdade e propugnado novas formas de concebê-la, notadamente com o objetivo de promover um uso acautelador da verdade²⁸.

De tal maneira, propugnam que a questão da verdade deve ser deslocada para a justificação, no sentido de que a verdade deve estar racionalmente justificada²⁹.

²⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. *RFM*, 335-336, *apud* BACKER, G. P.; HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: rules, grammar and necessity*, (vol. II of an analytical commentary on the Philosophical Investigations), Essays and Exegesis of §§ 185-242. 2ª ed. Oxford; Cambridge: Basil Blackwell, 2009, p. 152.

²⁶ Como afirma ARAÚJO: “*Não se trata de contestar a função da lógica e da análise semântica da linguagem, cujas análises são pertinentes e procedentes. O problema está em permanecer nesse patamar em que a linguagem fica restrita à análise lógico-semântica, como se a linguagem pudesse funcionar num mundo à parte, em que apenas as discussões relativas à referência e ao significado fossem pertinentes*”. ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do Signo ao Discurso: introdução à filosofia da linguagem*. São Paulo: Parábola, 2004, p. 92.

²⁷ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do Signo ao Discurso*, p. 96.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*, p. 243.

²⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, p. 938.

Por essa razão, de acordo com esses pensadores, com os quais se está de acordo, a argumentação racional apresenta-se como o único meio disponível para aferir a verdade, uma vez que não há outra forma de elucidar as pretensões de verdade problematizadas³⁰, de modo que o predicado verdade pertence – ainda que não de forma exclusiva – ao jogo de linguagem argumentativo³¹.

Nesse sentido, RORTY chega a afirmar que os pragmatistas, como ele, suspeitam da relevância em distinguir verdade e de justificação, sustentando que se alguém tem dúvidas específicas sobre se suas crenças são verdadeiras ou não, basta indagar se elas encontram-se adequadamente justificadas³². RORTY recomenda, inclusive, (com certo exagero e ironia que lhes são peculiares) que “*deixemos a verdade em paz*”³³.

Aliás, é apropriado lembrar que as idealizações que envolvem certas discussões sobre a verdade e os equívocos metafísicos que elas acarretam, acabam por arrastar o debate sobre a verdade processual para um âmbito totalmente desnecessário.

Isso porque, no processo penal, felizmente, não é necessário entrar em uma discussão tão ampla e muitas vezes etérea sobre a verdade, como ocorre na filosofia. A missão aqui é mais modesta – ainda que a importância seja a das mais elevadas –, deve-se discutir como é possível certificar-se num processo penal se determinada pessoa cometeu ou não determinado delito, vez que o processo trabalha com casos concretos e delimitados.

Por essas razões, é que neste artigo defende-se um uso cauteloso da palavra verdade no processo penal, superando, assim, uma perspectiva meramente semântica, para adotar uma perspectiva gramatical

³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*, p. 49.

³¹ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*, p. 248.

³² RORTY, Richard. *Truth and Progress: Philosophical Papers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 19. Em nota à essa afirmação, complementa que: “É claro que, quando a questão não diz respeito sobre decidir em que acreditar, a distinção entre justificação e verdade é útil. Nós frequentemente explicamos nossas falhas dizendo: ‘Eu tinha boas justificativas para acreditar naquilo, mas, infelizmente, não era verdade’. No entanto, apesar de útil, não é essencial. Nós podemos explicar nossas falhas de forma igualmente adequada ao dizer: ‘O que eu pensei que ocorreria, não ocorreu’ e de outras diversas maneiras.” RORTY, Richard. *Truth and Progress*, p. 19.

³³ RORTY, Richard. *El pragmatismo, una versión: antiautoritarismo en epistemología y ética*. Barcelona: Ariel, 2000, p. 101.

(pragmático-linguística), sem jamais olvidar que a verdade aqui, também, é limitada por fronteiras institucionalizadas, como é o caso das restrições probatórias existentes num processo penal democrático.

b) O standard probatório racional, pela rejeição de uma verdade meramente aproximativa

Como visto no item anterior, a proposta de FERRAJOLI de adotar um conceito semântico de verdade é, no mínimo, problemática, uma vez que desconsidera o papel central da linguagem na compreensão das ações humanas.

Não bastasse isso, FERRAJOLI propõe um modelo de critérios de decisão com o objetivo viabilizar que juiz acesse a verdade no processo penal. Esse método é denominado de esquema nomológico-dedutivo de explicação causal, e foi elaborado por POPPER, HEMPEL e OPPENHEIM³⁴.

Nesse sentido, FERRAJOLI defende que as *“leis empíricas, com efeito, não são verdadeiras logicamente, mas apenas provavelmente, conforme a experiência passada, a qual assegura, de modo algum, que o nexó entre os acontecimentos se repetirá no futuro com regularidade necessária”*³⁵.

Por essa razão, propugna que a colheita de provas, que é feita posteriormente pelo juiz, jamais será suficiente para garantir com certeza a veracidade de uma hipótese explicativa, podendo apenas confirmá-la ou invalidá-la com uma hipótese concorrente³⁶.

Dessa maneira, cada elemento probatório, que confirme as premissas explicativas de uma hipótese, aumenta a sua plausibilidade e o seu grau de probabilidade. Por outro lado, cada elemento probatório que não confirme essa hipótese, representa uma refutação, enfraquecendo a plausibilidade da tese acusatória³⁷.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, p. 114.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, p. 115.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, p. 115.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, p. 115.

Assim, as provas coligidas podem confirmar uma hipótese de trabalho ou refutá-la, constituindo a única forma de controle que se articula sobre a investigação indutiva³⁸.

Por isso, sustenta que não existe um método de descobrimento ou verificação, mas simplesmente um método de confirmação ou falseabilidade.

Nesse sentido FERRAJOLI consigna que:

“[u]m descobrimento – seja do cientista, do historiador ou do detetive – jamais é um ato mecânico, mas sempre um fato criativo, confiado à imaginação e à invenção. Em consequência, jamais é dedutível mecanicamente, nem pode jamais afirmar-se como absolutamente verdadeiro, apenas pode ser preferido a todas as hipóteses concorrentes, conforme os dois critérios de verificação (que não devem ser confundidos com o significado do termo ‘verdadeiro’) já indicados no parágrafo 5: sua ‘coerência’ com o maior número de confirmações e sua aceitabilidade ‘justificada’ por sua resistência ao maior número de contraprovas e pela queda diante destas de todas as demais hipóteses”³⁹.

Dito isso, aludido autor italiano, para ilustrar seu esquema nomológico-dedutivo de explicação causal, lança mão da seguinte estrutura lógica:

“(g) (I) *H* é verdadeira

(II) Cada vez que *H* é verdadeira e há duas testemunhas oculares de *H*, então elas referem *H*, concordando nos mínimos pormenores

(III) Duas testemunhas referem *H*, concordando nos mínimos pormenores, onde - como em (d) e diversamente do que ocorre em (c) - a premissa geral (II) é uma implicação entre o explanans e o explanandum (e não vice-versa) e a prova (III) não garante em absoluto a verdade da hipótese II, mas é apenas sua confirmação, ao derivar dela por *modus ponens*. Se, ademais, as duas testemunhas não concordam entre si e declaram, uma *H* e a outra *H'* está claro que uma delas diz algo falso e que o argumento (g) é uma inutilidade. Em tal caso, a alternativa entre *H* e *H'* deve ser decidida conforme outras hipóteses auxiliares (como a falta de confiabilidade, por sua vez argumentada, de uma das duas testemunhas) e/ou de outros dados e argumentos probatórios. Situemos o caso

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, pp. 115-116.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, p. 116.

de que Tício, contraditado por Mévio, declara que vira Caio no lugar do delito e que este aduza um álibi inimpugnável. Conforme a máxima da não ubiqüidade, o álibi será suficiente para desmentir tanto o testemunho de Tício quanto a hipótese H, da qual se induzira a responsabilidade de Caio, graças ao seguinte esquema ou argumento auxiliar:

- (h) (I) Cada vez que *H* é verdadeira, *P* é falsa
 (II) *P* é verdadeira
 (III) *H* não é verdadeira, que, da mesma forma que (e) e (f), é dedutivamente válido por *modus tollens*.
*Convém sublinhar que o raciocínio probatório, como qualquer outro raciocínio indutivo, por tudo o mais, procede não apenas logicamente, mas também pragmaticamente segundo os esquemas agora ilustrados*⁴⁰.

Como se pode ver, FERRAJOLI tenta desenhar um modelo lógico de justificação com o objetivo de explicar como o juiz pode ter acesso à verdade (que pretende semântica) no processo penal⁴¹.

Sem embargo, – e aqui esboça-se uma segunda tese, neste artigo – a lógica, como via de acesso privilegiado ao conhecimento, foi destronada pela filosofia da linguagem, nos moldes propugnados por WITTGENSTEIN, em sua filosofia tardia⁴².

Nesse sentido, ensina ARAÚJO, com base em WITTGENSTEIN:

“Acaba o primado da lógica e de toda uma longa tradição filosófica preocupada com a construção de sistemas que revelam ou desvelam a realidade em sua essência última. Wittgenstein dispensa a pureza cristalina da linguagem moldada logicamente, a exatidão, a profundidade. Não há meio seguro de chegar ao que ‘realmente são’ as coisas, quer dizer, como podem ser afiguradas por meio de asserções completas, com sentido e com valor de verdade. (...) No lugar

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, pp. 118-119.

⁴¹ FERRAJOLI sustenta claramente a viabilidade do uso da lógica para tal desiderato, sustentando que: “a ‘lógica’ - entendido este termo como compreensivo também da lógica indutiva - não tem só, no processo, o valor prescritivo que tem a respeito de qualquer atividade intelectual. Pelo menos em ordenamentos como o italiano, tem também um valor jurídico, ao haverem sido recepcionadas suas regras, ainda que genericamente, pelas leis e pela jurisprudência, por meio do princípio do controle na cassação da ilogicidade dos procedimentos judiciais”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, p. 123.

⁴² Sobre o *Aufhebung* da lógica, promovido por WITTGENSTEIN, cf.: ALLEN, Barry. *Truth in Philosophy*, pp. 138 e ss.

da lógica, é preciso ver apenas que todos esses conceitos filosóficos têm simplesmente um emprego na linguagem cotidiana.”⁴³

Com efeito, no processo penal, esse método lógico, ao que tudo indica, não funciona. Não é porque duas testemunhas, por exemplo, afirmaram uma determinada situação de fato, que já é possível assentar-se essa questão como uma premissa. Não é, ademais, a mera soma de testemunhos em um sentido que autoriza tomar por verdadeira essa “hipótese” fática, mesmo que se parta de uma ideia de premissa provável, como faz FERRAJOLI.

Esses conteúdos probatórios devem ser valorados, deve-se verificar o seu peso e credibilidade para que possam ser tomados como verdadeiros, por isso que a lógica formal não ajuda a tarefa do juiz.

Isso porque, como assentado no item anterior, a verdade processual exige justificação. Ora, a dimensão não representacional do discurso, não é apenas articulada inferencialmente, mas fundamentalmente de forma social. Nesse sentido, existe um jogo de dar e receber razões, que nos habilita a assentar ou rejeitar premissas fáticas e esse jogo é uma prática essencialmente social e linguística⁴⁴.

Ademais, a prática discursiva de dar e pedir razões envolve tanto relações de conteúdo, quanto relações interpessoais, devendo ser entendidas em termos de uma dimensão social ou dialógica de comunicação de razões, em que as razões apresentadas são avaliadas para que se possa certificar a veracidade ou não de determinadas pretensões de verdade⁴⁵.

Nesse sentido, explica BRANDON:

⁴³ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do Signo ao Discurso*, pp. 102-103. A esse respeito, vale a pena transcrever a advertência de MARANHÃO: “Isto não significa, é claro, que as proposições da lógica devam ser rejeitadas, mas precisamos modificar a forma pela qual olhamos para elas e observar qual papel desempenham em nossos distintos jogos de linguagem. Tudo o que Wittgenstein pede é uma mudança de olhar; o que rejeita é a ideia de que o entendimento da linguagem poderia ser imposto ‘de fora’ por um modelo artificial, apenas porque desejamos ver uma ‘pureza cristalina’. É um equívoco pensar que linguagens ideais e a análise por meio de tais linguagens forneceria o real sentido das palavras, tornando possível realmente entendê-las, pela primeira vez.” MARANHÃO, Juliano. *Estudos sobre lógica e direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 42.

⁴⁴ BRANDON, Robert B. *Articulando Razões: uma introdução ao inferencialismo*. Porto Alegre: Edipucrs, 2013, p. 183.

⁴⁵ BRANDON, Robert B. *Articulando Razões*, p. 186.

*“(...) ao fazer uma afirmação, alguém empresta sua autoridade ao conteúdo afirmado, permitindo que outros aceitem um compromisso correspondente para usar como uma premissa em seu raciocínio. Assim, um aspecto essencial desse modelo de prática discursiva é a comunicação: a herança interpessoal, intraconteúdos da autorização a compromissos. Ao fazer uma afirmação, alguém também aceita uma responsabilidade – justificar a afirmação, se devidamente questionada e, portanto, redimir a autorização de alguém ao compromisso reconhecido pela afirmação. Assim, outro aspecto essencial desse modelo de prática discursiva é a justificação: herança interpessoal, interconteúdos da autorização de compromissos.”*⁴⁶

Desse modo, a comprovação ou não de premissas com base nas provas produzidas num processo penal, deve assentar-se nas boas razões subjacentes às provas apresentadas (desde que, evidentemente, sejam lícitas).

Por exemplo, se um acusado, em seu interrogatório em juízo, limita-se a dizer que a imputação constante da denúncia é verdadeira, mas deixa de narrar os fatos, explicar o contexto e como se deu a ação delitiva, não haverá como legitimamente condená-lo se nenhum outro elemento de prova que corrobore sua confissão. Isso porque, a narrativa do acusado vem totalmente destituída de razões, vez que a confissão não é um simples ato enunciativo, mas sim argumentativo⁴⁷.

⁴⁶ BRANDOM, Robert B. *Articulando Razões*, p. 185. E continua BRANDON: “inicialmente, pode-se considerar como tendo conteúdo proposicional qualquer coisa que possa servir tanto como uma premissa quanto como uma conclusão na inferência – o que pode tanto ser oferecido quanto precisar de razões. Entender ou apreender tal conteúdo proposicional é uma espécie de know-how – domínio prático do jogo de dar e pedir razões, ser capaz de dizer o que é uma razão para o quê, distinguir boas razões das más. Jogar tal jogo é registrar aquilo a que diversos interlocutores estão comprometidos e autorizados. Entender o conteúdo de um ato de fala ou de uma crença é ser capaz de conceder ao desempenho daquele ato de fala ou a aquisição daquela crença a significância prática adequada – saber como ele mudaria a situação em vários contextos.” BRANDOM, Robert B. *Articulando Razões*, pp. 185-186.

⁴⁷ Nesse sentido, afirma MIRANDA que: “Em da Certeza, Wittgenstein afirma com frequência que o falante ao dizer ‘Eu sei’ compromete-se a oferecer razões (Cf. DC §§ 40, 91, 175, 243, 484). Isso parece correto. Por exemplo, se nós planejamos viajar de férias para Madrid e alguém diz saber qual é o horário do voo, parece bastante natural perguntar-lhe ‘Mas como sabes?’. Além disso, a sua resposta deve ser algo que possamos reconhecer como uma boa razão, pois se ela for simplesmente um disparate – se o falante disser, por exemplo, que ele sabe qual é o horário do voo para Madrid porque sonhou com certos números – ou se a resposta não tiver muita credibilidade – se ele disser, por exemplo, que recebeu a informação de uma criança pequena –, logo admitiremos que ele não sabia nada, mesmo se, por acaso, o horário que ele disse saber for realmente o horário do voo para Madrid. Além disso, uma condição para o desenvolvimento do diálogo entre aquele que afirma saber e aquele que exige razões é a existência de padrões comuns de justificação (Cf. DC § 18). Tanto o falante quanto o interlocutor devem reconhecer caso a caso o que há para ser justificado e o que poderia cumprir o papel de justificador. Essa condição é claramente apresentada em Da Certeza quando Wittgenstein descreve situações em que o interlocutor não compartilha com o falante um sistema de crenças e por isso não pode sequer entender as razões desse último como sendo razões (Cf. DC §§ 92, 264, 609). Parece então que um grupo de pessoas que não compartilhe um sistema de crenças não terá igualmente um jogo de linguagem no

Por outro lado, o depoimento de uma única testemunha com credibilidade (é dizer, sem nenhum motivo para mentir ou sem indicativos de que mentiu), que apresenta uma narrativa coerente e detalhada com os outros elementos de prova, inclusive por ela desconhecidos (por exemplo, a testemunha narra corretamente os locais em que houve os golpes de faca, mesmo sem jamais ter acesso ao teor do exame cadavérico), pode - desde que devidamente justificado, inclusive por provas periciais - perfeitamente constituir o principal fundamento de uma condenação.

Em suma, será precisamente essa avaliação das razões intersubjetivas subjacentes às provas processuais que autorizará chegar-se a um juízo sobre a certeza ou dúvida a respeito da pretensão de verdade deduzida na denúncia ou queixa. Nesse sentido, aliás, VIVES ANTÓN preconiza que, no processo penal, *“apesar de muito se falar metaforicamente em verdade, no fundo trata de certeza”*⁴⁸.

Esse juízo de certeza pode, também, ser traduzido pela máxima do direito processual penal anglo-americano, que exige, para uma condenação, a existência de prova *“além de toda dúvida razoável”*.

A propósito, a expressão *“razoável”* harmoniza-se perfeitamente com a ideia de que a *“verdade processual”* deve derivar da força das razões subjacentes às provas processuais.

Sem embargo, é importante registrar que essa certeza deve ser necessariamente encarada desde uma perspectiva intersubjetiva, contextualizada em nosso sistema linguístico de referência⁴⁹, não sendo admissível o uso de sensações, desconfianças, palpites, tirocínios ou faros

qual é legítimo demandar e oferecer razões para certos enunciados.” MIRANDA, Sérgio. Introdução, in WITTGENSTEIN, Ludwig. Da certeza. Trad. Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2012, pp. 37-38.

⁴⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Ferrajoli y Después*, p. 287. Na nota Ad II-A, VIVES ANTÓN adverte ainda sobre Direito e Razão de FERRAJOLI: *“Resultado llamativo que, al tratar de la verdad procesal en un libro dedicado al garantismo penal, no se haga referencia a la idea de ‘más allá de toda duda razonable’, que constituye el canon de certeza exigido por la presunción de inocencia”* VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Ferrajoli y Después*, p. 324.

⁴⁹ Afinal, como preconiza WITTGENSTEIN: *“A verdade de certas proposições empíricas pertence ao nosso quadro de referências”* (WITTGENSTEIN, Ludwig. Da certeza. Trad. Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2012, § 137, p. 137), sendo que *“[e]ste sistema é adquirido pelo conhecimento através da observação e da instrução”*. WITTGENSTEIN, Ludwig. Sobre la certeza, § 279, p. 207. De tal maneira, WITTGENSTEIN apresenta uma epistemologia socializada, em que, nem o conhecimento de uma cultura, nem o conhecimento de qualquer dos sujeitos pode ser extraído de percepções de apenas um indivíduo. GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, p. 78.

meramente subjetivos do juiz, para justificar a certeza que habilita uma condenação. Na verdade, devem ser proscritos esses critérios subjetivistas, uma vez que eles não estão fundados em razões intersubjetivas, mas em impressões subjetivas, carentes, pois, de critérios públicos⁵⁰.

Afinal “a verdade não é nenhum tipo de realidade ‘absoluta’, mas sim uma garantia argumentativa”⁵¹, que, quando utilizada a partir de critérios intersubjetivos, públicos e impugnáveis, pode legitimar a imposição de uma sanção criminal⁵².

Por fim, verifica-se que FERRAJOLI, ao defender que somente poderíamos alcançar uma verdade meramente aproximativa, parece adotar uma perspectiva cética de verdade.

Sem embargo, como sustenta WITTGENSTEIN, na sua obra “Da Certeza” - que constitui um dos maiores ataques ao ceticismo filosófico sobre a verdade - toda nossa vida quotidiana depende de que não se duvide de

⁵⁰ Como corretamente consignam HORVITZ LENNON e LÓPEZ MASLE: “a verdade não pode estar unicamente na convicção do sujeito que a julga”, além disso pontuam que: “o eixo condutor da consagração de um sistema de livre convencimento, sujeito às regras da sã crítica (sana crítica) racional é constituído, a meu modo de ver, pela possibilidade de controle da sentença por meio de um regime de recursos”. HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 150-151.

⁵¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, p. 938.

⁵² ARAÚJO consigna que, com base na virada linguística propugnada por HABERMAS: “O ponto chave dessa reside nas pretensões de verdade arguidas dizerem respeito a algo no mundo da vida. Quando pessoas dizem que apreendem fatos, estão associando a isso certas conotações ontológicas, certas crenças, certas concepções certificadas. Sem uma rede de crenças, práticas, convicções compartilhadas, que guiam a ação humana, sem que sabíamos o que conta como condições satisfatórias para a verdade, ficam impossíveis ações como: informação, justificação de pontos de vista, validar provas em um tribunal, relatar um acontecimento, etc. Se um observador fica satisfeito com essas condições epistêmicas que garantem o êxito do enunciado, em que ele é meio para outros fins (por exemplo, o que pode contar como prova de um crime, sendo elencado por um perito num tribunal), a ação prossegue. Se o objetivo é o entendimento entre participantes de uma argumentação, esta prossegue enquanto informações e razões relevantes não bastam para entrar em acordo acerca do que vale como prova, como fato suficiente, etc.” ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do Signo ao Discurso*, p. 257. No processo penal, porém, existe obviamente um rito processual a ser seguido e, uma vez esgotado esse rito, e não tendo o juiz chegado a um “entendimento” sobre a prova, incide a regra de juízo do *in dubio pro reo*, devendo absolver-se o acusado. Afinal, como consigna AMARAL: “Em matéria probatória, além das elementares garantias do contraditório, sem o qual não há sequer prova, e da motivação, medida mínima de controle sobre a livre convicção do magistrado, é que vem à tona a carga de prova. Seu caráter epistemológico, para além do jurídico, reflete, não uma lógica de valoração das provas, mas de redução do poder de verificação e denotação fática do juiz, condizente com a segurança da máxima de que nenhuma culpado será punido. Como critério de justificação da convicção, ou seja, legitimador da verificação indutiva no processo, a carga de prova tem um posto privilegiado dentro das garantias epistemológicas de verificação e refutação fáticas patentes.” AMARAL, Augusto Jobim. *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014, pp. 418-419.

tudo, uma vez que, para jogar os jogos de linguagem, é imprescindível que se confie em algo⁵³.

Nesse sentido, VIVES ANTÓN, com fundamento em WITTGENSTEIN, proclama: “(...) *que a dúvida pressupõe a certeza, que a dúvida que duvida de tudo não tem sentido e não é sequer uma dúvida e que, para jogar qualquer jogo de linguagem (e, portanto, para conversar, discutir, argumentar, etc.), é preciso confiar em algo*”⁵⁴.

Ora, não parece ter sentido afirmar que a verdade é meramente aproximativa, por exemplo, num caso de tentativa de homicídio, em que a ação foi gravada por câmaras de vigilância, em que a vítima e as testemunhas presenciais ouvidas confirmaram os fatos, de forma arrazoada, o autor confessou detalhadamente o delito e as provas periciais corroboraram a acusação. Nesse caso, afigura-se razoável falar-se em certeza intersubjetiva ou prova mais além de toda dúvida razoável.

Ademais, ao taxar de meramente aproximativas as certezas intersubjetivas, fundadas em amplas provas racionais, acaba-se, em última análise, por dissolver-se a fronteira entre a “*verdade*” que autoriza a condenação e a “*verdade*” que não autoriza, afinal, as “*duas verdades*” acabam recebendo

⁵³ GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*, pp. 78-83.

⁵⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Estudio preliminar*, p. 39. Sobre a dúvida e a certeza, VIVES ANTÓN, também, afirma o seguinte: “Para Wittgenstein hay, en primer término, dudas que no son tales: así, v.g., las dudas que dudan de todo, que no son ni siquiera dudas, pues el juego de la duda presupone la certeza: De modo que v.g. una duda acerca de si el hombre es libre no sería una duda razonable desde la perspectiva del canon que comentamos: ante un Tribunal no podría aducirse como defensa la duda genérica respecto a la libertad del hombre, que la mera existencia de la institución del Tribunal supone ya establecida más allá de toda duda. De modo que una duda genérica acerca de la libertad del hombre ‘dudaría de todo’, en el sentido de que pondría en duda la existencia misma del Tribunal que es un momento básico de nuestra forma de vida. Pero, hay también enunciados cuya puesta en duda es imposible por razones lógicas: la duda conduce, en tales casos, al sinsentido. Tal sucede con los enunciados formados con verbos psicológicos en primera persona o con los que expresan una experiencia inmediata y presente. Así, no puedo decir (son sinsentidos) ‘no sé si pienso’ o ‘ahí delante hay un árbol; pero lo dudo’. Mas, junto a esas dudas que no tienen sentido y a esos enunciados de los que es lógicamente imposible dudar, hay otros que forman parte del lecho rocoso sobre el que se asienta nuestro lenguaje en un momento dado. Si el juego que llamamos lenguaje es posible, lo es gracias a que damos por sentadas —las tenemos por banales— una serie de afirmaciones que sirven de referencia a las demás. Ese conjunto, ese lecho que encauza el flujo de nuestro lenguaje, es, ciertamente, variable. Pero, mientras permanezcan en él, los enunciados que lo conforman están ‘más allá de toda duda razonable’, esto es, que ‘parecen yacer en el fondo de toda pregunta y todo pensamiento’. Y eso quiere decir que la duda no está lógicamente descartada; pero que están por encima de toda duda real. Son enunciados que damos por absolutamente seguros, pues sobre su entramado se asienta el sentido de todos nuestros juicios: v.g., ‘estamos en el mes de junio’, ‘la tierra tiene más de cien años’, etc...” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, pp. 884-885.

o mesmo status de verdade insegura, probabilística, aproximativa, quando, na realidade, constituem níveis cognitivos claramente distintos.

Com isso, perde-se (ou, no mínimo, torna-se cinzenta) a importante limitação ao poder punitivo, que é exercida pelo standard probatório exigido para uma condenação no processo penal⁵⁵.

Desse modo, com base em VIVES ANTÓN e WITTGENSTEIN, emerge como horizonte investigativo a afirmação de que a condenação de uma pessoa somente pode ocorrer naqueles casos em que há certeza intersubjetiva de que os fatos narrados na denúncia ocorreram, é dizer, naqueles casos em que “*normalmente não se pode duvidar, porque estão [provados] ‘além de toda a dúvida razoável’*”⁵⁶.

Desse modo, é possível afirmar que:

“(...) a verdade se identifica com o objetivamente certo (SC 194-272) e algo é objetivamente certo quando não é possível o erro (SC 194); mas não se trata aqui somente de uma impossibilidade lógica, pois existem ocasiões em que, ainda que eu esteja errado, tenho o direito de dizer: não posso estar errado (SC 663), já que com isso excluo somente certos tipos de erro; isto é, excluo os erros

⁵⁵ A concepção de se estabelecer, no processo penal, um rigoroso standard probatório, que exige a comprovação além de toda dúvida razoável (“*beyond all reasonable doubt*”) para que possa existir uma condenação legítima, deriva, fundamentalmente, do direito anglo-saxão. Nesse sentido, o julgamento do caso *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970), pela Suprema Corte Norte-americana, constitui um reconhecido marco dessa exigência, muito embora alguns argumentem que a origem mais remota dessa concepção, seja o julgado *State v. Wilson*, 1, N.J.L. 502, 506 (1793). Sem embargo, é certo que, no caso *Winship*, a Suprema Corte americana distinguiu o grau de certeza exigido em matéria penal (“*beyond all reasonable doubt*”), daquele estabelecido para os casos civis (“*preponderance of evidence*”), sendo o standard penal, obviamente, muito mais exigente. Sobre o tema, cf.: HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II, p. 154. Veja-se, ainda, que o standard probatório, conforme decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, deriva do princípio do devido processo legal, conforme pontua: RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal Norte-Americano*. São Paulo: RT, 2006, p. 187. Sobre o tema, confira-se também: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, 6^a ed. São Paulo: RT, 2018, pp. 432-435. Sobre a origem da dúvida razoável, cf.: WITTMAN, James Q. *The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of Criminal Law*. New York, London: Yale University Press, 2008.

⁵⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, p. 960. No âmbito dos Estados Unidos existe uma grande disputa entre duas teorias que pretendem conceituar concretamente o que seria uma “*convicção além de toda dúvida razoável*”. De um lado, existe a teoria que adota o critério da “*vacilação para atuar*”, assentado no julgado *Holland v. United States*, 348 U.S., 121 (1954). De acordo com essa concepção, “*a prova além da dúvida razoável significa uma prova que é tão convincente que não se hesitaria em confiar e atuar sobre ela ao tomar a mais importante decisão de suas vidas*”. Por outro lado, existe o critério da “*certeza moral*”, que advém da conceituação estabelecida pelo *Federal Judicial Center*, *Pattern Criminal Jury Instructions* 28-29, que assenta que a prova além de toda dúvida razoável é aquela que “*te deixa firmemente convencido da culpa do acusado e não te leva a pensar que existe uma ‘possibilidade real’ de que ele seja inocente*”. Sobre o tema, cf.: HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II, pp. 160 e ss.

ordinários, não as anomalias completas que se apresentam excepcionalmente (SC 667).

De modo que podemos predicar a verdade não somente daqueles enunciados sobre os quais a dúvida é logicamente impossível, mas também de todos aqueles sobre os quais ela não é razoável – ainda que subsista a possibilidade anômala do erro – apesar de que, entre uns e outros, não exista uma fronteira bem delimitada (SC 454)⁵⁷.

Diante disso, parece que o standard probatório do processo penal deve ser caracterizado pela existência de uma certeza além de toda dúvida razoável, a ser compreendida – não como verdade aproximativa – mas como um juízo de certeza intersubjetivo, assentado nas boas razões que devem amparar as provas produzidas, de modo que seja possível proferir uma sentença condenatória legítima e intersubjetivamente adequada.

4. Conclusão

Obviamente, a singeleza do presente trabalho e a grandiosidade do problema da verdade no processo penal, somente autorizam a dizer que, o aqui apresentado, constitui apenas um início, um horizonte de pesquisa que pode ser desenvolvida no âmbito do processo penal.

Nesse sentido, parece ser bastante promissor enfrentar o problema da verdade no processo penal, trazendo para a discussão as contribuições mais atuais da filosofia da linguagem, com autores do calibre de WITTGENSTEIN, HABERMAS, BRANDON, RORTY, PUTNAM, DAVIDSON, dentre outros, que seguramente têm muito a enriquecer a atual compreensão da verdade e justificação no processo penal.

Assim, o presente artigo encerra-se com muito mais indagações do que respostas, mas, quem sabe, com uma pequena senda iniciada, com a possibilidade de descortinar-se novos caminhos de pesquisas futuras sobre o tema: verdade, justificação e processo penal.

⁵⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*, pp. 960-961.

5. Referências

- ALLEN, Barry. *Truth in Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- ALONSO PÉREZ, Francisco. *Medios de Investigación en el Proceso Penal*. Madrid: Dykinson, 1999.
- ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do Signo ao Discurso: introdução à filosofia da linguagem*. São Paulo: Parábola, 2004.
- ASENCIO MELLADO, José Maria. *Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida*. Madrid: Editorial Trivium, 1989.
- BACKER, G. P.; HACKER, P. M. S. *Wittgenstein: rules, grammar and necessity*, (vol. II of an analytical commentary on the Philosophical Investigations), Essays and Exegesis of §§ 185-242. 2ª ed. Oxford; Cambridge: Basil Blackwell, 2009.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, 6ª ed. São Paulo: RT, 2018.
- BARONA VILAR, Silvia. *Proceso penal desde la historia: desde su origen hasta la sociedad global del miedo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- CALHEIROS, Maria Clara. *Prova e verdade no processo judicial*. Aspectos epistemológicos e metodológicos, in Revista do Ministério Público, n. 114 – abril/junho 2008. Lisboa: Editorial Minerva.
- CHAUMET, Mario E. *Argumentación: Claves aplicables en un derecho complejo*. Buenos Aires: Astrea, 2017.
- COPPOLA, Patrícia; CAFERRATA NORES, José I. *Verdad Procesal y Decisión Judicial*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2000.
- DAMAŠKA, Mirjan R. *Evidence Law Adrift*. New Heaven & London: Yale University Press, 1997.
- DAVIDSON, Donald. *Ensaio sobre a verdade*. São Paulo: Unimarco, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2002.

- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho*, 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- FIELD, Harty. *Tarski's Theory of Truth*, in *The Journal of Philosophy*, vol. 69, n. 13. (jul. 13, 1972), pp. 347-375.
- FORNER DELAYGUA, Joaquín J. *La Prueba de los Hechos en el Proceso*: Aspectos de Ley Aplicable. Barcelona: Bosch, 2005.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002.
- GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en proceso penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*: ensaios filosóficos, 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *Diskurstheorie der Wahrheit*, in *Rationalitäts- und Sprachtheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2009.
- HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. *Estudio preliminar*, in VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª. Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- KAHLED JR, Salah. *A busca da Verdade no Processo Penal*: para além da ambição inquisitorial. 2ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016.
- KIRKHAM, Richard L. *Theories of Truth*: A critical introduction. Massachusetts: MIT Press, 2001.
- MARANHÃO, Juliano. *Estudos sobre lógica e direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. 2, 3ª ed. São Paulo: RT, 2017.

MONTEIRO, Fernando Conde. *O problema da Verdade em Direito Processual Penal* (Considerações epistemológicas), in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge Figueiredo Dias*, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *La Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal*, 3ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

PAZ RÚBIO, José María; MENDOZA MUÑOZ, Julio; OLLE SESÉ, Manuel. *La prueba en el proceso penal: sus prácticas ante los Tribunales*. Madrid: Editorial Colex, 1999.

PÉREZ DEL VALE, Carlos. *Teoría de la Prueba Y Derecho Penal*. Madrid: Dykinson, 1999.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PUTNAM, Hilary. *Realism with a Human Face*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal Norte-Americano*. São Paulo: RT, 2006.

RHEES, Rush. *Wittgenstein's on Certainty*. There – Like Our Life. Oxford: Blackwell, 2003.

RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

RORTY, Richard. *El pragmatismo, una versión: antiautoritarismo en epistemología y ética*. Barcelona: Ariel, 2000.

RORTY, Richard. *Truth and Progress: Philosophical Papers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

ROXIN, Claus; SCHÜNNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 27ª ed. München: Beck, 2012.

TARSKI, Alfred. *The Semantic Conception of Truth: and the Foundations of Semantics*, in *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 4, n. 3 (Mar., 1944), pp. 341-376.

TAYLOR, Kenneth. *Truth and Meaning: An introduction to the Philosophy of Language*. Massachusetts: Blackwell Publisher, 1998.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Ferrajoli y Después: Reflexión sobre los fundamentos de la teoría del Derecho*, in *Teoría y Derecho*, Revista de Pensamiento Jurídico n. 13. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª. Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VOLK, Klaus. *Grundkurs StPO*, 7. ed. Beck, 2010.

WITHMAN, James Q. *The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of Criminal Law*. New York, London: Yale University Press, 2008.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Trad. Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. Trad. de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. 3ª ed. Barcelona: Crítica, 2010.

**Corrupção e anticorrupção:
discurso e legalidade à luz da
Filosofia da Linguagem de Wittgenstein ¹**

Léo Peruzzo Júnior ²

“... a dogmática penal não pode ser uma ciência”

Tomas Vives Antón, *Fundamentos del Sistema Penal*

O Conteúdo Cognitivo de um Conceito: a Corrupção à luz de Si Mesma

Quando atribuímos o significado a um termo ou conceito qualquer inferimos que, sob determinadas condições, é possível estabelecermos seu *conteúdo cognitivo*, isto é, somos capazes de lhe atribuir valor de verdade. Embora tal fronteira pareça formalmente demarcada, não é o caso quando visualizamos o binômio conceito/significado à luz de problemas [linguísticos, epistemológicos, lógicos, etc.] que podem ser analisados quando consideramos algumas hipóteses ou teorias em Filosofia da Linguagem e Direito Penal. Deste modo, a primeira das lições consiste em identificarmos um dos propósitos que deveria ser oportunizado pela reflexão acerca da Filosofia da Linguagem: não é apenas a atribuição do significado a uma sentença, ou conceito, que confere seu valor de verdade, mas sua

¹ Gostaria de agradecer aos comentários e sugestões do Prof. Dr. Paulo Busato que me ajudaram a dar forma a este texto, bem como ao convite do Prof. Dr. Fernando Galvão para apresentá-lo no III Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem, realizado na Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

² Professor Doutor do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Filosofia - PUCPR. Departamentos de Filosofia da FAE e da FAVI.

estrutura, natureza e modo com que seus elementos constitutivos mantêm a organicidade interna e externa.

O objetivo deste trabalho, sob o prisma da filosofia da linguagem de Wittgenstein, consiste em avaliar, primeiramente, o conceito de *corrupção* para, posteriormente, determinarmos suas possíveis consequências semânticas e penais. Desta questão podemos extrair, de imediato, algumas observações:

- i. Que o valor semântico de um conceito não é arbitrário, isto é, aparece pela descrição que é dada a partir de outros conceitos [*Saberíamos o que significa o termo corrupção porque, para todo e qualquer caso, sabemos aquilo que ele não é*];
- ii. Que a identificação das propriedades aplicadas a determinado conceito podem ter valores semânticos diferentes se consideradas em outras sentenças [*Que tipo de ações podem ser associadas à tais propriedades quando utilizamos o termo corrupção?*];
- iii. Que o(s) verbo(s) típicos(s) que aparece(m) numa sentença exprime(m), em todo e qualquer caso, o modelo de ação a este atrelado [*Seriam os verbos consumados na enunciação linguística ou prolatados no conjunto de práticas, apropriando-nos de uma ideia wittgensteiniana, não dissociáveis destes?*].

Grosso modo, precisamos, inicialmente, lapidar o próprio uso do termo “filosofia da linguagem” que, embora didaticamente represente um conjunto particular de questões e problemas, tem se alimentado de uma seara repleta de antagonismos. Por essa razão, a partir de certa digressão histórica, atribui-se a Frege, especialmente em sua *Conceitografia* [1879], a guinada filosófica responsável por abrir caminho à virada linguística³, uma vez que o autor toma o “pensamento como sentido de um enunciado”. Isso significa sustentar o argumento de que, por um lado, a armação do pensamento é constituída pelas bases lógicas da linguagem e, por outro, que o sentido de um enunciado é o pensamento que ele exprime, sendo a referência de um enunciado seu valor de verdade”. Sendo base à filosofia analítica da linguagem, impõe-se a aplicação de uma lógica verofuncional,

³ Cf. RORTY, Richard (Ed.). *The Linguistic Turn: Essays in Philosophical Method*. Chicago: University of Chicago Press, 1967.

matemática, extensional, o que implica a exclusão de qualquer referência à intencionalidade, às competências e aos conhecimentos do falante⁴ como pretende expor, por exemplo, Vives Antón em seu trabalho.

Nas pegadas da tipografia filosófica de Frege aparecem, posteriormente, os trabalhos de Russell, Wittgenstein e os membros do Círculo de Viena. Uma proposição, neste caso, passará a ser vista pelas condições do método de análise. Aparentemente, um exercício pouco radical, mas que, aos poucos, revelará a substancial *deformidade* que apresenta nosso discurso ordinário e o modo como este permite *dizer* o mundo. Por essa razão, algumas questões atreladas à linguagem ordinária determinam o processo de argumentação e argumentação:

- i. *Poderia nossa linguagem abarcar a totalidade de condições que constituem o mundo e legitimar a significação que daí pode ser inferida?*
- ii. *De que modo os discursos que nucleiam um conceito podem instituir, por exemplo, as bases de uma terminologia jurídico-penal?*
- iii. *ou, ainda, é possível uma demarcação do comportamento entre lícito e ilícito, corrupto ou não, a partir do uso de conceitos flexíveis, elásticos, nebulosos e ausentes de um estatuto vero-funcional?*

Estes problemas, assim como uma série de outros, se estendem aquém de uma definição eminentemente dogmática⁵ ou epistemológica. A natureza sintática, semântica e pragmática, para não cairmos no campo hermenêutico, permitem revelar e avaliar o *modus operandi* no qual o conceito de *corrupção* está submisso. Em outras palavras, deveríamos falar de um uso válido, e não verdadeiro, ao instituímos a ideia de corrupção a um modelo normativo relevante penalmente, uma vez que a falsidade nada mais é do que uma sentença declarativa falsa.

Exemplos de sentenças declarativas: “João é corrupto”; “João não é corrupto”;

⁴ Cf. D’AGOSTINI, Franca. *Analíticos e Continentais*. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p.161.

⁵ Por dogmática dever-se-ia, como bem adverte Busato (2010, p. 196) ao referir-se a Vives Antón, “ser interpretadas como gramáticas, como formas de expressão, dotadas de “pretensões de validade”, mas a tais “pretensões de validade” não correspondem necessariamente a “pretensões de verdade”. Ou seja, a norma jurídica pretende ser válida e não verdadeira”.

Exemplos de sentenças não-declarativas: “João solicitou, e não recebeu, vantagem indevida”; “João recebeu, e não solicitou, vantagem indevida”.

Se de sentenças não-declarativas infere-se a existência de valor de verdade, então, temos duas possíveis consequências: 1) atribui-se um resultado acreditando ser seu valor de verdade quando, por critérios lógicos, não deveria ser o caso; 2) trata-se de um erro semântico-cognitivo daquele que avalia o conteúdo propositivo. Assim, em referência aos problemas anteriores, é elucidativo perguntar-se em qual campo de trabalho o “conceito” de *corrupção* poderia ser investigado ou, na melhor das hipóteses, que não se trata de um problema moral, social, cultural ou político, mas semântico-pragmático de primeira ordem.

Tendências Antropológicas *versus* Análise Linguístico/Penal

Na tipografia filosófica de Wittgenstein, o uso das palavras em jogos de linguagem primitivos constitui a base praxiológica da análise gramatical. Neste sentido, “a presunção transcendental de um jogo ideal universal como condição para a descrição dos jogos particulares também resulta absurda e anti-wittgensteiniana” (BENTOLILA, 2018, p.188). Mas, então, como podemos analisar o significado do conceito de corrupção e, consequentemente, suas implicações? Poderíamos, neste caso, falar de corrupção em termos ou cenários internacionais ou, ao contrário, deveríamos nos ater exclusivamente aos problemas semântico/pragmáticos?

À luz da antropologia evolucionista (Morgan e Tylor), a *corrupção* seria um processo linear, uma vez que o apogeu das sociedades, gradativamente, passaria pelos mesmos estágios de uso e abandono de determinadas condutas⁶; na antropologia cultural (Franz Boas), a *corrupção* seria descrita como um fenômeno eminentemente cultural, na contramão de quaisquer categorias abstratamente antropológicas⁷; na sociobiologia (Wilson), que pretende

⁶ CASTRO, Celso (Org.). *Evolucionismo Cultural: textos de Morgan, Tylor e Frazer*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

⁷ BOAS, Franz. *Antropologia cultural*. Trad. Celso de Castro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2010.

descobrir os mecanismos evolucionários e identificar a significância adaptativa de cada uma das funções, a *corrupção* estaria na esteira das bases genéticas do comportamento social e, conhecê-la, melhoraria a vivência humana e o relacionamento da espécie com o mundo⁸; iv. à psicanálise, como nos dizeres da professora Marion Minerbo, como um processo que se produz no entrecruzamento de três espaços psíquicos, em referência as ideias de Isidoro Berenstein e Janine Puget, na obra *Lo Vincular. Clínica y técnica psicoanalítica* (1997). Segundo Minerbo, pensar a corrupção de um ponto de vista metapsicológico implicaria tomar “o psiquismo individual, em que um sujeito com fortes traços paranoicos acede a uma posição de poder (ou, acedendo a uma posição de poder, despertam-se seus traços paranoicos); b) o espaço psíquico intersubjetivo, no qual a pessoa que tem poder “enlouquece” com a ajuda das pessoas com quem convive; e, c) o espaço psíquico transubjetivo, em que a corrupção é transformada em uma instituição e em uma cultura”⁹; v. na Política, considerando-a um movimento contra-público e degenerador do espaço da moralidade e dos princípios normativos no núcleo da vida social; e, por fim, vi. no Sistema Jurídico, representando uma figura típica reprovável penalmente na qual, de um modo geral, o indivíduo, passivo ou ativo, solicita ou recebe (leia-se o verbo *pedir*, e não *exige*, *coage*, entre outros) e oferece ou promete vantagem indevida (lucro, ganho, privilégio ou benefício) mesmo que o resultado não seja consumado. Digressões histórias são um prato repleto de obscuridades!

Dieter Haller e Cris Shore, por exemplo, organizadores da obra *Corruption: Antropological Perspectives*, afirmam que, de um modo geral, “as ciências sociais têm abordado a corrupção a partir de duas amplas perspectivas: estrutural e interacional” (HALLER; SHORE, 2005, p.3). A abordagem estrutural possui implicações morais e evolutivas, sendo mais comumente associada aos estudos de desenvolvimento e a representações populares da mídia. Segundo os autores, a corrupção está na lista daquelas

⁸ NEVES, Felipe Marcel. Sociobiologia: dos insetos sociais aos homens. In: *Estud. Biol., Ambiente Divers.*, 2012, jul./dez., 34(83), 129-134.

⁹ MINERBO, Marion. Mudando de posição subjetiva diante da corrupção. Uma análise do filme *Sindicato de ladrões*. In: *J. psicanal.*, vol.49, no.91, São Paulo, dez. 2016, pp. 63-73.

características negativas que são normalmente aplicadas ao “Outro”, como ao subdesenvolvimento, à pobreza, à ignorância, a repressão de mulheres, ao fundamentalismo, ao fanatismo e à irracionalidade. Estes “Outros” estão localizados fora do estilo moderno, civilizado e ocidental das democracias, sendo a corrupção tomada como “endêmica” em algumas sociedades (Cf. HALLER; SHORE, 2005, p.3). A segunda abordagem, a saber, estrutural, está direcionada para a análise do sistema de regras formas e instituições. “Seu objetivo é determinar como e por que certos atores – especialmente as elites – são capazes de agir para ganhos pessoais. Os estudiosos das IR [Relações Internacionais] examinam vários fatores, tais como as elites dominantes são compostas, que tipo de competição existe entre elas e como responsável elas são” (HALLER; SHORE, 2005, p.4).

As hipóteses sustentadas pelas ciências sociais são extremamente elucidativas se considerarmos o fenômeno *corrupção* sob o prisma antropológico. Aliás, *podem revelar a arquitetura produzida pela relação entre os discursos e as práticas sociais* como, por exemplo, no estilo foucaultiano de pensar uma ciência dos espaços marginalizados ou da objetivação do sujeito falante em gramática geral¹⁰. Contudo, não explicam um sistema jurídico que pretende ligar cada vez mais a *prática corrupta* à existência de uma *entidade ontológica*, neste caso, “a *corrupção*”, como forma de produzir um discurso catalizador tanto da normalidade como da possibilidade de legitimação da atuação do poder do Estado. Em tese, *fixa-se o conceito para, então, oportunizar uma semântica*¹¹.

Nas duas espécies de corrupção (Art. 317 e Art. 333 do Código Penal), encontradas na legislação brasileira, o uso dos conectivos lógicos “ou”, por

¹⁰ Cf. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Ed. Cadernos da PUC/RJ, 1974.

¹¹ Na época atual, todas essas instituições - fábrica, escola, hospital psiquiátrico, hospital, prisão - têm por finalidade não excluir, mas, ao contrário, fixar os indivíduos. A fábrica não exclui os indivíduos; liga-os a um aparelho de produção. A escola não exclui os indivíduos; mesmo fechando-os; ela os fixa a um aparelho de transmissão do saber. O hospital psiquiátrico não exclui os indivíduos; liga-os a um aparelho de correção, a um aparelho de normalização dos indivíduos. O mesmo acontece com a casa de correção ou com a prisão. Mesmo se os efeitos dessas instituições são a exclusão do indivíduo, elas têm como finalidade primeira fixar os indivíduos em um aparelho de normalização dos homens. A fábrica, a escola, a prisão ou os hospitais têm por objetivo ligar o indivíduo a um processo de produção, de formação ou de correção dos produtores. **Trata-se de garantir a produção ou os produtores em função de uma determinada norma** [grifo nosso] (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Ed. Cadernos da PUC/RJ, 1974, p.114).

exemplo, “solicita ou recebe”, ao invés de “solicita e recebe”, “para si ou para outrem”, “direta ou indiretamente”, “ainda que fora da função ou antes de assumi-la” provocam uma interpretação extensiva que serve apenas como pseudo-fundamento de política criminal. Se todo aquele que recebe não necessita solicitar e se todo aquele que solicita não precisa receber, então, estamos falando da produção da mesma consequência que, para efeitos penais, independe do resultado para ser criminalizado. Mas, semanticamente, no caso da corrupção passiva, há um cruzamento de significados produzidos também pela indefinição do termo “vantagem indevida” embora, geralmente, este é interpretado num contexto amplo que é o princípio da legalidade. Já na corrupção ativa, não distante do problema anterior, está a possível diferença metafísica entre “oferecer” e “prometer”.

Corrupção Passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Facilitação de contrabando ou descaminho

Corrupção Ativa

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Se há uma narrativa metodológica sobre a corrupção, então, também deve ser verdadeiro pensar que há uma determinação conceitual que permite a manutenção do significado entre saberes distintos. Mas, efetivamente, *poderíamos tomar o significado do termo corrupção independentemente de uma prática? Haveria um binômio entre o conteúdo conceitual e os fenômenos que são por este descritos e abarcados?* Ou, ao contrário, continuaríamos a repetir o jargão culturalista ilustrado pela seguinte questão: “Que melhor fonte para entender a corrupção, poder-se-ia pensar, do que as histórias produzidas por aquelas mesmas pessoas que tiveram o olhar mais próximo do fenômeno, e talvez até mesmo foram cúmplices de ações corruptas?” (GUPTA, 2005, p.176).

Aquém de um reducionismo empírico, casuístico ou antropológico a *corrupção* é, antes de mais nada, um fenômeno linguístico, cujo alcance de seu conteúdo conceitual permite marcar as possíveis fronteiras entre atos que ensejam ilicitude e comportamentos que estão *sub judice* da lei penal incriminadora ou de uma questão de política criminal. Do contrário, tem-se explicações da corrupção funcional, por exemplo, no plano das políticas públicas, mas não, efetivamente, em seu escopo de *significação*. A ausência de um critério semântico para demarcar o termo provoca apenas o insuflamento do significado o que, em outras palavras, repercute na ausência de um contexto como base normativa. Assim, a avaliação política da corrupção não é um parâmetro autossuficiente, uma vez que deveríamos determinar, primeiramente, o *uso* que fazemos de tal conceito.

A corrupção, como um crime isolado, existe em todo o mundo. Mas a corrupção sistêmica – o pagamento de subornos como regra de jogo – não é tão comum e representa uma grave degeneração no funcionamento das esferas pública e privada, especialmente em nações democráticas” (MORO, 2018, p. 162).

A tipografia da *corrupção*, apresentada no fragmento anterior, isto é, no plano da funcionalidade, afasta-nos de uma possível teoria do delito. Isso deve-se, essencialmente, por duas razões: a primeira, de caráter metodológico; a segunda, de caráter jurídico-penal. À primeira razão, porque

a competência legislativo-política de combate a um crime, na esteira das modernas tendências do direito criminal, não é atributo exclusivista da competência judiciária (DUFF; GREEN, 2011). Aos dizeres wittgensteinianos, quando o discurso moralizador adentra na presunção criminal estaríamos cruzando jogos de linguagem distintos. Aliás, utilizando-nos de uma contra-crítica, a própria ideia de uma fronteira nítida entre competências e, por conseguinte, interpretações, é sempre um dilema um tanto obscuro sob a análise do viés linguístico-pragmático.

A segunda questão, de natureza jurídico-penal, é oriunda da própria extensionalidade do termo *corrupção*. Ele está atrelado ao uso de outras propriedades como “ser agente público”, “servir-se *a priori* do cargo que venha a exercer”, “receber vantagem indevida”, “direta ou indiretamente”, “inexigibilidade de ato de ofício”, “nexo causal com a atividade realizada”, “ação ou omissão”, entre outros. Não há, portanto, uma propriedade *y* que defina o termo *x*, mas apenas “semelhanças de família” que sustentam um uso jurídico-penal.

No HC 165.036/PR, por exemplo, houve divergência entre a possibilidade de consunção nos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Na ocasião, a ideia de “cenário” como elemento responsável pela avaliação da conduta não destoava da proposta wittgensteiniana de que a linguagem e, portanto, os conceitos, são *práticas entrelaçadas ao comportamento*: “*Não se expõe aqui tão somente recebimento indireto de vantagem indevida. Descreve-se cenário que denotaria descrição de conduta no sentido também da ocultação de recursos e dissimulação de sua titularidade, propiciando sua fruição oportuna*” (HC 165.036/PR). Por essa razão, a principal tese que pode ser extraída a partir do filósofo vienense é que o uso ordinário não é redutível à semântica filosófica, isto é, apenas no signo linguístico.

A indeterminação do termo corrupção pode ser vista, por um lado, como sinônimo de precariedade do aparato legal e, por outro, como resultado da própria dinâmica linguística que perpassa a natureza do ordenamento jurídico. O delito se consumaria não apenas com a solicitação ou a promessa de vantagem indevida, mas também com o recebimento sem qualquer pedido,

deixando escapar a necessidade de uma majorante quando os efeitos do ato atingem um bem jurídico tutelado de forma ampla [leia-se o interesse difuso]. Tome-se, então, como outro exemplo, os efeitos produzidos pela corrupção ao erário público e a impossibilidade de determinação de um sujeito passivo além da abstração estatal ou, na melhor das hipóteses, da pessoa jurídica, pública ou privada, diretamente prejudicada¹². Mas, então, será que é possível presumir da pluralidade conceitual uma normatividade que abrace o comportamento público/privado em geral ou, ao contrário, a própria lei penal, neste caso, estabeleceria uma interpretação tão ampla que serviria apenas *in malam partem*?

O uso do termo *corrupção* engendra não apenas um problema lógico-dedutivo ao Direito Penal, mas também a pressuposição que a *práxis* está de um lado e, a *norma*, de outro. Que há, por um lado, uma linguagem e, por outro, uma neutralidade no modo como vemos ou percebemos os fenômenos, as ações. Para sermos wittgensteinianos deveríamos rejeitar um tipo de realismo jurídico ingênuo, ao estilo kantiano, que postula uma dicotomia entre fatos/valores, linguagem/ações, significado/condutas, mundo externo/mundo interno, objetividade/subjetividade. Assim, enquanto tomarmos o tratamento dispensado à corrupção num plano finalista [o indivíduo consegue prever os limites de certas consequências possíveis e orientar seus atos à consecução do fim desejado] continuaremos a tarefa de Sísifo que, na mitologia grega, recebeu como castigo, na terra dos mortos, empurrar uma pedra até o lugar mais alto da montanha, de onde ela rolava de volta.

As faces linguísticas da Corrupção: é uma possível avaliarmos uma ação independente do conteúdo conceitual?

Não obstante, analisar o conceito de “corrupção” à luz da Filosofia da Linguagem significa i) mapear seu itinerário, especialmente seu uso

¹² A este respeito, conferir CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Corrupção: uma perspectiva da filosofia da linguagem para seu enfrentamento. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 55, n. 55, out./dez., 2018, p.13-28.

jurídico-penal, tomando como ponto de partida os elementos da *sintaxe*, da *semântica* e da *pragmática* e, ii) compreender como o uso ordinário dispensado tratamento jurídico a tal conceito permite estabelecer condições valorativas às ações descritas como “corruptíveis”. Por essa razão, como pondera Wittgenstein numa de suas passagens, não é necessário, para saber o significado, perguntar-se o que tal conceito é na gramática, mas aquilo que ele não é no uso cotidiano. Ao gênio desintegrador, como escreveu Ferrater Mora (1912-1991), a exegese gramatical é tomada iii) como modo de salvaguardar a *cognição* das imprecisões suscitadas pela linguagem natural. Para tal, devemos ter em mente que um *processo de comunicação* exige que determinados símbolos ou marcas sejam social e coletivamente tomadas como portadores de significações e regidos por regras. Estas últimas precisam ser assumidas tacitamente por seus membros, isto é, “precisam ser conhecidas e compreendidas em seus escopos específicos e em suas relações mútuas” (ARAÚJO, 2014, p.16).

Em suma, queremos mostrar que, se o discurso jurídico-penal acerca da corrupção preserva certa literalidade ou analogia ao senso comum quando compreende ou tipifica tal crime, ou se a política criminal deve alterar os patamares da fixação da pena, dependem da constituição gramatical que temos ao estabelecer um conteúdo mínimo argumentativo. Nesse caso, deveríamos avaliar o nível que estamos considerando o termo *corrupção*:

- a) Nível da Sintaxe: o termo *corrupção* é ou não consequência de outro? Que tipos de *regras* são estas que explicam a relação ou inferência deste com outros símbolos? Que tipo de verdade formal será derivada da relação entre estes símbolos quando, para tal, não se considera o “significado” do próprio símbolo? Como uma sentença, que admite em seu interior o termo *corrupção*, permite uma análise “objetiva e clara” sem referência a pensamentos ou juízos?¹³
- b) Nível da Semântica: desconsiderando as circunstâncias concretas (psicológicas e sociológicas) do comportamento linguístico, de que modo ocorre a relação entre o signo e o referente? Ou, ainda, para a semântica vericondicional, o que representa dizer que o significado dos enunciados é dado pelas suas condições de verdade, sendo que o significado das palavras é constituído por sua contribuição

¹³ Cf. CARNAP, Rudolf. *The Logical Syntax of Language*. Chicago: Open Court, 2002.

para as condições de verdade do enunciado em que aparecem? (*Tractatus*); Por que o sentido, como pertencendo à ideia de signo, isolado do sistema, depende do valor atribuído por este como contrapartida para a coexistência da língua? (*semântica estrutural*); e, o que ocorre na mente dos falantes quando entendem uma palavra ou um enunciado acerca, por exemplo, da corrupção? (*semântica cognitiva*).

- c) Nível da Pragmática: se a língua não é feita, exclusivamente, de enunciados que representam ou descrevem o mundo [como ele é independentemente de nossas representações] e nem o significado das palavras que compõem os enunciados é dado pelo objeto que eles denotam, *o que representa dizer que o significado de uma palavra é o seu uso na linguagem?* De que modo as condições de uso do termo *corrupção* estabelecem o significado a partir de contextos de justificação?

Com base nos níveis de análise apontados é possível, então, perceber que o conceito de corrupção não é apenas metafórico, ambíguo e pressuposto aos distintos atores sociais e contextos diferentes (ESPINOSA; ARAÚJO, 2018). Trata-se, por sua vez, do tipo de análise linguístico-filosófica que permitirá determinar os resultados atribuídos ao conceito. Questões propriamente internas ou externas, aparentemente desnecessárias, são relevantes para uma possível avaliação do conteúdo manifestado pela *opinião pública*. Assim, é a própria determinação reflexiva da questão que torna possível, ou não, o fornecimento de razões para sua elucidação linguística. Neste sentido, algumas questões devem ser consideradas de segunda ordem, haja vista que elas dependeriam do arcabouço conceitual para se tornarem possíveis. Como questionam Espinosa e Araújo (2018, p.112) deve-se atentar as seguintes questões: “Que tipos de ações ou práticas se consideram corruptas? Por que a corrupção se considera um problema? E que tipo de ações são consideradas soluções para esta?”. E, seguindo neste mesmo horizonte, “quais são as metáforas principais associadas à corrupção política? Que implicações possuem estes discursos para a forma de pensar e atuar frente à corrupção?”.

Tomar o conceito de corrupção, e não as *ações corruptas*, como uma espécie de “metáfora fossilizada” pode ser bastante revelador sob o prisma epistemológico: por um lado, porque legitima a desconfiança e a consciência na própria natureza substancial daquilo que seria a *corrupção*; por outro, evidencia que o domínio cotidiano da linguagem sobre as ações

consideradas corruptas não consegue “abraçar”, por uma ingenuidade ontológica, o possível “domínio original” do termo.¹⁴ A rigor, enquanto o domínio linguístico for interpretado como um recurso independente de outras *práticas* (práxis) ou comportamentos (*formas de vida*) continuar-se-á a mitigação metafísica entre as dicotomias realistas e não-realistas, internalistas e externalistas, objetivistas e subjetivistas, como nos termos da filosofia pré-kantiana (PERUZZO, 2018).

Sendo assim, na contramão do paradoxo cético, como apontado por Vives Antón (2011, 463) como poderíamos tomar a existência de um conceito, neste caso o termo *corrupção*, sem a necessidade de um binômio entre *fatos e contextos de uso*? Seria possível uma espécie de “conhecimento científico”, “regular”, “delimitador” daquilo que é, efetivamente, a corrupção? A resposta a tais questões, no fulcro da filosofia wittgensteiniana é, como aponta Vives Antón (2011, p.472), que “o significado, que nasce das práticas, se projeta sobre os fins dos indivíduos (em forma de desejos ou intenções subjetivas que se expressam em sua conduta externa), fins que podemos conhecer, embora não por meio de descrições e leis; é dizer, não da mesma maneira que conhecemos os fatos da natureza”. Por essa razão, é oportuno recordar a afirmação do professor Vives Antón de que “os conceitos jurídicos não são teorias”, ao menos não como uma gramática profunda.

Considerações Finais ou A Máscara [Linguística] da Corrupção

A aparente tipificação dos crimes de corrupção ativa e passiva [ou qualquer outro crime], na esteira do Direito Penal, coleciona uma série de “pressupostos morais” para a determinação conceitual do delito. A *textura aberta*, como apontado por Hart em *The concept of Law*, é preenchida por uma atitude judicial que tende a aplicação da interpretação mais gravosa

¹⁴ (...) Esto significa que la metáfora se ha vuelto parte del lenguaje cotidiano, hasta el punto de haber perdido su relación con el dominio original del término, proveniente de la biología (corrupción: ‘Podredumbre, decadencia o descomposición física de la materia orgánica’). Pero dentro de este uso generalizado se puede ver que el discurso sobre la corrupción se apoya sobre todo en metáforas de tipo ontológico, es decir, en las que se reifica la corrupción como una persona o cosa, en fórmulas de tipo: “la corrupción es una entidad”, “la corrupción es una persona” y “la corrupción es una sustancia” (ESPINOSA; ARAÚJO, 2018, p.124).

da lei ensejada, simplesmente, por uma *atitude legislativa*. Neste sentido, a normatividade penal da expressão “vantagem indevida” abarca todos os significados linguísticos possíveis que podem ser exercidos por alguém, mesmo que não soubéssemos, efetivamente, em que consiste um *ato corrupto*. Não se trata apenas de um obstáculo para a aplicação da pena, mas sobretudo de uma máscara linguística que encobre o paradoxo do tipo de política criminal adotada pelos Tribunais, uma vez que parece ser notório, como observa Zaffaroni (2006, p.5), que “el poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de personas, dado que sólo los consideraba como entes peligrosos o dañinos”.

No Recurso Especial Nº 1.745.410 – SP (2017/0007371-4), o Superior Tribunal de Justiça consolidou a ideia de que “o crime de corrupção passiva não exige nexo causal entre a oferta ou promessa de vantagem indevida e eventual ato de ofício praticável por funcionário público”. Ao contrário, o “nexo causal a ser reconhecido é entre a mencionada oferta ou promessa e eventual facilidade ou suscetibilidade usufruível em razão da função pública exercida pelo agente”. Assim, nestes termos, a corrupção passiva é consumada mesmo que o ato seja estranho às atribuições do servidor mas que, em razão da função pública, tornem implícita alguma facilitação na prática no delito almejado.

Embora o próprio tipo penal previsto no artigo 317 do Código Penal, literalmente, indique a solicitação ou recebimento de vantagem indevida, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la aceite promessa de tal vantagem, adentra-se, observando-se a teoria do delito, no plano subjetivo. Teríamos, portanto, duas opções interpretativas: a primeira, de que o legislador pretendeu sustentar a tese de que a consumação independe do efetivo recebimento, sendo este mero exaurimento; segundo, que a imoralidade do ato, isto é, da infração penal, especificamente neste caso, consuma-se no instante do pedido e da promessa, mesmo que o bem público não seja afetado diretamente, uma vez que aquilo que interessa é apenas a *função pública do agente*.

Levando-se em consideração, por exemplo, a teoria finalista, poder-se-ia sustentar que o agente, graças ao seu saber causal, poderia prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta atribuindo, portanto, fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, para a realização destes fins?¹⁵ Mas, o significado da ação executada pela corrupção ativa atingiria a intitulada “administração pública geral” ou não seria estritamente ato particular de funcionário público, mesmo antes de seu efetivo exercício? O engodo provocado por tais questões revela o teor de um problema que está aquém do formalismo jurídico e da “dogmática jurídica tradicional”.

O entendimento do Recurso Especial supracitado, por exemplo, de-teve-se no uso da expressão “em razão dela” para descartar a necessidade de causalidade entre o comportamento do agente e um possível ato de ofício, que está apenas como majorante no parágrafo 2º do artigo 317. A expressão “em razão dela” também deveria significar, para tal, “contra ela”, o que não é o caso. Fica claro que o argumento é outro pois, segundo a ministra Laurita Vaz, divergente em seu voto do relator, “trata-se (...) de nítida opção legislativa direcionada a ampliar a abrangência da incriminação por corrupção passiva, quando comparada ao tipo de corrupção ativa, a fim de potencializar a proteção ao aspecto moral do bem jurídico protegido (grifo nosso), é dizer, a probidade da administração pública”¹⁶.

Parece estar claro que o significado do termo “corrupção”, quando associado à Administração Pública, pretende tutelar a probidade administrativa. Há, porém, um lapso interpretativo na potencialização da tentativa de incriminação, mesmo que os *fins* do possível conceito não sejam alcançados. A insignificância da vantagem recebida, ou potencialmente recebida, assim como em outros delitos, é considerada como elemento para dosimetria da pena por, implicitamente, mitigar questões de política criminal. Mas, como vimos, o signo linguístico e a ação, se tomados

¹⁵ Cf. WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Uma introducción a la doctrina de la acción finalista. Barcelona: Ariel, 1964, p. 25.

¹⁶ Cf. Recurso Especial Nº 1.745.410 – SP (2017/0007371-4), Superior Tribunal de Justiça.

isoladamente, apenas reforçam um dualismo não assumido por Wittgenstein, ou mesmo por Habermas.

Por fim, a abstração normativa engendrada pela *corrupção* não persuade apenas a ânsia filosófica entre corruptores, mas serve para mascarar e revelar o *uso* interpretativo que os Tribunais têm realizado, de um modo geral, para combater um problema moral que, ironicamente, não possui uma definição linguística. Compreender uma *ação* envolve, portanto, coordenadas de um esforço *extra-normativo*, levando-nos a repensar possíveis soluções e implicações para questões que apresentamos no início deste trabalho. Para recordá-las: Poderia nossa linguagem abarcar a totalidade de condições que constituem o mundo e legitimar a significação que daí pode ser inferida? De que modo os discursos que nucleiam um conceito podem instituir, por exemplo, as bases de uma terminologia jurídico-penal? Seria possível uma demarcação do comportamento entre lícito e ilícito, corrupto ou não, a partir do uso de conceitos flexíveis, elásticos, nebulosos e ausentes de um estatuto vero-funcional?

Referências

- BENTOLILA, Héctor. Juegos de Lenguaje y el Lenguaje Filosófico en Wittgenstein. In: BOSSO, Cristina; GARMENDIA, Santiago (Org.). *Wittgenstein. Mares del Lenguaje*. Córdoba: Lago Editorial, 2018.
- BOAS, Franz. *Antropologia cultural*. Trad. Celso de Castro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2010.
- BUSATO, Paulo C. *Direito Penal e Ação Significativa. Uma análise da Função Negativa do conceito de Ação em Direito Penal a partir da Filosofia da Linguagem*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Corrupção: uma perspectiva da filosofia da linguagem para seu enfrentamento. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 55, n. 55, out./dez., 2018, p.13-28.
- CARNAP, Rudolf. *The Logical Syntax of Language*. Chicago: Open Court, 2002.

CASTRO, Celso (Org.). *Evolucionismo Cultural*: textos de Morgan, Tylor e Frazer. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos e Continentais*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

DUFF, R. A.; GREEN, Stuart P. (Ed.). *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. *Filosofia da Linguagem*: introdução crítica à semântica filosófica. Florianópolis: Editora Ufsc, 2014.

ESPINOSA, Carolina Isaza; ARAÚJO, Rodrigo Sandoval. Hablemos de corrupción. El discurso sobre la corrupción en la opinión pública colombiana. In: HENAO, Juan Carlos; ESPINOSA, Carolina Isaza (Eds). *Corrupción en Colombia: Corrupción, Política y Sociedad*. Bogotá: U. Externado de Colombia, 2018.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: editora Nau, 2005.

FREGE, Gottlob. *Conceitografia*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

GUPTA, Akhil. Narrating the State of Corruption. In: HALLER, Dieter; SHORE, Cris (Ed.). *Corruption: Antropological Perspectives*. London: Pluto Press, 2005, pp.173-193.

HALLER, Dieter; SHORE, Cris (Ed.). *Corruption: Antropological Perspectives*. London: Pluto Press, 2005.

HOLMES, Lislie. *Corruption: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

MINERBO, Marion. Mudando de posição subjetiva diante da corrupção. Uma análise do filme *Sindicato de ladrões*. In: J. psicanal., vol.49, no.91, São Paulo, dez. 2016, pp. 63-73.

MORO, Sérgio Fernando. Preventing Systemic Corruption in Brazil. In: *Deadalus*, vol. 147, n°. 3, pp.157-168.

NEVES, Felipe Marcel. Sociobiologia: dos insetos sociais aos homens. In: *Estud. Biol., Ambiente Divers.*, 2012, jul./dez., 34(83), 129-134.

- PERUZZO JÚNIOR, Léo; VALLE, Bortolo (Orgs.). *Filosofia da Linguagem*. Curitiba: PUCPRESS, 2016.
- PERUZZO JÚNIOR, Léo. Lenguaje y mente en la Filosofía de Wittgenstein. BOSSO, Cristina; GARMENDIA, Santiago (Org.). *Wittgenstein. Mares del Lenguaje*. Córdoba: Lago Editorial, 2018.
- RORTY, Richard (Ed.). *The Linguistic Turn: Essays in Philosophical Method*. Chicago: University of Chicago Press, 1967.
- ROTHSTEIN, Bo; VARRAICH, Aiysha. *Making Sense of Corruption*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- THOMPSON, Caleb. Philosophy and Corruption of Language. In: *Philosophy*, vol. 67, nº 259, jan. 1992, pp.19-31.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio R.; OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e Política Criminal*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio R. *El enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006.
- WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Uma introducción a la doctrina de la acción finalista. Barcelona: Ariel, 1964, p. 25.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus. Investigações Filosóficas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

Sobre la certeza y el error de tipo objetivamente invencible

José Antonio Ramos Vázquez ¹

1. Introducción

En su magnífica monografía, recientemente publicada, sobre el error en la teoría jurídica del delito, mi maestro, el prof. Martínez-Buján, afirma lo siguiente: «cuando el error sobre el tipo sea *objetivamente invencible*» (las cursivas, tanto en este fragmento como en los posteriores, son suyas) «no cabrá afirmar ya la *predecibilidad* general: en el momento de realización de la conducta no resulta objetivamente predecible que se vaya a desarrollar el nexo causal que desemboque en el resultado. (...) Faltará ya, pues, en todo caso, la causalidad (o imputación objetiva) y consiguientemente no existe ya una acción relevante para el Derecho penal, al no cumplirse la primera pretensión de validez de la norma penal, la pretensión de relevancia» (Martínez-Buján Pérez, 2017:19).

El objetivo de este trabajo no es rebatir las tesis centrales de la mencionada monografía (la mayoría de las cuales comparto), sino tan sólo la anteriormente transcrita (a su vez, compartida por muchos otros compañeros), utilizándola para reflexionar sobre distintas cuestiones vinculadas con la idea de *error* y la de su hermana siamesa, la *certeza*.

Como es natural, dicha pretensión no implica, ni mucho menos, abordar en su integridad todos los temas presentes en el ordenamiento jurídico-penal que están conectados con dichas nociones (pues, lejos de lo

¹ Professor Doutor da Universidade A Coruña – Espanha.

que pueda parecer, no sólo la regulación del error –art. 14 del Código penal- sino otras muchas categorías penales están vinculadas de un modo u otro a la idea de certeza), sino llamar la atención del lector sobre la profundidad de los interrogantes a los que nos vemos abocados si indagamos en el significado de *error* (máxime cuando se le adjetiva como *objetivamente invencible*).

2. Dos precisiones preliminares.

Antes de entrar en materia, es importante destacar dos cosas, para situar en sus justos términos la posición de Martínez-Buján.

La primera es que, por más que dicho autor utilice profusamente la terminología vencible/invencible a lo largo de la obra, lo cierto es que él mismo pone de relieve al comienzo de su monografía que «de conformidad con los postulados de la concepción *significativa* (en concreto con la *gramática* de la *intención subjetiva*, concebida como compromiso del sujeto de llevar a cabo la acción y la vulneración del bien jurídico), tal terminología no resulta en rigor adecuada, porque nunca podremos penetrar en la mente del agente para averiguar si le habría resultado factible vencer o no vencer el error. Consecuentemente, sería preferible recurrir a otra terminología, como, v. gr., la de error *censurable* y error *no censurable*, usada por Vives Antón en diversos Seminarios y Conferencias» (Martínez-Buján, 2017:17, n.7).

Dicha afirmación, por supuesto, matiza lo expresado en el primer fragmento y, dicho sea por adelantado, va en la línea de las reflexiones que realizaré sobre el propio concepto de *error*. No obstante, veremos hasta qué punto se puede cohonstar esta idea de *censurabilidad* con la hipótesis de un error *objetivamente* invencible (o, si se quiere, cómo se puede con- jugar la idea de error censurable con la de un error que impide «afirmar la *predecibilidad* general»).

En segundo lugar, la mención realizada por Martínez-Buján a Vives Antón es fundamental para situar el fragmento de su monografía que

motiva estas páginas. En efecto, en él se hace referencia a «la primera pretensión de validez de la norma penal, la pretensión de relevancia», lo que debe ser explicado a la luz de lo expuesto por Vives Antón en su obra *Fundamentos del sistema penal*.

El lector seguramente no necesite ninguna presentación de dicha obra, pero quizás sí (si está habituado a las sistemáticas habituales) un brevísimo apunte sobre esa «primera pretensión de validez de la norma penal, la pretensión de relevancia», a la que Vives Antón alude al final de la primera edición de su obra (final de la primera parte, en la segunda edición).

En efecto, en ella, Vives Antón indica que una sistemática adecuada debe partir de las pretensiones de validez de la norma; *in primis*, de la de validez. Por tanto, un primer estadio de análisis del delito es el que exige comprobar si ha tenido lugar una acción de las que al Derecho penal interesan, lo cual implica verificar, en primer lugar, si dicha acción puede ser entendida conforme a alguno de los tipos de acción previstos en la legislación penal y, en segundo lugar, si dicha acción ha resultado lesiva, en el sentido de que haya revestido el carácter peligroso o lesivo que llevó al legislador a aparejar una pena a su realización.

De este modo, esta pretensión es epistémica -al tener por objeto la afirmación de que una acción dada es penalmente relevante- y estaría constituida por dos subpretensiones: una pretensión de inteligibilidad y una pretensión de ofensividad (Vives, ²2011: 491).

Es ésta, por tanto, la clase de relevancia que Martínez-Buján afirma que quedaría excluida en caso de que se diese un error objetivamente invencible sobre el tipo: la acción no sería encuadrable en alguno de los tipos de acción penados por el legislador o no revestiría la lesividad que condujo a dicha penalización.

Habría, en mi opinión, mucho que hablar sobre la recepción que se ha hecho en la doctrina de la obra de Vives Antón, tanto por defecto (al no haber recibido la atención que su importancia y originalidad, en mi opinión, merecían) como por exceso (al haberle otorgado algunos autores a

su propuesta de estructuración sistemática un carácter *constitutivo* del que, a mi juicio, carece -pues no se trata de sustituir una dogmática por otra, sino de poner en tela de juicio la idea misma de dogmática). No obstante, como señalaba antes, aquí me detendré, pues sólo pretendía centrar al lector en las implicaciones sistemáticas que Martínez-Buján encuentra a la concurrencia de un error objetivamente invencible sobre el tipo, al ser el auténtico objetivo de este trabajo analizar qué pueda significar esa *invencibilidad objetiva*.

3. La urgencia y la grandeza del tema del error.

Señala Padilla Gálvez que «el problema de la verdad es, generalmente, tratado con urgencia» (Padilla Gálvez, 2007:9). Otro tanto podría decirse de su problema gemelo, el del error, en la doctrina penal.

No me refiero, por descontado, a que no se aborden en profundidad los efectos que ciertos errores, ex artículo 14 del Código penal, tienen en la responsabilidad criminal, cuestión que, lógicamente, ha generado una ingente cantidad de bibliografía, sino a que, por lo general, se da por supuesto qué sea un *error*.

En efecto, un repaso a los trabajos que la doctrina española ha dedicado en los últimos 20 años al tema del error nos revela que, en la mayoría de las ocasiones, se parte de la base de que el lector sabe perfectamente lo que es un error. De este modo, o directamente se explica la regulación del Código penal (obviando toda definición), o se utiliza una definición puramente *penal* (vinculando la idea de error con el desconocimiento de los «elementos objetivos del tipo» o la «significación antijurídica de la conducta») o se da una definición meramente *operativa*, acudiendo, mayoritariamente, al cliché de la «falsa representación de la realidad», o, sin más, a la definición de la Real Academia Española de la Lengua.

Son pocos, por tanto, los autores que se paran a ofrecer alguna disquisición sobre el concepto de error, normalmente realizada con suma urgencia. Así, por poner un ejemplo, Díaz y García Conlledo, indica que

«una definición amplia de error sería aquélla según la cual existe error cuando el conocimiento del sujeto y la realidad no coinciden, de manera que existe un conocimiento y falta la realidad a la que cree referirse; o existe, al revés, una realidad que no se conoce. Es decir, que esta discrepancia entre la realidad objetiva y el conocimiento puede deberse a que el sujeto no tiene representación alguna de la realidad (ignorancia, error negativo) o a que tiene una representación falsa de la realidad (equivocación, error positivo)» (Díaz y García Conlledo, 2008:140). Acto seguido, el autor, en una nutridísima nota a pie de página, matiza dicha «definición amplia», incluyendo una alusión al problema de asumir que hay una «realidad objetiva», con multitud de referencias bibliográficas. Todas ellas a penalistas.

Que en la doctrina se soslaye el problema de la definición de *error* y que cuando se entra en él se haga autorreferencialmente revela, a mi juicio, la necesidad de que los estudiosos del Derecho penal -y, en particular, aquéllos que consideran su tarea un elevado ejemplo de reflexión teórica- acudan a la Filosofía; si no para encontrar todas las respuestas, al menos sí para ser consciente de la insuficiencia de las suyas. O, por decirlo de otro modo, para percatarse de hasta qué punto manejan sólo la superficie de problemas tan cruciales que, planteados en serio, suscitan muchos más interrogantes de los detectados por el radar de la dogmática penal al uso.

En suma, como señalaba antes, el problema del error es, ante todo, el problema de la verdad. Y éste, cuando no se plantea (como hace la práctica totalidad de la doctrina penal), sencillamente se convierte en un axioma o, lo que es lo mismo, en un problema que se entierra en la obviada.

Por ello, conviene tratar el tema del error con la seriedad y la precaución que demanda una cuestión que entronca con aspectos básicos de la filosofía. Es decir, tratarlo con grandeza y no con urgencia pues, como señala el propio Padilla Gálvez, en la obra antes mencionada: «el problema de la verdad posee a su vez cierta grandeza y puede demostrarnos asimismo las propias miserias de quien lo aborda. Cuando no se esboza ninguna pregunta acerca de la verdad, no da respuestas, sino que todo

parecen ser evidencias insalvables; si preguntamos pedantesamente acerca de la verdad, respondemos torpemente; si se la examina desde alguna de las preferencias filosóficas propuestas, argumenta según cada uno de los sistemas epistemológicos presupuestos. El problema de la verdad es el mejor espejo en el que se reflejan todos nuestros modelos metodológicos, generando, así, ciertas aberraciones subrepticias» (Padilla Gálvez, 2007:21).

4. Sobre la certeza: planteamiento.

A fin de evitar tales aberraciones metodológicas, dejaré claro desde el inicio que parto del paradigma wittgensteiniano, con las matizaciones que posteriormente pondré de relieve.

Las razones para esta predilección son, en primer lugar, porque, lógicamente, lo considero el más adecuado para abordar esta clase de problemáticas, ayudando a replantearlas y, en último término, a disolverlas. En segundo lugar, sigue resultándome sorprendente que la doctrina penal, si se toma en serio la idea de elaborar un edificio conceptual sólido, lo pretenda hacer de espaldas a una de las corrientes filosóficas más influyentes de las últimas décadas. Por ello, considero importante mostrar hasta qué punto dicho paradigma puede ser una herramienta valiosísima en los sempiternos problemas penales. Por último, en tercer lugar, tengo la impresión de que la aportación a la epistemología que llevó a cabo Wittgenstein –sobre todo en sus últimos años– se ha visto oscurecida, incluso dentro de la propia disciplina filosófica, por las aportaciones clave que ha supuesto su *approach* global. En este sentido, me parece importante seguir explorando la senda que sus reflexiones epistemológicas han abierto, pues conducen a un estimulante escenario que no merece ser menospreciado (sobre todo porque, como señala Broncano, «la cuestión de la objetividad sigue estando ahí fuera, como la excavadora de la película de Fellini» - Broncano, 2003:83).

Dicho lo anterior, preliminarmente podemos acudir a la somera síntesis que Kenny ha hecho de los postulados de Wittgenstein sobre la duda y la certeza, los cuales dicho autor agrupa así (Kenny, ²1984:21):

- 1) La duda necesita fundamentos.
- 2) La duda debe consistir en algo más que en la formulación verbal de la duda.
- 3) La duda presupone el dominio de un determinado juego de lenguaje (sobre este concepto clave de «juego de lenguaje», remito al lector a la nota bibliográfica final).
- 4) Una duda que se plantee fuera de un juego de lenguaje o que venga referida a un juego de lenguaje en su conjunto carece de sentido.
- 5) La duda presupone certeza.

La primera de las tesis que extrae Kenny de Wittgenstein se repite incesantemente a lo largo de *Sobre la certeza*. Por ejemplo, en uno de los primeros párrafos de los que componen dicha obra dice Wittgenstein: «¿Qué sucede con una proposición del tipo de “sé que tengo un cerebro”? ¿Puedo ponerla en duda? ¡Me faltan razones para la duda! Todo habla a su favor, nada en contra de ella» (Wittgenstein, ²1999:2c). Por consiguiente, la mera imaginabilidad de *no-p* no es base para dudar de que *p*, ya que, como más adelante nos dirá Wittgenstein, «se duda por razones bien precisas» (Wittgenstein, ²1999:60c).

En cuanto a la segunda de las tesis -la duda debe consistir en algo- quiere decirse que hay dudas que, en la práctica, se mostrarían irrelevantes. Indica Wittgenstein a título de ejemplo que los seres humanos creemos que los objetos -vgr. una mesa- no desaparecen cuando no los miramos: «sin embargo, si alguien lo pone en duda, ¿cómo se habría de manifestar en la práctica su duda? Y ¿no sería posible dejarlo dudar tranquilamente dado que no hay ninguna diferencia?» (Wittgenstein, ²1999:18c). Más adelante, se nos dice algo que entroncará con la tercera de las tesis que Kenny extrae de las reflexiones wittgensteinianas sobre la certeza: «¿en qué habría de consistir dudar ahora de que tengo dos manos? (...) ¿Qué creería si no creyera eso? No tengo ningún sistema dentro del que pudiera darse tal duda» (Wittgenstein, ²1999:33c).

La duda, por tanto, no se da aislada, como un ente flotante en el *Be-griffshimmel*, sino que la duda se da inmersa en un juego de lenguaje. Lo expresa Wittgenstein por primera vez de la siguiente manera: «La pregunta del idealista podría formularse, más o menos, del siguiente modo: ¿qué derecho tengo a no dudar de la existencia de mis manos? (y la respuesta a ella no puede ser: “sé que existen”). Pero quien hace tal pregunta se olvida de que la duda sobre la existencia sólo tiene lugar en un juego de lenguaje. En vez de comprenderla sin más, deberíamos preguntarnos antes: ¿cómo sería una duda de semejante tipo?» (Wittgenstein, ²1999:5c).

La duda sólo tiene sentido, por tanto, cuando se asienta dentro del juego de lenguaje adecuado. Por este camino llegamos a uno de los puntos fundamentales de la obra de Wittgenstein: «quien quisiera dudar de todo, ni siquiera llegaría a dudar. El mismo juego de la duda presupone ya la certeza» (Wittgenstein, ²1999:18c).

En efecto, una duda que dudase de todo no sería propiamente una duda: «Wittgenstein nos invita a imaginar un estudiante que no deja que su profesor le explique nada porque constantemente le interrumpe con dudas acerca de la existencia de cosas, del significado de las palabras, etc. La impaciencia del profesor está justificada, porque la duda del alumno es hueca: no ha aprendido cómo plantear cuestiones, no ha aprendido el juego que se le está enseñando» (Kenny, ²1984:182).

No dudar de *todo* constituye, por tanto, la forma que tenemos de juzgar y, en último término, de actuar. Y nuestro hablar, conviene tenerlo siempre presente, cobra sentido a través del resto de nuestra actuación pues, para Wittgenstein, es parte de una actividad comunal, un modo de existencia humana en sociedad, una forma de vida: el lenguaje es, en suma, una más de las actividades del hombre y sólo puede ser comprendida si se observa cómo se entrelaza con todas las demás, conformando un todo complejo y dinámico. En definitiva, «el lenguaje es considerado por Wittgenstein desde una perspectiva pragmática, como una actividad social regida por reglas que se diversifica en un conjunto plural y abierto de juegos de lenguaje» (Marrades Millet, 1993: 98) y, por

consiguiente, la certeza, como señala King Davalos, «involucra un tipo de normatividad implícita en el hacer cotidiano de una comunidad en un contexto histórico y social determinado» (King Dávalos, 2013: 33).

Todo lo anterior pone el foco en la duda y en el escepticismo, pero aún queda lo más importante: percatarnos de que la duda (*toda* duda) presupone certeza (*ciertas* certezas).

5. Sobre la certeza: nudo.

En efecto, una duda sin término –nos dice Wittgenstein– no es ni siquiera una duda. Y el hecho de que podamos dudar conlleva la existencia de certezas. Pero, asumido esto, ¿de qué no podemos, entonces, dudar?

En este sentido, Wittgenstein señala que no podemos dudar de lo que queramos, porque el hombre razonable no tiene ciertas dudas (Wittgenstein, ²1999: 29c). Por esta razón, el filósofo austríaco señala que existen ciertas proposiciones que gozan de un *status* especial, proposiciones que aceptamos sin una comprobación especial, en la medida en que dichas proposiciones ocupan un lugar privilegiado en el sistema de nuestras proposiciones. «¿Por qué estoy tan seguro de que eso es mi mano?», señala Wittgenstein, «¿no descansa el conjunto del juego de lenguaje sobre este tipo de seguridad? O ¿no está (ya) presupuesta esta seguridad en el juego de lenguaje? Es decir, en el hecho de que *quien* no reconoce los objetos con seguridad no juega, o juega mal» (Wittgenstein, ²1999: 58c. Cursiva del autor).

En conclusión, toda duda descansa sobre el hecho de que algunas proposiciones están fuera de toda duda, al ser, ni más ni menos, que los ejes sobre los que nuestras preguntas y nuestras dudas giran.

Esto último no debe confundirnos: no se trata de verdades trascendentes, ni de evidencias objetivas; «su carácter no es el de base inamovible sino, más bien, el de *nódulo temporal de significado*» (Muñoz Sánchez, 2015: 37-38), en el sentido de que son certezas móviles,

temporales, no universales y –esto es fundamental- interdependientes entre sí y en su relación con nuestro lenguaje y nuestras formas de vida.

Señala a este respecto Wittgenstein, en los párrafos 94 y siguientes de *Sobre la certeza*:

- «94. Pero no tengo mi imagen del mundo porque me haya convencido a mí mismo de que sea la correcta; ni tampoco porque esté convencido de su corrección. Por el contrario, se trata del trasfondo que me viene dado y sobre el que distingo entre lo verdadero y lo falso.
- 95. Las proposiciones que describen esta imagen del mundo podrían pertenecer a una suerte de mitología. Su función es semejante a la de las reglas del juego, y el juego también puede aprenderse de un modo puramente práctico, sin necesidad de reglas explícitas.
- 96. Podríamos imaginar que algunas proposiciones, que tienen la forma de proposiciones empíricas, se solidifican y funcionan como un canal para las proposiciones empíricas que no están solidificadas y fluyen; y también que esta relación cambia con el tiempo, de modo que las proposiciones que fluyen se solidifican y las sólidas se fluidifican.
- 97. La mitología puede convertirse de nuevo en algo fluido, el lecho del río de los pensamientos puede desplazarse. Pero distingo entre la agitación del agua en el lecho del río y el desplazamiento de este último, por mucho que no haya una distinción precisa entre una cosa y la otra» (Wittgenstein, ²1999: 15c).

Así pues, hay un conjunto de certezas que aceptamos sin más, y las aceptamos en el conjunto que conforman, constituyendo una suerte de estructura que provee un entramado para el resto de nuestras creencias. El papel que juegan no es el de base sino el de red, gracias a la cual podemos evaluar otras creencias, «de modo que no se trata de pensar un sistema de creencias que se sostiene sobre la base de un conjunto de proposiciones indubitables –recuerdo ahora la famosa metáfora sellarsiana de la *tortuga* sosteniendo un *elefante*–. Más bien, tenemos que entender que (...) son ajenas a la lógica misma de la evaluación epistémica. Y no están sujetas a evaluación epistémica porque constituyen la estructura que permite la evaluación epistémica» (Muñoz Sánchez, 2015: 39. Cursiva de la autora).

La idea de sistema es, en este sentido, fundamental: «no son los axiomas aislados los que nos parecen evidentes», dice Wittgenstein, «sino

todo un sistema cuyas consecuencias y premisas se sostienen *recíprocamente*» (Wittgenstein, ²1999: 21c. Cursiva del propio autor). Y «cualquier prueba, cualquier confirmación y refutación de una hipótesis, ya tiene lugar en el seno de un sistema. Y tal sistema no es un punto de partida más o menos arbitrario y dudoso de nuestros argumentos, sino que pertenece a la esencia de lo que denominamos una argumentación. El sistema no es el punto de partida, sino el elemento vital de los argumentos» (Wittgenstein, ²1999: 16c).

Pero no sólo constituyen un sistema estas certezas corporizadas en contextos, sino también la duda. «Mis dudas», señala Wittgenstein en este sentido, «constituyen un sistema» (Wittgenstein, ²1999: 19c).

Todo ello supone, por de pronto, como resume King Dávalos, que «no pueden contar como razón de las certezas:

1. Ni las imágenes del mundo, porque estas cambian históricamente y no son ni verdaderas ni falsas;
2. Ni la experiencia, porque esta no nos enseña cómo hacer juicios ni cómo dar razones.
3. Ni las reglas, pues estas no son suficientes para fijar las prácticas mediante las cuales se adquieren las certezas de una comunidad de hablantes.
4. Ni la evidencia empírica, porque no puedo asegurar que esté efectivamente de acuerdo “con el mundo de los hechos”, ni que la toda la evidencia acumulada en los libros de ciencia contemporáneos sea en efecto verdadera.
5. Conclusión 1: por lo tanto, no hay argumento alguno capaz de ofrecer razones más seguras que nuestras certezas.
6. Conclusión 2: por lo tanto, las certezas no son conocimiento» (King Dávalos, 2013: 49-50).

Esto supone también, lógicamente, que no haya «ninguna descripción del mundo –ni la del sentido común, ni la de la ciencia, ni ninguna otra- que pueda aspirar a ser correcta en sentido absoluto» (Vives, ²2011: 958). Y, por descontado, que la duda, y el error, han de repensarse desde una óptica que no parta de la existencia de una única descripción del mundo correcta, o una *realidad en sí, objetiva* o como queramos apellidarla.

6. Sobre la certeza: desenlace.

«El intelectual post-filosófico de Rorty es irónico porque no se da cuenta de que la verdad no es todo aquello que él habría querido que fuera. La ironía depende esencialmente de una especie de *nostalgie de la vérité*» (Williams, 1996: 365, n. 51).

Ciertamente, la verdad, desde la perspectiva que he bosquejado en las páginas anteriores, no es, en absoluto, todo lo que querríamos que fuese. Por ello, conviene, como sugiere Habermas, hacer un uso *cautelar* del predicado *verdadero*, en el que *verdad* no sea un concepto epistémico, sino pragmático (Habermas, 2002: 49-50), y la racionalidad deje de estar dogmáticamente vinculada a la lógica, pasándose del pensamiento estático-estructural del fundamentalismo lógicamente cerrado al pensamiento dinámico y abierto de los juegos de lenguaje.

Esto, sin duda, puede causar auténtico vértigo: «lo difícil» -dice Wittgenstein- «es percibir la falta de fundamentos de nuestra creencia» (Wittgenstein, ²1999: 24c). Y es que, desde su perspectiva, «en el fundamento de la creencia bien fundamentada se encuentra» (ni más ni menos que) «la creencia sin fundamentos» (Wittgenstein, ²1999: 19c). Eso es todo. Cualquier cadena de razones tiene un fin (si no lo tuviese, no podría constituir una justificación) y la seguridad con la que actuamos o con la que aceptamos ciertas cosas muestra sencillamente cómo pensamos y cómo vivimos.

Pero si el fundamento no es verdadero ni falso (Wittgenstein, ²1999: 28c), sino que el límite a la justificación es sencillamente nuestra actuación en el marco de nuestras prácticas lingüísticas, el problema de la búsqueda de la verdad y su acreditación se parece decisivamente (¡cómo no!) a un proceso, al campo de batalla argumental y persuasivo en que el jurista (y no lo calificaré como *práctico*, porque «jurista teórico» es una *contradictio in adiecto*) se mueve.

El propio Wittgenstein se remite en más de una ocasión a la idea del Tribunal, pero, como sagazmente apunta Vives Antón, «no al Tribunal de

Dios, ni al Tribunal de la razón (al que tan a menudo y con tan magra respuesta apelan los filósofos); sino a los Jueces y Tribunales reales, que sentencian en los litigios en la ciudad secular. Con ello, desde el problema “filosófico” de la verdad nos conduce al problema *real* de lo que es y no es *verdadero*, esto es, de cómo usamos en la vida ordinaria esa expresión y de cómo deberíamos usarla» (Vives, ²2011: 959. Destacado en cursiva del autor).

A uno de esos tribunales reales que muchos filósofos (y quizás también muchos dogmáticos) tildarían de prosaicos y que, en realidad, son los únicos que existen, se refiere Wittgenstein, por ejemplo, en el párrafo 607 de *Sobre la certeza*, diciendo: «El juez podría decir, incluso, “eso es la verdad — hasta donde un ser humano puede saberla-”. Pero ¿de qué serviría esta cláusula añadida? (*beyond all reasonable doubt*)» (Wittgenstein, ²1999: 80c. Último inciso, en inglés en el original). Ciertamente, como responde Vives Antón, «sólo querría decir que eso es lo que *nosotros* los hombres, que, aunque pretendemos otra cosa, sólo hablamos en nombre nuestro, podemos llamar *verdad*» (Vives, ²2011: 960. Destacado en cursiva del autor).

7. Algunas implicaciones para (no sólo) el error *penal*.

Todas las anteriores consideraciones tienen, a mi juicio, indudables consecuencias en materia de error, entendido éste desde la perspectiva *penal* (que no es sino uno de los muchos ámbitos *prácticos* en los que el ser humano vive su día a día). Por ello, es hora de recapitular y retomar el objeto de este trabajo.

En las anteriores páginas he argumentado, en primer lugar, que, desde la perspectiva que asumo, la veracidad de ciertas afirmaciones (en ciertos contextos) pertenece a nuestro marco de referencia y no tiene sentido dudar de ellas (ni afirmar que lo que enuncian *se sabe*). O, dicho de otro modo, «en determinadas circunstancias, algunas proposiciones que parecen hablar de hechos sólo hablan del lenguaje» (Vives, ²2011: 957).

Esas afirmaciones, que componen el trasfondo sobre el que justificamos y aseveramos, no son, a su vez, justificables ni demostrables, pues

están presupuestas en todo momento, constituyendo el límite de nuestras justificaciones. Y ello, como afirma Gallardo, tiene indudables consecuencias en materia de error: «para Wittgenstein la relación de interdependencia de los conceptos saber y dudar es del todo “compatible” con la de los conceptos error y acierto. En la utilización del concepto de error (es decir, para que éste sea inteligible) debe existir un “fondo fijo” de creencias que se esté dispuesto a dar por sentado, de lo contrario, el concepto mismo de error carecería de sentido, pues si todas las creencias estuviesen equivocadas, ¿en qué consistiría el error? En otras palabras: sólo es posible hablar de “errores” allí donde existe un contexto general (un fondo fijo), que establece un criterio de corrección para ciertos enunciados (los enunciados epistémicos). Las proposiciones básicas del marco de referencia constituirían este “fondo”, por ello, es un sinsentido hablar de error en lo que respecta a ellas. Esto sería, en último caso, como hablar del error allí donde no hay espacio para los usos adecuados y correctos de ciertas expresiones» (Gallardo, 2011: 94).

Es decir: hay afirmaciones sobre las que no cabe dudar (o sobre las que no cabe error), pues constituyen nuestro marco de referencia, una suerte de *mitología* que da sentido a nuestro hablar y a nuestro actuar. A quien sostiene afirmaciones que la contradicen no se le puede entender o se le toma, sencillamente, por un loco (Wittgenstein, ²1999: 23c).

De hecho, «la expresión “aquí no hay error” o “aquí no hay nada como una duda”, se introduce para trazar un límite entre las afirmaciones que funcionan como descripciones y las que sirven como punto de apoyo o fundamento para esas descripciones» (Chica Pérez, 2015: 153-154). Partiendo de esta base, una primera conclusión sería que existe, por así decirlo, un *límite superior* del error: de quien afirma algo que contradice frontalmente ese *background* de certezas sobre el que construimos nuestras afirmaciones «*esto es verdad*» y «*esto no es cierto*» no puede decirse en puridad que esté en un error. A lo sumo, no creemos que lo diga en serio o lo tomaremos por un loco.

Con esto no estoy en absoluto tomando posición sobre el viejo debate acerca de la relación entre la categoría dogmática del error y la de la inimputabilidad, lo que requeriría un estudio más pormenorizado de las diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales -estudio que no es de este lugar-, pero sí me gustaría plantear hasta qué punto podemos considerar que alguien que, vgr., mata a otro creyendo que es la reencarnación del Mal actúa bajo error. Y con «*podemos considerar*» quiero indicar «*podemos decir*», esto es, ¿diríamos que esa persona estaba equivocada?

No me encuentro particularmente cerca de poder contestar categóricamente a dicha pregunta, pues hay muchos factores a tener en cuenta; entre otros, la capacidad de los sujetos para dar razones de su creencia y hasta qué punto estas creencias componen un *sistema* establecido opuesto en todo o en parte a otro sistema de creencias (por no decir a otra *forma de vida*). Por ejemplo, muchas religiones (sistemas de creencias por antonomasia) creen en la posesión demoníaca. ¿Hay alguna diferencia entre que una persona mate a otra en un contexto en el que se dan las circunstancias bajo las que su religión considera que una persona está endemoniada, y que una persona mate a otra por creer que es un extraterrestre que lo quiere abducir? ¿Cuál/es de ello/s actúa/n bajo error?

En mi opinión, si utilizamos una óptica de filosofía del lenguaje, el uso del concepto *error* deja de tener sentido cuando quien actúa lo hace bajo una creencia que se opone frontalmente a la de aquellas certezas que estructuran la comprensión del mundo que tiene nuestra comunidad social. Ciertamente, no son tantas esas situaciones (y, dicho sea de paso, también resulta problemático concebirlas todas ellas como situaciones de inimputabilidad), pero sí nos permite, a mi juicio, circunscribir el término *error* a su significado en tanto que emparentado con las nociones de saber, aportar razones y persuadir.

En efecto, por poner otro ejemplo, ¿diríamos que *yerra* quien tiene relaciones sexuales con un menor de corta edad creyendo que es un adulto que, a voluntad, puede transformar su cuerpo en el de un niño? ¿Intentaríamos razonar con él y ofrecer argumentos frente a su afirmación? ¿Y si

nos explicase detalladamente las condiciones bajo las que esa transformación se produce, pistas para saber si un niño es tal niño o sólo un adulto revestido de su apariencia, etc.? ¿Continuaríamos *razonando* con él para sacarlo de su *error*? Hay, creo, un punto en el que abandonaríamos esa empresa y, personalmente, no diría que esa persona está en un error. No, evidentemente, porque esté en lo cierto, sino, sencillamente, porque ninguno de los dos está dispuesto a aceptar las razones del otro.

Un punto de vista similar adopta Wittgenstein en los parágrafos 608 y ss. de *Sobre la certeza*, donde señala lo siguiente:

«608. ¿Es incorrecto que guíe mi conducta por las proposiciones del físico? ¿He de decir que no tengo ninguna buena razón para ello? ¿No es precisamente eso lo que denominamos *una buena razón*?

609. Supongamos que encontramos algunas personas que no lo consideran una razón concluyente. ¿Cómo nos lo deberíamos imaginar? En lugar del físico, consultan al oráculo. (Es por eso por lo que los consideramos primitivos). ¿Es incorrecto que consulten al oráculo y se dejen guiar por él? —Si decimos que es “incorrecto”, ¿no partimos de nuestro juego de lenguaje para *combatir* el suyo?

610. Y ¿tenemos o no derecho a combatirlo? Por supuesto, apoyaríamos nuestra manera de actuar en todo tipo de frases hechas.

611. Cuando lo que se enfrenta realmente son dos principios irreconciliables, sus partidarios se declaran mutuamente locos y herejes.

612. He dicho que “combatiría” al otro —pero ¿no le daría razones? Sin duda; pero ¿hasta dónde llegaríamos? Más allá de las razones, está la persuasión». (Wittgenstein, ²1999: 80c y 81c).

Por ello, en segundo lugar, una vez excluidos aquellos *errores* que, por ser irreconciliables con nuestras certezas básicas, caen fuera del propio juego del lenguaje del error (y del dar y recibir razones), existen situaciones que excluyen, salvo circunstancias anómalas, la posibilidad de error, por ser éste poco razonable. Es decir, podemos tener por cierto no sólo aquello cuya puesta en tela de juicio dinamitaría nuestro modo de ver el mundo, sino también aquello respecto de lo que no es razonable dudar (aunque subsista la —siempre anómala— posibilidad de error).

Como resume Vives Antón, «Wittgenstein ofrece abundantes ejemplos que ilustran lo que con la exclusión de toda duda razonable se quiere decir. Junto a todos los casos en que la duda es imposible –se trata de aquellos que yacen en el fondo de nuestra imagen del mundo o de aquellos otros en que la duda comporta una contradicción-, puede afirmarse que no es *razonable* dudar de las evidencias científicas, ni de la corrección de un cálculo repetidamente comprobado..., ni de los enunciados que expresan experiencias inmediatas, ni de las afirmaciones que se infieren de cualquiera de tales premisas de forma cerrada, unívoca, inatacable» (Vives, ²2011: 961).

Evidentemente, no hay una frontera nítida entre todas estas categorías, y Wittgenstein alude, una vez más, a la idea de unos «jueces ilustres» a los que se les podría encargar la tarea de dilucidar qué dudas son razonables y cuáles no (Wittgenstein, ²1999: 59c).

Ilustres o no, lo cierto es que los jueces tienen que tomar una decisión sobre las alegaciones de error y, en mi opinión, es justamente la *razonabilidad* el mejor eje sobre el que hacer gravitar la decisión. El primer motivo, como intenté justificar antes, es que la absoluta *irrazonabilidad* de una creencia la hace caer fuera del debate sobre el error, puesto que (segundo motivo) es el juego de dar y recibir razones el que está detrás de las nociones de saber, creer y errar.

En este sentido, el núcleo del problema del error es que el *saber* está vinculado con la posibilidad de dar razones, transformándose en una cuestión más práctica que epistémica. Como ha señalado Habermas, «la cuestión relativa a la relación interna entre justificación y verdad –que explica por qué a la luz de las evidencias disponibles podemos plantear una pretensión de verdad que apunta más allá de aquello que está justificado– no es una cuestión epistemológica. No trata del ser o de la apariencia. Lo que está en juego no es la representación correcta de la realidad, sino una práctica que no puede quebrarse» (Habermas, 2002: 240). El trasfondo de esta práctica, como señalaba antes, son una serie de afirmaciones indubitadas e incuestionables y su dinámica de juego de la de ofrecer razones, de

modo que *saber* se utiliza cuando se está en condiciones de ofrecer razones apropiadas.

Pero, y esto es importante, también la duda está sujeta a razones. Es decir, ni se puede dudar de todo ni se puede dudar por cualquier razón: las expresiones de duda y el escepticismo no pueden entrar en el juego de dar y pedir razones sin una motivación, pues devendrían incoherentes. Si a ello le sumamos que, como expresivamente dice Wittgenstein, «no soy yo quien decide lo que es una razón convincente para algo» (Wittgenstein, ²1999: 35c), es decir, que es la comunidad social de hablantes la que acepta o deja de aceptar ciertas razones y no los individuos que están convencidos de algo, nos encontramos con que el error está sujeto a una *aceptabilidad contextual*. Lo que es razonable creer, dudar o decir que es cierto depende del contexto de actuación de la persona, en el sentido de que sólo aceptamos algo como cierto, una duda como legítima o un error como razonable si se dan las circunstancias que entendemos necesarias para ello.

Por ello, en mi opinión, quedarían fuera del error penalmente relevante aquellas creencias –por más subjetivamente profundas que puedan ser– que muevan al sujeto a actuar, pero de las que no sepa dar razón alguna (o razón alguna que sea intersubjetivamente aceptable). Al alegar dicha clase de error, como sucedía con los errores de *visión del mundo* a los que antes aludía, el sujeto se sitúa fuera del propio juego de lenguaje pues éste, como procuré argumentar antes, se basa precisamente en ofrecer razones. La única diferencia entre ambas clases de error es que el primero implica, en cierto modo, una confrontación entre dos *formas de vida*, dos concepciones del mundo, mientras que, en el segundo caso, el sujeto afirma algo que, sencillamente, no puede sustentar (de hecho, en ambos sentidos de *poder*: ni es *capaz* de sostenerlo, ni *puede* creer algo semejante).

Por ejemplo, imaginémonos a una persona que, sin mediar palabra, golpea a otra en la cola de un supermercado. Alega haber actuado bajo error, pues creía que el agredido le iba a atacar. Si le preguntamos qué razones le han llevado a creer semejante cosa y nos da respuestas que, de

hecho, no son ninguna de las razones que aceptamos como válidas para caer en un error («*vi un destello de maldad en sus ojos*», «*me di cuenta de que sólo tenía en su carrito de la compra objetos contundentes y pensé que los utilizaría para atacarme*», etc.), aparte de la mayor o menor perplejidad que nos pueda suscitar, o de la sospecha de enfermedad mental que podría planear sobre el sujeto alegante (al igual que sucedía con las creencias ya no *irrazonables*, sino totalmente *irracionales*), creo que nadie estaría dispuesto a aplicarle el artículo 14 de nuestro Código penal. Ni aunque una eventual grabación de la cámara de seguridad del supermercado nos lo muestre, efectivamente, actuando *como si* creyese genuinamente que estaba siendo atacado.

Aunque no hay una frontera bien nítida entre los errores irreconciliables con nuestro modo de concebir el mundo y estos a que los me refiero ahora (pues pueden resultarnos tan ininteligibles o más, puesto que, por lo demás, el sujeto no afirma nada que, de hecho, contradiga nuestra realidad en su conjunto), el resultado, a mi juicio sí es igual de claro: no es un error, faltan las razones para ello. Falta lo que lo deviene *acceptable como error* desde nuestros parámetros.

Buena muestra de que mi hipótesis al respecto bien pueda ser correcta la encontramos, en mi opinión, en uno de los *leading cases* que rigen la materia del error en el *Common Law* de Inglaterra y Gales: la sentencia *Regina versus Gladstone Williams* (1983). En ella, se dirime la apelación de una persona (el mencionado Gladstone Williams) que agredió a otra, al creer que ésta estaba, a su vez, atacando a un tercero (lo que era incierto). Fue condenado, al haberse considerado por parte del Jurado que su error carecía de una base razonable y apeló, alegando que su error podría, efectivamente, no ser razonable, pero que, en todo caso, la cuestión no era ésa, sino que se debería haber examinado si su error era *honesto*, es decir, si lo creía sinceramente.

Lo cierto es que, hasta esa época, los tribunales venían aplicando, efectivamente, el estándar del error *razonable*, pero, en este caso, la *England and Wales Court of Appeal* dio la razón a Gladstone Williams,

señalando lo siguiente: «*the reasonableness or unreasonableness of the defendant's belief is material to the question of whether the belief was held by the defendant at all. If the belief was in fact held, its unreasonableness, so far as guilt or innocence is concerned, is neither here nor there. It is irrelevant*». La conclusión, por tanto, fue que: «*even if the jury come to the conclusion that the mistake was an unreasonable one, if the defendant may genuinely have been labouring under it, he is entitled to rely upon it*».

Soy perfectamente consciente de que este cambio hacia la idea del error como elemento estrictamente subjetivo -como creencia sostenida *honestamente*, por más que carente de base razonable- se circunscribe en este caso a la legítima defensa putativa y está conectado con el problema de la *mens rea*. Y también soy consciente de que, así planteada la cuestión del error, entra en contradicción con lo que sostengo sobre la necesidad de que exista una base razonable para la creencia equivocada (que es, a su vez, *grosso modo*, lo que sostenía la vieja doctrina del *Common Law*). No obstante, hay un pasaje de la sentencia *Regina versus Gladstone Williams* que me parece particularmente revelador y que, de algún modo, reconecta con mi posición al respecto.

En efecto, tras haber llegado a la conclusión de que la razonabilidad del error es irrelevante a los efectos juzgados, de modo que basta con que el sujeto lo haya creído sinceramente como cierto, el ponente, Lord Lane, indica: «*If however the defendant's alleged belief was mistaken and if the mistake was an unreasonable one, that may be a peaceful reason for coming to the conclusion that the belief was not honestly held and should be rejected*». En suma, no es relevante si el error estaba basado en razones o no. Pero si no lo estaba, si la creencia alegada carece absolutamente de razones que la sostengan, el jurado es libre de considerar que el sujeto en realidad no actuó bajo error, al no ser sincera su creencia. Es decir, lisa y llanamente, el jurado puede considerar que el alegante no *podía* estar creyendo tal cosa y que está, consecuentemente, mintiendo.

Sin ánimo, insisto, de entrar en un análisis pormenorizado de una cuestión atinente a un ordenamiento con sus propias claves interpretativas

(y en el que el error tiene un ámbito mucho más limitado que en el nuestro), lo cierto es que resume paradójicamente bien la conexión inevitable entre error y capacidad de dar razones. Incluso una afirmación tajante como la de que la razonabilidad del error es irrelevante viene acompañada por el reconocimiento de que cierto nivel de *irrazonabilidad* es una más que buena razón para rechazar una alegación. Y esto es tanto como reconocer que no estamos dispuestos a aceptar que una persona pueda *realmente* creer ciertas cosas sin sólidas razones para ello. Por tanto, incluso un ordenamiento que excluye expresamente –en ciertos ámbitos- la idea del error razonable, acaba negando no sólo los eventuales efectos jurídicos de ciertos errores no razonables sino –incluso- la propia existencia de éstos.

Con todo lo anterior, creo que se colige claramente que, al igual que Martínez-Buján, considero mejorable la dicción legal del artículo 14 de nuestro Código penal en lo que concierne a su diferenciación entre error *vencible* e *invencible*, por cuanto engañosa pueda ser respecto a qué se ha de valorar en una alegación de error.

Asimismo, creo que, partiendo siempre de mis premisas, se llega a una conclusión que puede parecer sorprendente: el desplazamiento, por así decirlo, de la cesura radical desde el eje *cierto / incierto* al eje *razones / no razones*. Es decir: usualmente, se entiende que si existe una separación lógica (*ontológica*, incluso, se llega a decir) en este ámbito se da entre lo que es verdad y lo que no lo es. Se trataría de dos compartimentos estancos, de dos mundos distintos: la verdad y el error. Y esto es perfectamente coherente con una perspectiva llamémosle *racionalista* (y con la idea de que *hay* una realidad y la verificación se realiza contrastando cualquier proposición con lo que *de hecho* se da en aquélla). En cambio, desde mi perspectiva, el juego del lenguaje de *certeza* y de *error* es exactamente el mismo. Como he intentado argumentar, ambas ideas se nutren del juego de dar y pedir razones. Sólo aquellas certezas que componen el trasfondo de nuestros propios juegos de lenguaje y nuestra forma de vida

(nuestra concepción del mundo, en pocas palabras) quedan fuera del juego, con las consecuencias que antes apuntaba.

No hay, por tanto, una ruptura *ontológica* entre la verdad y el error, sino que se trata, más bien, de un *continuum* fluido de hechos, comprensiones de éstos, razones que justifican o no una certeza (o un error), persuaciones, etc. que se dan en el marco de una serie de certezas presupuestas. Por eso, como señala Wittgenstein: «Uno dice “yo sé” allí donde podría dudar, mientras los filósofos dicen que sabemos algo directamente donde no hay dudas; y, de este modo, donde las palabras “yo sé” son superfluas como introducción a la afirmación» (Wittgenstein, 1996: 137).

Y todo ello, creo, me lleva, finalmente, a considerar críticamente la idea del «error sobre el tipo *objetivamente invencible*» sostenida por Martínez-Buján.

8. Sobre el error de tipo objetivamente invencible.

Al comienzo de este trabajo señalaba que el punto de partida de estas reflexiones era la siguiente afirmación de Martínez-Buján: «no cabrá afirmar ya la *predecibilidad* general: en el momento de realización de la conducta no resulta objetivamente predecible que se vaya a desarrollar el nexo causal que desemboque en el resultado. (...) Faltará ya, pues, en todo caso, la causalidad (o imputación objetiva) y consiguientemente no existe ya una acción relevante para el Derecho penal, al no cumplirse la primera pretensión de validez de la norma penal, la pretensión de relevancia» (Martínez-Buján Pérez, 2017:19). Pues bien, dicha afirmación me resulta problemática, por varias razones.

La primera, y no menor, de ellas es que suscita un bastante claro problema epistémico. En efecto, la conclusión a la que llega Martínez-Buján parte de una premisa -su concepción de la causalidad- a la que hace referencia en el párrafo inmediatamente anterior al transcrito, en los siguientes términos:

«Se parte de una concepción estrictamente *objetiva* de la causalidad, conforme a la cual habrá que demostrar que una conducta podía producir el resultado que efectivamente produjo y que tal cosa era “predecible según leyes generales” (la fórmula es de Popper). De ahí que se utilice un criterio general, que necesariamente tendrá que ser situado en el nivel más alto posible de conocimientos teóricos y prácticos hasta un punto que pueda ser común a todos los posibles espectadores objetivos, a saber, todos aquellos conocimientos que estuviesen al alcance de la sociedad en el instante de realización de la acción, de tal manera que a nadie pueda exigírsele dicho nivel, dado que ninguna persona puede poseer la totalidad del saber social» (Martínez-Buján Pérez, 2017:18-19. Las cursivas son del autor).

Dada tal concepción de la causalidad (en la que, lógicamente, no entraré, por no ser objeto de este trabajo), me pregunto cómo es posible que exista un error objetivamente invencible sobre el tipo, en el sentido del fragmento de la obra de Martínez-Buján que motiva estas páginas. Es decir: si nadie, ni siquiera provisto del nivel más alto posible de conocimientos teóricos y prácticos de una sociedad dada, habría sido capaz de predecir el resultado, ¿cómo es posible determinar que el sujeto concreto estaba equivocado?

Recordemos que, desde la perspectiva que he adoptado en estas páginas, toda certeza involucra un tipo de normatividad implícita en el hacer cotidiano de una comunidad en un contexto histórico y social determinado. Por ello, la afirmación de Martínez-Buján conlleva, en mi opinión, el problema de lo que Rorty llamaría «el punto de vista del ojo de Dios»: sólo podemos predecir el resultado acaecido en cuanto que sujetos que observamos la conducta desde *fuera* del contexto social de la persona que ha actuado –*nuestro* contexto social–, pues nadie de dentro de nuestra sociedad, ni siquiera quien tuviese todo el bagaje cultural y científico de ésta (prácticamente un semidiós) habría sido capaz, en la hipótesis de Martínez-Buján, de hacerlo.

Pero no hay un *afuera* posible, pues la idea de entender la realidad *sub specie aeternitatis* es una ilusión. Sólo podríamos considerar que el

sujeto está *errado* si contemplásemos el mundo al estilo de Laplace, quien, en plena coherencia con su visión cientifista del mundo, señaló en su día que «se podría concebir un intelecto que en cualquier momento dado conociera todas las fuerzas que animan la naturaleza y las posiciones de los seres que la componen; si este intelecto fuera lo suficientemente vasto como para someter los datos a análisis, podría condensar en una simple fórmula el movimiento de los grandes cuerpos del universo y del átomo más ligero; *para tal intelecto nada podría ser incierto* y el futuro así como el pasado estarían frente sus ojos» (Laplace, ⁵1819: 223 –el destacado en cursiva es mío-).

Por supuesto, no hay nada parecido a tal intelecto en el planteamiento de Martínez-Buján, por lo que su argumentación deviene, a mi juicio, incoherente. No hay nadie que vaya a detectar el error. Ninguna razón puede ser aportada en apoyo de una eventual duda sobre lo sucedido. Y, por ello, sencillamente, *no* se trata de un error (recordemos la inutilidad, a juicio de Wittgenstein, de añadir la cláusula «hasta donde un ser humano puede saberla» a la afirmación «esto es verdad»).

La otra hipótesis sería la de que se estuviese observando la situación *no desde fuera* sino *desde después*, es decir, que, con posterioridad, fuésemos capaces de determinar que lo sucedido fue causado por el agente (y hay mucho de *reconstrucción* en todo proceso de acreditación causal). Quizás el lector haya pensado exactamente esto al leer la conclusión del párrafo anterior: «¿cómo no va a tratarse de un error? Simplemente, no se sabía en ese momento, pero puede haberse sabido después: ¿acaso no estaban equivocados los antiguos cuando creían que las tormentas eran causadas por la ira de los dioses?».

Pero esta clase de argumentación *ex post facto* resulta altamente problemática, por las siguientes razones:

En primer lugar, ese *después* deberá ser sustancialmente más tarde que la producción de los hechos. Evidentemente, todos conocemos cambios radicales en el ámbito de la ciencia, la medicina, etc., pero ¿cuánto tardaron en producirse? Ningún descubrimiento se acepta por la

comunidad científica de la noche a la mañana. Máxime si, *ex hypothesi*, no hay nada en el estado del conocimiento del momento dado que lleve a pensar (ni siquiera a presagiar) la existencia de anomalía alguna en la explicación causal.

Es decir: por supuesto que es posible que con el tiempo se demuestre que todo el conjunto de conocimientos teóricos y prácticos de una sociedad no podían predecir una determinada cadena causal. Pero si, efectivamente, son *todos* los conocimientos que se tenían en ese momento, no encontraremos a nadie de ese contexto que ni tan siquiera dude. Falta que esto suceda, que motive una investigación que vaya más allá de todo lo que se sabe en ese momento, que se lleven a cabo los experimentos pertinentes y que se alcancen unos resultados lo suficientemente estables como para que la comunidad científica los acepte, modificando sus paradigmas anteriores. Es decir, poco menos que una revolución científica en el sentido de Kuhn.

En efecto, el mencionado autor (cuya importancia capital en la evolución de la filosofía de la ciencia no creo necesario señalar) mantenía que –tras el período precientífico–, la Historia de la Ciencia nos demuestra que existen dos fases: la fase de ciencia normal, esto es, aquel período en el que hay una «investigación basada firmemente en una o más realizaciones científicas pasadas, realizaciones que alguna comunidad científica particular reconoce, durante cierto tiempo, como fundamento para su práctica posterior» (Kuhn, 1987: 33), y los períodos de crisis, que desembocan en las revoluciones científicas (que, a su vez, dan lugar a un nuevo período de ciencia normal). Los períodos de ciencia normal son, por tanto, los que conforman la mayor parte de la actividad científica, y en ellos la labor de investigación se desarrolla bajo el dominio de un *paradigma*, de suerte que «un paradigma es lo que los miembros de una comunidad científica comparten, y, recíprocamente, una comunidad científica consiste en hombres que comparten un paradigma» (Kuhn, 1987: 271).

En la visión de Martínez-Buján, el paradigma científico de un momento dado no podría explicar la relación entre la conducta del agente y

el resultado. Nada obsta, insisto, a que el paradigma cambie, pero se trataría de supuestos muy limitados y la consideración como *error* advendría a tanta distancia temporal que sería totalmente irrelevante a efectos procesales (es decir, valga la sinécdoque, a efectos *penales*).

Y ello, en segundo lugar, muestra, ni más ni menos, que la verdad y el error son nociones *datadas*. Es decir, como he procurado argumentar, sólo tiene sentido plantearlas en un contexto determinado (aunque no sea inalterable) y por referencia a éste. Por ello, debe, en mi opinión, rechazarse toda visión del binomio verdad/error desconectada de dicho contexto. Esto nos comprometería no sólo con una concepción absoluta del mundo (tan cara al pensamiento cientificista) sobre cuya improcedencia me he pronunciado a lo largo de estas páginas, sino también, en gran medida, con una concepción de la propia ciencia y sus avances altamente discutible.

En efecto, por citar nuevamente a Kuhn: «la recepción de un nuevo paradigma frecuentemente hace necesaria una redefinición de la ciencia correspondiente. Algunos problemas antiguos pueden relegarse a otra ciencia o ser declarados absolutamente no científicos. Otros que anteriormente eran triviales o no existían siquiera, pueden convertirse, con un nuevo paradigma, en los arquetipos mismos de la realización científica de importancia. Y, al cambiar los problemas, también lo hacen, a menudo, las normas que distinguen una solución científica real de una simple especulación metafísica, de un juego de palabras, de un juego matemático. La tradición científica normal que surge de una revolución científica es no sólo incompatible sino también a menudo realmente incomparable con la que existía con anterioridad» (Kuhn, 1987: 149-150). Por todo ello, dando una vuelta de tuerca a la cuestión, Feyerabend llegaría a proponer las siguientes 4 proposiciones «en contra de la tiranía de la ciencia»:

«Primera proposición: el progreso de la ciencia (en el sentido de sus defensores) depende de una apertura a visiones del mundo que entra en

conflicto con los totalitarios pronunciamientos de muchos de dichos defensores.

Segunda proposición: las visiones del mundo pueden precisar un largo tiempo, incluso siglos, antes de que muestren resultados que “exijan reconocimiento”.

Tercera proposición: lo que “exige reconocimiento” en una comunidad carece a menudo de interés –e, incluso, puede resultar dañino– en otra comunidad.

Cuarta proposición: una visión del mundo que contradice “resultados bien establecidos” puede entrar en conflicto con una moda o un fundamentalismo religioso temporal. Sin embargo, no entra en conflicto con la manía que todos los científicos y amantes de la ciencia tienen, llamada racionalismo» (Feyerabend, 2011: 43).

En resumen, por no extenderme demasiado: la idea expresada por Martínez-Buján de un error objetivamente invencible ligado a la existencia de una incapacidad de todos los conocimientos teóricos y prácticos de un momento dado para explicar un determinado fenómeno no es, desde mi perspectiva, aceptable, pues presupone o bien la existencia de un sujeto epistémico que, de hecho, no puede existir, o bien un cambio en la comprensión del fenómeno mismo que, aparte de sobrevenir mucho tiempo más tarde, supondría una mutación del paradigma utilizado (y con ello, previsiblemente, una inconmensurabilidad entre los sucesivos valores de verdad y error, es decir, que llamemos ahora *error* a lo que, en su día, con otros parámetros inconmensurables con los nuestros, era, lisa y llanamente, una *verdad*).

Por último, no debemos olvidar que el error puede versar sobre muchos y muy variados aspectos de la conducta humana, de modo que enfocarlo sólo en la predictibilidad de la producción de un resultado es reducirlo a una casuística muy concreta (precisamente, aquella que más comprometida se halla con el cientificismo). Por poner un ejemplo muy prosaico, el error más comúnmente invocado ante los tribunales españoles es el error sobre la edad de la persona con la que se han mantenido

relaciones sexuales. Y me parece claro que el debate sobre dicha alegación de error está absolutamente desconectado de las ideas de predictibilidad, objetividad, nexo causal, etc.

En este sentido, parece que Martínez-Buján vincula la idea de *predictibilidad objetiva* con aquello que se puede demostrar científicamente, con los problemas antes apuntados: que gran parte de nuestra vida transcurre lejos de cuanto se puede explicar científicamente, que la vida humana no puede ser observada *sub specie aeternitatis* y que la Ciencia dista de ser la empresa racional y en continuo progreso de la que nos hablan sus seguidores.

Es decir, la actividad científica es una más de nuestras empresas colectivas de conocimiento, y el problema de la racionalidad no debe ser situado en la argumentación lógica o en los sistemas conceptuales, sino en el contexto de las actividades humanas. Y, si hacemos esto, podremos dar la razón a Toulmin cuando indicaba que «lo que señala como racional a la obra de un científico no es su competencia para la manipulación formal de conceptos y argumentos establecidos, sino su disposición a concebir, explorar y criticar nuevos conceptos, argumentos y técnicas de representación, como maneras de abordar los problemas principales de su ciencia» (Toulmin, 1977:375), de modo que «en la ciencia, el significado se muestra por el carácter de un procedimiento explicativo; y la verdad, por el éxito de los hombres en hallar aplicaciones para ese procedimiento» (Toulmin, 1977:182).

Desde esa óptica, creo que se podría sustituir la racionalidad clásica por la actitud de razonabilidad -es decir, con el permanente *reexamen* de los fundamentos de nuestro conocimiento- y asumir que «razón y práctica no son dos realidades distintas, sino partes de un único proceso dialéctico» (Feyerabend, 1998:23). Y es, precisamente, en este proceso dialéctico, nutrido de nuestras prácticas y nuestros procesos de dar y recibir razones donde cabría, a mi juicio, situar la idea del error objetivamente invencible.

Y, haciéndolo, creo que podemos poner en tela de juicio la propia idea de una invencibilidad objetiva, si con ello queremos expresar que hay errores que lo son más allá de la razonabilidad intersubjetiva a la que reiteradamente he aludido en este trabajo. Es decir, resulta engañoso, en

mi opinión, hablar de un error *objetivo*. «Todo habla a su favor y nada en su contra», nos dice Wittgenstein en *Sobre la certeza* como ejemplo de expresión que usaríamos como garantía de la veracidad de algo que creemos. Y añade el filósofo austríaco: «si digo “nada habla a su favor y todo en contra”, eso presupone ya un principio del hablar a favor o en contra. O sea, he de poder decir qué hablaría a favor» (Wittgenstein, ²1999:18c).

En realidad, por tanto, lo que habrá serán situaciones en las que el sujeto tiene *todas* las razones para caer en un error y estas razones –de las que puede dar cuenta para someterlas al debate intersubjetivo- pueden ser de muy variado tipo; tanto, que resulta complicado delimitar si se trata de razones «objetivas» o «subjetivas» (en el sentido usual de estos términos). Por ello, aunque, como señalaba antes, la referencia a la *vencibilidad* que realiza el art. 14 del Código penal me parece más que discutible, la remisión a «las circunstancias del hecho y las personales del autor» como elementos a los que prestar atención a la hora de valorar la alegación de error me parece, sin más, la única solución viable. Por supuesto, enmarcando ambas circunstancias (las del hecho y las del agente) en un marco de razonabilidad, que es, a fin de cuentas, desde mi perspectiva, el eje rector de esta institución.

9. «Nullius addictus iurare in verba magistri».

Hasta aquí cuanto creo pertinente tratar de un tema que tiene, como se puede apreciar, múltiples aristas.

A lo largo de estas páginas he intentado llamar la atención sobre el hecho de que la doctrina penal dé por supuesto qué es un error, cuando la cuestión merece un análisis más detallado. Dicho lo anterior, he expuesto cuál podría ser una visión plausible del error desde el paradigma metodológico y filosófico que sigo, y he extraído algunas consecuencias aplicables a la regulación del Código penal. Por último, he criticado una afirmación, a mi juicio muy discutible, de Martínez-Buján acerca del error objetivamente invencible sobre el tipo.

Decía Horacio que no se sentía «inclinado a jurar por las palabras de ningún maestro». Con esta frase –por cierto, lema de la *Royal Society of London*- se ha indicado tradicionalmente la idea de no seguir acríticamente lo que los maestros dicen, absteniéndose de todo debate sólo por la autoridad de su figura. Esto último fue también criticado ya por Quintiliano quien proclamaba: «no lamentaré, en efecto, después de tantos y tan importantes autores, haber dado mi opinión en algunas ocasiones. Pues no me sumé a la escuela de nadie como si fuese una superstición».

En mi caso, sucede con este trabajo ambas cosas: no sólo me he atrevido a dar mi opinión después de muchos y muy relevantes autores, sino que he intentado rebatir a mi propio maestro. Espero haberlo hecho con argumentos razonables (pues, como reiteradamente he señalado en este estudio, no sólo lo cierto se nutre de razones, sino también lo errado) y, sobre todo, haber estado a la altura académica de un debate con quien no sólo admite críticas a sus trabajos, sino que, incluso, las estimula.

Espero, por último, que esta publicación sirva para que más compañeros se tengan por invitados y se unan a este fluido ir y venir de argumentos y razones entre un maestro y su discípulo.

Nota bibliográfica

Al apartado 1:

La monografía de Martínez-Buján es: Martínez-Buján Pérez, Carlos (2017): *El error en la teoría jurídica del delito: un estudio a la luz de la concepción significativa*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Al apartado 2:

Cito la obra de Vives Antón por su segunda edición -Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos del sistema penal*, Valencia: Tirant lo Blanch-.

Como es sabido, esta obra está en la base de muchas (y relevantes) aportaciones posteriores de autores como el propio Martínez-Buján -ya en Martínez-Buján Pérez, Carlos (1999), «La concepción significativa de la acción de T.S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1, y, posteriormente, en su monografía Martínez-Buján Pérez, Carlos (2013): *El contenido de la antijuridicidad: un estudio a partir de la concepción significativa*, Valencia: Tirant lo Blanch-; Carbonell Mateu -por ejemplo, entre otras, Carbonell Mateu, Juan Carlos (2014), «La equivalencia significativa en la comisión por omisión», *Cuadernos de política criminal*, 113, 5-44; Busato -de nuevo, por citar uno entre otros muchos trabajos, Busato, Paulo César (2007), *Derecho penal y acción significativa*, Valencia: Tirant lo Blanch-; y González Cussac / Orts Berenguer, quienes han llevado a cabo la labor de introducir la mencionada sistemática de Vives en la manualística (y, por tanto, en el ámbito docente): González Cussac, José Luis, Enrique Orts Berenguer (2017): *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Aunque no sea objeto de este trabajo, insisto en mis cautelas sobre la atención que se le presta a una propuesta de sistematización (la de Vives Antón) de los problemas de la teoría jurídica del delito que ocupa 4 páginas (literalmente) de una obra de más de mil. Conviene estar alerta para no convertir una demoledora crítica a la idea de dogmática jurídico-penal en una criptodogmática, rellenando odres viejos con vino nuevo.

Al apartado 3:

Las citas a Padilla Gálvez lo son a: Padilla Gálvez, Jesús (2007): *Verdad y demostración*, Madrid: Plaza y Valdés.

Eximo al lector del tedio de leer las referencias a todas las obras que he consultado a fin de hacerme una idea cabal de hasta qué punto se obviaba en la doctrina la tarea de definir el concepto «error». Baste decir que he consultado la práctica totalidad de manuales, comentarios y códigos

penales comentados que se han publicado en los últimos 20 años y, en cuanto a las monografías en materia, las siguientes:

Castro Moreno, Abraham (2003): *El error sobre las circunstancias atenuantes*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Trapero Barreales, María (2004): *El error en las causas de justificación*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Díaz y García Conlledo, Miguel (2008): *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Madrid: La Ley.

Fakhouri Gómez, Yamila (2009): *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas.

Pérez Alonso, Esteban Juan (2013): *El error sobre las circunstancias del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Varela, Lorena (2016): *Dolo y error: una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, Barcelona: Bosch.

Por otra parte, como es lógico, no remito al lector a la vasta bibliografía penal sobre el tema del error en su conjunto, al no ser éste un trabajo dogmático, sino *metadogmático*.

Al apartado 4:

La cita de Broncano la tomo de: Broncano, Fernando (2003): *Saber en condiciones: epistemología para escépticos y materialistas*, Madrid: A. Machado. Asumo (quizás sin fundamento) que se está refiriendo el autor a *Roma*, la película felliniana de 1972 en la que una broca horada el subsuelo de la ciudad, para ampliar el metro, encontrando una *domus* romana intacta, cuyos frescos desaparecen al ser vistos.

Wittgenstein, aunque por supuesto ya se había ocupado de problemas epistemológicos en escritos anteriores, centró su atención en la cuestión de la duda y la certeza en sus últimos meses de vida. Las anotaciones que dejó al respecto (la última de las cuales es de dos días antes de su muerte) fueron recopiladas, ordenadas y publicadas casi dos décadas más tarde por sus albaceas literarios, Anscombe y Von Wright, bajo el título

Über Gewißheit. Uso la única traducción al castellano existente: Wittgenstein, Ludwig (²1992): *Sobre la certeza*, Barcelona: Gedisa.

El libro de Kenny al que me refiero (y que constituye una estupenda introducción a la filosofía de Wittgenstein) es: Kenny, Anthony (²1984): *Wittgenstein*, Madrid: Alianza.

La cita a Marrades Millet lo es al siguiente trabajo: Marrades Millet, Julián (1993), «Gramática y naturaleza humana», en Vicente Sanfélix Vi-darte (ed.), *Acerca de Wittgenstein*, Valencia: Pre-textos, 98 – 111 y la de King Dávalos la he tomado de King Dávalos, Patricia (2013): «El estatus de la noción de certeza en Wittgenstein», *Praxis. Revista de Filosofía*, 70 (1), 31-50.

Respecto a la noción –clave en el pensamiento de Wittgenstein– de «juegos de lenguaje», señala dicho autor en el parágrafo 5 de las *Investigaciones filosóficas* que llamará «juego de lenguaje al todo formado por el lenguaje y las acciones con las que está entretejido», añadiendo que «la expresión “juego de lenguaje” debe poner de relieve aquí que hablar el lenguaje forma parte de una actividad o de una forma de vida». De este modo, la noción de juego de lenguaje subraya que la actividad lingüística es una actividad más entre las muchas que el ser humano realiza y no puede ser entendida sino aludiendo a éstas.

De este modo, el lenguaje no refleja ninguna esencia y las ideas, firmemente arraigadas, de que toda palabra designa un objeto y de que la veracidad de las proposiciones depende de su cotejo con la realidad se revelan pura ilusión. Incluso una aproximación superficial a nuestro comportamiento lingüístico ordinario nos lo muestra como un conjunto de actividades que difícilmente pueden ser aprehendidas bajo los parámetros usuales (nombrar, describir...) .

El lenguaje, según el filósofo austríaco, consiste en un conjunto de hábitos determinados por reglas que rigen su uso y todo ello debe ser observado en su medio natural de desenvolvimiento, esto es, en su funcionamiento en el contexto de la vida humana y no como un sistema de palabras y oraciones en sí mismas consideradas, es decir, con abstracción

de sus posibles usos. Simplemente, Wittgenstein intenta llamar nuestra atención sobre cómo el lenguaje se inscribe en las diversas actividades vitales del ser humano, componiendo una tupida red de interrelaciones cuya complejidad y riqueza suelen pasarse por alto, previniéndonos explícitamente frente a los peligros de mantener una visión demasiado angosta del lenguaje, obviando el gigantesco acervo cultural del que es representante y en el que se desarrolla.

En suma, El lenguaje se nos muestra, desde esta perspectiva, como una pluralidad de juegos que son muestra de la especial relación que entablan los seres humanos entre sí y con el mundo.

Al apartado 5:

Las citas de Muñoz Sánchez provienen de su magnífico trabajo: Muñoz Sánchez, María Teresa (2015): «Wittgenstein: terapia frente a fundacionismo epistémico», *Revista de Filosofía*, 80 (2), 29-42.

La cita de Sellars –que, a su vez, hace referencia al ancestral mito hindú de que la Tierra se apoya en unos elefantes que, a su vez, son sostenidos por una colosal tortuga- es la siguiente:

«La metáfora de los ‘cimientos’ es engañosa (...) parece que nos obliga a escoger entre la imagen de un elefante montado sobre una tortuga (¿qué es lo que soporta a ésta?) y la de una gran serpiente hegeliana del conocimiento que se muerde la cola (¿dónde empieza?). Ninguna de las dos, sin embargo, nos sirven, ya que el conocimiento empírico (como su alimbacada ampliación, la ciencia) es racional, no porque tenga un fundamento, sino porque es una empresa que se autocorriges, capaz de poner en peligro cualquiera de sus afirmaciones, mas no todas a la vez» (Sellars, 1956: 300). [Sellars, Wilfrid (1956): «Empiricism and the Philosophy of Mind», en Feigl, Herbert y Michael Scriven (eds.), *Minnesota Studies in the Philosophy of Science, Volume I: The Foundations of Science and the Concepts of Psychology and Psychoanalysis* Minneapolis: University of Minnesota Press, 253-329].

Al apartado 6:

La cita de Williams procede de Williams, Michael (1996): *Unnatural doubts*, New Jersey: Princeton University Press y la de Habermas de una obra en la que somete, certera y encomiablemente, sus previas concepciones de *verdad* a un duro escrutinio: Habermas, Jürgen (2002): *Verdad y justificación*, Madrid: Trotta.

Sobre las supuestas similitudes entre el fundamentalismo de Stroll y la postura wittgensteiniana, vid. Ariso Salgado, José María (2008): «Acerca del supuesto fundamentalismo de Wittgenstein en *Sobre la certeza*», *Contrastes: Revista internacional de Filosofía*, 13, 273-284.

Sobre la idea de fundamento y de la finitud de toda cadena de razones, vid. los párrafos 89, 118, 169, 211-212, 217, 324-326, 475-484 y 607 de las *Investigaciones filosóficas*, en la reciente (y magnífica) edición de Jesús Padilla Gálvez: Wittgenstein, Ludwig (2017): *Investigaciones filosóficas*, Madrid: Trotta.

Sobre el sentido del párrafo 607 de *Sobre la certeza*, vid. también Corredor, Cristina (1998): «Valores epistémicos y justificación: razón teórica y racionalidad práctica en L. Wittgenstein (*Sobre la certeza*)», *Series filosóficas*, 10, 117-125.

Sobre la duda razonable, no me resisto a hacer una doble recomendación:

En primer lugar, un interesantísimo estudio sobre el origen de dicho estándar: Whitman, James Q. (2008), *The origins of the «reasonable doubt»: theological roots of the criminal trial*, New Haven: Yale University Press. En dicho libro, Whitman argumenta que la idea de «duda razonable» no surgió como estándar de garantía para el acusado, ni siquiera como tal estándar de prueba, sino como un medio para «proteger el alma de los jurados frente a la condenación» (Whitman, 2008: 4).

En efecto, como es sabido, la doctrina cristiana no admite que se pueda llegar a condenar a una persona si existe alguna duda sobre su responsabilidad (en puridad, no admitiría que se llegase a poder juzgar a nadie, pero ésa es otra cuestión). Ya Gregorio Magno, en el siglo VI, había

dejado claro que era un tema tan serio como indecente sentenciar ante hechos inciertos («*grave satis est et indecens, ut in re dubia certa detur sententia*»). Este principio general obtuvo carta de naturaleza canónica en el papado de Clemente III, quien decretó que en caso de duda sobre asuntos eclesiásticos debía elegirse siempre «el camino más seguro» («*cum in dubiis semitam debiamus eligere tutiorem*») y, por descontado, implicaba que muchos jurados, por miedo a poder cometer pecado mortal, tomaran una decisión absolutoria ante la más mínima duda.

La idea del «*beyond all reasonable doubt*», argumenta Whitman, significaría, en este contexto, que los jurados podían condenar, sin miedo a cometer pecado, si la posible duda que pudiesen albergar *no* era razonable (Whitman, 2008: 8 y *passim*). Me parece indiscutible el interés de esta visión del estándar como una advertencia a los jurados acerca de que su duda (y su consecuente decisión de absolver) tiene que ser razonable y no en el sentido actual de que la prueba de cargo (y la consiguiente condena) debe acreditar (razonablemente) la responsabilidad del acusado. Sobre todo porque, como señalo en el apartado 7 de este trabajo, creo que tanto la verdad como el error (y ese *somewhere in between* constituido por la duda) forman parte del juego de lenguaje de dar y recibir razones (con la consecuencia última de que el error debe ser «razonable»).

Por otra parte, el libro de Whitman resulta de interés porque pone en diálogo el actual estándar de la duda razonable con los cuatro grados de certeza de la teología tardomedieval (por este orden, *certeza moral*, *opinión*, *sospecha* y *duda*), gradación que el autor considera clave en la evolución de la epistemología occidental, al poder ser entendida como representación «no sólo de una escala de *prueba*, sino también de *responsabilidad moral*», (Whitman, 2008: 64. Destacado en cursiva del autor).

En segundo lugar, puede encontrarse un demoledor análisis sobre las incertezas (si se me permite el juego de palabras) del «*beyond all reasonable doubt*» en Laudan, Larry (2013): *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons.

Por último, siempre disculpándome con el lector por no ser éste el objeto del presente estudio (pero sí, lógicamente, una materia íntimamente ligada a él), no puedo sino transcribir las certeras palabras de Ferrer Beltrán, cuando señala lo siguiente:

«La dinámica del proceso penal parece exigir diversos estándares de prueba para distintos tipos de decisiones. Mencionaré sólo algunas:

¿Qué nivel de corroboración se considera suficiente para ordenar la adopción de medidas cautelares (como por ejemplo, la prisión provisional) durante la instrucción del sumario? ¿Qué nivel de corroboración de la hipótesis acusatoria se considera suficiente para concluir el sumario ordenando la apertura de juicio oral contra el acusado? ¿Y para el sobreseimiento, libre o provisional de la causa? ¿Qué nivel de corroboración de la hipótesis acusatoria será suficiente para derroter la presunción de inocencia en la correspondiente sentencia? ¿Y para considerar probada la hipótesis de la inocencia (por ejemplo, respecto de la alegación de una coartada)?

Veamos qué respuestas nos ofrece la vigente Ley de Enjuiciamiento criminal:

Prisión provisional:

Art. 503 LECr: “Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes:

3. Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión”.

Sobreseimiento libre:

Art. 637 LECr.: “Procederá el sobreseimiento libre:

1º Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa.

2º Cuando el hecho no sea constitutivo de delito.

3º Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores”.

Art. 640 LECr.: “En el caso 3º del artículo 637, se limitará el sobreseimiento a los autores, cómplices o encubridores que aparezcan indudablemente exentos de responsabilidad criminal, continuándose la causa respecto a los demás que no se hallen en igual caso. (...)”.

Sobreseimiento provisional:

Art. 641 LECr.: “Procederá el sobreseimiento provisional:

2º Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores”.

Procedimiento abreviado. Apertura de juicio oral:

Art. 790.6 LECr.: “Solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la acordará, salvo que estimare que concurre el supuesto del nº 2 del artículo 637 de esta Ley o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda (...)”.

Sentencia:

Art. 741.1 LECr.: “El tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado por esta Ley”.

Recurso de apelación:

Art. 846 bis c). 3: “El recurso de apelación deberá fundamentarse en alguno de los

motivos siguientes:

e) Que se hubiese vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque, atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta”.

Recurso de casación:

Art. 852 LECr. “En todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional”.

Son muchos los comentarios que merecen estos artículos. Es especialmente llamativo que en algunos casos parece incluso observarse una

inversión del juego del principio *in dubio pro reo*. Así, el artículo 846 bis c) ofrece una curiosa versión de la presunción de inocencia (en su versión de regla de juicio sobre la valoración de la prueba): se considera vulnerada la presunción cuando la condena carezca de toda base razonable.

En cualquier caso, conviene el carácter extraordinariamente vago de las reglas de juicio o estándares de prueba mencionados por la Ley. Tan es así que me permitiría decir que el tenor literal de los mismos no es formulación de estándar alguno. Y por ello, resulta incontrolable la corrección, en materia de hechos, de la decisión que se adopte, puesto que no será posible controlar si se ha superado o no el umbral mínimo de corroboración de la hipótesis enjuiciada» (Ferrer Beltrán, 2007: 2-5). [Tomado de: Ferrer Beltrán, Jordi (2007): «Los estándares de prueba en el proceso penal español», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 15, 1-6].

Creo que el fragmento anterior no necesita ulteriores precisiones por mi parte, dada su claridad y el desolador (por ser real) panorama que refleja.

Al apartado 7:

La cita a Gallardo lo es a: Gallardo, Andrés (2011): «Wittgenstein: epistemología y lenguaje», *Praxis*, 66, 87-97 y la de Chica Pérez a: Chica Pérez, Víctor Hugo (2015): «Wittgenstein y el método de análisis por tipos proposicionales en *Sobre la certeza*», *Estudios de Filosofía*, 52, 141-160.

Como el lector a buen seguro sabe, el debate sobre error e inimputabilidad tiene una rica bibliografía. No obstante, por razones de afinidad académica (pues siempre acierta a diagnosticar los problemas que plantean las categorías dogmáticas y, además, siempre ofrece interesantes ejemplos de la jurisprudencia) remito, por todos, a Martínez Garay, Lucía (2006): «Imputabilidad y elementos del delito», *Estudios de Derecho judicial*, 110, 93-136.

La sentencia inglesa mencionada, cuya citación oficial es *Regina versus Gladstone Williams* [1983] EWCA Crim 4, puede encontrarse (sin necesidad de acudir a bases de datos bajo suscripción) en la página *web*

del *British and Irish Legal Information Institute* <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/1983/4.html>.

La última de las citas a Wittgenstein procede de Wittgenstein, Ludwig (1996), *Últimos escritos sobre filosofía de la psicología*, Vol. II, Madrid: Tecnos.

Al apartado 8:

La cita de Martínez-Buján a Popper lo es a: Popper, Karl (1972), *La lógica de la investigación científica*, Madrid: Tecnos. La mía de Rorty a su vez, procede de Rorty, Richard (1993): «Putnam and the relativist menace», *The Journal of Philosophy*, 90 (9), 443-461 (en especial, páginas 451 y ss.).

El famoso fragmento del *demonio* de Laplace (pues así lo denominó el insigne científico –naturalmente, en el sentido no de malignidad, sino de inteligencia sobrehumana–) lo tomo de la siguiente edición: Laplace, Pierre Simon (⁵1819), *Essai philosophique sur les probabilités*, Bruselas:Remy.

La capital obra de Kuhn la cito por la siguiente edición: Kuhn, Thomas Samuel (1987), *La estructura de las revoluciones científicas*, Madrid:Fondo de Cultura Económica. La no menos relevante obra de Toulmin, por su parte, la cito por la siguiente edición: Toulmin, Stephen (1977), *La comprensión humana*, Madrid:Alianza editorial.

La primera de las obras de Feyerabend es la siguiente: Feyerabend, Paul Karl (2011), *The tyranny of science*, Cambridge:Polity Press. La segunda mencionada, en cambio, es: Feyerabend, Paul Karl (1998), *La ciencia en una sociedad libre*, México D. F.:Siglo XXI.

Al apartado 9:

La cita de Horacio pertenece a una de sus *Epístolas* (en concreto, *Epístolas*, Libro I, epístola 1, verso 14). La de Quintiliano a su *Institutio oratoria*, 3.1.22.

Linguagem e formação do saber jurídico: a intersubjetividade como elemento fundante do conhecimento expreso na sentença

Leonardo Augusto Marinho Marques ¹

1. Introdução

O artigo analisa a linguagem enquanto condição de possibilidade para a produção do conhecimento jurídico. Atento à crítica feita à corrente filosófica que concebe a consciência como fonte de todo processo cognitivo, procura demonstrar que o processo de formação da norma, que será aplicada ao caso concreto, somente adquire validade na perspectiva intersubjetiva do diálogo que se desenvolve, permanentemente, entre as partes e o juiz.

Nessa ótica, todos os elementos que pretendem integrar o ato decisório devem se sujeitar ao confronto discursivo-probatório, que se desenvolve nos momentos essenciais e necessários estipulados pelo devido processo. Assim, a sentença deixa de expressar o sentimento pessoal do juiz, reflexo de suas representações mentais sobre o fenômeno jurídico em observação, e se converte no resultado das múltiplas conexões que se formam entre os sujeitos legitimados a atuar no procedimento.

No final, os obstáculos que ameaçam a proposta de construção intersubjetiva do Direito são identificados.

¹ Professor Associado do Departamento de Direito e Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

2. A linguagem e a crítica à filosofia da consciência

As primeiras reflexões sobre a linguagem podem ser encontradas na filosofia grega, nas obras de Platão e Aristóteles.

O diálogo *O Sofista* evidencia a relação entre linguagem e logos. “*Nomes isoladamente enunciados, termo a termo, jamais produzem um discurso (logos), assim como não o produzem verbos enunciados sem o acompanhamento de algum nome (362a)*”. Nesse teorema, Platão vincula a linguagem a uma proposição².

O *Crátilo* apresenta um relevante problema filosófico, a saber se o nome confere significação à coisa pelo uso da linguagem e pelo hábito de nomear (convencionalismo) ou se essa significação deriva da propriedade inerente à coisa (sua naturalismo).

Nesse diálogo, Platão defende uma posição intermediária, segundo a qual seria possível conceber a existência de uma afinidade entre o som e a significação, mas nada que dispense um certo grau de convencionalismo. As palavras apresentariam, assim, a essência das coisas, em conformidade com os costumes obtidos da tradição e seriam justas quando empregadas para apresentar adequadamente as coisas.

A teoria platônica sustenta a correspondência entre linguagem e ser, entre estrutura gramatical e estrutura ontológica. Para ele, nenhuma língua seria construída arbitrariamente³.

A controvérsia filosófica entre convencionalismo e naturalismo pode ser melhor compreendida em uma conhecida passagem de *Iliada*, na qual Homero faz referência ao “mar de vinho escuro”. Considerando que não existe mar com essa coloração, como deveria ser interpretada essa descrição? Tratar-se-ia de um mar com alguma propriedade diferente ou, simplesmente, de um costume de se referir a determinado oceano?

² AUROUX, Sylvain. *A filosofia da linguagem*. Trad. José Horta Nunes. Campinas: Editora da UNICAMP, 1998. p. 11-12.

³ AUROUX, Sylvain. *A filosofia da linguagem*. Trad. José Horta Nunes. Campinas: Editora da UNICAMP, 1998, p. 15-17. OLIVEIRA, Manfredo Araujo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Editora Loyola, 2006. p. 17-20.

Atualmente, tem-se conhecimento de que o vocabulário grego arcaico não continha a cor azul, estando limitado a três ou quatro cores principais⁴.

Em Platão, a linguagem adquire um caráter instrumental em relação ao conhecimento. O pensamento contemplaria o verdadeiro e a linguagem expressaria as qualidades objetivas do objeto. O pensar seria um diálogo sem palavras, uma atividade não linguística, que daria acesso ao domínio do verdadeiro. Nessa lógica, seria possível conhecer as coisas independente de mediação linguística⁵.

Na obra de Aristóteles, a linguagem atua como símbolo do real e significa por convenção. Para ele, não haveria uma relação imediata entre linguagem e ser, mas sim uma correspondência imediata entre estados de alma e o ser. A palavra, por si só, não teria significação natural. Os sons emitidos pela voz atuariam como símbolos desses estados da alma.

A teoria aristotélica denuncia a indiferença sofística em relação à verdade. Segundo o estagirano, os sofistas representariam um perigo para a sociedade, porque, por meio da persuasão, faziam o falso se passar pelo real ou pelo menos provável.

Na oposição aos sofistas, o discípulo de Platão passou a se dedicar à fundamentação do discurso racional (*logos apofhantikos*). A linguagem continuou mantendo certo nível de distanciamento do pensamento. O discurso se caracterizou como substituto necessário e imperfeito do real, não podendo ser compreendido como instrumento de desvelamento da verdade. Todavia, embora tenha rejeitado a relação imediata entre linguagem e ser, Aristóteles destacou a obrigatoriedade da mediação linguística para acesso ao real⁶.

As ideias de Platão e de Aristóteles reverberaram no Medievo, revisitadas por Santo Agostinho e São Tomaz de Aquino, e contribuíram para manter

⁴ TALEB, Nassim Nicholas. *Antifrágil*. Rio de Janeiro: Best Business, 2018. p. 56.

⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araujo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Editora Loyola, 2006. p. 17-22

⁶ AUROUX, Sylvain. *A filosofia da linguagem*. Trad. José Horta Nunes. Campinas: Editora da UNICAMP, 1998, p. 12. OLIVEIRA, Manfredo Araujo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Editora Loyola, 2006. p. 25-34.

a supremacia do intelecto na busca do conhecimento verdadeiro. Somente mais tarde, no final da Idade Média, é que a unidade entre pensamento e ser, que havia sido pressuposta pela filosofia clássica, sofreria uma importante ruptura. O pensamento deixaria de ser visto como um simples objeto e passaria a ser concebido como fonte de todo processo cognitivo.

Nesse momento, a consciência humana se tornaria responsável pela mediação do conhecimento.

A filosofia da consciência entraria em declínio século XX. Lógicos, linguistas e filósofos da linguagem introduziriam uma nova perspectiva com a crítica transcendental da razão. A epistemologia abandonaria a premissa vigente de que elaborações mentais constituem a chave de acesso para se chegar a uma verdade pré-existente. E a linguagem começaria a ser vista como condição de possibilidade para o conhecimento.

A ascensão da linguagem não fez surgir um novo conceito, nem tampouco uma nova disciplina. A filosofia da linguagem abrange reflexões heterogêneas promovidas por autores que trabalham como marcos teóricos distintos - Ludwig Wittgenstein, John Lashaw Austin, John Rogers Searle, Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer, Karl-Otto Apel, Jürgen Habermas, Vittorio Hösle, dentre outros. Em comum, a preocupação com a significação e com a universalidade (compreensão pelo outro)⁷.

Nesse cenário heterogêneo, a linguagem pode ser compreendida em várias dimensões: signo (simbolização), proposição (relação entre significado, referência e valor de verdade), atos de fala (linguagem como forma de comportamento e valor ilocucionário dos atos de fala), discurso (rede discursiva ou relações de saber e poder)⁸.

Havendo reflexões tão heterogêneas sobre a linguagem, torna-se imprescindível selecionar autores e ideias que sejam coerentes com a hipótese a ser defendida nesse artigo. A ausência do pensamento de determinado

⁷ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do signo ao discurso*: introdução à filosofia da linguagem. São Paulo: Parábola, 2004. AUROUX, Sylvain. *A filosofia da linguagem*. Trad. José Horta Nunes. Campinas: Editora da UNICAMP, 1998. OLIVEIRA, Manfredo Araujo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Editora Loyola, 2006.

⁸ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do signo ao discurso*: introdução à filosofia da linguagem. São Paulo: Parábola, 2004. p. 10-12.

filósofo não implica desconhecimento de uma possível contribuição. A pragmática universal de Jurgen Habermas, por exemplo, merece atenção.

Em suas *Investigações Filosóficas*, Ludwig Wittgenstein reformula as ideias apresentadas no *Tractatus Logico-Philosophicus* e promove uma crítica radical ao tratamento que a filosofia ocidental vinha conferindo à linguagem, relegando-a a um papel secundário na relação com o saber. De acordo com a tradição ocidental, a estrutura do mundo é alcançada pela razão e comunicada pela linguagem. Nesse quadro, a filosofia representaria a tematização do *a priori*.

Para o vienense, a filosofia tradicional tem adotado uma concepção equivocada da linguagem humana. Essa concepção seria individualista, porque desconectada de sua função comunicativa e interativa, e subjetivista, por considerar as convenções dados imediatos da intuição do sujeito falante. Haveria uma correspondência da linguagem com a concepção subjetivista da consciência, concepção que concentra as experiências pessoais em uma dimensão de acesso exclusivo do indivíduo.

Nessa lógica, o ser humano seria uma unidade pensante isolada e o seu ter-em-mente é que determinaria o sentido. Depois de conferir significação na esfera da consciência, é que essa mônada isolada entraria em comunicação com outras unidades pensantes, que também significariam, isoladamente, no plano de suas elaborações mentais. Ou seja, o sentido seria sempre arbitrado individualmente e não dependeria da interação com outras compreensões individualizadas.

Em oposição à visão tradicional, Wittgenstein rejeita o caráter instrumental da linguagem ao reformular o próprio pensamento filosófico. Em vez de veículo de comunicação, passará a concebê-la como condição de possibilidade para o conhecimento. Nessa perspectiva, mundo só existirá na linguagem, jamais haverá um mundo em si, como realidade *a priori*, alcançada pela razão⁹.

⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araujo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Editora Loyola, 2006. p. 117-148.

Martin Heidegger também critica a filosofia da consciência e da subjetividade, associando a linguagem à ontologia. O ponto de partida da filosofia heideggeriana é a existência humana. O homem não pode ser visto como o ser que contempla o mundo espelhado em sua mente. Ele deve ser compreendido como ser que se coloca em um mundo hermenêutico, e que nessa situação, passa a interrogar a si mesmo. A linguagem promove o desvelamento do ser e constitui o caminho necessário para o encontro do homem com o mundo. Nesse sentido, o ser humano seria originariamente diálogo.

Merece destaque, em Heidegger, o papel que o tempo exerce na compreensão do ser, não obstante sua vinculação com a História e a Ontologia. A temporalidade emerge como condição de possibilidade do conhecimento, sobretudo porque se vincula às contingências históricas na busca da significação.

Rompendo com o tempo da física, compreendido como momento essencial e necessário de definição do movimento, o autor propõe um conceito de tempo histórico, que permite agregar à investigação dados qualitativos e heterogêneos, bem como interpretar um fato passado a partir de uma visão bem radicada do presente.¹⁰ A compreensão do ser se materializa no horizonte da temporalidade, que viabiliza o encontro consigo, com os entes disponíveis e com a tradição¹¹.

Apoiando-se em Heidegger, Hans-Georg Gadamer promoverá a passagem de uma hermenêutica psicologizante, reprodutora de vivências particulares, para uma hermenêutica que reconhece a influência da história sobre o conhecimento. O sentido não seria constituído por uma subjetividade isolada, desconectada da história. Ele somente poderia ser compreendido dentro de uma tradição.

Em Gadamer, a compreensão apresenta um caráter circular. Esta é sempre precedida de uma pré-compreensão, que é condizente com a

¹⁰ KIRCHNER, Renato. *A fundamental diferença entre o conceito de tempo na ciência histórica e na física*: interpretação de um texto heideggeriano. *Veritas*: Porto Alegre, v. 57, n. 1, jan/abr 2012. p. 128-142.

¹¹ SEIBT, Cesar Luiz. Temporalidade e propriedade em Ser e Tempo de Heidegger. *Revista de Filosofia Aurora*: Curitiba, v.22, n. 30, p. 247-266, Jan/Jun 2010.

colocação do sujeito em um mundo repleto de sentido. Nesse horizonte, a reflexão hermenêutica se converte em uma reflexão sobre a influência que a história exerce sobre o ato de compreender. Para Gadamer, a compreensão remete à interpretação e a interpretação se consolida na linguagem, que media essa experiência hermenêutica, revelando uma visão de mundo¹².

Tendo como referência a pergunta kantiana sobre as condições de possibilidade e de validade do conhecimento humano, Karl-Otto Apel pretende repensar os fundamentos teóricos da filosofia. Ele se propõe a analisar a linguagem como condição de possibilidade da compreensão intersubjetiva. O salto filosófico da unidade da razão para o pluralismo das razões exige que se tematize os vínculos e conexões presentes na realidade.

A teoria de Apel exsurge da crise da razão. O filósofo defende a superação da razão como condição para a superação do homem. Afinal, a subjetividade precisa ceder espaço para a intersubjetividade. A verdade como certeza de uma consciência solitária deve abrir passagem para o consenso intersubjetivo formado na compreensão linguística. Faz-se necessário abandonar as elaborações mentais produzidas, arbitrariamente, na esfera solitária da consciência e suplantar o solipsismo metodológico. A pretensão de validade intersubjetiva do conhecimento se consolida quando se regula a formação da crítica do consenso.¹³

A diversidade teórica não impede o apontamento de reflexões que podem ser aproveitadas para o aprimoramento da construção do saber jurídico. Na modernidade, o conhecimento válido somente pode ser cogitado na perspectiva intersubjetiva do diálogo. O saber não encontra validade na tematização do *a priori*, nem tampouco na esfera solitária do pensar. O pensamento não capta a realidade, nem constitui a fonte exclusiva do processo cognitivo. Portanto, o solipsismo metodológico que validava o processo cognoscente, na esfera da consciência, de forma sempre arbitrária, precisa ser posto de lado.

¹² OLIVEIRA, Manfredo Araujo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Editora Loyola, 2006. p. 225-244.

¹³ OLIVEIRA, Manfredo Araujo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Editora Loyola, 2006. p. 249-350.

Com base nessas reflexões, o Direito deverá assumir uma prática discursiva, dialógica e crítica na busca das respostas adequadas ao caso em julgamento. Nesse aspecto, ganha relevância a participação das partes, a submissão de todos os elementos conformadores de uma pretensa decisão ao debate e a cognição direta por parte do julgador.

No contexto, revela-se importante pensar o tempo como condição de possibilidade do conhecimento. Mas, não necessariamente em sua perspectiva histórica, como proposto por Heidegger. Projetando-se como atividade hermenêutica democratizada, em uma sociedade aberta, o Direito exige que se regule a atividade interpretativa, argumentativa e probatória dos sujeitos processuais, com vistas à formação do saber que será expresso na sentença.

Para tanto, será fundamental oportunizar momentos essenciais e necessários para introdução, ciência, confronto e análise dos referentes cognitivos. A abertura democrática à interpretação das fontes jurídicas, à enunciação dos discursos e à validação dos argumentos deve se concretizar dentro dos prazos que compõem o tempo previsto para a definição da norma aplicável ao caso. A temporalidade se revela importante porque propicia o fechamento epistêmico do processo construtivo do conhecimento.

Objetivamente, a temporalidade cumpre tripla função. Primeiro, ela especifica o início da atividade cognoscente. É a partir desse instante, que os referentes podem ser introduzidos para serem submetidos à verificação. Ao definir o marco zero, o Direito desconsidera tudo que fora produzido anteriormente, à exceção da prova cautelar. Anula-se, pois, o pretense valor probante das evidências coletadas na fase de investigação. Elas justificam o processo, jamais fundamentam a decisão.

Posteriormente, mas sem perder a continuidade, a temporalidade demarca os momentos essenciais e necessários para a realização do confronto discursivo-probatório. Nesse enfrentamento, testa-se a fragilidade dos significantes cognitivos, visando à sua absorção ou exclusão da sentença. A necessidade de verificação da fragilidade dos referentes

cognitivos é premente. Um significante falso pode induzir a decisão ao erro¹⁴. O exame de DNA, por exemplo, desnudou a fragilidade da prova de reconhecimento, ao revelar o alto índice de desacerto das condenações embasadas nessa prova específica.

Por último e ininterruptamente, ela sinaliza o instante em que argumentos e provas serão, enfim, valorados. Elementos robustos devem ser incorporados à decisão. Referentes frágeis devem ser descartados. Dá-se, então, o fechamento epistêmico. Objetivamente, já se torna possível obter uma definição sobre o caso.

Como o Direito não convive com razões apriorísticas, o conhecimento jurídico poderá ser novamente problematizado, no tempo de um novo processo, quando ocorrer uma nova abertura democrática. Entretanto, enquanto não for novamente problematizado, aquele saber prevalece válido e passa a repercutir com legitimidade. Toma-se, como exemplo, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que determinou o início do cumprimento da pena após o julgamento na segunda instância (não obstante toda a polêmica que cerca o julgamento).

De outro lado, se a temporalidade não fosse concebida como condição de possibilidade do conhecimento haveria instabilidade jurídica e perda cognitiva.

Perceba que um indivíduo poderia, a qualquer instante, sustentar uma proposição divergente, concebida na esfera de sua consciência, com a pretensão de impor sua subjetividade ao mundo que o circunda. No lugar de um conhecimento construído intersubjetivamente, a partir confronto argumentativo-probatório, manifestado nos marcos temporais do processo, haveria um discurso atemporal, autoritário, ilegítimo e arrogante que, certamente, traria instabilidade às diversas experiências vivenciadas no campo do Direito.

Finalmente, há de se considerar o risco de haver perda cognitiva diante de eventual renúncia ao condicionante tempo. Inequivocamente, a

¹⁴ TALEB, Nassim Nicholas. *Antifrágil*. Rio de Janeiro: Best Business, 2018. p. 493.

demarcação de momentos essenciais e necessários para definição do conhecimento válido se mostrou determinante para a formação de um saber jurídico qualificado. A continuidade temporal entre os momentos de abertura e de fechamento do processo cognitivo é que garante a mediação entre o confronto discursivo-probatório e o ato decisório.

Sem se preocupar com essa mediação, a cultura inquisitória promoveu a fragmentação do julgamento. As provas e argumentos passaram a ser produzidos na primeira fase e o julgamento a ocorrer na segunda. O juiz não presenciava mais os atos, apenas julgava o dossiê que lhe era apresentado. Nesse quadro, a cognição processual ficou reduzida à análise de atas, diminuindo significativamente as possibilidades de aquisição do conhecimento.

Para se ter a dimensão do déficit cognitivo deixado pela mentalidade inquisitória, basta lembrar que, nas audiências, as testemunhas são convocadas para confirmar a leitura do depoimento prestado na investigação. A prova, que deveria falar, converte-se em uma prova falada, pré-fabricada. Consequentemente, a prova testemunhal abandona o horizonte de problematização, coerente com a proposta de conhecimento fundado na intersubjetividade, e se reduz a um simples ato de reconhecimento de um dado *a priori*.

Obviamente, a razão é compreensível. Se o dado pré-constituído se ajusta perfeitamente à pretensão de punir, a problematização tende a introduzir uma incerteza incômoda para uma cultura tão repressiva.

3. O processo e o fechamento hermenêutico do Direito Democrático

Uma sociedade livre e plural sabe perfeitamente que a democracia é um projeto “aberto, indeterminado e infinito”¹⁵, que tem como pressuposto a incompletude do ordenamento jurídico.

¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p. 164

Não é difícil compreender a incompletude do Direito Penal. A necessidade de revisitação crítico-constructiva da legislação pode ser percebida a partir da indeterminação da pena. Para todo crime há uma previsão legal de pena mínima e de pena máxima. Em caso de condenação, esse limite abstrato precisa se converter em uma pena concreta. A dosimetria da pena é realizada, escalonadamente, em três fases distintas, que possuem circunstâncias que precisam ser valoradas, em plena sintonia com os referentes cognitivos validados no processo.

Os marcos abstratos da sanção e a necessidade de valoração dessas circunstâncias revelam que a pena não está pré-concebida, na lei, em condição de ser imediatamente aplicada pelo juiz. Para se chegar a uma pena justa e legítima, o Direito deve lançar mão de uma prática discursivo-probatória. A intersubjetividade, portanto, deve se sobrepor à possibilidade de construção unilateral da decisão por parte de quem detém o poder de julgar.

No campo teórico, a derrocada do legalismo já tinha nos ensinado que o Direito não estava embutido na norma, pronto para ser aplicado pelos juízes (*jus dicere*). Como consequência, a comunidade jurídica sentiu a necessidade de abandonar aquele raciocínio de subsunção da lei ao caso concreto e partir para a interpretação. Nesse momento, contudo, a hermenêutica dos magistrados se impôs à interpretação das partes, produzindo déficit de democraticidade.

Os juízes passaram a interpretar unilateralmente o espírito da lei e a vontade do legislador. Em nome da suposta carga axiológica subjacente ao Direito, começaram a decidir com discricionariedade (*jus dare*), sem perceber que estavam impondo a sua subjetividade ao mundo. Os jurisdicionados se tornaram simples receptores de um saber pré-concebido na consciência de quem detém o poder de julgar.

Veio, então, a crise do positivismo e, com ela, a certeza de que o conteúdo jurídico não pode ser exportado da lei para a mente do juiz. O normativismo da jurisprudência violou preceitos democráticos. Se o Direito surge como “um mar revolto de normas em permanente tensão

concorrendo entre si para regerem situações”¹⁶, imprescindível haver uma hermenêutica livre, dinâmica e aberta.

Por imposição da democracia, as tensões jurídicas devem se resolver no processo, dentro daquele ambiente compartilhado de participação, controle e fiscalização que recebe, igualmente, os cidadãos e os órgãos representativos do Poder estatal. Com efeito, a jurisdição não pode instrumentalizar o processo para que os juízes proclamem autocraticamente a verdade.

Em nome da liberdade interpretativa e argumentativa, características do pluralismo jurídico, o ordenamento jurídico permite que a parte participe ativamente do procedimento criado para elaboração da norma aplicável ao caso concreto, com a garantia de que poderá confrontar os referentes cognitivos que tenham a pretensão de integrar a sentença. O esforço hermenêutico empreendido pelos sujeitos processuais é que permite aferir o caráter democrático de uma decisão jurídica.

Inserido nessa perspectiva de legitimidade democrática, o processo penal surge como instituto responsável por institucionalizar discursos e provas, introduzidos naqueles momentos essenciais que são devidamente demarcados pelo Direito. Argumentos e provas, depois de validados e valorados, na temporalidade do processo, podem ser admitidos ou rejeitados. Uma vez admitidos, passam a incorporar a decisão.

Nesse quadro, o processo promove o fechamento hermenêutico do ordenamento jurídico. A interpretação e argumentação se manifestam como condição de possibilidade para compreensão intersubjetiva do Direito.

4. Os obstáculos à construção intersubjetiva do saber jurídico

A mentalidade inquisitória ainda se faz presente na cultura processual dos países de tradição romano germânica, constituindo o maior obstáculo para a construção intersubjetiva do Direito.

¹⁶ CARVALHO NETTO, Menelick. A Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 40.

No mundo onírico inquisitório, não existe conhecimento fundado na intersubjetividade. O saber é mediado pela consciência do juiz que detém poderes para investigar e descobrir a verdade. A sentença expressa o sentimento do magistrado. O solipsismo metodológico prevalece. Agindo como unidade isolada, o magistrado se desconecta do diálogo constitutivo do Direito e passa a representar a realidade. Amparado pela liberdade de convencimento, ele funda o julgamento em suas pré-compreensões¹⁷.

A verdade, qualificada como real ou absoluta, é vista como uma realidade apriorística apreensível pela razão. Investigando-se o passado se desvela. Como em um jogo de quebra cabeças, as peças vão se conectando até formar a imagem perfeita do crime na mente do julgador.

A presença marcante da mentalidade inquisitória pode ser confirmada no capítulo de prova. Prova é o elemento para formação do convencimento do juiz. O magistrado pode produzir prova, de ofício, para dirimir dúvida sobre ponto relevante e encontrar a verdade real. O crime é um fato ocorrido no passado, mas que pode ser reconstruído no presente. A atividade é de reconhecimento. Inexiste referência à construção intersubjetiva do Direito. A atuação das partes é praticamente anulada. Prevalece o protagonismo judicial.

Todavia, a mentalidade inquisitória não pode ser vista com único obstáculo. É preciso reconhecer que, muitas vezes, o processo penal lida com o desconhecido na construção do saber jurídico. Nesses momentos, o processo de significação da culpa transcorre de forma oculta.

A subjetividade prevalece e o inconsciente desvia atenção daqueles referentes cognitivos que deveriam ser valorados de forma objetiva. Então, outros significantes entram em cena e passam a condicionar o julgamento, comprometendo o ideal de conhecimento fundado na intersubjetividade.

A literatura ilustra esses momentos sensíveis quando colocar em evidência a palavra de personagens clássicos que enfrentaram o julgamento

¹⁷ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A hiper-racionalidade inquisitória. In: BONATO, Gilson (Org). *Processo penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

penal fictício. Apesar do caráter lúdico, tratam-se de falas que não causariam estranhamento no dia a dia da prática judiciária:

Mersault, personagem de Alberto Camus:

É sempre interessante, mesmo no banco dos réus, ouvir pessoas falando sobre você. [...] Nos discursos de meu advogado e do promotor, muita coisa foi dita sobre mim; mais, na verdade, sobre mim pessoalmente do que sobre o meu crime¹⁸.

Grace Marks, personagem de Margaret Atwood:

Isso era o que realmente lhes interessava – tanto aos cavalheiros quanto às senhoras. Eles não se importavam se matei alguém, eu poderia ter cortado uma dúzia de gargantas, é isso o que eles admiravam num soldado, e mal piscam. Não: será que eu era realmente uma amante, essa a principal preocupação deles, e nem sequer sabem se preferem que a resposta seja sim ou não¹⁹.

5. Conclusão

O Direito remeta a um saber inacabado. A construção da norma aplicável ao caso concreto se realiza por meio de um processo cognitivo que, nas sociedades democráticas, submete-se à abertura interpretativa, argumentativa e probatória.

Nesse horizonte epistêmico, a sentença incorpora um conhecimento que passa a ser mediado por uma prática intersubjetiva, manifestada em marcos temporais pré-definidos.

Associar a linguagem à formação do saber jurídico significa abandonar aquela matriz que concebia a consciência como fonte do processo de conhecimento, e que era responsável por conferir legitimidade ao solipsismo metodológico desenvolvido pelo juiz no julgamento.

Se a linguagem media o conhecimento, a formação do saber jurídico deve ser pensada no contexto de uma prática discursiva, dialógica e crítica, que permita regular o consenso.

¹⁸ CAMUS, Alberto. *O estrangeiro*. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2010. *E-book*. p 99.

¹⁹ ATWOOD, Margaret. *Vulgo Grace*. Tradução Maria J, Silveira. São Paulo: Marco Zero, 1997, p. 29.

Referências

- ARAÚJO, Inês Lacerda. *Do signo ao discurso*: introdução à filosofia da linguagem. São Paulo: Parábola, 2004.
- AUROUX, Sylvain. *A filosofia da linguagem*. Trad. José Horta Nunes. Campinas: Editora da UNICAMP, 1998.
- ATWOOD, Margaret. *Vulgo Grace*. Tradução Maria J. Silveira. São Paulo: Marco Zero, 1997.
- CAMUS, Alberto. *O estrangeiro*. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2010. *E-book*.
- CARVALHO NETTO, Menelick. A Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos.
- KIRCHNER, Renato. A fundamental diferença entre o conceito de tempo na ciência histórica e na física: interpretação de um texto heideggeriano. *Veritas*: Porto Alegre, v. 57.n 1, jan/abr 2012, p. 128-142.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A hiper-racionalidade inquisitória. In: BONATO, Gilson (Org). *Processo penal, Constituição e crítica*: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- OLIVEIRA, Manfredo Araujo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Editora Loyola, 2006.
- PENCO, Carlo. *Introdução à Filosofia da Linguagem*. Petrópolis. RJ: Vozes, 2006.
- SEIBT, Cesar Luiz. Temporalidade e propriedade em Ser e Tempo de Heidegger. *Revista de Filosofia Aurora*: Curitiba, v.22, n. 30, p. 247-266, Jan/Jun 2010.
- TALEB, Nassim Nicholas. *Antifrágil*. Rio de Janeiro: Best Business, 2018.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. Marcos G. Montagnoli; rev. trad. Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 1994.

La persona jurídica como sujeto activo del delito

*Juan Carlos Carbonell Mateu*¹

1. Voy a tratar, en este Congreso sobre “Derecho penal y lenguaje”, de actualizar alguna de las ideas que vengo exponiendo desde 2009 cuando se publicó, en el Libro-Homenaje al Maestro Tomás S. Vives Antón, un primer trabajo sobre lo que denominé “Aproximación a la “dogmática” de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Incluí después una referencia breve a la Reforma del Código Penal español de 2010, donde se introduce por primera vez dicha responsabilidad. La trascendental, al menos en esta cuestión, Reforma de 2015 obliga a modificar algunas opiniones y a reforzar determinadas posiciones críticas.

Pensé que para ello me sería de gran utilidad discutir con Paulo César Busato, quien acaba de publicar su libro “Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Sin embargo, la discusión se hace imposible, en la medida en que he de mostrar una absoluta coincidencia con todo lo que allí se afirma, muy especialmente, con la necesidad de llegar a una regulación que atribuya a la persona jurídica capacidad de actuar por sí misma y no ser una simple receptora de penas en virtud de delitos cometidos en su nombre pero necesariamente por personas físicas. Con el pretexto, por lo demás cierto, de que detrás de toda sociedad quien actúa es una persona física, permanecemos anclados en el clásico aforisma *societas delinquere non potest* aunque afirmemos lo contrario. Pese a reconocer la persona jurídica como pretendido sujeto del Derecho,

¹ Catedrático de Derecho penal da Universidad de València.

permanece la idea de que sólo pueden “actuar” por fuera del Derecho penal: pueden celebrar contratos y su voluntad es plenamente válida; pero si eso supone la comisión de un delito, entonces la atribución del mismo necesariamente se realiza a quien, se afirma, actuó en su nombre. Por más que la pena -si es que es tal- se le aplique directamente a la sociedad. Se produce, así, un hiato entre acción y consecuencia jurídica que, en mi opinión, ninguna de las tesis que se manejan, logra superar. La llamada “heteroresponsabilidad” es incoherente con la consideración de la persona jurídica como sujeto del Derecho, a quien se reconoce capacidad de obrar y cuya voluntad, diferenciada de la de sus componentes, tiene plena validez, además de comportar una responsabilidad por hecho ajeno, de muy dudosa constitucionalidad, y desvirtuar la naturaleza de la pena como consecuencia jurídica imponible al autor de un delito. Todo ello requiere, por otra parte, de construcciones dogmáticas tan alejadas de las que utilizamos en las teorías jurídicas del delito y de la pena, que parecen dar la razón a quienes dudan -o directamente niegan- que continuemos hablando de Derecho penal.

Por todo ello, entiendo necesario tratar a la persona jurídica como auténtico sujeto activo del delito, justo en la medida en que se le reconoce como sujeto del Derecho, (tesis, por cierto, que ha sido defendida desde la perspectiva de la teoría de los sistemas, entre nosotros por Gómez-Jara Díaz , pero que parece obvia sin necesidad de recurrir a dicho planteamiento): que todos los sujetos intervinientes en un negocio jurídico han de ser tratados de manera igual es una exigencia elemental de la libre concurrencia y hasta del principio constitucional de igualdad. Mi pretensión es mostrar como todo ello es posible si adoptamos coherentemente las tesis de la concepción significativa de la acción: si ésta es el significado y no un movimiento corporal regido por la voluntad; si la culpabilidad no es un reproche moral, sino el derivado de la infracción de un deber de obligación jurídico y si la pena es la pérdida del estatuto jurídico de que se disfrutaba antes de su imposición como consecuencia de dicha infracción, nada obsta para acoger la idea de que *societas delinquere potest*; la persona jurídica

puede cometer delitos y responder por ello de manera directa: su hecho puede ser relevante e ilícito, consistir en la infracción de un deber personalmente exigible y generar una consecuencia jurídica directamente aplicable.

Suele argumentarse en contra de tal pretensión que ningún papel puede otorgarse en el ámbito penal a la persona jurídica porque ésta es una simple ficción del Derecho siguiendo la clásica tesis de Savigny frente a la de la realidad atribuible a Gierke. Y parece olvidarse, si se me permite el juego de palabras, que la realidad es el reconocimiento jurídico de la ficción. Operamos haciendo real el “*als ob*”. Y a partir de que el Ordenamiento jurídico otorga validez a su “voluntad” formada conforme a reglas y diferente de la de cada uno de sus miembros está reconociendo su capacidad de acción jurídica (no discutida en otras ramas del Ordenamiento, ni siquiera en el Derecho administrativo sancionador).

La cuestión no es, por ello, dogmática sino político-criminal: ¿conviene trasladar la construcción jurídica que utilizamos sin el menor problema para establecer la responsabilidad patrimonial a la responsabilidad penal? ¿Puede correrse el riesgo de producir el resultado contrario al que se pretende liberando a la persona física de su responsabilidad? ¿Podemos prescindir de la protección de los bienes jurídicos que las empresas, que protagonizan la casi totalidad de los negocios, lesionan o ponen en elevado riesgo? ¿Puede incluso afirmarse que los bienes afectados no son sólo económicos sino incluso personales, como la vida, la salud o diferentes aspectos de la libertad?

Lo cierto es que el Derecho penal de nuestro tiempo no parece ligado a la realidad de manera tan rígida como en otros momentos de la evolución de la dogmática. Vivimos una especie de “crisis del ontologismo” -no es de extrañar que la oposición fundamental a la responsabilidad de las personas jurídicas provenga de los restos del finalismo-, que desautoriza los argumentos provenientes de la tesis de la ficción para inadmitir la responsabilidad penal. En el fondo, el normativismo permite construir una teoría y una práctica del Derecho desligadas de un corsé pretendidamente

material que, en el fondo, escondía posicionamientos ideológicos más que discutibles. No parece que quepan mayores problemas para afirmar la capacidad de acción de las personas jurídicas que para admitir la autoría mediata o la comisión por omisión.

Y tampoco parece razonable el rechazo desde el principio de intervención mínima cuando, como se ha expresado, los ataques más graves a los bienes jurídicos más valiosos provienen de las empresas. Busato ha puesto, además, de relieve que no estamos precisamente frente a una huida al Derecho penal como pretenden quienes se sitúan más bien en la huida del Derecho penal. La cuestión que tratamos no es en absoluto expresión de la “expansión” del Derecho penal y se ha manifestado desde los tiempos más remotos: ni es una novedad -aunque el Estado liberal prescindió de ella- ni puede ser soslayada satisfactoriamente.

2. Tengo que dar por reproducidos los argumentos que manejé en el trabajo al que antes me he referido, para defender que no existen razones dogmáticas que se opongan seriamente a la admisión del reconocimiento de la capacidad de acción de las personas jurídicas. La concepción significativa de la acción, formulada por Vives Antón, supera completamente las que se han formulado tradicionalmente. La acción ya no puede ser concebida como un movimiento corporal regido por la voluntad: es más, en el fondo esa concepción no se mantuvo nunca hasta sus últimas consecuencias, de haberse hecho así no habría sido posible explicar la atribución de un resultado a una inacción incapaz de causación alguna; sólo porque, como el personaje de Molière, atribuíamos un sentido sin saberlo, pudimos admitir la equivalencia a efectos de imputación de acción y omisión siempre que se dieran determinadas exigencias normativas. Y admitíamos la consideración de autor a quien utilizaba un instrumento personal para “ejecutar” sus propios planes.

La acción, pues, no es el soporte del sentido sino el sentido que puede o no requerir de soporte. La acción es el significado que alcanza su incurción en el mundo de los hechos afectando bienes e intereses; proviene de una decisión libremente adoptada; si se prefiere, voluntariamente

adoptada con independencia de la forma en que se llegó a ella. Justamente puede decirse que sin libre formación de la voluntad no hay sentido, una causación que no proviene de la voluntad carece de sentido, no significa. La acción, en fin, es voluntad porque sólo si hay voluntad puede serle atribuido el sentido a alguien. Y la atribución de sentido presupone un uso común del lenguaje, del que sólo puede derivar la comunicación. Y es ese sentido el que vendrá recogido, en determinados supuestos, en el tipo de la acción. Y se dará así la pretensión de relevancia.

La pregunta en este punto es la de si debemos hablar, en las personas jurídicas, de voluntad y de sentido. La sociedad forma jurídicamente su voluntad, toma decisiones con sentido, la ejecución de las mismas significa, se expresa y, desde luego, afecta de manera directísima a los intereses de las demás personas jurídicas y, sobre todo, de los derechos de las personas físicas. Su influencia en nuestras vidas es tal que sería inconcebible una relación comunicativa sin personas jurídicas: ni siquiera, en la cita manida, Robinson Crusoe viviría sin la referencia de personas jurídicas porque sólo con y por ellas podría explicarse su situación de aislamiento.

Y, sin embargo, ¿*societas delinquere non potest*? ¿Sólo pueden ser centros de traslado de la imputación? ¿responden exclusivamente por los delitos cometidos por individuos? En otras palabras, ¿el sentido de la voluntad es el de una decisión individual? ¿se atribuye la responsabilidad por una simple traslación? O, por el contrario, ¿el significado -y, por tanto, la acción- no es sino el de la ejecución de una toma de decisión formada conforme a reglas que irrumpe con la fuerza que le da esa circunstancia en los bienes jurídicos arrasando los derechos individuales y colectivos, alterando las reglas del mercado y hasta la vida de las personas? Porque si es así, *societas delinquere potest*. Y afirmar eso equivale a reconocer la capacidad de acción; es decir, a considerarle sujeto activo del delito. Y a hacerle responder por hecho propio. Lo que, dicho sea de paso, no hacen nuestros Ordenamientos jurídicos.

3.La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha seguido en España lo que podríamos denominar un “camino errante”

que transita entre la voluntad de su introducción y la opción por un modelo de ética empresarial en el que el Derecho penal cumple más bien con una labor educativa por emplear, de momento, un término poco crítico.

Para algunos la antigua previsión del artículo 129 del Código penal anterior a la Reforma de 2010 de imponer “consecuencias accesorias” a las personas jurídicas en cuyo seno se hubieran producido hechos delictivos constituyó un precedente inmediato. Se discutió si tales medidas, que podían ir desde la multa a la disolución, tenían la naturaleza de penas, medidas de seguridad o constituían una especie de “tercer género”, como lo calificó Mir Puig. Fueran lo que fueran, lo cierto es que no se imponían a la empresa y como consecuencia de una condena a la misma sino que eran accesorias al castigo a la persona física, bien porque se consideraran el instrumento del delito o porque se apreciara una “peligrosidad en la cosa”; en ningún caso constituían una atribución de responsabilidad penal de la propia sociedad.

El año 2005, el Gobierno formó una Comisión Especial en el seno de la Comisión General de Codificación, a quien encargó una revisión del Código Penal de 1995 con motivo de sus diez años de vigencia y para mejorar aquellos aspectos que se considerara oportuno, así como para introducir aquellas cuestiones que, de acuerdo con Directivas y Decisiones-Marco provenientes de la Unión Europea, tuvieran que incorporarse al Derecho español. La Comisión, presidida por el Magistrado del Tribunal Supremo José Jiménez Villarejo y de la que tuve el inmenso honor de formar parte, no dudó en proponer la introducción de una auténtica regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La propuesta fue obediente a la recomendación 18/88, de 20 de octubre, del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, así como de diversas Decisiones-Marco de la Unión Europea, como la 2.005/667 (sobre refuerzo penal contra la contaminación de buques), la 2.005/222 (sobre ataques a los sistemas informáticos), la 2.004/757, (sobre punición del tráfico de drogas) y la 2004/68, (sobre explotación sexual y pornografía infantil), todas ellas citadas en la Exposición

de Motivos de lo que acabó siendo la Reforma de 2010, aunque podríamos referirnos a muchas más. Se trataba, por tanto y al margen de su conveniencia propia, de un mandato europeo. Podrá debatirse sobre si eso obligaba o no a llegar tan lejos; pero, en cualquier caso, parecía obvio que resultaba ya imprescindible, al menos caminar en esa dirección aunque, ciertamente, no era en absoluto necesario otorgarles naturaleza penal: baste pensar en que Alemania, auténtico motor de la economía europea, no ha considerado pertinente darle tal carácter ni siquiera para armonizar su Derecho con el de la mayoría de los Estados de la Unión.

Casi quince años después, creo sinceramente, que aquella Comisión actuó con prudencia pero con decisión, propuso la introducción directa y la atribución del hecho a la persona jurídica, la limitación de delitos que pudieran ser cometidos por sociedades, al menos durante un período en que comenzaba algo que se consideraba una auténtica revolución legislativa y aunque no se descartara su posterior generalización, la independencia de las condenas a las persona jurídica y física con acumulación de las mismas sin incurrir en posibles infracciones del principio *non bis in ídem*, pero posibilitando la condena a la empresa aunque quien hubiera actuado en su nombre no fuera condenado, individualizado o ni siquiera juzgado, la posibilidad de aplicar atenuantes y eximentes genéricas y la consideración a efectos penales de las “sociedades pantalla” y de la fraudulenta sucesión de empresas. Se preveía, en fin, que *societas delinquere potest*.

El Dictamen de la Comisión no tuvo un acogimiento inmediato, pero constituyó el núcleo de la regulación incorporada por la Reforma de 2010. El art. 31 bis del C.P. español, precepto principal de la nueva regulación, parecía apostar por un modelo de responsabilidad directa, de ahí que en repetidos pasajes, afirme, sin más matices, “las personas jurídicas serán penalmente responsables” y su número 2 exija tal responsabilidad “aunque la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Esto implicaba importantes transformaciones respecto del Código Penal anterior, por

cuanto se introdujo un sistema completamente nuevo de imputación y de responsabilidad. No obstante, es preciso matizar que seguía habiendo una acción cometida por una persona física como hecho de referencia. Sólo por la vía falsa de la traslación de una responsabilidad por demás presunta, podía mantenerse la imputación cuando no se hubiera determinado el concreto autor del hecho o cuando éste careciera de responsabilidad penal. Se echaba a faltar la atribución de una responsabilidad por hecho propio de la persona jurídica; esto es, cuando se producen hechos constitutivos de delito que sean consecuencia de acuerdos adoptados por sus órganos sociales a los que, legal o estatutariamente corresponda la adopción de decisiones ejecutivas. En definitiva, seguíamos moviéndonos en el ámbito del *societas delinquere non potest*, aunque fuera posible una interpretación contraria, especialmente en el supuesto de las decisiones adoptadas por personas físicas pero en el ámbito de los órganos de dirección.

El presupuesto conceptual para que pueda decretarse tal suerte de responsabilidad punitiva de las personas jurídicas, se articulaba sobre dos hipótesis ex art. 31 bis, punto 1:

a) la previa comisión del delito, perpetrado por cuenta o en provecho de la sociedad por parte de persona física, que ostente un poder de dirección, cimentado en la atribución de su representación o en su autoridad, conectada ésta última a la idea de poder al adoptar decisiones en su nombre o para controlar el funcionamiento de la sociedad.

b) las personas jurídicas también serán responsables de los delitos protagonizados por personas físicas en el ejercicio de actividades sociales, que se verifiquen por cuenta y en provecho de aquellas. Se refiere este segundo supuesto (art. 31 bis, punto 1, párrafo segundo) a la actuación de personas físicas sometidas a la autoridad de quienes ostentan poder de dirección, ya en términos de representación o ya en términos de poder societario, y que han podido realizar el hecho delictivo por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.

Como se observará, subyace en esta segunda hipótesis un cierto aroma fundamentador de la responsabilidad en los conceptos de reproche *in vigilando* o *in eligendo*, que en su día se acuñaran para la

responsabilidad civil extracontractual ex art. 1902 del Código Civil lo que, aun cuando pueda apreciarse algún supuesto de dolo eventual, parece mucho más próximo a la imprudencia. Y, dado que el sistema de *numerus clausus* rige tanto para la responsabilidad de las personas jurídicas cuanto para la imprudencia, sin que los cruces entre ambas sean frecuentes, o hay una clara vulneración del principio de culpabilidad o la “responsabilidad por culpa” de las personas jurídicas es inviable en la mayoría de la ocasiones.

Por más que fuera posible llegar a la atribución de responsabilidad a la persona jurídica por los acuerdos de los órganos directivos colegiados, no habría estado de más una previsión en tal sentido. Ese es un supuesto de imputación diferente al del defecto de organización. Y encaja mucho mejor con el dolo como requisito típico de la mayoría de las figuras en las que se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas. Una fórmula adecuada habría sido la de declarar que las personas jurídicas (sociedades, fundaciones, empresas) serán penalmente responsables de los hechos constitutivos de delito que sean consecuencia de acuerdos adoptados por sus órganos sociales a los que, legal o estatutariamente corresponda la adopción de decisiones ejecutivas. Para llegar a entender que tales hechos son típicos de acuerdo con el art. 31 bis introducido en 2010 era necesario interpretar que los órganos colegiados son representantes legales o administradores de hecho o de derecho y que la ejecución de los acuerdos por ellos adoptados son responsabilidad suya y no del *¿instrumento?* que los hace efectivos. No puede, sin embargo escapárenos un obstáculo formal para esta interpretación: el párrafo segundo del mismo precepto aludía a quienes están “sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior” para referirse precisamente a los representantes legales y administradores de hecho o de derecho. El debido control sobre los empleados parecía, pues, atribuido de manera exclusiva a las personas físicas sin que existiera, desde luego, motivo lógico ni funcional alguno para tal limitación.

Esos inconvenientes, o al menos parte de ellos, los intentaba resolver, con mejor o peor fortuna, el número 2 del artículo 31 bis. En él se eludía la necesidad de que la persona física fuera determinada o de que pudiera dirigirse el procedimiento contra ella; bastaba con que ostentara los cargos o funciones aludidos en el apartado anterior y que se constatará la comisión de un delito que necesariamente hubiera tenido que cometerse por ellos. Que el legislador seguía pensando en una persona física parece tan obvio como que puede darse –es más, se dará habitualmente– el supuesto de que estemos ante acuerdos adoptados por órganos colegiados. Como ellos son los genuinos administradores (¿quién lo es en mayor medida que el consejo de administración?), el precepto parecía perfectamente aplicable: la responsabilidad podía ser atribuida a la persona jurídica aun cuando no fuera determinable –y, sobre todo, no lo fuese penalmente– la o las personas físicas que contribuyeron a la formación de la voluntad colegiada. Podrá contraargumentarse que tales dificultades no existen puesto que a tal formación sólo contribuyeron ilegalmente quienes formularon su voto en el sentido antijurídico. Pero tal afirmación no es aceptable sin desconocer los mecanismos reales de funcionamiento de numerosos órganos colegiados ni las prácticas habituales de quienes realmente toman las decisiones; baste pensar que los directivos que ocupan los puestos de mayor responsabilidad o, si se prefiere, de mayor poder, emiten su voto cuando ya se ha formado una mayoría suficiente en el sentido por ellos propiciados, lo que les permitirá abstenerse, haciendo gala además con ello de la neutralidad que adorna el buen hacer del *primus inter pares*. O con pensar en formas de emisión del voto que garantizaran el secreto.

Puede quedar la duda, con todo, de si era posible entender que la Reforma había introducido un sistema de autoresponsabilidad (por hecho propio de la sociedad) o de heteroresponsabilidad (por traslación de la responsabilidad derivada de un hecho cometido por una persona física) tal como parecía señalar la propia Exposición de Motivos de la Ley. De cualquier forma, a la cuestión tan sólo le queda el interés histórico-jurídico: el texto legal fue profundamente reformado el año 2015 sin que hubiera sido

aplicado ni una sola vez. De no haber existido una reforma total de un texto legal sobre responsabilidad penal del menor producido durante la *vacatio legis*; esto es, antes de su entrada en vigor, estaríamos ante un record de voráGINE reformista sin dar al texto legal la menor oportunidad.

La Reforma de 2015 descansa sobre dos cuestiones fundamentales: en primer lugar atribuye responsabilidad a la persona jurídica como consecuencia de la comisión de un hecho de referencia; esto es, de un delito cometido en nombre y beneficio propio o impropio de la persona jurídica pero sin que quepa plantearse siquiera la imputación directa -se trata indudablemente de una heteroresponsabilidad que sigue partiendo de la idea de que *societas delinquere non potest*; si con el texto anterior podía haber alguna duda, el nuevo la disipa: las sociedades no pueden delinquir sino tan sólo ser receptoras de la traslación de la responsabilidad de la acción de una persona física por un hecho de conexión. Y, fundamentalmente, introduce el carácter eximente del hecho de que la empresa dispusiera de un sistema de control eficaz capaz de evitar la comisión de hechos como el que hubiera tenido lugar, un sistema de *compliance*. No pretendo en este momento desarrollar un análisis de la Reforma, que ha sido objeto de numerosos estudios de muy diferente dimensión, sino tan sólo de destacar la renuncia a la admisión de la capacidad de acción de las personas jurídicas y de la muy evidente pretensión de rebajar hasta la extinción la responsabilidad penal de las mismas. Entramos ante un sistema de clara heteroresponsabilidad pero de manifiesta autoirresponsabilidad: la empresa puede hacerse con una auténtica patente de corso que le mantendrá libre de riesgos jurídicopenales aunque en el supuesto concreto se haya evidenciado la ineficacia del sistema de control. Y, en el peor de los casos, siempre podrá, a modo de un partido de tenis, devolver la pelota de la transferencia de responsabilidad a la persona física que tiene contratada precisamente para desarrollar la función de cabeza de turco: el compliance officer o, dejando por un momento de lado el origen estadounidense del sistema, el oficial de cumplimiento. La empresa, pues, se garantiza, eso sí, con determinados requisitos, la impunidad, la autoirresponsabilidad, si

bien es cierto que el modelo podrá haber sido redactado por alguien externo que, por supuesto, la habrá cobrado debidamente.

Antes de considerar la significación de las dos cuestiones señaladas, parece necesario recordar, siquiera sea brevísimamente, la polémica en torno a la fundamentación de la atribución de responsabilidad a la persona jurídica. Como ya se ha dicho, quien considera que es suficiente justificar ésta como responsabilidad por un hecho de referencia llevado a cabo en nombre de la empresa y en su beneficio, trasladará acción y culpabilidad sin mayores problemas. O, más bien, eludiendo los que proceden de las exigencias constitucionales de responsabilidad por hecho propio, carácter personal de la pena, presunción de inocencia, *non bis in ídem*, y hasta, en ocasiones, derechos procesales. Probablemente, por consciencia de todo ello, un muy relevante sector doctrinal quiso atribuir a la responsabilidad de la persona jurídica un carácter propio, creando lo que vino en denominarse “culpabilidad de empresa”: la empresa responde justamente por ser culpable de no haber controlado debidamente a quienes operaban en su seno, lo que ha facilitado la comisión del hecho delictivo (de conexión): la empresa, en fin y según se afirma, responde por un hecho propio. La tesis fue formulada por Tiedemann y, en mi opinión y pese a provenir de quien considero mi Maestro alemán, no consigue superar claras objeciones. La tesis parece desconocer que la culpabilidad del hecho debe venir comportada por el propio, no por el de la persona física. Y entonces la autonomía nos debe conducir inexorablemente a prescindir de la calificación del hecho realmente cometido. En otras palabras: el defecto de organización no fundamenta el castigo del hecho cometido en nombre o a cuenta de la persona jurídica por la física: constituye el único objeto del reproche jurídico: el delito cometido y atribuible a la persona jurídica será siempre el de no haberse organizado, no la estafa, el delito fiscal o la destrucción del medio ambiente o la ordenación del territorio. Salvo que admitamos que atribuimos un hecho injusto porque se ha cometido otro. En otras palabras: puede aceptarse que el defecto de organización sea el elemento que permita atribuir a la empresa la comisión de un hecho delictivo que no se

habría producido de mediar el debido control. Pero eso no puede constituir el objeto de la imputación; éste no es ni puede ser otro que el hecho delictivo propio. El defecto de organización, por otra parte, puede no ser tal. Normalmente nos encontraremos ante todo lo contrario: una estructura perfectamente organizada para la obtención de beneficios a través de la comisión de hechos delictivos. Y si el dolo es algo, es precisamente eso. Cuando más bien se piensa en que la falta de control sea asimilable a la *culpa in vigilando*. ¿Se pretende quizá una estructura similar a una *actio libera in causa*? La persona jurídica actúa dolosamente al no organizarse, provocando una situación tal que, aunque quisiera, no le permitiría impedir los delitos cometidos en su seno, por lo que éstos deben serle atribuidos al título inicial de dolo. Son demasiadas y muy complejas imágenes trasladadas desde la teoría jurídica del delito de las personas físicas al de las jurídicas. Y demasiados pasos en falso.

Pero, además, la tesis de la culpabilidad de empresa, aunque intenta fundamentar la responsabilidad en un hecho propio, sencillamente no lo hace. La misma referencia -absolutamente impropia- a la culpabilidad debe presuponer la comisión de un hecho típico. Y es precisamente ése el que es objeto de imputación, circunstancia que, como veremos más adelante, no ha asumido el Tribunal Supremo español. La culpabilidad es un reproche jurídico justamente por haber cometido un hecho antijurídico, ilícito. En la inmensa mayoría, por cierto, de los supuestos que imponen responsabilidad a la persona jurídica, doloso. Se es culpable de un delito de estafa cuando era exigible no engañar, de delito fiscal cuando debió declararse determinados hechos imponibles o de delito medioambiental cuando no debieron verse determinados residuos. Es eso lo que se reprocha, la existencia de un deber de obligación incumplido, no la falta de control. La tesis, en suma, no justifica lo que debe justificar, que no es (sólo) el reproche, sino la relevancia. Si hay un “defecto de organización” del que deriva una falta de control, éste no puede determinar la comisión del hecho, sino que la presupone. Y si hay esa falta de control es porque alguien, que no es la propia empresa, ha cometido la estafa, el fraude fiscal

o el vertido de residuos. Por consiguiente, seguimos operando con el criterio *societas delinquere NON potest*: responde por un hecho distinto a la comisión de un acto típico. Estoy, una vez más, plenamente de acuerdo con Busato: la fundamentación de la responsabilidad por falta de control es una clara manifestación de heteroresponsabilidad. Sólo la atribución directa de la capacidad de acción -y de reproche- a la persona jurídica es satisfactoria, al menos desde nuestra perspectiva.

Por otra parte, la desmedida relevancia eximente atribuida a tener implantado un sistema de control, la *compliance*, se justifica precisamente en ese equívoco: el control debido no afecta a la eventual realización del hecho típico por la empresa como por cierto cree la Sala Segunda del Tribunal Supremo español, sencillamente porque la Ley no impone obligación alguna de implantarlo ni mucho menos hace descansar la atribución de relevancia y reproche como necesarios elementos del delito en el defecto de organización sino en la comisión de un hecho penalmente relevante: la estafa, el delito fiscal o la contaminación ambiental. Porque es el patrimonio individual o estatal y el derecho a un medio ambiente del que depende la supervivencia del Planeta y la nuestra propia lo que justifica la relevancia penal de los hechos y la que atribuye carácter de acción a su significado de lesión o de riesgo intolerables. Sólo una regulación penal que impute directamente a una empresa la capacidad de comisión de esos hechos dará una respuesta adecuada al problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y, desde luego, esa lectura es imposible del sistema punitivo implantado por el Código Penal español tras la Reforma de 2015. Aunque tampoco resulta fácil de la regulación contemplada en las leyes europeas.

4. La aplicación de la responsabilidad regulada en los artículos 31bis y concordantes del Código Penal español tras la Reforma de 2015 -tégase en cuenta que no se aplicó el Derecho anterior- ha sido tratada de manera sumamente discutible por el Tribunal Supremo, que abrió la polémica en su Sentencia 154/2016, de 29 de febrero (Ponente: De la Maza), por cierto de manera forzada, constituidos en Pleno -aunque con ausencias notables-

y a través de un *obiter dicta*, pues no resultaba necesario entrar en la trascendencia de una *compliance* que las empresas condenadas estaban muy lejos de tener.

La argumentación gira en torno a la construcción de la propia responsabilidad. Puesto que los hechos son cometidos por personas físicas y evitando toda infracción del principio *non bis in idem*, la condena a la persona jurídica deberá fundamentarse en una infracción realizada por ella y diferente al hecho atribuido a la persona física. Que no sea eso lo que dice el Código Penal no parece importar. Para el Tribunal es muy relevante que la existencia de un sistema de organización y control pueda comportar la exención de responsabilidad. Recordemos que Tiedemann había construido tal efecto desde el ámbito de la culpabilidad, del reproche, con lo que debería llegar a la conclusión de que poseer tal estructura eficaz para evitar delitos impide tal reproche, por lo que no cabe el castigo: el hecho seguirá siendo ilícito, pero no culpable y la *compliance* funcionará como tal eximente de la culpabilidad. Ahora, sin embargo, el Tribunal va a dar un salto, con la aparente intención de fundamentar no ya el reproche sino la relevancia. Poseer una *compliance* exime de responsabilidad porque el hecho no es típico. Y no lo es por cuanto, según la Sala Segunda, existe un deber de regulación del control mediante *compliance* cuya infracción es la que determina la responsabilidad penal. Si no se produce la infracción del deber -objetivo- no hay infracción penal. Pero claro, eso admite la lectura inversa: el delito no es la estafa, el fraude fiscal o el vertido de residuos; no parece que lo importante sea el significado, sino que a éste se llegue porque no ha habido el debido control con la consecuencia evidente -no sé si deseada- que implica: estafar, cometer delito fiscal o verter residuos radiactivos con *compliance* no es delito, aunque concurra dolo directo de primer grado. Se pasan por alto varias cosas: que intención de hacer y control para que no se haga son incompatibles, que los hechos delictivos se cometen precisamente en nombre y beneficio de la empresa, que la existencia del control pretendidamente eficaz no ha impedido la comisión del hecho -pese a que puedan concurrir todos los requisitos formales exigidos

por el Código Penal y el sistema aparezca como susceptible de impedir que se produzcan hechos similares en el futuro- y, sobre todo, que no existe norma alguna que imponga semejante deber cuya infracción es calificada nada menos que de delito; eso sí, siempre que haya facilitado la comisión del hecho, éste sí, típico. En definitiva, el Tribunal traslada al tipo un elemento inexistente en el mismo, ignorando de manera flagrante el principio de legalidad, produce un insoportable hiato entre su interpretación y la función de tutela de los bienes jurídicos que exigieron las previsiones de relevancia de la comisión del delito por la persona jurídica, negando la trascendencia del lenguaje común que afirma que la “empresa cometió delito fiscal” y aun del legal que establece que la persona jurídica será responsable precisamente del delito de que se trate. Y otorga a la *compliance* nada menos que la naturaleza de elemento negativo -implícito- del tipo, lo que le otorga un inaudito efecto procesal: es a la acusación a quien corresponde probar la no concurrencia del elemento negativo: que o bien no hay *compliance*, o bien ésta no es eficaz para evitar la repetición de hechos como el sucedido, puesto que la exigencia de eficacia es potencial y de futuro: no basta con que ya se haya producido un hecho, doloso y legalmente atribuido a la sociedad para desvirtuar la eficacia potencial y de futuro. Y es enteramente lógico, según el Tribunal, que la prueba corresponda a la acusación porque, según el Tribunal, justo en eso, en la falta de control y no en la comisión propia del hecho, consiste el fundamento de la responsabilidad. Consiste la acusación. La aparente falta de eficacia del control no desvirtúa, según el Tribunal, la presunción de inocencia. Podría expresarse de forma ciertamente paradójica: la comprobación de la realización de un hecho típico más allá de toda duda razonable -que se cometió dolosamente un fraude fiscal- no enerva la presunción de inocencia si no se demuestra -más allá de toda duda razonable- que el sistema de control no es eficiente para evitar otro fraude fiscal. Es difícilmente concebible una perversión similar del lenguaje.

La doctrina fue refrendada por una Sentencia posterior, la 221/2016,(Ponente: Marchena) donde se afirma expresamente que se trata

de superar la “polémica dogmática”, atribuyendo a la empresa un hecho propio -autoresponsabilidad- consistente en la infracción del deber de control; se castiga, pues, el defecto de organización. Claro, que el precepto aplicado será la estafa, el fraude fiscal o el delito contra el medio ambiente, aunque lo que haya que probar no es que la empresa cometió ese delito sino que se cometió por personas físicas a causa del defecto de organización de la persona jurídica. Con lo que ni siquiera parece superarse el carácter de heteroresponsabilidad.

La primera de las Sentencias comentadas vino acompañada de un voto particular formulado por prácticamente la mitad de los Magistrados de la Sala presentes. En él expresan su opinión contraria a la consideración de la falta de control como elemento del tipo y, por consiguiente, de la *compliance* como elemento negativo. Ésta tendría un carácter atenuatorio de la culpabilidad. Y en caso de considerarse la exención de la pena, sería un permiso fuerte o débil; causa de justificación o excusa, por lo que la carga de la prueba de su concurrencia correspondería a quien la alegue; es a la defensa a quien corresponde probar la potencial eficacia de futuro; su capacidad para evitar la repetición de hechos como el que se juzga....pese a no haya mostrado tal capacidad en éste. En mi opinión, tiene toda la razón el voto particular. Y se trata de un permiso débil, que no convierte el hecho en lícito sino simplemente en no reprochable, porque no es exigible -si de verdad no es atribuible la comisión del hecho a la falta de control- a la empresa hacer más para evitar que alguien lleve a cabo una acción delictiva aunque sea en su nombre y en su beneficio.

En todo caso, debo reiterar que tanto las Sentencias como el voto particular fundamentan el castigo en una heteroresponsabilidad; las primeras porque no dicen que la sociedad fue quien cometió la estafa, el fraude fiscal o el vertido de residuos; el segundo porque directamente afirma que el hecho fue cometido por personas físicas. Tampoco pueden alterar que es el Código Penal, sobre todo tras la Reforma de 2015, quien ha optado de manera manifiesta por tal tipo de atribución: *societas delinquere NON potest*

5.Y, sin embargo, es perfectamente posible construir una responsabilidad penal de las personas jurídicas que no desnaturalice los principios que deben inspirar cualquier resolución punitiva: la responsabilidad por hecho propio derivada de la realización de un ato relevante, ilícito y personalmente reprochable en la medida que era exigible su evitación.

Acudamos para ello a la concepción significativa de la acción formulada por Vives Antón: La acción es el significado y su característica -la que la distingue de los hechos- es su sometimiento a reglas: “la determinación de si estamos o no ante una acción tiene lugar en términos de reglas, esto es, en términos normativos. Es el seguimiento de reglas (y no un inaprehensible acontecimiento mental) lo que permite hablar de acciones, al dar lugar a las que las constituye como tales (el significado) y las diferencia de los simples hechos.” Los hechos no pueden ser relevantes para el Derecho penal. La pretensión de relevancia solo puede predicarse de las acciones así entendidas. Y cómo vimos más arriba, ello se facilita enormemente si abandonamos lo que podríamos llamar “el lastre del soporte físico” y la dualidad cartesiana mente-cuerpo que ha caracterizado las diferentes concepciones en torno a la acción y en la que siguen descansando los objetores -y también los defensores- de la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando la niegan los primeros y cuando inventan estructuras culpabilísticas artificiosas los segundos. Hay acción en las personas jurídicas porque éstas son sujetos de derecho reconocidas como tales, sus tomas de decisión están sometidas a reglas y podemos, por tanto, decir que significan, que tienen sentido o, más propiamente, que constituyen un significado.

Ese significado -la estafa, el fraude fiscal o el vertido de residuos- puede ser objeto de regulación legal: se prohíbe su realización. Y puede -y es lógico- exigir su evitación a cualquiera castigándose la infracción de la norma. La previsión, por tanto, de la prohibición objetiva no debería distinguir de quien proceda, porque su significado es el mismo para el patrimonio del estafado, el Erario Público o el Medio Ambiente. Y justo en estos supuestos el Código Penal atribuye también a la persona jurídica la

responsabilidad. Atendiendo, no a defectos de organización, sino al reconocimiento de su capacidad de contratar, su obligación de pagar impuestos y su deber de preservar el medio ambiente. Le será, pues, aplicable sin mayores problemas, el tipo de acción, dándose tanto el desvalor de la misma -una vez se atribuye sentido a la formación de su voluntad y se reconoce su validez en el tráfico jurídico- cuanto, obviamente, al del resultado. El hecho, o mejor dicho, la acción, será ilícita si no concurre un permiso que la ajuste a Derecho. Y, puede añadirse la concurrencia del dolo -si éste es exigido-, en los términos a los que me referiré inmediatamente.

Por último, el hecho le será reprochable a la persona jurídica en la medida en que se compruebe la subsistencia del deber personal cuya infracción determina la comisión del delito: en mi opinión no existe en el tradicionalmente denominado “juicio de culpabilidad” ninguna particularidad respecto al que efectuamos para cualquier delito a una persona física. Puede darse un estado de necesidad derivado, por ejemplo, de una situación de crisis que obligue a diferir el pago a la Seguridad Social para impedir una quiebra. Y eso determinar si la empresa ha hecho el esfuerzo que le era exigible para evitar la situación. Permítaseme reproducir alguna idea procedente del artículo de 2009 al que me referí al principio: “El reproche jurídico dice al autor que ha realizado la acción ilícita pese a que le era jurídicamente exigible obrar de otro modo”, nos dice Vives. Puede decirse que el significado es reprochable -¿imputable?- en la medida en que fue evitable y se exigía evitarlo. Las reglas a las que se sometió la conducta -y que fueron violadas en términos objetivos, generales- serán reprochables justo si y en cuanto, tales reglas eran exigibles al autor. Por eso, y para evitar confusiones, aun reconociendo, como no puede ser de otra manera, que estamos ante un reproche -porque la comprobación de que alguien incumplió lo que debía no puede ser otra cosa que un reproche- prefiero referirme a la “pretensión de obligatoriedad personal” para identificar este momento de validez de la norma. No hay reproche si la regla que se incumplió, si la norma que contenía una obligación general, un deber

objetivo, no exigía al autor concreto que la cumpliera, no contenía, pues, una obligatoriedad personal derivada, en mi opinión, de las exigencias constitucionales de igualdad que no permiten dispensar a todos un trato idéntico sino que, por el contrario, imponen acompañar obligación y capacidad. Sólo a quien tiene capacidad –competencia- puede exigírsele y, por consiguiente, reprochársele algo. Sólo al imputable se puede imputar. Las personas jurídicas tienen reconocido su estatuto de sujetos de derecho, tienen derechos subjetivos y deberes, generan responsabilidad y tal responsabilidad sólo puede ser afirmada tras el correspondiente reproche jurídico; esto es, tras la también correspondiente comprobación de la existencia de la obligatoriedad personal, derivada de su capacidad, de su competencia. Es verdad que sólo como imagen podemos hablar de “dignidad” de la empresa, fundación o sociedad. Pero también lo es que las normas se dirigen a todos, pero sólo obligan a quienes pueden cumplirlas. Y la característica de participante de las reglas comporta, desde el principio de igualdad, esa adaptación de exigibilidad y competencia. También existen situaciones de estado de necesidad excusante empresarial y hasta, aunque resulte más compleja la adaptación, de miedo insuperable. Puede haber un hecho objetivamente injusto, pero cuya evitación resulta inexigible: el “levantamiento” del deber de asumir determinadas obligaciones empresariales en casos de riesgo de crisis parece un ejemplo perfectamente asimilable y desde luego de más fácil comprensión y mayor actualidad que el de la necesidad del naufragio de arrebatar la tabla de Carneades al colega de sufrimientos. A eso podemos añadir que las propias características de sujeto de derecho que predicamos de las personas jurídicas pueden conferir diferencias importantes, precisamente derivadas de su capacidad y competencia, de su imputabilidad. Así, la celebración de determinados contratos, la asunción, por tanto, de determinadas obligaciones, queda reservada a las empresas que tienen competencia para ello. Y eso sucede tanto en el ámbito público –piénsese, por ejemplo, en las calificaciones y requisitos que se imponen a una empresa constructora para ser admitida en un concurso público- como en el privado –donde también

puede haber insuficiencias que inhabiliten a la empresa a contratar y, por consiguiente, a adquirir obligaciones-. Todo ello tiene que ver con la imputabilidad. Asumidas y reconocidas las obligaciones, bastará con comprobar que éstas subsisten en el momento de su incumplimiento, esto es, que le siguen siendo exigibles porque no se ha producido ninguna alteración imprevista y subsiguiente que haya convertido en imposible o, al menos, inexigible personalmente –“empresarialmente”- la obligación adquirida.

Y una última cuestión que parece obvia; la pretensión de necesidad de la pena habrá hecho que el legislador haya seleccionado precisamente aquellas conductas atribuibles a las personas jurídicas a las que ha otorgado relevancia: aquí, el carácter fragmentario del derecho penal aparece con mayor evidencia. Se cumplen, pues, sin la menor dificultad, las cuatro pretensiones de validez de la norma recogidas por Vives en las últimas páginas de la primera edición de sus Fundamentos. Y no alcanzo a comprender qué es lo que impide la capacidad de acción de las personas jurídicas. Por el contrario, no me parece razonable, desde la concepción significativa de la acción, negar que *societas delinquere potest* y que no resulta necesario recurrir a extrañas desviaciones de la teoría jurídica del delito para explicarlo: Ni mucho menos alterar la carga de la prueba con diabólicas afirmaciones de que lo que resultó ineficaz una vez lo va a ser siempre (que el modelo de control que no impidió un delito no lo va a impedir en el futuro), pues la presunción de inocencia se vuelve irracional y se convierte en trabalenguas. Como en trabalenguas se convierte la afirmación de que quien engaña, defrauda fiscalmente o vierte residuos tóxicos no lo hace si tiene un sistema de control que, por cierto, no evita que eso suceda, aunque sea indemostrable que no lo vaya a hacer en el futuro.

6.Si me lo permiten, sobre todo los colegas que más han trabajado esta cuestión y que la conocen mucho mejor que yo, como Nicolás Oxman o Rodrigo Leite Ferreira Cabral, quiero ir terminando con un pequeño excursus. La mayoría de los delitos que determinan la responsabilidad de

las personas jurídicas son dolosos. ¿Tiene el dolo alguna peculiaridad en estos casos?

Tomás Vives define el dolo como un compromiso contra el bien jurídico. Ello parece suponer un doble contenido: el conocimiento de lo que se hace y al menos la asunción de sus consecuencias, por más que ésta pueda venir determinada por la evidente peligrosidad de la acción que se decide llevar a cabo. Asistimos a una paulatina objetivización o, si se prefiere, normativización del concepto de dolo. Si me permiten la broma, les diré que el dolo se viene sometiendo desde el principio de la evolución de la teoría del delito a una especie de “streap-tease dogmático”. Ha ido perdiendo sucesivamente la voluntad de antijuridicidad, la conciencia de la antijuridicidad y la voluntad de realización de la conducta típica quedando reducido al actuar con conocimiento de la misma, elemento del que también acaba despojándose admitida la ignorancia deliberada como dolo eventual.

Lo cierto es que la consideración del dolo como compromiso significa que el sujeto no está dispuesto a evitar la conducta aunque conoce su peligrosidad para el bien jurídico. Pero que no está dispuesto a evitar la conducta, que está comprometido contra el bien jurídico no parece requerir de mayor demostración, por la sencilla razón de que la ha llevado a cabo. Y si, conociendo lo que hace -es decir, el significado (la acción no es el soporte del sentido sino el sentido mismo), lo ha llevado a cabo; entonces no hay que demostrar nada más. Pues bien, afirmar el conocimiento de una persona jurídica es algo perfectamente incardinable en el juego de lenguaje: la empresa sabía que no podía verter residuos, conocía que engañaba cuando afirmaba la primera calidad del material del apartamento que vendía o decidió no pagar el Impuesto de Sociedades cuya vigencia conocía perfectamente. Son expresiones enteramente comprensibles y que pertenecen no ya al lenguaje jurídico, sino incluso al común. Si el dolo no exige relación psicológica sino una decisión consciente de los riesgos que crea o incrementa y que va más allá de lo permitido; eso es justamente la característica de una toma de decisión que es exigible

prohibir a una empresa. Dolo y persona jurídica forman una relación perfectamente admitida por el lenguaje.

Y tampoco la imprudencia, como error vencible de tipo, es ajena a ello. Expresiones como “la empresa se debería haber dado cuenta de las consecuencias”, “debió conocer su obligación de pagar”, “nadie apreció la gravedad del hecho, cuando debían haber saltado las alarmas”, “se debió apreciar que no se habían adoptado medidas de seguridad para impedir el riesgo de los trabajadores” son frases normales en el lenguaje común que incluso atribuyen a la empresa la capacidad de “equivocarse”, de incurrir en un error vencible de tipo y, por consiguiente de cometer un imprudencia punible en los escasos supuestos en que ésta está prevista.

Por supuesto, la comprobación de que la empresa ha puesto en marcha un sistema de control para evitar la comisión de delitos será relevante para afirmar la ausencia de dolo y de imprudencia sólo si efectivamente puede determinarse que han hecho todo lo exigible para prevenir el hecho, lo que es completamente incompatible con una decisión adoptada por ella con conocimiento de su significado.

En definitiva, las empresas actúan, lo hacen de forma relevante e ilícita, de manera dolosa o imprudente, y sus actos les pueden ser reprochados. *Societas delinquere potest*.

7. Nos queda, por último, plantear otras cuestiones relacionadas con la expuesta y sobre las que no resulta posible pronunciarse. La primera es la actuación del empleado que actúa aprovechando su vinculación con la persona jurídica, afirmando que lo hace en nombre de la misma, pero no en beneficio de ésta sino en el propio. Por ejemplo, aprovecha fraudulentamente los datos del cliente que consigue abusando de la confianza de la víctima en la empresa. De alguna manera, todo el sistema de la compliance se adapta mucho mejor a este supuesto. Aquí sí hay un delito cometido por la persona física con un aprovechamiento fraudulento o abusivo de una doble confianza: la de la víctima en la empresa y la de la empresa en el autor que actúa en su nombre. Aquí sí podemos hablar de un fallo en el sistema de control, que puede dar lugar a una *culpa in eligendo* o in

vigilando. Afirmo, sin embargo, Frisch que no habría responsabilidad de la empresa porque tal imprudencia sería atípica.

Otra cuestión de indudable interés y actualidad es la de la eventual responsabilidad empresarial por el producto defectuoso y sus consecuencias; cuestión ésta tampoco prevista habitualmente como responsabilidad penal de la persona jurídica, pero de indudable trascendencia; piénsese en un accidente aéreo en el que pueda apreciarse una responsabilidad, normalmente por error vencible de tipo, de la compañía que no adoptó la vigilancia exigible, produciéndose un número considerable de víctimas mortales; o en la puesta en el mercado de alimentos o medicinas que no reúnan las condiciones necesarias y de las que derivan intoxicaciones y muertes. En este mismo momento asistimos en España a intoxicaciones mortales producidas por carne mechada en mal estado y clásicos son los casos del aceite de colza desnaturalizado o de la talidamida en Alemania. Son supuestos que suelen comenzar por imprudencias; pero que una vez detectados los riesgos y prohibidas las ventas de los productos cuya retirada del mercado se ordena, pueden convertirse en dolo cuanto menos eventual sino de consecuencias necesarias si se mantiene la presencia en el mercado. La imprevisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos contra la vida y la salud no permitirá dar la respuesta adecuada a todas las consecuencias de estas conductas ni, por tanto, apreciarlas adecuadamente como acciones significativas atribuibles a la persona jurídica. Salvo que se prevea expresamente la posibilidad de, al menos, apreciar su realización fuera del ámbito del riesgo permitido.

Obviamente no me es posible desarrollar estas cuestiones sobre las que resulta necesario reflexionar y que quizá podamos abarcar en el próximo Congreso. Termino agradeciendo muy sinceramente a los Pñres. Fernando Galvão Y Paolo Busato su amable invitación y a todos ustedes por su atención

Muito obrigado

Referências

- AGUILERA GORDILLO, R.: Compliance penal en España. Régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cizur Menor, 2018.
- ARTAZA VARELA, O.; la empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamento y límites. Madrid, 2013.
- BACIGALUPO SAGESSE, S.: La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Barcelona, 1998.
- BACIGALUPO SAGESSE, S.: La responsabilidad penal de los entes colectivos, en Homenaje al prof. Miguel Bajo, Madrid, 2016, pp. 21 ss.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOÓ SÁNCHEZ, B., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Cizur Menor, 2016.
- BAUCELLS LLADÓS: J.: Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico, en Estudios Penales y Criminológicos, 33, 2013, pp.175 ss.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A.: La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española, en Estudios Penales y Criminológicos, 33, 2013, pp.219 ss.
- BRANDÃO, N., JESUS, S.: Responsabilidad penal de las personas jurídicas<. El caso portugués, en Eguzkilore 28, 2014, pp.125ss.
- BUSATO, P.C.: Razões politico-criminais para a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, en Responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Seminario Brasil-Alemanha, 2018.
- BUSATO, P.C.: Lo que no se dice sobre criminal compliance, en Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, 1, 2017, pp.1ss.
- BUSATO, P.C.: Tres tesis sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, Valencia, 2019.
- CARBONELL MATEU, J.C.: Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Homenaje al Prof. Tomás S. Vives Antón, Valencia, 2009.

CARBONELL MATEU, J.C.: Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010, en Cuadernos de Política Criminal, 101, 2010, pp. 55s.

CARBONELL MATEU, J.C.; MORALES PRATS, F.: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Álvarez García, F.J., González Cussac, J.L.: Comentarios a la reforma penal de 2010, Valencia, 2010, pp. 55 ss..

COCA VILA, I., URIBE MANRIQUEZ, A.R., ATAHUAMAN PAUCAR, J., REYNA ALFARO, L.: Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas, Ciudad de México, Flores, 2017.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (dtor): Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Cizur Menor, 2013.

DIAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M.: ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?, en Libertas, 5, 2016, pp.31ss.

DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española, en InDret, 1, 2012.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: Imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica, en Molina, F.(coord.). Penal 2017, Lefevre, Madrid, 2016, pp.363ss.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: Responsabilidad penal de personas jurídicas, en Reforma Penal de 2010, Madrid, 2010, pp.11ss.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas, en La Ley penal, 40, 2007, pp.5 ss.

FERRÉ MARTÍNEZ, C.: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Barcelona, 2011.

FERREIRA CABRAL, R.L.: Dolo y lenguaje, Valencia, 2017.

GALÁN MUÑOZ, A.: La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la L.O. 5/2010: entre la hetero y la autorresponsabilidad, en Revista General de Derecho Penal 16, 2011, pp.1ss

GALÁN MUÑOZ, A.: Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la Reforma de la L.O.1/2015, Valencia, 2017.

GALÁN MUÑOZ, A., NUÑEZ CASTAÑO, E.: Manual de Derecho Penal económico y de la empresa, Valencia, 2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: La culpabilidad penal de la empresa, Madrid, 2005.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Montevideo-Buenos Aires, 2010 .

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal, en La Ley 7534, 2010, pp.1ss.

GOMEZ-JARA DÍEZ, C.: 8ed.): Modelos de autoresponsabilidad penal. Modelos contemporáneos, Pamplona, 2006.

GÓMEZ TOMILLO, M.: Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Cizur Menor, 2015.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31bis, ter, quáter y quinquis, en Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2ªed., Valencia, 2015, pp.151ss.

GONZÁLEZ SIERRA, P.: La imputación penal de las personas jurídicas, Valencia, 2014.

GRACIA MARTÍN, L.: La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Actualidad penal, 1993.

GRACIA MARTÍN, L.: Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica , en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2016.

HURTADO POZO, J., DEL ROSAL BLASCO, B., SIMONS VALLEJO, I.: La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada, Valencia, 2001

JUANES PECES, A. (Dtor.): Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas, Madrid, 2015.

LEÓN ALAPONT, J.: La responsabilidad penal de los partidos políticos, Valencia, 2019.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: El concepto “significativo” de dolo: un concepto volitivo normativo”, en Muñoz Conde, F. (dtor): Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita; Valencia, 2008, pp. 323 ss..

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: El error en la teoría jurídica del delito. Un estudio a la luz de la concepción significativa. Valencia, 2017.

MATALLÍN EVANGELIO, A.(dir.): Compliance y prevención de delitos de corrupción, Valencia, 2018.

MIR PUIG, S.: Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 06-01, 2004.

MORALES PRATS, F.: La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, supresión 33.7, 66bis, 129, 130.2 C.P.), en Quintero Olivares (dtor.): La Reforma penal de 2010: análisis y comentarios. Cizur Menor, 2010, pp. 45ss.

MORILLAS CUEVA, L.: La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Anales de Derecho, 29, 2011.

NAVARRO CARDOSO, F.: La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Especial referencia a la situación en Brasil, en Couto de Brito, A. (coord.): Direito penal e cidadania: parâmetros para um Código Penal responsável, Sao Paulo, 2019.

NIETO MARTÍN, A.: La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Madrid, 2008.

NIETO MARTÍN, A.: La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de 2010, en Revista Xurídica Galega 63, 2009, pp.47ss.

OXMAN, N.: El elemento volitivo del dolo. Una investigación de Derecho penal comparado y filosofía del lenguaje. Tesis doctoral, Universitat de València, 2016.

OXMAN, N.: Sistemas de imputación subjetiva en Derecho penal: el modelo anglosajón, Valencia, 2016.

- PALMA HERRERA, J.M., AGUILERA GORDILLO, R.: Compliance y responsabilidad penal corporativa, Cizur Menor, 2017.
- PÉREZ MACHÍO, A.I.: La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. A propósito de los programas de cumplimientos normativos como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva, Granada, 2017.
- PÉREZ MANZANO, M.: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Actualidad penal, 2, 1995, pp.15 ss.
- QUINTERO OLIVARES, G.; La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Comentario a la reforma penal de 2015, Cizur Menor, 2015, pp. 77ss.
- QUINTERO OLIVARES, G.: Art. 31 bis, art. 31ter, art. 31 quáter y art. 31 quinquies, en Comentarios al Código Penal español. Tm.I, Cizur Menor, 2016, pp. 375 ss.
- QUINTERO OLIVARES, G.: Los programas de cumplimiento normativo y el Derecho Penal, en Demetrio Crespo, Nieto Martín (dtres.): Derecho penal económico y Derechos Humanos, Valencia, 2018, pp.111 ss.
- RAGUÉS VALLÉS, R.: La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal. Madrid, 2017.
- RAMÓN RIBAS, E.: La persona jurídica en el Derecho penal. Responsabilidad civil y criminal de la empresa, Granada, 2009.
- ROBLES PLANAS, R.: Pena y persona jurídica: crítica al artículo 31 bis CP, en La Ley, 7705, 2011.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática, en Otrosí, 6, 2011 pp.7 ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.(dtor.): Criminalidad de empresa y “compliance”: prevención y reacciones corporativas, Barcelona, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: El artículo 31.2 del Código Penal: ¿responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de multa? En InDret, 2, 2006.

SOLÉ RAMÓN, A.M.: La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Hacia una nueva regulación de la persona jurídica como sujeto activo del Derecho penal y del proceso penal, en Revista General de Derecho Penal, 13, 2010.

TERRADILLOS BASOCO, J.M.: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Álvarez García, F.J.(dtor): Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012, Valencia, 2013 pp.171 ss.

TIEDEMANN, K.: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado, en Gómez Colomer, J.L., González Cussac, J.L.: La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann), Castellón, 1997, pp. 23 ss.

URRUELA MORA, A.: la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de lege data, en Estudios Penales y Criminológicos, 32, 2012, pp. 413 ss.

VIVES ANTÓN, T.S.: Fundamentos del sistema penal, 2ª ed., Valencia, 2011.

VIVES ANTÓN T.S.: Reexamen del dolo, en Muñoz Conde, F. (dtor): Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita; Valencia, 2008, pp. 369 ss..

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones, Valencia, 2008.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: *Societas delinquere potest* (análisis de la reforma operada en Código penal español por la LO 5/2010, de 2 de junio), en la Ley Penal, 76, 2010, pp.1ss.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y sus directivos, Valencia, 2013.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (dtres.): La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España, Cizur Menor, 2015.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: Bases para um modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Elcano, 2000.

Ações neutras e linguagem: diálogo crítico com a proposta subjetiva centrada na adesão ao delito do autor

*Paula Brener*¹

Introdução

O diálogo crítico sobre as diversas soluções para os problemas da dogmática penal tem o condão de proporcionar o aprimoramento científico contínuo dos institutos do sistema de imputação. Afinal, conforme Luís Greco, a “crítica é o *modus operandi* da ciência” (2014, p.11). O desenvolvimento da dogmática penal perpassa, portanto, pela construção e desconstrução de razões e argumentos para a melhor compreensão das categorias jurídicas da imputação e de seu rendimento prático.

Tendo em vista esses fundamentos, o presente trabalho se debruça sobre o sentido delitivo da cumplicidade através de ações neutras, estabelecendo um diálogo crítico com a proposta esboçada no trabalho “*O sentido da cumplicidade: uma visão crítica das chamadas ações neutras como grupo de casos da teoria da imputação objetiva*” de Paulo César Busato. Busca-se compreender de que forma a linguagem pode contribuir para a compreensão do comportamento do cúmplice. Assim, será analisada a proposta da teoria da ação significativa que aloca o sentido delitivo

¹ Advogada criminalista. Mestranda na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Graduada em Direito pela UFMG. Professora voluntária de Direito Penal na Faculdade de Direito da UFMG (2019). Professora convidada do Centro de Estudos em Direito e Negócios – CEDIN (2019).

no dolo significativo, ou seja, na pretensão de ilicitude, a qual será confrontada criticamente com as orientações funcionalistas, que localizam o sentido delitivo do comportamento do cúmplice no tipo objetivo.

A análise crítica dessas questões será desenvolvida a partir do estudo de um caso histórico, o qual, em razão de suas peculiaridades, tem o potencial de aclarar a compreensão dessa complexa discussão e das soluções propostas. Trata-se do caso da prisão do padre carmelita Dom Mario Frittita na Itália dos anos 1990, acusado pelo delito de favorecimento pessoal (*favvoreggiamento personale*) a um *boss* da máfia siciliana. Embora esse tipo penal positive hipótese de delito autônomo, seu núcleo se dirige ao auxílio, representando assim um paralelo interessante para a análise da cumplicidade.

O presente trabalho, inserido na pesquisa de mestrado da autora, esboça alguns dos resultados parciais dos estudos desenvolvidos até o momento. Defende-se que a determinação da responsabilidade do partícipe deve se orientar pelos critérios determinantes da responsabilidade em geral, encontrando sua referência também em pretensões normativas no plano do tipo. Em respeito ao princípio da responsabilidade pelo próprio injusto (autorresponsabilidade), a responsabilidade do partícipe deve se fundamentar no fato delitivo, percebido como obra que também lhe pertence.

Dessa forma, o trabalho se dividirá em cinco pontos. Inicialmente será feita a apresentação do caso, demonstrando seus pontos problemáticos e o seu potencial explicativo para a análise proposta. No segundo tópico será tratada a problemática das ações neutras em seus contornos gerias, pontuando alguns esclarecimentos terminológicos essenciais. Em um terceiro momento será apresentada a proposta da teoria da ação significativa de Paulo Busato, a qual propõe uma solução subjetiva à problemática, trazendo apontamentos originais sobre as novas formas de compreensão do dolo. No quarto tópico, serão tecidas as críticas à teoria apresentada, utilizando-se do caso Frittita para demonstrar como se desenvolveria o seu rendimento prático. Por fim, no quinto tópico, será apresentada a solução

no plano objetivo como um melhor caminho, que visa possibilitar a compreensão do sentido da própria conduta do interveniente. Afinal, uma contribuição que não apresenta qualquer sentido delitivo no plano objetivo, ou seja, não ultrapassa os limites do risco permitido e tão somente conforma um comportamento cotidianamente proporcionado por seu ofício, não sendo passível de punição.

1. O curioso caso Frittita

Em novembro de 1997 foi preso o Sacerdote de Palermo, o padre carmelita Dom Mario Frittita. Seu crime: ter encontrado, se comunicado e transmitido o sacramento da confissão ao *boss* mafioso, então fugitivo, Pietro Aglieri. No julgamento pelo rito abreviado no GIP² de Palermo, realizado em 1998, o pároco foi condenado por favorecimento à máfia (*favoreggiamento*, artigo 378 do Código Penal Italiano³), a uma pena de 2 anos e 4 meses. Sua absolvição somente foi declarada anos depois no juízo de apelação, Corte de Palermo, e reforçado pela Suprema Corte (*Cassazione*), em 2001.

O delito de favorecimento do Padre Frittita teria se configurado em função de suas visitas no refúgio secreto do *boss* da organização criminosa italiana Cosa Nostra⁴, Pietro Aglieri. Durante as visitas, o padre rezava missas particulares e ouvia a confissão do fugitivo, o que lhe traria paz de

² Órgão judicante italiano responsável pela investigação preliminar, a *Sezione dei Giudici per le Indagini Preliminari*.

³ “378. *Favoreggiamento personale. (indice) (torna all’art. 384)*

Chiunque, dopo che fu commesso un delitto per il quale la legge stabilisce la pena di morte 381 o l’ergastolo o la reclusione, e fuori dei casi di concorso nel medesimo, aiuta taluno a eludere le investigazioni dell’autorità, comprese quelle svolte da organi della Corte penale internazionale, o a sottrarsi alle ricerche effettuate dai medesimi soggetti, è punito con la reclusione fino a quattro anni”.

No Brasil, tem-se o seguinte tipo penal de favorecimento pessoal: “Art. 348 - Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão:

Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.”

⁴ Trata-se a Cosa Nostra da tradicional máfia da região da Sicília, a qual dá origem ao próprio termo Máfia. Suas origens remontam à própria história e unificação do estado italiano, sendo um complexo e desafiador fenômeno social. Na Itália, onde se adota uma abordagem sociológica no tipo penal das organizações de tipo mafioso, a Cosa Nostra é adotada como organização que representa o que se entende por máfia. Tomando-a como modelo, e, portanto, a única verdadeira máfia, as demais associações que a ela se assemelham passam a se amoldar ao tipo, donde o delito de “*associazione di tipo mafioso*”.

espírito⁵. Além disso, conforme apontado pela procuradoria em sua apelação à *Cassazione*, teria omitido das autoridades policiais relevantes informações para que fosse localizado ao *boss*.

O delito de *favoreggiamento*, similar ao delito de favorecimento pessoal do direito brasileiro, é um crime autônomo, cujo núcleo “auxiliar” – no caso italiano, “prestar ajuda” – não coincide com o auxílio enquanto forma de participação. Até mesmo porque o comportamento passível de ser imputado como participação necessariamente deve ocorrer em momento anterior à consumação do delito em questão. Atos realizados após a consumação não mais configuram participação, mas podem configurar o tipo penal autônomo do favorecimento pessoal. Não obstante, o potencial explicativo e a natureza emblemática do caso Frittita permitem aqui a sua utilização, em especial levando em conta que se amolda com perfeição aos elementos dos casos problemáticos das ações neutras: um aporte doloso que favorece ou possibilita a ação principal de um terceiro.

Assim, embora o favorecimento não seja participação, seu emprego analógico no presente trabalho permite uma compreensão dos problemas analisados com base em um substrato real, histórico e interessante. Opera, ainda, como será demonstrado à frente, para evidenciar um dos aspectos mais sensíveis das propostas de solução subjetivas para o problema das ações neutras: a inconsistência teórica de se debruçar sobre o significado da conduta do autor que auxilia terceiros, como no caso do delito de favorecimento pessoal, em contraposição à completa ausência de análise sobre o aspecto descritivo do auxílio prestado pelo partícipe.

Diante desse caso curioso e tragicômico – não obstante real –, o presente artigo procederá a uma crítica às teorias subjetivas da imputação da participação por ações neutras, buscando responder à pergunta: a contribuição do Padre Frittita possui sentido delitivo e, portanto, configura comportamento punível?

⁵ Nesse sentido a descrição de Petra Reski: “Assim, padre Frittitta também levou o senhor Deus até o esconderijo do mafioso Pietro Aglieri, que estava fugido da polícia. Lá, diante do altar da casa, ele rezou a missa para o assassino, ouviu-lhe a confissão e concedeu-lhe a absolvição.” (2010, p.86).

2. O problema da intervenção através de ações neutras

As ações neutras podem ser compreendidas como comportamentos que possibilitam ou favorecem um fato ilícito, as quais, por seu caráter cotidiano, ubíquo ou inerente às relações sociais, colocam-se em uma zona gris quanto à definição de sua punibilidade. Situam-se nas hipóteses de intervenção, ou seja, quando um delito é obra de mais de um sujeito autorresponsável. Nesses casos, especialmente em uma sociedade complexa e marcada por um intenso fluxo de trocas, é comum que um fato delitivo receba contribuições “não manifestamente puníveis”⁶. A doutrina tem há anos desenvolvido o debate sobre o tema, buscando determinar os critérios sob os quais tais comportamentos adquirem sentido delitivo e tornam-se, portanto, puníveis.

Essas intervenções, por seu caráter neutro, representam um desafio para a dogmática penal no que concerne à participação punível. Encontram-se inúmeras dificuldades para a definição das hipóteses de punibilidade e dos fundamentos para tanto, uma vez que sua conformação, aprioristicamente dentro do espectro da normalidade, colocam as ações neutras em uma zona cinzenta, carente de delimitação.

No Brasil, uma das soluções que adquiriu maior destaque foi a proposta de Paulo César Busato, a qual aloca no tipo subjetivo o pressuposto de punibilidade das ações neutras: a adesão ao delito do autor, ou o compromisso cognitivo que expressa o partícipe em sua contribuição. Em função de sua relevância no cenário nacional, o enfrentamento de seus argumentos se mostra de grande relevância, razão pela qual o presente trabalho se debruça sobre as propostas subjetivas para o problema das ações neutras.

⁶ GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.110.

2.1 Proposta subjetiva centrada na adesão ao delito do autor

Paulo César Busato esboça no trabalho “*O sentido da cumplicidade: uma visão crítica das chamadas ações neutras como grupo de casos da teoria da imputação objetiva*” uma teoria subjetiva da cumplicidade através de ações neutras, fundamentada na teoria da ação significativa. Busato defende a identificação subjetiva da natureza delitiva da ação, verificada na ideia de adesão ao feito do autor⁷. Deve-se reconhecer a identidade entre sentido delitivo e dolo normativo, alocando-o como elemento subjetivo do tipo no sentido de compromisso para a produção do resultado⁸.

Assim, o problema das ações neutras deveria ser resolvido no plano subjetivo, com base no dolo normativo. O que conformaria a punibilidade da cumplicidade em ações neutras seria a verificação da expressão, pelo cúmplice, de um sentido de adesão ao fato do autor, ou seja, de um compromisso cognitivo por parte do partícipe a esse fato. Ao deslocar o sentido delitivo da conduta do cúmplice para o plano do dolo, ainda que de um dolo normativo ou significativo, inicia-se a imputação da conduta ao partícipe diretamente do plano da ilicitude – para os adeptos à teoria da ação significativa, da pretensão de ilicitude.

Embora o sistema proposto pela teoria da ação significativa atribua à ilicitude as verificações de ordem axiológicas de identificação da conduta com uma realização do proibido, mantém no plano da ação típica os requisitos da imputação objetiva de risco permitido ou proibido. Essas categorias, contudo, não são consideradas relevantes na compreensão do significado da participação, restando sua aplicação restrita à figura do autor. Assim, dispensa-se a compreensão do comportamento do partícipe em um plano descritivo, deixando de lado qualquer verificação sobre a identificação significativa da conduta com o fato.

⁷ Na teoria de Busato: “O marco de determinação do desvalor da cumplicidade se situa em uma adesão à realização delitiva do autor que expressa não apenas uma vinculação objetiva a esta, mas uma conexão também subjetiva. (...) A identificação do que tem o sentido de tal adesão e uma valoração normativa da pretensão subjetiva de ilicitude, ou seja, de se existe ou não um compromisso com a produção do resultado. (2013, p.353).

⁸ Destaca-se: “É mais que evidente que esta fórmula de dimensão de sentido não é nada mais que uma análise normativa do dolo, segundo corretos critérios comunicacionais”. (2013, p.347).

Interessante observar que há nos tribunais posicionamento similar à teoria esboçada por Busato. No julgamento de um Habeas Corpus, no âmbito da Operação Zelotes, a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF1) analisou a participação de um advogado contratado para atuar perante o CARF, o qual havia realizado inclusive sustentações orais⁹. No caso, foi afastada a imputação por crime de corrupção (art. 333 do CP), adotando critério situado no tipo subjetivo. A corte voltou-se para a verificação acerca de se houve e, em caso positivo, de que forma, adesão do partícipe aos fatos delitivos do terceiro. Determinou-se o trancamento da ação pela ausência de descrição na denúncia da participação, identificada com adesão, conforme o excerto a seguir: “não deixando claro se ele aderiu ou participou da própria oferta indevida”¹⁰.

2.2 Crítica às teorias subjetivas

A proposta de Busato, ao alocar a solução no plano do dolo, acaba por levar à punibilidade de condutas inócuas, o que representa, em diversos casos, uma excessiva restrição à liberdade às relações interpessoais jurídico-negociais. É o que ocorre no caso Frittita. Ainda que, subjetivamente, o pároco se solidarize com a fuga do *boss* Pietro Aglieri, ou mesmo, eventualmente, com seus atos como *boss* da máfia; ainda que o pároco torça pelo sucesso da Coisa Nostra, suas condutas, em sua descrição objetiva, não passam de ações neutras não puníveis.

Sua contribuição – celebrar missas e transmitir o sacramento da confissão ao chefe da máfia – não possui qualquer relação objetiva de sentido delitivo, mesmo que o *boss* beneficie-se do aporte do padre sobre sua paz de espírito e do silêncio quanto ao seu esconderijo, para empenhar-se de forma ainda mais dedicada aos seus próprios crimes. Não importa a forma

⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região, quarta turma. Habeas Corpus nº 0050412-71.2017.4.01.0000/DF. Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes. Brasília, 05 de dezembro de 2017. e-DJF1, 19/12/2017.

¹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região, quarta turma. Habeas Corpus nº 0050412-71.2017.4.01.0000/DF. Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes. Brasília, 05 de dezembro de 2017. e-DJF1, 19/12/2017.

como o mafioso receba e se aproveite dos atos religiosos do pároco, tais atos não ultrapassam os limites do risco permitido e tão somente integram uma utilidade cotidianamente proporcionada por seu ofício.

Caso a análise das condutas de “auxílio” do Padre Frittita se iniciasse de seus elementos subjetivos, como na proposta esposada por Busato, poder-se-ia atribuir-lhes sentido delitivo como expressão de um compromisso cognitivo por parte do Padre. Tomando por base essa abordagem, sequer se levantaria o questionamento sobre a conformação do comportamento de Frittita como uma ação de “auxiliar”. Em outras palavras, não se pergunta sobre o que significa o auxílio, nem mesmo de um ponto de vista gramatical, muito menos semântico, e qual o grau de vinculação ou intensidade exigidos do comportamento para que se subsuma à compreensão de auxílio. Estaria, assim, configurada uma hipótese inaceitável de responsabilização pelo favorecimento, conformando uma política criminal endereçada a evitar solidarizações e não a lesões ou perigo de lesões a bens jurídicos.

Da mesma forma, o raciocínio empreendido sobre o caso Frittita pode ser desenvolvido na cumplicidade por ações neutras. Iniciar a imputação diretamente do elemento subjetivo, deixando de lado os elementos objetivos e descritivos, acaba por resultar na punição de intenções e desejos, o que é inadmissível para o direito penal. A proibição de ações normais e cotidianas tão somente em função de elementos psíquicos, com base apenas em intenções, consiste em restrição insuportável à liberdade e representaria apenas uma proibição simbólica, afinal, diante da ubiquidade que em geral caracteriza as ações neutras, causaria apenas uma simples modificação do curso principal pelo autor em buscar o aporte de outro indivíduo, não dotado de conhecimentos especiais (FRISCH, 2004, pp.305-306.).

Entende-se, portanto, que o critério subjetivo não é o mais adequado enquanto primeira etapa de análise e solução do problema das ações neutras. Por meio dele não se discute o fundamento do desvalor do comportamento que justifique a punibilidade das ações neutras,

observando-se apenas elementos subjetivos, o que acarreta uma inadmissível extensão da punibilidade a condutas inócuas. Destaca-se que o problema está em centralizar o fundamento de punibilidade a título de cumplicidade unicamente sobre o elemento subjetivo. Não se exclui a necessidade de sua verificação em um momento posterior da análise, mas não é sobre ele que se encontra o desvalor do comportamento ou seu fundamento de punibilidade.

Embora o crime seja uma unidade, realiza-se a sua estratificação para a operacionalidade da análise sobre a sua imputação ao indivíduo, conformando-se o conceito analítico de crime. A partir dessa estratificação, devem ser verificadas e superadas cada uma das etapas de análise para que se alcance a responsabilização. O salto para os critérios subjetivos somente pode significar que, objetivamente, se consideram supridos os requisitos de punibilidade da conduta, sob pena de acarretar a punição de condutas objetivamente inócuas. Sem a realização da análise sobre esses requisitos, acaba-se por punir indiferentemente deles, tão somente em função do dolo.

3. A cumplicidade através de ações neutras como um problema do tipo

A determinação da responsabilidade do partícipe deve se orientar pelos critérios determinantes da responsabilidade em geral, encontrando sua referência de sentido também em pretensões normativas no plano do tipo. Em respeito ao princípio da responsabilidade autônoma dos concorrentes, a responsabilidade do partícipe deve se fundamentar no fato delitivo, percebido como obra que também lhe pertence. Mais do que simplesmente causar o resultado desvalorado, conforme a disposição do artigo 29 do Código Penal brasileiro, o partícipe concorre para o resultado. Dessa forma, não é qualquer contribuição causal que conforma a participação, mas aquela que objetivamente possa ser compreendida como um ato de concurso, ou seja, que porte em si inequívoco sentido delitivo.

Conforme Robles Planas, “[q]uando em um mesmo fato concorrem os aportes de vários sujeitos, o fato se objetiviza, cobra um sentido independente de cada um dos sujeitos, de modo que, então, surge a possibilidade de nele intervir”¹¹ (2007, p. 15). A punibilidade dos intervenientes deve ser verificada conforme estabeleçam com o seu comportamento uma relação de sentido de vinculação ao fato. Trata-se de uma vinculação de caráter normativo, na qual a responsabilidade se deve à relação de pertencimento do sujeito em relação à obra típica. Dessa forma, a percepção dessa relação de sentido perpassa uma análise do fato objetivizado, verificando os elementos descritivos do comportamento do cúmplice e identificando o seu desvalor a partir dessa vinculação objetiva, e não apenas subjetiva.

A responsabilidade pelo próprio injusto exige que se verifique o desvalor também do comportamento do partícipe e não apenas o seu elemento subjetivo, ou termos de probabilidades e margens de riscos atribuídos a uma aprovação fundamentadora de um dolo normativo. Seja qual for a concepção de dolo adotada, volitivas ou cognitivas, baseadas em um conceito tipológico ou normativo, não se pode dispensar a análise de imputação objetiva.

Nas hipóteses de crime cometido por mais de um sujeito autorresponsável essa análise se desenvolve para além do critério do risco criado pelo comportamento dos intervenientes. São verificados, ainda, os critérios específicos para a determinação da responsabilidade na participação, como a modificação da própria organização para se amoldar ao fato delitivo. Esses critérios específicos, como aponta Mir Puig (2005), foram gradualmente sendo elaborados pela doutrina e inseridos no âmbito da imputação objetiva em um sentido amplo, uma vez que “tratam também de determinar quando se pode e quando não se pode imutar o fato a um sujeito cabe incluí-los em um sentido amplo, ou de segundo nível, da imputação objetiva” (MIR PUIG, 2005, p. 198).

¹¹ Tradução nossa do original: “Cuando en un mismo hecho concurren las aportaciones de varios sujetos, el hecho se objetiviza, cobra un sentido independiente de cada uno de los sujetos, de modo que entonces surge la posibilidad de intervenir en él”.

De tal sorte, antes de verificar o dolo exprimido pelo cúmplice, deve ser compreendido o seu comportamento. Também ao partícipe devem ser aplicados os requisitos de imputação de responsabilidade do plano da tipicidade, verificando-se se sua conduta integra o fato delitivo de forma necessária, se representa ou não a criação de um risco desvalorado, observados os demais critérios de exclusão apontados pela doutrina, como o princípio da confiança, a proibição de regresso, dentre outros.

A compreensão comunicativa do delito deve estender a linguagem na interpretação também aos atos do partícipe, buscando “fixar de modo objetivo o que é que significa um comportamento, se significa uma infração da norma ou algo inócuo” (JAKOBS, 1996, p. 53), essa compreensão independe do conhecimento do interveniente, de sua eventual solidariedade para com o resultado ou o seu dolo. Seguindo a posição de Frisch (2004, p. 260), deve-se realizar a análise do sentido, em um primeiro momento, no tipo objetivo, de modo independente do elemento subjetivo do sujeito, de forma a isentarem-se aportes conformes ao risco permitido, independentemente das intenções do interveniente. Somente ultrapassada essa análise e verificada a relação de sentido delitivo é que se passa ao tipo subjetivo.

Conforme reconhece o próprio Busato, “as valorações jurídicas só podem considerar ação dentro do marco do seu significado” (2010, p. 153). Dessa forma, um aporte cotidiano que represente uma utilidade permitida dentro de um espaço de risco permitido, independentemente do dolo do agente, não poderá ser objeto de responsabilização penal.

Conclusões

O diálogo crítico sobre as diversas soluções para os problemas da dogmática penal tem o condão de proporcionar o aprimoramento científico contínuo dos institutos do sistema de imputação afinal, conforme Luís Greco, a “crítica é o *modus operandi* da ciência” (2014, p.11). Portanto, o desenvolvimento da dogmática penal perpassa pela construção e

desconstrução de razões e argumentos para a melhor compreensão das categorias jurídicas da imputação e de seu rendimento prático.

A contraposição de argumentos esboçada no presente trabalho leva à conclusão de que as respostas oferecidas pelas teorias subjetivas para o problema das ações neutras, enquanto ponto de partida para a compreensão do comportamento do partícipe, acarreta a punição de ações inócuas, com fundamento apenas em intenções ou em suposta adesão ou aprovação fundamentada em margens de risco e probabilidades. Isso é verdade especialmente em uma sociedade marcada por relações interpessoais e negociais de grande complexidade, caracterizadas por intenso fluxo de trocas. Por meio dessas soluções, conforma-se um direito penal preventivo, cuja política criminal se orienta a evitar solidarizações e não a lesão ou concreto perigo de lesão a bens jurídicos, o que é inadmissível.

Conclui-se que, antes de analisar o dolo dos concorrentes, sejam eles autores ou partícipes, é preciso verificar os critérios gerais de responsabilidade no plano objetivo ou descritivo. A verificação do sentido do comportamento do indivíduo já no plano do risco permitido, contribui para a concreta compreensão do comportamento do partícipe, conforme aos princípios da legalidade e da responsabilidade pelo próprio injusto. Para além de aspectos subjetivos, a responsabilização deve se encontrar referenciada ao fato típico, que limita o direito penal, ampliando espaços de liberdade.

Referências

ARCHIVIO ADN AGENZIA. Mafia: Padre Frittitta, PG Cassazione chiede assoluzione: il processo si e' aperto oggi in V sezione penale. Publicado por ADNkronos. Disponível em: <http://www1.adnkronos.com/Archivio/AdnAgenzia/2001/05/03/Cronaca/MAFIA-PADRE-FRITTTITA-PG-CASSAZIONE-CHIEDE-ASSOLUZIONE_132500.php>. Acesso em: 01/09/2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região, quarta turma. Habeas Corpus nº 0050412-71.2017.4.01.0000/DF. Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes. Brasília, 05 de dezembro de 2017. e-DJF1, 19/12/2017.

- BUSATO, Paulo César. *Direito Penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- BUSATO, Paulo César. O sentido da cumplicidade: uma visão crítica das chamadas ações neutras como grupo de casos da teoria da imputação objetiva. *Revista Duc In Altum Caderno de Direito*, vol. 5, nº 8, jul-dez. 2013.
- BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. Tipicidade penal finalista e tipo de ação significativo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 9, n. 16, p. 147-180, jan./jun. 2017
- FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Trad. par. Joaquín Cuello Contreras e José Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 65-66.
- JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. par. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Editorial Civitas, 1996.
- LODATO, Saverio. Padre Mario Frittitta perde il pelo ma non il vizio. Publicado por Antimafia Duemila. Disponível em: < <http://www.antimafiaduemila.com/rubriche/saverio-lodato/73787-padre-mario-frittitta-perde-il-pelo-ma-non-il-vizio.html>>. Acesso em: 01/09/2019.
- LUCA, Lucio. Don Mario Frittitta, il carmelitano scalzo che confessava il padrino latitante. Publicado por La Repubblica. Disponível em: <https://www.repubblica.it/cronaca/2019/03/16/news/don_mario_il_carmelitano_scalzo_che_confessava_il_padrino_latitante-221699400/>. Acesso em: 01/09/2019.
- MIR PUIG, Santiago. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. Trad. par. Ricardo Breier. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 56, v. 13, p. 173-201, 2005.
- PUGLISI, Roberto. "Ho confessato un boss, lo rifarei": Padre Frittitta e la Kalsa. Publicado por LiveSicilia. Disponível em: <https://livesicilia.it/2017/01/22/ho-confessato-un-boss-lo-rifarei-padre-frittitta-e-la-kalsa_818916/>. Acesso em: 01/09/2019.

PUPPE, Ingeborg. Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal. Trad. par. Luis Greco, Beatriz Correa Camargo, Wagner Marteleto Filho, Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

RESKI, Petra. *Máfia: padrinhos, pizzarias e falsos padres*. Trad. par. André Delmonte. Rio de Janeiro: Tinta Negra Bazar Editorial, 2010.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007.

VIANA, Eduardo; Teixeira, Adriano. A imputação dolosa no caso do “racha em Berlim”. Comentários à decisão do Tribunal de Berlim. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 18, n. 73, p. 105-130, 2019.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org