

**UNIVERSIDADE GAMA FILHO
VICE-DIRETORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO E
ATIVIDADES COMPLEMENTARES
DOUTORADO EM DIREITO**

**O CARÁTER DELIMITADOR DO BEM JURÍDICO NA CONSTITUIÇÃO
DOGMÁTICA DO INJUSTO CRIMINAL:
uma perspectiva emancipatória do sujeito no sistema jurídico-penal**

Raimundo Araújo Neto

**Rio de Janeiro
2008**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**UNIVERSIDADE GAMA FILHO
VICE-DIRETORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO E
ATIVIDADES COMPLEMENTARES
DOUTORADO EM DIREITO**

**O CARÁTER DELIMITADOR DO BEM JURÍDICO NA CONSTITUIÇÃO
DOG MÁTICA DO INJUSTO CRIMINAL:
uma perspectiva emancipatória do sujeito no sistema jurídico-penal**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito, Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Área de concentração em Direito, Estado e Cidadania, Universidade Gama Filho.

Raimundo Araújo Neto

Orientador: Prof.º Dr. Juarez Tavares

**Rio de Janeiro
2008**

Raimundo Araújo Neto

Matrícula:

O caráter delimitador do bem jurídico na constituição dogmática do injusto criminal:
uma perspectiva emancipatória do sujeito no sistema jurídico-penal

Tese apresentada à Coordenação de Pós-Graduação e Atividades Complementares da Universidade Gama Filho como requisito parcial para a conclusão do Doutorado em Direito.

AVALIAÇÃO

1. CONTEÚDO

Grau: _____

Conceito: _____

2. FORMA

Grau: _____

Conceito: _____

3. GRAU FINAL

Grau: _____

Conceito: _____

AVALIADO POR

(Titulação e nome completo por extenso)

Assinatura

(Titulação e nome completo por extenso)

Assinatura

Rio de Janeiro, ____ de _____ de 2008;

(Nome completo do Coordenador do Curso)
Coordenador

Dedico este trabalho a minha família e Leiliane,
eles sabem por quê.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Prof. Dr., Juarez Tavares, meu orientador, por ter compreendido este momento da minha trajetória de vida

Referência bibliográfica

ARAÚJO NETO, Raimundo. **O caráter delimitador do bem jurídico na constituição dogmática do injusto criminal:** uma perspectiva emancipatória do sujeito no sistema jurídico-penal. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Coordenação de Pós-Graduação e Atividades Complementares, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.

Palavras-chave: Bem jurídico; Injusto penal; Sujeito.

RESUMO

Este trabalho transita por uma pesquisa bibliográfica com a proposta de revisão crítica dos fundamentos da ciência jurídico penal, sob o plano de uma compreensão discursiva e interdisciplinar das referências teóricas. A pesquisa acontece a partir da análise de conceitos que se relacionam diretamente como as variáveis do tema, através de uma perspectiva dialética das relações conceituais e do sujeito cognoscente. O trabalho divide-se em quatro capítulos. O primeiro versa sobre o confronto dos modelos metodológicos das escolas positiva e clássica do direito penal, submetidos ao método das ciências físico-naturais para o seu reexame na ciência criminal. O segundo resgata a noção de sujeito no plano do injusto criminal para construção de um conceito de crime ajustado aos fundamentos do Estado de direito democrático, onde a proteção da dignidade da pessoa humana é condição fundamental para a eficácia das normas criminais no plano social e político. O terceiro trata diretamente da relação tipo e ilicitude como base da teoria do injusto penal. Verificamos o conteúdo da norma penal sob a perspectiva de garantia do sujeito em detrimento do Estado. O quarto capítulo reconstrói a noção de bem jurídico – concebido em primeiro lugar como elemento imprescindível da estrutura do tipo -, considerando um elemento da própria condição do sujeito, agregado à norma penal como valor real de referência para o fim de demandar o pressuposto da lesão ou o perigo de lesão e orientar a formulação do tipo.

ABSTRAC

This paper carried by a literature search with the proposed critical review of the foundations of the criminal legal science, under the plan, an understanding discursive and the interdisciplinary theoretical references. The research, case from the analysis of concepts that relate directly to the variables of the theme, through a dialectical view of relations conceptual and subject knowledge. The work is divided into four chapters; the first concerns about the confrontation of the models methodology of the schools positively and classical criminal law, submitted to the method of the physical and natural sciences for your review in criminal science. The second recover the notion of the subject in terms of unjust criminal for construction of a concept of crime to set foundations of the democratic rule of law where the protection of human dignity is fundamental condition for the effectiveness of the criminal standards in social and political plan. The third comes from the relationship type and unlawful as a basis of the theory of unjust criminal. We check the contents of the criminal standard in terms of securing the subject at the expense of the State. The fourth chapter reconstructs the notion of juridic legal – a kind of firstly as a vital element of the structure - considering an element of the condition of the subject, Added to the standard criminal real value as a reference for the order to sue the assumption of injury or risk of injury and guide the formulation of the type.

Keywords: Juridic legal; Unjust criminal; Subject.

SINTEZZE

Questo documento portato da una letteratura di ricerca, con la proposta di revisione critica dei fondamenti della scienza giuridica penale, in base al piano, la comprensione e la discorsivo interdisciplinare riferimenti teorici. La ricerca, dal caso, l'analisi dei concetti che riguardano direttamente le variabili del tema, attraverso un rapporto dialettico di vista concettuale e soggetto della conoscenza. Il lavoro è diviso in quattro capitoli: il primo riguarda il confronto dei modelli metodologia delle scuole pozzitiva e classica del diritto penale, presentata al metodo delle scienze fisiche e naturali per la revisione nella scienza penale. La seconda recuperare la nozione di soggetto in termini di ingiusta penale per la costruzione di un concetto di criminalità per impostare le fondazioni di Stato di diritto democratico in cui la tutela della dignità umana è condizione fondamentale per l'efficacia delle norme penali nel piano sociale e político. Il terzo deriva dal tipo di rapporto e illegale come base della teoria della ingiusta penale. Noi verificiamo il contenuto della norma penale, in termini di garanzia dei soggetti a spese dello Stato. Il quarto capitolo ricostruisce la nozione giuridica di benne giuridica - una sorta di primo luogo come un elemento essenziale della struttura - un elemento di considerare la condizione del soggetto, Aggiunto allo standard penale valore reale come riferimento per la fine di citare in giudizio il presupposto del pregiudizio o rischio di lesioni e guida la formulazione del tipo.

Parola-chiave: Benne giuridica; Ingiusta penale; Soggetto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I. O DISCURSO METODOLÓGICO DA CONCEPÇÃO CIENTÍFICA: A CIÊNCIA JURÍDICO-CRIMINAL	14
1.1 CONCEPÇÃO METODOLÓGICA DA CIÊNCIA JURÍDICA	15
1.1.1 Escorço sobre o objeto	22
1.1.2 Concepção metodológica das escolas penais	26
1.2 A ESCOLA CLÁSSICA: O PROJETO INDIVIDUALISTA DA ESCOLA	32
1.2.1 Conceito de crime da Escola	34
1.2.2 Conceito de pena da Escola	37
1.2.3 Metodologia da Escola	38
1.3 ESCOLA POSITIVA: O PROJETO SOCIAL DA ESCOLA	39
1.3.1 Conceito de crime da Escola	44
1.3.2 Conceito de pena da Escola	47
1.3.3 Metodologia da Escola	52
CAPÍTULO II – O INJUSTO PENAL E UM NOVO PARADIGMA: O FLUXO DO TEMPO E A NOÇÃO DE SUJEITO	55
2.1 OS EFEITOS DA UNIVERSALIDADE METODOLÓGICA NA (RE)FUNDAÇÃO DOS PARADIGMAS.....	55
2.2 O FLUXO DO TEMPO: UM PARADOXO.....	61
2.3 EXCLUSÃO DO SUJEITO DO CONCEITO DE INJUSTO.....	71
2.4 O PROCESSO DE INCLUSÃO DO SUJEITO	79
CAPÍTULO III – CONDUTA TÍPICA: CONTRIBUIÇÃO EPISTEMOLÓGICA AO INJUSTO CRIMINAL	93
3.1 PRESSUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS: UNIVERSALIDADE E ESTABILIDADE DO CONCEITO.....	93
3.1.1 Universalidade do tipo de injusto	96
3.1.2 Resultado e dano no tipo de injusto	101
3.1.3 Ordem jurídica universal: unidade do tipo de injusto	103
3.1.4. Critérios de divisão do tipo de injusto	106
3.2. EVOLUÇÃO TEÓRICA DA TÍPICIDADE.....	108
3.2.1 (Re)visão dialética do tipo de injusto	108

3.2.2 Conceito de tipo	111
3.2.3 Evolução do conceito de tipo: a teoria causal	113
3.2.4 Concepção neokantista	115
3.2.5. Concepção finalista	117
3.2.6 Concepção da teoria social	121
3.2.7 Concepção funcionalista	123
3.3 ANÁLISE DO CONCEITO DE ILICITUDE	127
3.3.1 Constituição das causas de justificação	128
3.3.1.1 Concepção causal	129
3.3.1.2 Concepção neokantista	130
3.3.1.3 Concepção finalista.....	132
3.3.1.4 Concepção funcionalista.....	133
3.3.1.5 O processo de imputação.....	133
CAPÍTULO IV – A NOÇÃO DE BEM JURÍDICO NO TIPO DE INJUSTO: PERSPECTIVA EMANCIPATÓRIA DO SUJEITO	135
4.1 PERSPECTIVAS CONCEITUAIS DO BEM JURÍDICO	135
4.2 ESCORÇO SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NOÇÃO DE BEM JURÍDICO	137
4.3 VERSÃO ILUMINISTA DA NOÇÃO DE BEM JURÍDICO	141
4.4 FEUERBACH	144
4.5 BIRNBAUM	146
4. 6 A ELABORAÇÃO DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO	148
4.6.1 Positivismo	152
4.6.2 Neokantismo	155
4.6.3 Ontologismo	158
4.6.4 Funcionalismo	161
4.7 CONCEPÇÃO DE JUAREZ TAVARES: UMA PERSPECTIVA CRÍTICA	164
4.8 CONCEPÇÃO DE ZAFFARONI	167
4.9 CONCEPÇÃO DE DOLCINI E MARINUCCI	170
4.10 BEM JURÍDICO E OBJETO DA AÇÃO	171
4.11 BEM JURÍDICO E INJUSTO CRIMINAL: UMA EMANCIPAÇÃO PROMETIDA .	173
CONCLUSÃO	175
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	179

INTRODUÇÃO

O tema nos remete imediatamente a três reflexões, sob as quais, gira a pesquisa: bem jurídico, injusto criminal e sujeito. O objeto da angústia que impulsionou a pesquisa se originou da perplexidade acerca do questionamento sobre os meios eficazes para delimitar o processo de intervenção estatal na tutela de bens jurídicos que não encerrasse um caráter eminentemente pessoal, sem que desconstituísse as conquistas de garantias dos direitos fundamentais e da proteção da dignidade da pessoa humana.

A pesquisa acontece no plano teórico a partir do exame dos conceitos que se relacionam diretamente como as variáveis do tema, através de uma perspectiva dialética das relações conceituais e do sujeito cognoscente.

A investigação segue uma linha teórica que compreende o direito como experiência, interagindo interdisciplinarmente, mas com um foco na concepção científica. Significa dizer que o direito é produto de uma teoria científica que se desenvolve a partir do século XVII e XVIII, quando adquire um perfil científico com a física newtoniana, principalmente. A partir daí, a teoria científica, efetivamente, se afirma como ciência moderna com a aceitação dos seus requisitos fundamentais: a determinação de um objeto, para apreciação da investigação científica, a escolha de um método para realização do exame sobre o objeto para, conseqüentemente, extrair uma verdade, absoluta e imutável. A ciência jurídico-penal surge da teoria científica moderna.

Desenvolvemos ao longo da pesquisa duas referências terminológicas delimitadoras de passagens históricas da formação do pensamento – enquanto teoria do conhecimento - humano: modernidade e pós-modernidade. A modernidade se caracteriza pelo processo científico que se inicia com o apogeu da física de Isaac Newton, no século XVIII. A pós-modernidade tem como fato histórico que marca sua celebração o advento da “teoria do não equilíbrio” de Ilya Prigogine, na década de sessenta e setenta do século XX, até nossos dias. Evidente que a “teoria da relatividade” de Albert Einstein dá um novo perfil à teoria científica moderna, mas não altera os fundamentos da ciência moderna: solidez, certeza e estabilidade. Prigogine (1996) rompe os fundamentos da teoria científica moderna, ao demonstrar que não há certeza absoluta e a instabilidade pode ser demonstrada pelos efeitos irreversíveis de alguns fenômenos, através do que o autor denomina “processo de não equilíbrio”.

A teoria do bem jurídico é um tema inspirado na concepção de ciência moderna e se inicia com a descoberta e/ou criação do conceito de direitos subjetivos desenvolvido por Feuerbach nos idos de 1801, emprestado do direito privado de Jhering e da filosofia política

do Iluminismo. O suporte teórico do conceito de direito subjetivo de Feuerbach foi o contrato social assentado na liberdade abstrata de contratar do sujeito. Por esta razão o autor considerava bens jurídicos o conjunto de direitos privados ou individuais dos seus respectivos titulares. (NAVARRETE, 2000, p. 331). A perspectiva de Feuerbach é a liberdade individual do Estado liberal.

A virada do conceito de direitos subjetivos para o conceito de “bem” ocorre com Birnbaum, em 1834. Birnaum introduz o conceito de bem, como substância retirada da natureza das coisas, para que pudesse ser objetivada e tutelada pelo direito penal. (NAVARRETE, 2000, p. 331).

Após a descoberta da noção de bem jurídico pelos precursores acima referidos, várias acepções surgiram, desde “interesse juridicamente protegido”, “valores éticos/sociais”, “bem vital da comunidade”, todos em busca de estabelecer uma substância material quantificável – influência da ciência moderna do século XIX – para materializar o conceito de crime. Assim, o bem jurídico adquire uma substância material como medida da pena. O crime passa a se caracterizar como ofensa ou perigo ao bem jurídico. Assim, o bem jurídico é o fundamento da aplicação da pena.

Posteriormente, o bem jurídico adquire um perfil ontológico ou metodológico, que se caracteriza pela incriminação da antisociabilidade. Esta corrente também entende que o bem jurídico deve se afirmar como método de interpretação da norma.

Na pós-modernidade e, sob a influência, na política, do Estado mínimo; na teoria do conhecimento, da epistemologia funcional sistêmica, o conceito de bem jurídico é esvaziado. O crime é uma disfunção do sistema punitivo, por isto se caracteriza como infração à norma. A pena é o momento de reforçar a fidelidade à norma e determinar a regularidade do sistema penal.

Pretendemos demonstrar na investigação que o bem jurídico é um elemento da própria condição do sujeito e da sua projeção social e, por isto, deve ser compreendido como um valor que se incorpora à norma como objeto de referência real, constituindo, pois, a estrutura primária do tipo penal. O objeto de referência real é o pressuposto de lesão ou de perigo de lesão, que fundamenta o processo de delimitação da intervenção estatal na incriminação de condutas. (TAVARES, 2000, p. 179) A partir de uma visão estritamente pessoal da noção de bem jurídico, este não pode ser confundido com o objeto da ação, porque não é uma coisa ou uma pessoa, mas como característica dessa pessoa e das suas relações sociais. Portanto, antes de fundamentar a incriminação, o bem jurídico é um elemento que delimita este processo.

Podemos apontar três objetivos principais para a investigação do conceito de bem jurídico:

a) Esclarecer a necessidade de uma conexão da teoria dos direitos fundamentais de proteção da dignidade humana a uma antropologia fundamental para institucionalização do novo discurso jurídico-penal delimitador da intervenção penal seja no processo legiferante ou etapa de imputação. Desta forma, o saber penal somente será legítimo quando se fundar nos direitos fundamentais da pessoa humana, erigidos em uma antropologia fundamental que confere ao sujeito o atributo de fonte de todo o direito.

b) Demonstrar que os fatores motivadores da tomada de consciência jurídica para realização do processo seletivo dos valores agregados às relações sociais para alçá-los à condição de bem jurídico numa sociedade de classe ou de risco, conforme as teorias de natureza funcionalistas – sistêmica e positivista - são ineficazes e discriminatórias.

c) Sob o aspecto exclusivamente normativo, demonstrar que as teorias jurídico-penais que identificam o bem jurídico como valor delimitador da norma penal para a elaboração do injusto é dogmaticamente capaz de legitimar o sistema criminal e institucionalizar uma perspectiva emancipatória do sujeito.

Para o exame do injusto criminal verificamos em primeiro lugar a estrutura metodológica no âmbito da teoria científica geral e, especificamente, na ciência jurídico-penal. Percorremos o discurso metodológico nas duas bases que suportam a formação do pensamento, o empirismo e o racionalismo. No injusto criminal, iniciamos com a investigação das duas escolas penais, precursoras do modelo metodológico da ciência criminal: escola clássica e escola positiva. O passo seguinte foi a análise da influência do novo paradigma da ciência pós-moderna na formulação teórica do injusto criminal. O novo paradigma problematizamos, preferentemente os efeitos da universalidade metodológica na (re)fundação do conceito de injusto criminal. Deparamos-nos com o paradoxo do tempo, que rompe com o paradigma da ciência moderna referente à estabilidade do conhecimento científico, considerando-se a certeza da reversibilidade dos fenômenos. A noção de sujeito é resgatada, a partir da sua capacidade de ação, que se revela como condição de sua interação no mundo da vida.

Afinal, a conduta típica é examinada sob o reflexo do novo paradigma da teoria científica pós-moderna. Para este desiderato revisamos a evolução histórica do conceito de tipo, desde a concepção neokantiana até a funcionalista. O conceito de ilicitude é também revisto. O processo de imputação é examinado sob o princípio garantista de proteção da dignidade da pessoa humana. Assim podemos apontar o marco teórico a partir da concepção

de injusto criminal e de bem jurídico desenvolvido por Juarez Tavares na obra “teoria do injusto penal”.

Sistematicamente o trabalho se desenvolve em quatro capítulos. O primeiro trata da metodologia das escolas clássica e positiva do direito penal. Confronta-se os modelos metodológicos das escolas, submetidos ao tratamento universal do método das ciências físico-naturais para o seu (re)exame na ciência criminal.

O segundo resgata a noção de sujeito no plano do injusto criminal para construção de um conceito de crime ajustado aos fundamentos do Estado de direito democrático, onde a proteção da dignidade da pessoa humana é condição fundamental para a eficácia das normas criminais no plano social e político.

O terceiro trata diretamente da relação tipo e ilicitude como base da teoria do injusto penal. Verificamos o conteúdo da norma penal sob a perspectiva de garantia do sujeito em detrimento do Estado. Ou seja, a norma é um instrumento de delimitação da intervenção estatal no plano das liberdades individuais, compreendida a partir da relação discursiva, composta de uma linguagem comum.

O quarto capítulo (re)constrói a noção de bem jurídico – concebido em primeiro lugar como elemento imprescindível da estrutura do tipo -, considerando um elemento da própria condição do sujeito, agregado à norma penal como valor real de referência para o fim de demandar o pressuposto da lesão ou o perigo de lesão e orientar a formulação do tipo. O bem jurídico se conforma como delimitação da incriminação penal.

A investigação transcorre pela pesquisa bibliográfica com a proposta de revisão crítica dos fundamentos da ciência jurídico penal, sob o plano de uma compreensão discursiva e interdisciplinar das referências teóricas.

CAPÍTULO I. O DISCURSO METODOLÓGICO DA CONCEPÇÃO CIENTÍFICA: A CIÊNCIA JURÍDICO-CRIMINAL

1.1 CONCEPÇÃO METODOLÓGICA DA CIÊNCIA JURÍDICA

A ciência do direito percorre a mesma trajetória da teoria científica em busca da fundação do seu processo¹ – e até mesmo da sua identidade – de cientificidade. A característica deste processo se dá pelo paradoxo que ocorre no enlace de continuidade entre concepções científicas distintas, mesmo que não antagônicas, por si apoiarem nas mesmas categorias fundacionais. Queremos dizer que a despeito dos diversos modelos de ciência, com as mais variadas especificidades dos seus objetos de investigação o campo em que fundam suas teorias para aquisição do conhecimento é o corpo social.

Negamos o antagonismo entre as diversas teorias científicas porque partimos da premissa que qualquer ciência tem por objeto² a pessoa humana em sua plenitude. A semelhança do processo de (auto) afirmação científica – ou de cientificidade - de concepções epistemológicas diversas se convergem no campo da acepção metodológica. Vislumbramos esta convergência no curso da pretensão universalizante do método, tendência que ainda domina o pensamento científico, como já expomos anteriormente. Por isto, seja no modelo empírico seja no racionalista, concepções por onde transita a ciência do direito, viceja a unidade metodológica.³

Já expusemos em tópicos anteriores que sob a órbita da universalidade metodológica se construiu a concepção epistemológica da teoria científica moderna, o que por si nega a

¹ Piaget entende que o conhecimento é um processo, é um vir a ser em constante formação. Diz o autor: “Realmente, se todo conhecimento é sempre um vir a ser e consiste em passar de um conhecimento menor para um estado mais completo e mais eficaz, é claro que se trata de conhecer esse vir a ser e de analisá-lo da maneira mais exata possível. Entretanto, esse vir a ser não decorre do acaso, mas constitui um desenvolvimento e como não existe, em nenhum domínio cognitivo, começo absoluto até o desenvolvimento, este mesmo deve ser examinado desde os estágios denominados de formação [...]”. (PIAGET, 1978. p. 12).

² Ao defendermos que o objeto da ciência é a pessoa humana, significa que diferenciamos o objeto da pesquisa científica do objeto da ciência. Por objeto da pesquisa científica se entende o corpus específico investigado. No plano em que a concepção científica maneja o método empírico é a própria coisa demonstrada ou a realidade objetivada; no plano da concepção metafísica é o pensamento idealizado que se objetiva no conceito, ou que se extrai do ser. No direito penal o objeto da pesquisa científica pode ser a norma. No entanto, o objeto da ciência penal é o sujeito.

³ “Já lá se vão quatro séculos de busca do método universal. Nos dois primeiros se tentava obtê-lo através de artifícios racionais, empíricos e retóricos, elaborados pelos idealistas, materialistas e positivistas, evoluindo daí em variantes. A conquista do método universal trouxe um sem-número de prejuízos, por insistir na tarefa imprópria de levar o método científico aos assuntos sociais, humanos, artísticos, religiosos, enfim”. CUNHA, 1998. p 31).

racionalidade científica, em virtude de romper a autonomia das propriedades particulares do objeto da investigação – trataremos adiante na análise do objeto da ciência do direito. Ora, ao negar as propriedades do objeto cria uma falsa percepção de um objeto estável e constrói uma verdade absoluta – universal – em razão da substituição do observador pelo método e, afinal pela exclusão da noção de tempo para se ocultar a instabilidade do objeto. Nestes pilares foram montados os mecanismos de fundação da ciência do direito penal.

A racionalidade jurídica que se estabelece na construção da moderna ciência do direito se apóia em categorias imutáveis originárias das percepções dos fenômenos naturais.⁴

A ciência do direito penal também segue a senda do método universal para abrigar a estabilidade da sua concepção epistemológica e produzir a verdade de seus cânones jurídicos. Convém esclarecer que a delimitação da nossa investigação é infirmar a tese da universalidade metodológica como paradigma de verdade científica absoluta independentemente, dos modelos metodológicos que ao longo da história perpassam a ciência, do direito.

Juarez Tavares (2000, p. 23) alerta que:

a ciência jurídica sempre buscou uma solução definitiva para seus problemas, mediante fórmulas certas e irretocáveis. É a perseguição constante da estabilidade, como superação do complexo, do contraditório e do desconhecido. Este fenômeno não lhe é, porém, exclusivo, senão a extensão do significado da ciência em geral, que se desenvolve com maior rigor na modernidade.

Passaremos ao largo da discussão ingênua sobre as características ou a natureza da dogmática⁵ penal que, segundo as correntes do pensamento jurídico a distinguem da ciência do direito penal e a estabelecem como método⁶ – corrente coerente com a sua natureza – e

⁴ A noção positivista da ciência do direito é uma conseqüência do conceito positivista da ciência em geral e “caracteriza-se pelo seu empenho em banir toda a ‘metafísica’ do mundo da ciência e em restringir rigorosamente esta última aos ‘factos’ e às leis desses ‘factos’, considerados empíricos. O que, abstraindo da lógica e da matemática, é susceptível de conhecimento científico são, na concepção positivista, os ‘fatos’ sensíveis, juntamente com as ‘leis’ que neles se manifestam e se comprovam na experimentação. Nesta postura revela-se como paradigmático o modelo das ciências ‘exactas’ da natureza. Nessa medida, o positivismo é um ‘naturalismo’. A ciência do direito será assim erigida em ‘verdadeira ciência’ quando, tal como a ciência da natureza, se fundar sobre factos indubitáveis”. (LARENZ, 1997, p. 46, grifo do autor).

⁵ Edmundo Arruda, perseguindo uma ótica política e/ou sociológica do direito, mas apontando para um resgate da dogmática jurídica, como instrumento de garantia do cidadão no estado moderno liberal, prega o autor a necessidade de se rememorar o processo das experiências históricas que implicaram em “metamorfoses da dogmática jurídica”. Desta forma diz o autor: “a racionalidade técnica não é, necessariamente, antiemancipatória. Nos países periféricos do Sul, de frágil tradição democrática, e hoje sob o impacto das políticas neoliberais, a defesa do estado de direito atesta urgência e progresso. Esse mínimo de racionalidade jurídica pode ser revolucionário para a luta contra a barbárie”. (ARRUDA JUNIOR, 1997. p. 54).

⁶ “El método del derecho penal es el que predomina en la ciencia jurídica en general, esto es, el llamado *método dogmático*, con el cual nuestra disciplina ha alcanzado un enorme y fecundo desarrollo”. (ZAFFARONI, 1998. p. 278, grifo do autor). Ver também (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999, p. 163).

outras que a confundem com a própria ciência penal. Dogma não se transforma em ciência. O dogma tem a função de abstrair as contradições. É impossível a construção de um *corpus* científico absolutamente isento de contradição.

A afirmação de cientificidade do direito penal moderno tem seu marco nas concepções metodológicas de Savigny que fixa critérios objetivo/sistemáticos para o procedimento de interpretação da norma jurídica, com a identificação dos elementos gramatical, lógico, histórico e sistemático. No entanto, o desenvolvimento das concepções jusnaturalistas, que passam por Savigny encontram também sólida permanência metodológica na jurisprudência dos interesses⁷ que tem em Jhering um dos seus fundadores. Com Jhering se difunde o método dogmático do saber penal, de tormentoso debate.⁸ É sintomático e inseparável o apego da ciência do direito e do direito penal em especial aos princípios e fundamentos das ciências naturais.

Este sintoma é transparente como véu d'água na estrutura do pensamento científico do Direito, o que significa a importação do método das ciências naturais para o Direito, e que é reproduzido ao longo do processo histórico, até mesmo por cientistas do direito identificados com a transformação social – modelo garantista do direito no estado democrático/constitucional - que deve ser implementada pelos processos jurídicos. Esta já é uma tendência universalizadora⁹ do método.

O discurso empreendido pela metodologia dogmática é sedutor, como qualquer discurso hegemônico de poder, a ponto de seduzir autor da envergadura de Zaffaroni que partilha do modelo dogmático de metodologia, e o reconhece como similar ao das “ciências consagradas”, por suas palavras:

Traduzido na forma sintética, o método dogmático consiste numa análise da letra do texto, em sua decomposição analítica em elementos (unidades ou dogmas) e na reconstrução destes elementos em forma coerente, tudo o que produz como resultado uma construção ou teoria. A denominação de “dogmática”, devida a

⁷ LARENZ nas pegadas de HECK diz que “A Jurisprudência dos interesses considera o Direito como ‘tutela de interesses’. Significa isto que os preceitos legislativos ‘não visam apenas delimitar interesses, mas são em si próprios produtos de interesses. As leis são ‘as resultantes dos interesses de ordem material, nacional, religiosa e ética, que, em cada comunidade jurídica, se contrapõem uns aos outros e lutam pelo seu reconhecimento’”. (LARENZ, 1997, p. 65, grifo do autor).

⁸ “Atualmente o método mais difundido no saber penal é o *dogmático*, a tal ponto que se costuma identificar a “ciência penal” com a “dogmática penal”. A exposição do método dogmático foi mérito do jurista alemão Rudolf von Jhering (181-1892), surgindo no âmbito do direito privado”. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999. p. 164, grifo do autor).

⁹ Andrade afirma que “embora a apreensão da diversidade regional e contextual no funcionamento dos sistemas penais e da Dogmática Penal seja um problema que não pode ser abordado senão historicamente a apreensão da universalidade estrutural de seu funcionamento como “modelos” hegemônicos que são, é um problema que só pode ser abordado teórica e globalmente”. (ANDRADE, 1997. p. 35).

Jhering, tem um sentido metafórico, porque o intérprete não pode alterar esses elementos, devendo respeitá-los como “dogmas”, tal como lhe são revelados pelo legislador, o que é um princípio básico que deve orientar a tarefa da ciência jurídica: o intérprete não pode alterar o conteúdo da lei. (ZAFFARONI, 1999, p.164).

Nesta dimensão metodológica da dogmática o professor Argentino hierarquiza três regras básicas para sistematizar seu conteúdo e proporcionar a estabilidade de sua prática:

a) *completude lógica*, quer dizer, que não seja interiormente contraditória. [...] b) *compatibilidade legal*, ou seja, que não possa imotivadamente postular decisões contrária à lei. Tal regra não deve ser entendida qual servilismo exegético para com a letra da lei subordinada: a construção deve considerar, antes de mais nada, a Constituição e o direito internacional dos Direitos Humanos; a compatibilização deve privilegiar a lei constitucional e internacional; c) *harmonia jurídica*, também chamada de *lei da estética jurídica*, segundo a qual a construção deve ser simétrica, não porém artificiosa ou amaneirada, e mostrar certa *grâce du naturel*. (ZAFFARONI, 2003, p. 152, grifo nosso).

O que se percebe é que o método dogmático, em quaisquer de suas vertentes, detém uma estrutura lógica incorporada das ciências naturais, primeiro porque possui como *standart* objetivar as relações sociais e todos os demais valores para cristalizá-los no conteúdo da norma penal. Ora, cristalizados os valores pelo conteúdo normativo, estes passam a ser manipulados como coisas e, portanto, podem ser *geometrizados*,¹⁰ isto é, passam a constituir-se quantitativamente. É a institucionalização do método *more geométrico*¹¹ para *medição* do objeto da investigação do direito penal.

Este processo de objetivação, enquanto quantificação dos valores sócio/humanitários tende a universalizar o fenômeno jurídico, objeto de investigação do direito penal, cristalizado na norma – buscando institucionalizar formalmente um modelo metodológico que imunize a instabilidade provocada pela mutação das relações sociais. Portanto, o método dogmático prescinde do exame dos valores¹² existentes nas relações sociais – mesmo que o valor não seja exclusividade das ciências sociais – para estabelecer uma verdade intangível, revelada.

¹⁰ Ovídio Baptista analisando a perspectiva metodológica empreendida por Montesquieu e pelo pensamento dominante do século XVIII diz que: “A crença de que o direito deveria possuir, como a matemática, uma *estrutura* objetiva que o arbítrio não poderia mudar; [...] Segundo ele, afirmar que nada existe de justo nem de injusto fora do que ordenam ou defendem as leis positivas é o mesmo que dizer que antes de ser traçado um círculo seus raios não eram todos iguais. Essa analogia entre a moral, o direito e a geometria foi, a idéia predominante no pensamento dos filósofos do século XVIII”. (SILVA, 2004. p. 86). Ver também Cassirer, (1992).

¹¹ A expressão *more geométrico* foi cunhada de. Silva (2004).

¹² “La circunstancia de que una ciencia verifique la existencia de valoraciones dadas y precise su alcance, no autoriza a que se la llame ‘ciencia valorativa’, expresión que denota una *contradictio in erminis*, porque la actividad valorativa misma nunca puede ser científica, debido a su inverificabilidad”. (ZAFFARONI, 1998. p. 280).

A advertência sobre a axiomatização da ciência do direito conduzida pelos defensores do método dogmático para desviar a construção da sua concepção teórica se encontra também em Warat, que alerta, os dogmáticos que formulam uma teoria geral do direito, expressam-na com os atributos de axiomatização e cientificidade, com a afirmação de que o raciocínio jurídico se amolda às regras da lógica estrita e formal, buscando recobrir a atividade teórica do Direito com a auréola prestigiosa que estas atividades envolvem. Obtém-se, assim, um efeito de objetividade dos juízos de valor, dos argumentos persuasivos e dos tópicos. (WARAT, 1995, p. 38).

Todo este processo de institucionalização do método dogmático através, principalmente, da blindagem da mutação das relações sociais, e os demais fatores que já expusemos, se solidificam, pois, pela neutralização do real para afirmação conceitual. Vale ressaltar que não negamos a especificidade teórico/conceitual da ciência do direito, mas nos afastamos da suficiência absoluta do conceito. Neste aspecto podemos fazer coro com Ovidio Baptista quando afirma que:

nossos juristas, com perfeita naturalidade, cuidam de descobrir a “natureza” dos conceitos, tratando-os como realidades. A partir desta observação, é possível avaliar os profundos compromissos de nosso direito [...] com as epistemologias das ciências exatas. A formalização do direito, como se vê em Savigny, ao buscar segurança pela via da formalização do jurídico, pretendia fugir da contingência do mundo real, das incertezas inerentes à vida humana. (SILVA, 2004, p. 70).

Vislumbra-se sem dispêndio de esforço um “frenesi” na aura do pensamento jurídico para transformar a ciência do direito em apêndice das ciências naturais a ponto de Larenz mencionar certa “ciência prática do direito” que objetiva capacitar o julgador de elementos causais para decidir, que sob a ótica de Heck denomina-se “teoria genética dos interesses”. Dessa forma:

se os interesses encontrados pelo legislador, qualquer que seja a sua natureza, constituem as verdadeiras <<causas>> do preceito legal (e não apenas a ocasião para o legislador de os regular de um ou de outra maneira), então há que descobrir precisamente essas causas para se entender correctamente os preceitos, enquanto <<efeitos>> seus. (LARENZ, 1997, p. 67, grifo do autor).

Pois bem, busca-se a qualquer custo um critério procedimental para dotar a ciência do direito de um caráter demonstrativo: só é ciência o produto da demonstração. Assim caminha o projeto da modernidade científica do direito, sob o signo do “dever ser”, mas alçando ser o signo do “ser”.

A partir da dicotomia conceitual realizada por Kant estabelecendo a classificação das ciências entre **ser** e **dever ser** se instaura a ruptura no direito entre a realidade –

valorações fáticas – e a prescrição normativa.¹³ Desta forma, se reduz o objeto da ciência do direito ao exclusivo conteúdo normativo que, mesmo em concepções como a de Miguel Reale conceba valorações a partir da relação fática, de outro lado, nega a sua própria tridimensionalidade quando condiciona o estudo dos valores à deontologia jurídica e dos fatos à sociologia jurídica.(REALE, 1996, p. 578-614). Este rompimento comandou o processo de sedimentação do racionalismo que objetiva concentrar no conceito¹⁴ que está encartado na norma toda intersubjetividade das relações sociais. É neste ambiente que se formou o “mundo jurídico”, de que tanto falava Pontes de Miranda, significando o espaço criado pelas doutrinas políticas liberais para excluir o jurista do “mundo social”. (SILVA, 2004, p. 50).

A inscrição da metodologia dogmática distinguindo as epistemologias do *ser* e do *dever ser* tem sido perversa na prática jurídica.

Sua aplicação estritamente limitada às leis clássica (completude lógica e compatibilidade legal), a restrição de dados para interpretar, reduzindo-os aos normativos (dever ser), a refutação de dados do ser ou sua seleção arbitrária e a incorporação de dados do dever ser como se procedessem da realidade (confusão dos planos normativo e ôntico) permitem construções especulativas conceituais que possibilitam a imposição de penas a fatos que não são ações nem são lesivos; que todo resultado seja considerado previsível; que de todo comportamento se deduza insurgência quanto a um valor jurídico; que todo vulnerável seja tido como perigoso; que todo dissidente seja considerado inimigo do estado ou da sociedade; que toda lesão seja vista como censurável; ou ainda que toda censura alcance a máxima entidade.(ZAFFARONI et al. 2003, p. 155).

Embora o debate acerca da implicação do *ser* e do *dever ser* remeta também a questões de validade do direito e, sem descurar da fidelidade do nosso objeto pesquisado, verifica-se que a depuração realizada pelo método dogmático na natureza do *dever ser*, notadamente, por critérios filosóficos idealistas nega a natureza social da ciência do direito. Ora, admitir que os preceitos normativos do *dever ser* somente poderão ser extraídos de outra

¹³ Diante da classificação das ciências especulativas diz Reale que “as ciências *especulativas* (explicativas ou puramente compreensivas) se limitam a enunciar leis que *indicam* conexões causais ou conexões de sentido, as ciências *normativas* vão além: *prescrevem* o caminho que *deve ser* seguido, tendo em vista a realização ou a preservação de algo reputado valioso”. (REALE, 1996, p. 265). Ramalho se opõe a esta posição alegando que a “possibilidade de uma ciência *prescrever caminhos a serem seguidos* representa verdadeira subversão do conceito de ciência, a não ser que tal prescrição se refira aos procedimentos técnicos necessários à aplicação da ciência, e não que esta, como supõe Miguel Reale, contenha em si mesma prescrições sobre como devem ou não comportar-se os indivíduos. É a *norma*, e não a ciência, que contém tais prescrições”. (MARQUES NETO, 2001, p. 225).

¹⁴ “Os conceitos somente podem ser definidos em termos de outros conceitos, os sentidos dos quais são dados. Se os sentidos desses últimos conceitos forem eles mesmos estabelecidos por definições, fica claro que o resultado é o regresso infinito, a menos que os sentidos de alguns termos sejam conhecidos por algum outro meio. Um dicionário é inútil a menos que já se conheça o sentido de muitas palavras. Não era possível para Newton *definir* massa ou força em termos de conceitos pré-newtonianos. Foi necessário que ele transcendesse os termos do velho sistema conceitual e desenvolvesse um novo. Uma segunda alternativa é a sugestão de que o sentido do conceito é estabelecido através da observação, por meio de uma *definição ostensiva*”. (CHALMERS, 1993, p. 110).

vertente normativa da mesma espécie é autonomizar a ciência do direito, (RADBRUCH , 2004; KELSE, 1994) de tal forma que o modelo metodológico imprime a verdade no objeto do conhecimento, independentemente, da influência manipulatória do sujeito observador/aplicador do método. Diz Michel Villey que “não devemos mais separar “o ser” e o “dever ser”, mas identificar o bem com o ser”. (VILLEY, 2003, p. 350, grifo do autor).

Portanto, urge a imperiosa gestão da construção do conhecimento a partir da estrutura real do *ser* para o *dever ser*. Vale dizer, o que é implica a afirmação do que *dever ser*. (MARQUES NETO, 2001, p. 228). Concordamos com Mialle quando afirma que “o imperativo não pode ser deduzido do indicativo – ou se *ser* e *dever ser* são duas noções absolutamente irreduzíveis uma à outra -, é bem necessário que este imperativo, este *dever ser* seja formulado noutro lado, ou por “alguém” que não o homem”. (MIAILLE, 1979, p. 239, grifo do autor).

A formação do conhecimento dialetizando entre o *ser* e o *dever ser* imprime uma concepção metodológica da ciência do direito em constante construção/desconstrução em virtude das propriedades inseridas no objeto e da representação da realidade, em confronto ao sujeito cognoscente. O sujeito e o objeto são categorias heterogêneas, portanto com identidades distintas, motivo pelo qual dificulta a adequação entre o pensamento e a realidade. Assim, podemos entender o método como a denominação que se dá ao processo que revela a identidade do pensamento (*ser*) e da realidade (objeto), com vistas a construir o conhecimento pela manipulação das heterogeneidades.

Conceber, pois, o método dogmático como instrumento onipotente¹⁵ revelador de uma verdade que está oculta na norma é negar a existência humana. Para Nova Monreal a dogmática é um método e, por isto:

é puramente instrumental, pois há de ser tida tão-somente como um meio para a melhor aplicação do Direito na vida real [...] em tal sentido, o jurista deve limitar-se sempre a tê-la como um puro modelo, que pode facilitar a compreensão ordenada do conceito correspondente; para isso deve considerá-la como algo esquemático e flexível, incapaz por si mesma de proporcionar a verdade [...]”. (MONREAL, 1982, p. 183).

¹⁵ Diz Morin: “Que fique bem claro: eu não procuro nem o saber geral nem a teoria unitária. É preciso, ao contrário e por princípio, recusar um conhecimento geral: este último escamoteia sempre as dificuldades do saber, ou seja, a resistência que o real impõe a idéia: ele é sempre abstrato, pobre, “ideológico”, ele é sempre simplificador. Da mesma forma, a teoria unitária, para evitar a disjunção entre os saberes separados, obedece a uma simplificação redutora que prende todo o universo a uma fórmula lógica. De fato, a pobreza, de todas as tentativas unitárias, de todas as respostas globais, consolida a ciência disciplinar na resignação do luto. A escolha, então, não é entre o saber particular, preciso, limitado e a idéia geral abstrata. É entre o Luto e a pesquisa de um método que possa articular o que está separado e reunir o que está disjunto”. (MORIN, 2002, p. 28, grifo do autor).

A ciência do direito, assim como as demais, carrega em seu âmago suas peculiaridades, principalmente, em virtude da complexidade social, pluralidade das relações convivenciais e a mutabilidade das condutas. Portanto, para apreender todas essas flutuações do sujeito cognoscente, condição da construção do objeto do conhecimento e, pois, da concepção teórica que lhe é subjacente, necessário se faz que o método aplicado na elaboração teórica se integre no trabalho de sua formação:

e só pode ser bem compreendido, ou postular qualquer validade, dentro do todo teórico que ele integra, e jamais fora dele, visto que não há considerar o método em si mesmo, como se ele constituísse uma realidade independente do corpo teórico que o produz e o contém. E, por isso mesmo, o método é tão *retificável* quanto a própria teoria, já que também ele é *construído*, e não algo *dado* para ser simplesmente cumprido. (MARQUES NETO, 2001, p. 194, grifo do autor).

Para Asúa o “método es la serie ordenada de los medios con los que el hombre busca la verdad, y tiene que estar adaptado a la Ciencia que investiga”. (ASÚA, 1954, p. 30).

1.1.1 Escorço sobre o objeto

Há uma tendência na teoria do direito em transformar o objeto da pesquisa científica em objeto da própria ciência. Mesmo admitindo-se uma distinção entre estas duas perspectivas é possível detectar uma unidade conceitual para direção do objeto do direito penal. Fatores diversos concorrem para universalizar na norma o objeto da ciência do direito penal. Neste viés a norma é coisificada, porque provoca a exclusão do seu núcleo de qualquer dado ou fator que implique em sua desordem. A coisificação da norma implica, pois, a exclusão da instabilidade do seu conteúdo. A norma¹⁶ é a representação do fetiche.¹⁷ Na contemporaneidade “a missão da ciência não é mais afastar a desordem de suas teorias, mas estudá-las”. (MORIN, 2004, p. 114).

A concepção hermética acerca do objeto da ciência do direito penal além de excluir fatos reais, circunstâncias e características que circundam as propriedades do objeto investigado e que por integrarem as suas propriedades movem – constituindo e/ou

¹⁶ Roberto Lyra diz que: “Para o jurista conservador, as normas do Direito Positivo – em última análise, subordinado ao poder estatal, mesmo quando admite outras fontes, *secundárias* – têm o alcance de dogmas indiscutíveis aos quais não se pode fugir [...] Assim é criada a grande ficção, que o jurista deseja transformar em realidade, com auxílio da lógica formal e do raciocínio dedutivo”. (LYRA FILHO, 1980, p. 11, grifo do autor).

¹⁷ “Eis o reino do direito, o reino da vontade reificada da lei; o universo da dominação impessoal, neutra e legal: o império do direito positivo. Onde aparecerá a noção de ordem, como o conjunto das emanações normativas”. (CLÈVE, 1988, p. 85).

desconstituindo - o próprio conteúdo da norma, de outro lado também totaliza nesta exclusiva normatividade a “matéria-prima” da investigação científica. Nesta visão a norma, como objeto exclusivo do direito, é blindada porque nela estaria concentrada toda problematização do direito penal. No entanto, esta problematização é ocultada, porque a norma encerra em si a verdade e, assim anula o conflito social, porque indica o critério pelo qual este seja decidido.¹⁸ A norma sintetiza (exclui as contradições) as propriedades do objeto e dogmatiza a realidade, porque afasta ou exclui a possibilidade de influências exteriores de seu núcleo. Enfim, a norma exclui a complexidade¹⁹ das relações sociais.

Piaget entende que o conhecimento é gerado a partir da ação que se projeta sobre o objeto da investigação através da percepção deste – modelo apriorístico - e da interação operada pela sensação do sujeito cognoscente – modelo empirista.

Não se reconhece, realmente, um objeto senão agindo sobre ele ou transformando-o (assim como o organismo não reage ao meio senão assimilando-o, no sentido mais amplo do termo). E são as duas maneiras de transformar assim o objeto a conhecer. Uma consiste em modificar-lhe as posições, os movimentos ou as propriedades, para explorar-lhe a natureza: essa a ação que chamaremos “física”. A outra consiste em enriquecer o objeto de propriedade ou relações novas, que conservam as propriedades ou relações anteriores, mas completando-as por sistemas de classificações, de ordenações, de colocações em correspondência, de enumerações ou medidas, etc.: essas as ações que chamaremos “lógico-matemáticas”. (PIAGET, 1978, p. 73).

Para Agostinho Ramalho objeto da ciência do direito é o fenômeno jurídico,²⁰ que é gerado na complexidade das relações humanas no plano social, ao pontilhar que:

O objeto principal da ciência do Direito, isto é, o objeto real para cujo estudo ela se volta prioritariamente, é o *fenômeno jurídico*, que se gera e se transforma no interior do espaço-tempo social por *diferenciação* das relações humanas, tal qual acontece com os demais fenômenos sociais específicos: políticos, econômicos, morais, artísticos, religiosos etc. O fenômeno jurídico, embora específico, jamais se encontra em *estado puro* na sociedade, visto que existe mesclado com fenômenos de outras naturezas, sendo conseqüentemente *n-dimensional*. (MARQUES NETO, 2001, p. 186, grifo do autor).

¹⁸ Uma reflexão sobre a condição de decidibilidade da dogmática foi realizado no Brasil por Tércio Sampaio. (FERRAZ JUNIOR, 1998).

¹⁹ “O pensamento humano sempre enfrentou a complexidade e tentou, ou bem reduzi-la, ou bem traduzi-la. Os grandes pensadores sempre fizeram uma descoberta de complexidade. Até uma simples lei, como a da gravidade, permite ligar, sem reduzi-los, fenômenos diversos com a queda dos corpos, o fato de a Lua não cair na Terra, o movimento das marés. Toda grande filosofia é uma descoberta de complexidade; depois, ao formar um sistema em torno da complexidade que revelou, ela encerra outras complexidades”. (MORIN, 2004, p. 92).

²⁰ Por fenômeno jurídico entende Ramalho como “a matéria-prima com que trabalha o cientista do Direito. Mas o objeto de estudo deste, como o de qualquer outro cientista, nunca é o fato *bruto*, a ser simplesmente apreendido, e sim o objeto de *conhecimento*, construído em função do sistema teórico da ciência do direito. Em face disso, podemos afirmar que *qualquer fenômeno social* é, em princípio, passível de constituir objeto de estudo da ciência do Direito: para tanto, basta que ele o *torne seu*, isto é, que o aborde dentro dos enfoques teóricos, problemáticos e metodológicos que lhe são próprios”. (MARQUES NETO, 2001, p. 187).

Não é nosso propósito identificar qualquer perfil sociológico da ciência do direito penal, mas em face do seu objeto, perquirir as propriedades pelas quais estabelecem relações com outros fenômenos da sociabilidade humana. É inegável a relação de troca entre os fenômenos sociais e, de cooperação entre o jurídico e os demais que estão inseridos nas relações humanas, evidenciando a *interdisciplinaridade orgânica* da ciência do direito penal. (MORIN, 2004, p. 115).

Na visão da epistemologia contemporânea encontram-se posições que afirmam a densidade do conteúdo científico do direito consoante a perspectiva interdisciplinar do seu objeto e das suas demais categorias. Neste sentido é a posição de Alvarez Bugallo ao dizer que:

a consciência científica atual, descobrindo a necessidade da interdisciplinaridade, tanto na problematização dos objetos e conteúdos científicos, como na análise dos mesmos, contribuiu para realizar a excelência do estudo científico do Direito, que, por sua natureza, é um campo e investigação interdisciplinar, porquanto nele incidem elementos sociológico-político-econômicos, históricos, filosóficos e psicológicos. (ALVAREZ, 1976, p. 8).

Negar o caráter interdisciplinar da ciência do direito penal, ou até mesmo de qualquer pretensão epistemológica da construção do conhecimento é negar a própria natureza da existência humana, polêmica e complexa a partir da noção de pessoa, em qualquer época ou estágio. Pensamos que a partir da perspectiva interdisciplinar das ciências – dentre as quais a penal – se podem investigar com um grau menor de vulnerabilidade as suas concepções teóricas, não para buscar a verdade absoluta ou a certeza das suas “*prescrições*” conceituais, senão para confrontar as suas formações teóricas, tendo como referência a análise das propriedades do seu objeto. Desta forma, é possível obter o fundamento de determinado *corpus* científico pela contrariedade de suas proposições. (POPPER, 2003).²¹

Vale ressaltar que ao tratarmos do caráter interdisciplinar da ciência do direito em razão da diversidade de propriedades do seu objeto, procuramos o caminho da interdisciplinaridade orgânica porque se afasta da mera multidisciplinaridade²² e, de outro lado, tampouco queremos negar ou duvidar da autonomia da ciência do direito.

Ora, em face das características do objeto da ciência do direito já demonstradas percebe-se a dificuldade em explicá-lo e/ou compreendê-lo inteiramente em todas as suas dimensões, porque os enfoques teóricos dessa disciplina constituem um limite à abrangência

²¹ Ver também o conceito de “lógica paraconsistente”. Costa (1999).

²² Sob o enfoque da distinção entre interdisciplinaridade e multidisciplinaridade das ciências ver também (JAPIASSU, 1977).

do seu raio de ação. Significa que, a ciência do direito não pode formular explicações que ultrapassem o âmbito de seus enfoques específicos, que a caracterizam como disciplina científica. Essa aparente contradição é superada ao atribuir-se o caráter interdisciplinar, porque assim, as investigações científicas no campo do domínio jurídico hão de fazer-se em harmonia com as proposições teóricas de concepções afins. Isto não significa mera “*troca de informações*”, ou ainda qualquer modelo de consulta a manuais ou especialistas de outras áreas, isto sim, caracterizaria a multidisciplinaridade. Ainda nesse viés, Ramalho conclui:

A abordagem interdisciplinar do Direito, para ser eficaz, pressupõe um trabalho necessariamente harmonioso dos vários enfoques teóricos peculiares a cada disciplina, desde a identificação dos pontos comuns existentes no *conhecimento acumulado*, passando ela formulação de teorias, problemas, hipóteses, métodos e técnicas de observação e provas das hipóteses, até a elaboração da nova teoria. (MARQUES NETO, 2001, p. 187-189).

De outro lado, o tratamento da interdisciplinaridade confiado à ciência do direito não exclui ou nega a sua autonomia científica, mas destaca as propriedades do seu objeto, e projeta conexões com as demais categorias científicas que se identificam com a sua natureza, retirando-lhe do isolamento.

Por isto, qualquer tratamento dispensado à ciência do direito que esteja divorciado do campo social, seja através do objeto de investigação ou de outra categoria teórica, corre o risco de propiciar a formação de “obstáculos epistemológicos” como diz Ramalho, à sua própria autonomia científica. Para o desenvolvimento de um estudo científico do direito:

temos de forçar três obstáculos epistemológicos tanto mais sólidos quanto mais ‘naturais’ parecem: a aparente transparência do objeto de estudo, o idealismo tradicional da análise jurídica, a convicção, finalmente, de que uma ciência não adquire o seu estatuto senão isolando-se de todos os outros estudos. (MIALLE, 1979, p. 57).

Neste raciocínio, em que se procura problematizar o objeto da ciência do direito penal, decantando as suas propriedades face ao caráter interdisciplinar do fenômeno jurídico, é possível uma reflexão sobre a legitimidade do direito de punir do Estado, matéria também afeta à natureza material do direito penal positivo. Evidentemente que nossa reflexão não permite discutir a exclusividade da punição pelo Estado, mas estabelecer parâmetros objetivos na configuração da tipicidade. O propósito é discutir esta legitimidade punitiva confrontando a norma criminal em face da conduta do agente, não apenas como subsunção do fato à norma, mas através do processo de imputação.

Nesta ótica a legitimidade ao direito de punir do Estado remete em um primeiro momento a uma pré-compreensão do processo de imputação. Na imputação é imprescindível a demarcação da atuação do agente nos limites fixados pelo conteúdo normativo. Na

percepção de Juarez Tavares a imputação se desenvolve no plano objetivo e subjetivo. A objetividade se dá com a demonstração inequívoca de que a conduta incriminada fora praticada pelo sujeito. O plano subjetivo se perfaz com a individualização da conduta, de forma que “sobre ela se proceda a uma depuração empírica de seus elementos de modo a identificar com precisão a exata contribuição do sujeito na sua execução”. Conclui, pois, o autor que a imputação se relaciona no “âmbito puramente objetivo, à ação proibida e ao seu objeto, bem como ao resultado e uma imputação subjetiva, que diz respeito à configuração do dolo e seu alcance, bem como aos elementos de sua diferenciação com a culpa”. (TAVARES, 2000, p. 205).

Quer nos parecer que sob este fundamento o direito de punir do Estado descola de sua subjetividade extrema gerado pela concepção contratualista, concentrado pelo conceito subjetivo de liberdade – de contratar – para um fundamento real e concreto, porque fundado na objetividade da conduta realizada pelo sujeito.

1.1.2 Concepção metodológica das escolas penais

O corolário da cientificidade do direito se dá com o surgimento das escolas penais que, como já antecipamos, constrói seu paradigma a partir do ideário da teoria científica que fixa os pressupostos da denominada Ciência Moderna²³ e se desenvolve na Europa Ocidental em meados do século XVI e se prolonga no século XVII. (SANTOS, 2001, p. 60-68). A propalada revolução científica dos séculos XVII e XVIII se fixa principalmente na adoção de uma metodologia – universal - para apreensão da verdade e, pois, do conhecimento,²⁴ com a afirmação dos métodos racionalistas e experimentais. Assim flutua a iniciação da ciência do

²³ “Com o advento pleno da Ciência Moderna, triunfou uma nova concepção de saber que procurou criticar e substituir a tradição milenar organicista do conhecimento ocidental, que focalizava a “Natureza” ou o “Mundo Material” como “seres orgânicos” ou “coisas vivas” e, também, como um conjunto de “qualidades”. A idéia de *uma Natureza Mecânica, Matemática e Exterior ao Homem* se afirmou como pressuposto básico de todo o conhecimento, que passou a se caracterizar, principalmente na tendência triunfante de Galileu, Boyle e Newton, como um método de investigação racional e experimental”. (SOARES, 2001, p. 63, grifos do autor).

²⁴ Foucault sob a luz de Nietzsche entende que o conhecimento não é dado e sim construído. “Efeito de superfície, não delineado de antemão na natureza humana, o conhecimento vem atuar diante dos instintos, acima deles, no meio deles; ele os comprime, traduz um certo estado de tensão ou de apaziguamento entre os instintos. Mas não se pode deduzir o conhecimento, de maneira analítica segundo uma espécie de derivação natural. Não se pode de modo necessário, deduzi-lo dos próprios instintos. O conhecimento, no fundo, não faz parte da natureza humana. É a luta, o combate, o resultado do combate e conseqüentemente o risco e o acaso que vão dar lugar ao conhecimento. O conhecimento não instintivo, é contra-instintivo, assim como ele não é natural, é contra-natural”. (FOUCAULT, 2005. p. 17).

direito, pelos ventos que sopram da teoria científica das ciências da natureza, ou seja, por empréstimo dos métodos desta.

A preocupação com o critério metodológico como condição do conhecimento não é privilégio do direito nem tampouco da teoria científica moderna, haja vista que a filosofia grega, representada por Sócrates, Platão e Aristóteles,²⁵ já acreditava no potencial humano capaz de produzir conhecimento, razão pela qual propuseram a criação de métodos para a compreensão do homem. Desta forma:

a proposição de métodos para a produção de conhecimento do e para o homem está associada à crença de que pela via do conhecimento das verdades, pela via do conhecimento objetivo, seria possível formar os cidadãos e, portanto, seria possível transformar a cidade para que essa fosse melhor e mais justa. Acreditavam que o conhecimento – a filosofia – tinha uma função social, e a formação de suas escolas é demonstração disso. (ANDERY et al, 2003, p. 59).

Pois bem, esta festejada revolução científica foi condicionada por vários fatores, dentre os quais as grandes conquistas marítimas, descobertas astronômicas, etc., o início do processo de institucionalização do mercado, e assim a emergência de uma economia urbana em detrimento da feudal, em vista das conquistas e ascendência da burguesia²⁶ no plano social, político e econômico, propiciando os mecanismos de iniciação dos procedimentos instituidores do Estado “moderno”,²⁷ mas principalmente a instauração da laicização do saber,²⁸ que não é mais exclusiva emanção divina. Estes fatores e tantos outros

²⁵ Ao tratar da concepção aristotélica de ciência entende BERTI que, em Segundos Analíticos o estagirita aponta a condição para o estabelecimento da sua racionalidade científica, qual seja o uso do método demonstrativo, apostando em sua universalidade. “Aristóteles parece convencido de que o “estatuto” por ele estabelecido para a ciência – isto é, a demonstração das propriedades de determinado objeto a partir dos princípios próprios a ele, ou seja, a apreensão de sua existência e a definição de sua essência – valha para todas as ciências propriamente ditas”. (BERTI, 1998, p. 46/7).

²⁶ Ao tratar do paradigma dominante da teoria científica na modernidade instituído pelo modelo mecanicista de saber, Boaventura, percebe sua projeção além das ciências físicas: “No plano social, é esse também o horizonte cognitivo mais adequado aos interesses da burguesia ascendente, que via na sociedade, em que começava a dominar, o estágio final da evolução da humanidade (o estado positivo de Comte; a sociedade industrial de Spencer; a solidariedade orgânica de Durkheim). Daí que o prestígio de Newton e das leis simples a que reduzia toda a complexidade da ordem cósmica tenham convertido a ciência moderna no modelo de racionalidade hegemônica que a pouco e pouco transbordou do estudo da natureza para o estudo da sociedade. Tal como foi possível descobrir a lei da natureza, seria igualmente possível descobrir as leis da sociedade”. (SANTOS, 2001, p. 64).

²⁷ “As teorias políticas do jusnaturalismo contratual foram todas, essencialmente, doutrinas utilitaristas de justificação externa do então nascente Estado moderno, do qual repudiaram a idéia de uma fundação apriorística – natural, ética ou religiosa. Tal ponderação resta exemplarmente evidente em Locke, que concebeu o Estado como meio para salvaguardar os direitos naturais dos indivíduos da precariedade do estado natural. O mesmo vale também para Hobbes, que não deixou de fundar a sua teoria a respeito daquele “homem artificial que é o Estado” sobre o direito natural, e de justificar, por meio de um constante paralelismo entre leis naturais e leis civis, os conteúdos destas”. (FERRAJOLI, 2002, p. 181).

²⁸ A partir do enunciado de H. Grotius sobre a racionalidade do direito natural CAPELLA faz a seguinte digressão: “O <<direito natural>> se converte, pois, em um mero *ditado da razão*, sem que seja relevante

impulsionaram a virada de paradigma das ciências da natureza, ao estabelecer sua autonomia epistemológica pela fixação da concepção universal de método e a afirmação de seus enunciados científicos.

O ideário do pensamento epistemológico deste momento histórico foi dominado pela proposição do homem conhecer a natureza e seus fenômenos para dominá-los, afastando a compreensão da natureza revelada pela divindade – daí a laicização do saber, como já acentuamos. A proposta de desteologização do mundo da natureza, Reale entende que culmina com:

a desumanização (digamos assim) da natureza para explicá-la em si e por si, segundo suas próprias leis causais e funcionais, foi produto de uma depuração histórica multimilenar, precedida do fenômeno correlato de sua *desteologização*, ou seja, do superamento de antigos mitos teogônicos com que se pensava poder explicar assim o mundo da natureza, com suas perenes mutações, como o ordenamento das relações humanas. (REALE, 1984, p. 14).

O franco desenvolvimento das ciências da natureza internaliza no pensamento epistemológico uma perspectiva também natural da realidade e/ou das práticas sociais, inclusive dos processos jurídicos, implicando a homogeneização do conhecimento científico. No sentido de esclarecer os fundamentos pelos quais as escolas penais se desenvolvem necessário se faz cotejar as características principais deste conceito de ciência moderna.

O autor Reyer HooKaas as define sob quatro aspectos:

1. A ciência moderna não reconhece autoridades (por maiores que sejam), excetuando a da própria natureza. Nem mesmo reconhece a autoridade da própria razão do investigador. No caso de um conflito entre as expectativas da sua razão e as descobertas das suas observações, a sua razão terá de adaptar-se aos dados fornecidos pela natureza [...] Na ciência moderna triunfa um empirismo racional e crítico em vez do racionalismo (enquanto auto-suficiência da razão teórica).
2. A ciência moderna é experimental. É edificada não apenas a partir da observação direta da natureza, mas também com base em experiências artificiais, conquistando a natureza pela prática e obtendo dela informações genuínas por interferência de meios artificiais.
3. A ciência moderna tende para uma imagem do mundo mecanicista, explicando os fenômenos naturais, tanto quanto possível, por analogia com um mecanicismo. [...]
4. A ciência moderna procura, tanto quanto possível, descrever ou explicar as coisas e os acontecimentos naturais em termos matemáticos, quantificando as qualidades. (HOOYKAAS, 1986, p. 167).

A primeira especulação que nos reserva na análise do processo científicista das ciências da natureza acerca da substância do seu corpo teórico é, em um primeiro plano, a indagação sobre o que este projeto silencia, ou melhor, sobre o que este saber não diz. Esta

nenhuma relação com lei divina alguma. O conceito de direito natural se *seculariza*. Poderão determiná-lo não mais os expertos em Deus – os teólogos – senão meros <<expertos em razão>>, ou seja, juristas laicos. Assim redefinido, o <<direito natural>> – primeiro *descoberto* pela razão e logo *elaborado* por ela – poderá render novos serviços”. (CAPELLA, 2002, p. 91, grifos do autor).

preocupação nos parece prudente a toda investigação científica, principalmente, em propostas críticas que busca a (re) fundação de qualquer propriedade do campo teórico, seja como objeto do conhecimento ou como procedimento metodológico da própria especulação. Não obstante esta forma de análise do conteúdo pesquisado também se verifica o que a substância conceitual expressa, com o intuito de estabelecer um paradigma dialético da construção teórica do conhecimento.

Portanto, até mesmo por suas características propedêuticas o projeto das ciências da natureza encerra uma perspectiva universalizante do seu saber, fruto de um paradigma excludente das controvérsias e contradições porque se parte da premissa de que a realidade se assenta em princípios obtidos a partir de uma ordem universal e que a estabilidade deve ser mantida, assim se afirmando o *telos* da teoria científica. Através desta perspectiva se instituiu o caráter reversível das propriedades naturais. A autoridade se desloca do sujeito para o objeto e depura a objetividade do conhecimento. (SANTOS, 2001; MORIN, 2002).

As características e a natureza dessa nova racionalidade científica lhe atribuem um modelo global de saber e, portanto totalizadora da verdade, na medida em que “nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas”. (SANTOS, 2002, p. 61). “A totalidade é a não-verdade” dizia Adorno. (MORIN, 2002, p. 33).

O caráter totalizador desta nova racionalidade imprime uma ruptura com o senso comum ou conhecimento prático, de outrora, principalmente pelo estabelecimento da estabilidade que requer um real significado de previsibilidade. Segundo o entendimento de Boaventura para se quantificar a previsibilidade era necessário à exclusão do critério intencional, permeável nas articulações do senso comum, para inclusão da causalidade, princípio fundamental da ciência moderna. O próprio autor diz que:

é por esta via que o conhecimento científico rompe com o conhecimento do senso comum. É que enquanto no senso comum, e, portanto no conhecimento prático em que ele se traduz a causa e a intenção convivem sem problemas, na ciência, a determinação da causa formal obtém-se ignorando a intenção. É este tipo de causa formal que permite prever e, portanto, intervir no real e que, em última instância, permite à ciência moderna responder à pergunta sobre os fundamentos do seu rigor e da sua verdade com o elenco dos seus êxitos na manipulação e na transformação do real. (SANTOS, 2001, p. 64).

Segundo Piaget, o desenvolvimento da epistemologia científica ocorre em estágios de crise. Dessa forma, é possível afirmar que o surgimento das escolas penais se deu em meio a esta crise que atravessou a sociedade do antigo regime e alcançou o nível de Estado, com reflexos na concepção epistemológica dos saberes.

Esta efervescência intelectual no campo das idéias edificou dois grandes blocos²⁹ no pensamento científico, que se constituíram a partir de concepções metodológicas distintas, mas ambas imbricadas no tronco da “razão humana”.³⁰ Esses blocos buscavam estabelecer uma verdade através da acumulação de um conhecimento tendo como referência um objeto identificado. Na verdade o ideário das ciências naturais forma dois modelos de racionalidades: uma no plano metafísico e outra no plano real. O primeiro modelo significa uma concepção teórica erigida no campo das idéias, ou seja, o conhecimento pré-existe à existência da coisa/objeto. O conhecimento não é idealizado ele é a própria idéia. É o que a epistemologia denomina racionalismo. Assim a verdade é no máximo verificável - não pela experiência - e, se compreende pelo juízo de especulação que se objetiva na razão. Reale defende que a:

objetivação ou objetivização é, pois, uma qualidade do ato de pensar, como se dá, também, no plano da valoração, o qual não se reduz a mero ato sensível ou mental, mas é de caráter complementar e integrante, intuitivo, afetivo, valorativo e racional a um só tempo. (REALE, 1984, p. 11).

O modelo que se implanta no plano real se caracteriza pela suficiência da coisa³¹ ou objeto da investigação. Dessa maneira o conhecimento está inserto no objeto e o método o desoculta. O objeto é a causa do saber. Portanto, a verdade é apreciável porque demonstrada. A razão apenas articula a manipulação do método para produção do conhecimento. Tal concepção é denominada empirismo pela epistemologia.

À luz da concepção epistemológica fundante dos diversos (re)cortes que delimitam e especificam os campos teóricos de seu respectivo *corpus* científico, se podem identificar as escolas penais clássica e positiva, precursoras da identidade científica do direito, entre os modelos de racionalidades científicas que apontamos. Dessa forma, a escola clássica detém o perfil do racionalismo, enquanto a positiva possui um conteúdo específico do empirismo.

Do ponto de vista político é inegável a influência do processo iluminista, principalmente, na construção teórica da escola clássica, em vista dos princípios fomentadores da liberdade individual da pessoa humana na estrutura do contrato social, pilares do Estado de

²⁹ “Uma das características do pensamento moderno é que, deixando de lado a ontologia, renuncia a fazer do ser uma idéia de conjunto. O mundo foi recortado em diferentes esferas, cada uma das quais se tornou objeto de um gênero de estudo particular. O mundo “dos fatos” será objeto da ciência no sentido estrito. Será separado do Dever-Ser, matéria da moral. Fenômeno filosófico que se mostrará benéfico para a expansão das ciências modernas especializadas, mas fatal para o direito”. (VILLEY, 2003, p. 337).

³⁰ A expressão “razão humana” está no sentido de uma faculdade do sujeito para estabelecer relações – comunicar-se - com a realidade e construir o conhecimento.

³¹ Michel Villey em tom aristotélico conceitua a coisa como “aquilo que transformamos no tema de uma interrogação comum, de “nosso discernimento comum” (J. L. Vullierme); coisa existente diante de nós; uma realidade exterior à nossas consciências subjetivas”. (VILLEY, 2003, p. 337).

Direito moderno. Percebemos que para o iluminismo a liberdade é apenas inscrita conceitualmente, adquirindo, portanto, uma feição abstrata, fruto da razão. A subjetividade está na liberdade contratual, onde o Estado³² – Poder Político - fornece o instrumento formal para o exercício dessa liberdade, o direito positivo. Com um fundamento advindo da filosofia platônica – bem como da concepção epistemológica racionalista, também de cunho platônico -, o processo político do iluminismo incorpora à escola clássica do direito penal, uma perspectiva teórica de saber formada sob a égide de uma verdade contemplativa, não real, onde a razão é a própria essência do conhecimento, porque instrumento deste. No entendimento de Tércio o “caráter contemplativo da teoria, faz dela um saber monológico que não se coloca a si mesmo perante a práxis, a não ser na forma de recomendações de técnica social capazes de controlar a ação racional tendo em vista certas finalidades”. (FERRAZ JUNIOR, 1998, p. 22). Por esta via o crime é um axioma.

Da mesma forma a escola positiva também perfila aspectos políticos em seus cânones científicos. O projeto de modernidade implantado pelo iluminismo segue sua senda de edificação do Estado de Direito e, ao final do século XIX e início do século XX, recepciona as acomodações impostas pela concepção intervencionista do Estado nas estratégias de poder engendradas pela sistematização do capitalismo. A “razão de Estado” perde seu caráter “contemplativo” diante das relações sociais e econômicas e adquire uma postura ativa, tendo em vista as funções que se lhe atribuem. Neste período histórico vê-se a afirmação do poder de Estado como instrumento de transformação, com a perspectiva de socialização de espaços privados.

Tércio Ferraz desvela de forma peculiar a virada de paradigma da história do pensamento humano, com implicações em todos os matizes e setores do tecido teórico na construção do conhecimento. Alerta o autor que o momento de transição histórica dos séculos XVIII e XIX marca os estágios teóricos da contemplação (estado de inércia) e o da ação (estado de agir).

A dicotomia entre contemplação e ação, bem como a idéia de que a verdade era percebida apenas no ato solitário da visão começa a ser abalada quando a ciência se torna atividade que faz e que constrói os objetos que conhece. Com isso, a velha noção de teoria como contemplação e como sistema de verdades concatenadas e dadas vira hipótese de trabalho, a qual muda conforme os resultados que produz, fazendo depender sua validade não daquilo que desvenda (a verdade como uma *aletheia*, o desvendado), mas pelo fato de funcionar. (FERRAZ JUNIOR, 1998, p. 54).

³² “A ligação entre ciência e atividade estatal serve, assim, de mascaramento para as relações de domínio, as quais deixam de aparecer como processo de formação da vontade para assumir a forma de uma tecnocracia.”. (FERRAZ JUNIOR, 1998, p. 23).

A escola positiva se afirma no quadro da teoria científica movida por um imperativo de atividade, por isto detém uma metodologia experimental, para observar o agir humano, bem como da concepção do Estado intervencionista, estabelecendo, dessa forma, que o crime é um dado real, um fato.

1.2 A ESCOLA CLÁSSICA: O PROJETO INDIVIDUALISTA DA ESCOLA

O marco histórico da escola clássica³³ na configuração do saber jurídico criminal encontra seu apogeu no quadro da teoria das ciências do espírito. Entretanto, o classicismo também recebeu influências da mecânica newtoniana. Embora já tenhamos pontilhado aspectos epistemológicos fundadores da escola clássica, agora especificaremos a análise quanto aos seus pressupostos teóricos na construção conceitual da ciência do direito criminal. A investigação privilegia o aspecto científico da escola, mas sem descurar da influência política. Tratamos, pois, o Direito enquanto ciência, buscando nesta ou na filosofia seu fundamento.

A denominação “escola clássica”³⁴ prescinde de análise, haja vista a singeleza de sua definição dada pelos positivistas. (ASÚA, 1954, p. 50). No entanto, é inegável a incorporação de diversas correntes (fato comum em qualquer concepção teórica) de conteúdo racionalista na estruturação do seu ideário. Para clareza da pesquisa e coerência teórica seguiremos a investigação de natureza epistemológica na análise dos pressupostos fundadores da escola, priorizando o aspecto metodológico.

A concepção epistemológica de natureza racionalista aliada à perspectiva filosófica fundada no naturalismo propiciaram a instituição política do processo iluminista, que através da sua proposta contratualista demandou a culturalização do individualismo.³⁵ A tutela que

³³ “A Escola Clássica se originou no marco histórico do Iluminismo e de uma transformação estrutural da sociedade e do Estado, inserindo-se, em seus momentos fundacionais, na transição da ordem feudal e o Estado absolutista (o “Antigo regime”) para a ordem capitalista e o Estado de Direito liberal na Europa, e se desenvolveu ao longo do processo de consolidação desta nova ordem”. (ANDRADE, 1997, p. 45).

³⁴ Asúa define as escolas precursoras da ciência jurídico-penal como “o conjunto orgânico de concepções contrapostas sobre a legitimidade do direito de punir, sobre a natureza do delito e sobre o fim das sanções”. (ASÚA, 1964, p. 31).

³⁵ “O contratualismo alicerçou suas teses precisamente nesse terreno dos pressupostos individualistas, ao passo que era o indivíduo, ente irredutível e completo, que através do pacto social delegava ao Estado certos poderes. Já ao Estado reservou-se a tarefa de proteger e respeitar os direitos considerados inatos aos homens, como a vida,

gravita em torno do indivíduo a partir da implementação dos sistemas natural e contratual, se deu em função da representação da singularidade humana em contraposição às formas tradicionais de associações grupais. É a derrocada da proposição de Aristóteles da “natureza política” do homem.³⁶

Para garantir essas novas formas racionais representadas pela singularidade humana o sistema contratualista, a partir de uma noção ideal de indivíduo, objetiva – no sentido de formalizar - no pacto social a subjetividade do indivíduo através do direito, que denominou direito subjetivo, em forma de liberdade de contratar.³⁷ A liberdade em contratar garantida, efetivamente, pela realização do contrato vai guindar o instituto da igualdade, também no plano ideal. Pelo pacto social o Estado detém o poder de intervenção que é instrumentalizado pela noção de Direito, em negação à personificação da autoridade. Nesse viés individualista se implanta a escola clássica. Percebe-se que o objeto da escola clássica do direito criminal é o contrato social.

Para a escola clássica a garantia da liberdade individual contra qualquer intervenção estatal infirmada em lei é o que caracteriza o lastro da sua própria existência, porquanto o Estado se coloca na posição de garante pela parcela de subjetividade que o indivíduo lhe concedeu.³⁸ Os postulados do sistema racionalista imbricados nas versões contratual e natural “estão acordes na necessidade de considerar o Direito Penal não tanto em função do Estado, quanto em função do indivíduo, que deve ser garantido contra toda intervenção estatal não predisposta pela lei e, conseqüentemente, contra toda limitação arbitrária da liberdade, exigência que hoje dispensa maiores comentários e explicações, mas que se apresentava como

a liberdade, a segurança e a felicidade. A proteção do valor indivíduo foi o fundamento de legitimidade do Estado moderno”. (SOARES, 200, p. 18).

³⁶ Escudado no direito natural hobbesiano acerca do individualismo, anota VILLEY que “o cientista deve imaginar, num momento inicial, indivíduos separados, coexistindo sem que ainda os reja nenhuma lei comum. Este tema do estado de natureza resulta necessariamente do modo de pensar individualista: o homem deixou de ser “naturalmente político” e no máximo poderíamos dizer, retomando Grócio e a tradição estóica, que ele é “*sociável*”, quer dizer, inclinado por natureza a fabricar uma associação política. Mas o cientista o considera originariamente como isolado, ou seja, pelo menos como desprovido de qualquer espécie de laço jurídico com seus semelhantes”. (VILLEY, 2003, p. 140 e 146, grifos do autor).

³⁷ Numa perspectiva crítica da noção de estabilidade da teoria científica na concepção jurídico-causal do direito pela exclusão do sujeito, e sustentando como pressuposto a liberdade de vontade nos contratos (TAVARES, 2000, p. 27).

³⁸ “Foi, portanto, a necessidade que compeliu os homens a ceder parte de sua própria liberdade; é certo, porém, que ninguém pretende colocá-la em um depósito público com um limite superior à mínima porção possível, aquela exclusivamente suficiente pra induzir aos demais para que a defendam. A soma de todas essas mínimas porções possíveis constitui o direito de punir; tudo o que for para mais é abuso, não justiça; é fato, não direito”. BECCARIA, 1978, p. 107).

uma conquista capital em relação ao Estado absoluto até então dominante”. (BETTIOL, 1977, p. 18).

O conceito de crime da escola clássica, portanto, contorna os limites da liberdade individual segundo os ditames da razão, desde que conformada com as leis da ordem universal. Por isso Baratta afirma que “as leis desta ordem social são leis da natureza que o homem pode reconhecer mediante a razão”. (BARATTA, 1997, 34).

1.2.1 Conceito de crime da Escola

A noção de crime em qualquer tempo histórico ou formulação teórica gera implicações – constitutivas e/ou extintivas - de várias magnitudes ao direito criminal, mas intervém, principalmente, nos mecanismos formais e materiais de intervenção do Estado na prática social que se estabelece com a efetiva realização da ação ou omissão delituosa.

A preocupação com as implicações que o conceito de crime empreendido pela Escola Clássica provocou é perceptível nas digressões formuladas por Carrara em seu “programa de direito criminal” quanto aos limites de intervenção estatal. Nos postulados da Escola, a quantificação da intervenção do Estado na esfera criminal, embora a elaboração conceitual do delito demande seus aspectos racionais/metafísicos, estabeleceu como parâmetro a própria esfera da proibição fixada pela lei incriminadora. Significa que a intervenção do Estado estava circunscrita ao limite de proibição estritamente fixado pela lei criminal, configurando-se num primeiro plano o caráter formal do princípio da reserva legal e num segundo, o âmbito do processo de imputação.

Mesmo que com Carrara tenha havido o implemento de uma perspectiva “católico tomista” (AMDRADE, 1997, p. 53) na definição (caráter formal do conceito) de crime, é inegável o processo de sistematização da ciência jurídico criminal. Por isto, para o autor:

o delito é um *ente jurídico*, porque a sua essência deve forçosamente consistir na violação de um direito. Mas o direito é congênito ao homem, porque lhe foi dado por Deus, desde o momento de sua criação, para que possa cumprir os seus deveres nesta vida; deve, pois, o direito, ter existência e critérios anteriores às inclinações dos legisladores terrenos: critérios absolutos, constantes, e independentes dos seus caprichos e da utilidade avidamente anelada por eles. Assim, como primeiro postulado, a ciência do direito criminal vem a ser reconhecida como uma ordem racional que emana da lei moral-jurídica, e preexiste a todas as leis humanas, tendo autoridade sobre os próprios legisladores. (CARRARA, 2002, p. 24).

A denominada “fórmula sacramental” empregada por Carrara na sua definição de crime como *ente jurídico*³⁹ projeta um horizonte garantista ao direito criminal contemporâneo, solidificado no estado democrático de direito, porque define com clareza os limites da proibição e, pois da intervenção estatal. Diz o autor que “definido o delito como um ente jurídico, estava estabelecido, de uma vez para sempre, o perpétuo limite da *proibição*, não se podendo entrever delito fora daquelas ações que ofendem ou ameaçam os direitos dos consócios”. (CARRARA, 2002, p. 25, grifo do autor).

Não há dúvida que a noção de crime e os demais princípios fundamentais da Escola Clássica traçaram os contornos objetivos da imputação pessoal do agente ao determinar o limite da esfera da proibição, no momento em que delega ao delito um caráter eminentemente jurídico. Cabe salientar o posicionamento de Bettiol, ao ratificar que entre os fundamentos do classicismo procurou o movimento

circunscrever, do modo mais claro possível, as diversas figuras de crime, para que não houvesse a esse respeito incertezas sobre o significado penal da ação humana. Pode-se, na verdade, afirmar que foi a própria ação humana (abstratamente considerada) que constituiu o centro de toda investigação, porque a liberdade individual é garantida contra os riscos de uma intervenção estatal arbitrária, apenas quando as características e o significado penal da ação forem claramente definidos. (BETTIOL, 1996, p. 23).

Sob o manto de uma concepção em que garante ao indivíduo, senão a certeza de contenção da intervenção autoritária do Estado nas práticas sociais, mas a segurança de que somente a lei promulgada pelo poder constituído poderia incriminar uma conduta e fixar os limites da proibição é o princípio fundamental da Escola, afirmando formalmente a juridicidade do crime. Mesmo que o caráter desta juridicidade seja gerado por um normativismo abstrato, em vista do modelo metodológico empreendido pela escola, e instituído politicamente na estrutura do Estado liberal, foi um mecanismo objetivo que possibilitou a garantia de direitos fundamentais insculpidos no sistema democrático constitucional de direito.

Moniz Sodré afirma que “o crime era uma entidade jurídica, estudado como uma abstração, desligado da pessoa do delinqüente”. (ARAGÃO, 1963, p. 42).

³⁹ “De fato, a escola liberal clássica não considerava o delinqüente como um ser diferente dos outros, não partia da hipótese de um rígido determinismo, sobre a base do qual a ciência tivesse por tarefa uma pesquisa etiológica sobre a criminalidade, e se detinha principalmente sobre o delito, entendido como conceito jurídico, isto é, como violação do direito e, também, daquele pacto social que estava, segundo a filosofia política do liberalismo clássico, na base do Estado e do direito”. (BARATTA, 1997, p. 31).

O também precursor da Escola Clássica Beccaria defende os princípios liberais do Estado de Direito representado pela visão individualista do crime, mas é intrangisente quanto à garantia da legalidade criminal e afirma que:

a primeira consequência que se extrai desses princípios é a de que apenas as leis podem fixar as penas com relação aos delitos praticados; e esta autoridade não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade agrupada por um contrato social. Nenhum magistrado (que também faz parte da sociedade) pode, com justiça, infligir penas contra outro membro da mesma sociedade. (BECCARIA, 1978, p. 109).

Percebemos que a concepção teórica lastreada em seu opúsculo “Dos delitos e das penas”, Beccaria, inegavelmente defensor da reserva legal aos crimes e as penas, se distancia, especificamente, neste ponto do Carrara, no que se refere ao fundamento do Direito Criminal. Enquanto Carrara entende a juridicidade do crime com o objetivo de determinar o âmbito da proibição, para limitar a intervenção estatal e dar conhecimento explícito ao agente do campo de ação e da ilicitude da sua conduta; Beccaria procura fundamentar a intervenção do Estado pela consequência do crime, a pena. (CARRARA, 2002). Assim, Beccaria demonstrava vestígios do empirismo.

Mesmo que o conceito de crime estabelecido pelo classicismo mantenha um caráter abstrato, mediante o manuseio de uma metodologia metafísica, com as consequências adversas – conceito de ação, por exemplo, originariamente ideal - que provoca à ciência do direito criminal, não se pode negar a natureza jurídica que impõe a sua relação com a vontade livre do agente, autonomizando sua realidade conceitual, como já assinalamos.

Nesta senda está o posicionamento de Baratta, que;

tomando como referência o conceito de crime da Escola, a partir da ficção da vontade livre do sujeito, entende que “O delito, como ação, é para Carrara e para a Escola clássica um ente juridicamente qualificado, possuidor de uma estrutura real e um significado autônomo, que surge de um princípio por sua vez autônomo, metafisicamente hipostasiado: o ato da livre vontade de um sujeito. A hipótese deste ato em face do microcosmo constituído pela história biopsicológica do sujeito, e a hipótese deste sujeito, o indivíduo, dentro do macrocosmo da realidade natural e social, havia permitido a formação de um sistema penal baseado sobre a “objetividade” do delito. (BARATTA, 1997, p. 38, grifo do autor).

Esta relação jurídica encetada pelo conceito de crime projeta também uma forma jurídica ao conceito de pena.

1.2.2 Conceito de pena da Escola

A pena para o classicismo⁴⁰ carrega em seu âmago uma clara representação jurídica, posição comungada por todas as suas variantes, mas divergem quanto aos seus fins. A formação principiológica da escola assenta na pena um caráter retributivo e de tutela jurídica. No entanto, quanto à projeção dos seus fins divergem entre as concepções absolutistas e relativas. Neste momento, não é objeto da nossa investigação os fins da pena, que a salientamos, vagamente, tão somente como expressão da escola.

Assim, para a escola a pena é o instrumento jurídico pelo qual o Estado pune, a título de retribuição, o agente que violou a ordem jurídica. Evidentemente, que a ordem jurídica possui uma representação moral e divina (Carrara), mas deve está formalmente consubstanciada em Lei.

Numa demonstração de autonomia conceitual entre o delito e a pena, onde o primeiro fundamenta-se na imputação e o segundo na liberdade ficta, configurando-se, ademais, como limite da proibição e tutela jurídica, respectivamente, depõe Carrara que:

A teoria da *pena* focaliza o delito em sua vida externa, observando-a em suas relações com a sociedade civil, considerada em sua primária razão de ser, isto é, como um ministro necessário de *tutela jurídica* na Terra. Isso acarreta estar essa teoria sujeita ao influxo das condições sociais. Em conseqüência, unificar as duas teorias é dar origem a erros, pois, assim se confundem os dois fundamentos totalmente distintos da imputação e da pena, ficando perturbada a ordem dos princípios cardiais da doutrina punitiva. (CARRARA, 2002, p. 49, grifo do autor).

Está transparente que:

a retribuição, portanto, é interpretada mais no sentido lógico-formal do que no substancial. Se o crime é um ente jurídico, a pena é a resposta do próprio ordenamento jurídico. Negação de uma negação, que restabelece o equilíbrio jurídico rompido pelo crime, a retribuição é uma forma de tutela jurídica. (ANDRADE, 1997, p. 58).

A forma de tutela jurídica fomentada pelo classicismo, se caracteriza, especificamente, pelo restabelecimento da ordem jurídica que representa a punição. Em linguagem aristotélica poderíamos dizer que a pena representaria a potência e a punição o ato. Significa dizer, a pena é a possibilidade de reconstrução da ordem externa violada, enquanto a punição é a efetiva reconstrução.

Entretanto, não se pode confundir o conceito de pena com o seu fundamento e, ademais com os seus fins. Os fins da pena estão, pois, diversificados no ideário de prevenção:

⁴⁰ “A pena, para esta escola, é um mal imposto ao indivíduo que merece um castigo em vista de uma falta considerada crime, que voluntária e conscientemente cometeu”. (ARAGÃO, 1963, p. 261).

geral ou especial. Para o fundamento da pena Carrara atribui dois valores: um extraído da razão e o outro se consolida no plano jurídico. Diz o autor que:

se o delito tem sua essência na violação do direito, segue-se a legitimidade da repressão pelo concurso de duas verdades superiores que convergem a tal fim. A primeira verdade me certifica, no plano da razão, que cada direito deve encerrar como conteúdo necessário, a faculdade da própria defesa; de outra maneira, não seria direito, mas irrisão. Por isso, a proibição seria vâmente proferida se não a secundasse uma força capaz de gerar a sua observância. A segunda verdade, no plano dos fatos, consiste na impotência para exercitar constantemente uma *defesa coativa direta*, suficiente para impedir a violação do direito. Essas duas verdades incontrastáveis levam, combinadas, à necessidade de uma coação *moral* que, mediante a ameaça de um mal a ser infligido aos violadores do direito, seja hábil a dissuadi-los da transgressão, bem como represente a proteção daquele. (CARARA, 2002, p. 26, gifo do autor).

1.2.3 Metodologia da Escola

A Escola Clássica vista do ângulo da moderna teoria científica em que a concepção *naturalista* do saber imprime uma metodologia racionalista, insere o direito criminal no campo das ciências naturais. Em sendo a ciência jurídico/penal tributária da concepção naturalista de ciência colhe desta o seu método racionalista, também denominado lógico-abstrato ou dedutivo para especular a análise do seu objeto.

Nessa perspectiva de ciência, em que a construção do saber é fruto do método racionalista com o qual a compreensão do mundo se dá pela análise procedida na decomposição estrutural dos seus elementos, é que o Direito Criminal através do classicismo firma sua bandeira da unidade metodológica da ciência.⁴¹ Dessa forma o método lógico-abstrato da Escola Clássica cumpre conseqüentemente, sua função de analisar sistematicamente a decomposição⁴² dos elementos estruturais do seu objeto e recompô-los, afirmando, pois, o processo de reversibilidade das ciências naturais.⁴³

⁴¹ No entendimento de Ovidio Baptista uma característica do racionalismo jurídico está na “rigorosa unificação metodológica empregada pelo direito natural laico, em virtude da qual a razão que preside o conhecimento nas ciências naturais haverá de ser a mesma razão que nos permite penetrar nos segredos das ciências do espírito”. (SILVA, 2004, p. 67).

⁴² Sobre o método adotado pelo jusnaturalismo escreve Welzel: “A *ratio* é, prescindindo de toda a filosofia aristotélica de forma e matéria, simplesmente a *clara et distinta perceptio*, o conhecimento claro e distinto, no qual Descartes via o fundamento de toda certeza. Clara e distintamente, no entanto, somente se conhece o que se pode conceber, não apenas em sua aparência externa, senão nas condições que determinam sua origem. Os fenômenos, por isso, têm de desintegrar-se em suas diversas partes para depois reconstruírem-se, segundo o conhecimento de suas conexões; o método analítico e sintético de Galileu e Descartes convertem-se em modelo para a nova teoria do Direito natural”. (WELZEL, 1974, p. 114).

⁴³ Sobre o processo de reversibilidade na ciência jurídica ver Tavares (2000). Quanto à noção de reversibilidade na teoria científica ver Prigogine (1996).

O processo de reversibilidade, próprio das ciências naturais, é implantado na ciência do direito também pelo modelo metodológico racionalista, com o objetivo de reconstruir, idealmente, a desordem obtida pela prática do crime. Esta reconstrução é obtida com a aplicação da pena.

A partir desta concepção o conhecimento é revelado pelo método, que possui a função de recompor a desordem dos elementos estruturais do seu objeto. O saber criminal revelado além de transformar a ciência do direito em formas geométricas, onde suas estruturas podem ser calculadas e analisadas mediante um processo abstrato das fórmulas matemáticas, destrói toda formação histórica da ciência jurídico-criminal.

No dizer de Bettiol em qualquer das possibilidades metodológicas do classicismo, seja na versão contratualista, ou na natureza racional da condição humana ou da expressão divina, a ciência jurídico-penal perfila uma mentalidade anti-histórica, “visto que o contrato está situado acima e fora da história, transformando-se em mera hipótese de trabalho, premissa fundamental para toda e qualquer discussão lógica”. (BETTIOL, 1977, p. 22).

Com este modelo metodológico, inspirado na naturalização das propriedades do universo gênese, causador e limite das propriedades da razão,⁴⁴ pretendia o classicismo estabelecer uma ciência criminal que representasse uma estabilidade social quando da prática do delito, haja vista que o emprego do seu método, de natureza universal, aplacaria a desordem oriunda da ação criminosa, até porque a percepção humana era absolutamente excluída da sua manipulação.

Contra o modelo abstrato de configuração do delito, erigido na condição de entidade jurídica, bem como em reação à concepção metafísica do modelo metodológico que eclode o ideário positivista de ciência ao final do século XIX.

1.3 ESCOLA POSITIVA: O PROJETO SOCIAL DA ESCOLA

Não demanda qualquer esforço intelectual para que se perceba o quanto a Escola Positiva da ciência jurídico-criminal procurou deformar os princípios pelos quais a Escola

⁴⁴ Diz Bobbio que “o direito natural é aquele que conhecemos através de nossa razão. (Este critério liga-se a uma concepção racionalista da ética, segundo a qual os deveres morais podem ser reconhecidos racionalmente, e, de um modo mais geral, por uma concepção racionalista da filosofia)”. Embora a classificação procedida por Bobbio seja da natureza do Direito e estamos tratando da concepção científica do método da Escola Clássica com esta se imbrica por se tratar de fundamentos epistemológicos. (BOBBIO, 1995, p. 23).

Clássica assentou suas bases epistemológicas para compreensão do fenômeno criminal a partir do conceito de crime, da pena e do método. Entretanto, o caldo cultural que fomentou o movimento das idéias que culminou com a construção da Escola Positiva do direito criminal não se reduz à contestação dos princípios fundamentais do classicismo criminal, mas por uma série de fatores⁴⁵ que, conjugados, impuseram esta virada de paradigma, mesmo que ainda no âmbito das ciências naturais. O que muda em relação à concepção das ciências naturais – matriz epistemológica da Escola Clássica, bem como da Positiva - é o modelo metodológico, bem como a alteração de uma perspectiva abstrata da natureza e do universo para físico/mecânica e biológica, daí a derivação organizacional⁴⁶ e, afinal social, atualizada na contemporaneidade pela concepção sistêmica.

Dentre as causas para o declínio da Escola Clássica Ferri apontava duas significativas razões, onde uma é o modelo metodológico empregado, o dedutivo ou lógico abstrato, porque fazia “perder de vista o criminoso, enquanto que na justiça penal ele é o protagonista vivo e presente, que se impõe à consciência do juiz primeiramente e mais acentuadamente que a “entidade jurídica” do crime e da pena”. (FERRI, 1996, p. 59).

No plano especificamente jurídico há uma (re)articulação da posição conceitual do crime e, conseqüentemente da pena. Falamos de uma rearticulação porque para a escola positiva o crime permanece no eixo ente jurídico, razão pela qual também não perde o seu caráter individual, mesmo sendo tratado como um fenômeno. Isto ocorre em razão da perspectiva totalizadora, que já tratamos, própria do método positivo empregado pela Escola. O enfoque dos positivistas quanto ao crime não estava qualificado exclusivamente à definição e individualização da ação do agente, enquanto garantia da sua liberdade de agir frente à intervenção do Estado, mas representava um dado (elemento) “disfuncional” do sistema penal em sua totalidade. Para esta função dentro da totalidade do sistema era necessária a

⁴⁵ “Inserida no horizonte histórico de transformações nas funções do Estado que apontavam para o intervencionismo na ordem econômica e social, sob a égide de novas ideologias políticas de cunho social ou socialista; de crise do programa clássico no combate à criminalidade; de predomínio de uma concepção positivista de Ciência e declínio do jusnaturalismo ao lado do evolucionismo de Darwin e a obra de Spencer, a Escola Positiva partirá de pressupostos muito característicos que, distanciando-se daqueles que condicionaram a Escola Clássica, explicam, também, o fulcro das críticas a ela dirigidas”. (ANDRADE, 1997, p. 60)

⁴⁶ Zaffaroni faz referência a dois modelos de organicismo: um de caráter social, que se sustenta no hegelianismo, porque se fundamenta na evolução do gênero humano. Para Hegel o “espírito” do gênero humano se desenvolve semelhantemente ao indivíduo. Por isto, se o paradigma do contrato já não satisfazia a ideologia hegemônica do poder, devia mostrar sua hegemonia como algo “natural”. Assim, o paradigma do contrato deve ser substituído pelo paradigma do organismo. Com a consolidação do poder hegemônico do capitalismo urbano, o organismo social tende a se radicalizar, disfarçando sua feição idealista por um realismo que se afirmaria no positivismo, “justificando o poder social como produto de uma evolução orgânica (a evolução “natural” dos “melhores” levados a deter o poder)”. O organicismo positivista se funda na “corrente do pensamento que pretende interpretar o mundo unicamente com base na experiência”. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999, p. 282 e 294).

configuração jurídica do crime, bem como a valoração da ação do agente em seus aspectos natural e social.

Neste mesmo viés, embora sob o condão criminológico, entende Baratta que para Escola Positiva o crime é também um ente jurídico,

mas o direito que qualifica este fato humano não deve isolar a ação do indivíduo da totalidade natural e social. [...] a reação ao conceito abstrato de indivíduo leva a Escola Positiva a afirmar a exigência de uma compreensão do delito que não se prenda à tese indemonstrável de uma causação espontânea mediante um ato de livre vontade, mas procure encontrar todo o complexo das causas na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social que determina a vida do indivíduo. (BARATTA, 1997, p. 38).

Este enfoque que detém um fundamento filosófico e científico impôs uma alteração no rumo jurídico do conceito do crime no positivismo, visto que possibilita o acesso a uma perspectiva social dos aspectos determinantes do agir criminoso. Não é que o conceito do crime em si adquira um perfil social ou coletivo, mas as condições sociais e naturais do sujeito que abriga a responsabilidade pelo fato crime. Para a Escola Positiva o crime é uma ação individual do sujeito, mas determinada por fatores naturais e sociais agregadas à sua condição de “ser político”. Dessa forma, a responsabilidade criminal da Escola se sustentava na sociabilidade do agente. Por isto a Escola se notabiliza pela abstrata defesa social. É esta abstrata configuração de defesa da sociedade que legitima o poder intervencionista do Estado.

Com isto o objeto da Escola Positiva desloca-se da garantia dos direitos individuais contra as intervenções autoritárias do Estado para a defesa da sociedade. As garantias necessárias ao desenvolvimento dos direitos fundamentais individuais contra abusos e intervenções autoritárias e/ou arbitrarias são conquistadas pela sociedade no sistema legislativo do Estado.⁴⁷

O projeto social da Escola Positiva se afirma na análise das causas determinantes do crime que atuam sobre a condição social do sujeito, em detrimento do livre arbítrio, deslocando, pois, o problema criminal de uma concepção abstrata – porque fruto da razão – para uma concepção concreta – porque fruto da realidade. A realidade da Escola Positiva tem os olhos voltados para sociedade.

Este distanciamento do individual para o social provoca o apogeu da Escola Positiva e por sua vez a derrocada da Escola Clássica, visto que segundo Ferri:

⁴⁷ “Passara o tempo do absolutismo do poder público, com o arbítrio, violência e injustiça penal, contra o qual o classicismo reagira com a sua pressão individualista. Os regimes modernos asseguravam nas suas leis as necessárias garantias dos direitos humanos, e o que se apresentava como problema ao Direito punitivo, na segunda metade do século passado, era a luta eficiente contra a criminalidade. Os homens sentiam-se solidários com a ordem social e jurídica e desejosos de opor proteção eficaz à ameaça do crime”. (BRUNO, 1984, p. 111).

as afirmações do direito individual em face do Estado, como reação contra os abusos da justiça penal antes de Beccaria, chegaram – elas mesmas – ao maior excesso, em virtude da lei do ritmo histórico, pela qual cada reação ultrapassa os limites da ação, que a provocou. O imputado foi considerado como uma vítima da tirania do Estado, e à ciência criminal atribuiu Carrara “a missão de limitar os abusos do poder”, do que resultou uma diminuição dos direitos, legítimos, da sociedade em face do delinqüente. (FERRI, 1996, 59).

No plano político a Escola Positiva se desenvolve no tempo histórico em que o Estado passa por transformações em suas diretrizes orgânicas de poder, o que significa o alargamento das suas funções, ocasionando, conseqüentemente, seu intervencionismo na ordem econômica e social. Essa intervenção do Estado, no campo econômico e social⁴⁸ ocorre em razão do desenvolvimento da metodologia das ciências positivistas que são acopladas pela concepção teórica de Estado para o conhecimento das causas, que porventura, interferissem nos extratos provenientes do campo econômico para efetivamente condicionar o controle social.

Conhecendo-se a causa é possível determinar e prever o resultado e, pois, controlar o fenômeno. Da mesma forma, conhecendo-se a causa é possível estabelecer a reversibilidade do fenômeno e, dessa forma, manipular medidas e/ou mecanismos de prevenção desse fenômeno, possibilitando, pois, a legítima intervenção estatal nos círculos da liberdade individual. (TAVARES, 2000, p. 27).

Na ciência criminal seria possível, a partir da evidência da causa do fenômeno/crime, controlar o índice de criminalidade através de medidas jurídico criminais, com a perspectiva preventiva da pena e curativa da medida de segurança. De outro lado, a pena adquire o status de controle formal do índice de criminalidade objetivando reverter o *status quo* do fenômeno. A bem da verdade, embora se tenha formado o entendimento de que esta concepção se adequa e se aplique à ciência jurídico/criminal é própria da criminologia, em razão da sua natureza causal-explicativa.

Por força desta concepção o Estado de Direito Social promovedor do bem estar na sociedade se mune de instrumentos formais para *mecanizar* sua intervenção na esfera criminal, no controle da criminalidade, que se desloca da realização do fato para a condição

⁴⁸ “Enquanto o programa clássico (centrado na lógica da liberdade de vontade, da certeza e segurança jurídicas) é condicionado e expressa, discursivamente, as exigências de uma sociedade e de um Estado de Direito liberais, é somente quando esta matriz estatal assume o intervencionismo na ordem econômica e social e legitima-se, conseqüentemente, para intervir ativamente no campo penal, que se abre o espaço para um Direito e um controle intervencionista sobre a criminalidade e o criminoso, como o postulado pelo programa positivista. A emergência da Escola Positiva – e da criminologia – responde, pois, a uma redefinição interna da estratégia do poder punitivo, somente admissível na ultrapassagem do Estado de Direito liberal para o Estado de Direito social ou intervencionista”. (ANDRADE, 1997, p. 71).

natural e social do autor, e se afirma como fundamento preventivo da pena. Neste momento surgem nas codificações as medidas de segurança curativas da criminalidade, sempre vinculadas às condições pessoais do autor. Bettiol afirma que os regimes liberais desconfiaram das medidas de segurança, porque sua institucionalização poderia conturbar o processo emancipatório da liberdade individual, com a ruptura do pacto social pelo Estado. Com as suas palavras, diz o autor que:

Pode-se afirmar que as medidas de segurança não encontraram acolhida nas legislações penais endereçadas à repressão dos crimes, isto é, nas legislações tipicamente liberais, porque uma atividade preventiva do Estado no campo da luta contra a delinquência podia embaraçar a livre realização das atividades individuais. O Estado Liberal é inteiramente permeável ao conceito de duas esferas de atividades que, ou por direito natural ou pelo contrato social, cabem uma ao Estado, outra ao cidadão, de modo que o Estado, somente nos casos expressamente permitidos pela Lei, pode, para fins repressivos, violar a esfera individual. Admitir uma intervenção, também para fins preventivos, significa romper aquele diafragma que separa o indivíduo do Estado e reconhecer a este o direito de regular, a seu modo, a vida e a atividade dos cidadãos. (BETTIOL, 1996, p. 42).

Afinal, o perfil da escola positiva revela sua matriz liberal, e internaliza no direito criminal seu projeto social, mas com a exclusiva perspectiva de legitimação da intervenção estatal em defesa da sociedade. O discurso da defesa social⁴⁹ é confirmado pela matriz liberal do Estado para fundamentar o exercício de poder repressivo à classe natural e socialmente criminosa. A escola demarca o campo de intervenção através dos seus aparelhos definidores dos tipos criminológicos,⁵⁰ forjados a partir da mitigação da liberdade de ser e agir do sujeito. O livre arbítrio característica fundamental da Escola clássica na quantificação da responsabilidade criminal, porque se fundamenta na liberdade de contratar e, por isto faculta a escolha pela senda do crime, desaparece para os positivistas de primeira hora, para dar lugar ao domínio do Estado na atribuição do homem-crime, visto que a seleção do *status* do

⁴⁹ Diz Baratta que “A ideologia da defesa social (ou do “fim”) nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal. As escolas positivistas herdaram-na da Escola clássica, transformando-a em algumas de suas premissas, em conformidade às exigências políticas que assinalam, no interior da evolução da sociedade burguesa, a passagem do estado liberal clássico ao estado social”. (BARATTA, 1997, 41, grifo do autor).

⁵⁰ Bettiol adverte que a preferência ao exame da pessoa do réu pode proporcionar a perda de contato com o conteúdo da vida psíquica do delinqüente que, não se cristaliza em tipos, e está em constante transformação para as adequações e incidências dos fatores externos. Para o autor este caminho “foi percorrido pelos positivistas que se esforçaram por esboçar uma tipologia de réus em substituição a uma tipologia de fatos. O direito penal dos positivistas é assim um direito penal que duplamente enfoca o autor: que porque acentua as características da personalidade criminológica do réu, que porque pretende substituir uma tipologia dos fatos objetivamente considerados por uma tipologia dos réus. Não é tanto o exame das características pessoais de cada delinqüente que interessa ao positivista, mas a fixação de sinais comuns a determinadas classes de delinqüentes, ou seja, a criação de “tipos” criminosos”. (BETTIOL, 1976, p. 4, grifo do autor).

criminoso é determinada natural ou socialmente. Neste viés o pacto social não é suprimido, mas é de absoluto domínio estatal.

O Estado rompe o pacto como atribuição defensiva, com fundamento na condição também determinante da sociedade em defender-se. Uma característica marcante do “estado” de prevenção é o conhecimento, que neste caso se dá pela determinação da origem do crime e do criminoso. Conhecendo-se o crime e o criminoso está aberta a possibilidade da defesa. O projeto social da Escola Positiva é o reflexo da caracterização originária do delito, que reproduzirá sua marca em todos os segmentos da concepção positivista do direito criminal.

1.3.1 Conceito de crime da Escola

Neste momento da investigação já é possível, senão afirmar, no mínimo estabelecer um convencimento que a concepção teórica das escolas criminais pesquisadas deixa lacunas no corpo do conhecimento científico acerca da construção jurídica do crime e da sua metodologia. Isto ocorre porque as teorias são erigidas consoantes à noção extraída do saber dominante no seu tempo histórico. O contexto histórico de um saber teórico emanado da ciência pode recepcionar influências de vários fatores que circundam as estruturas do campo social, estruturas que conformam as práticas sócio/culturais. No entanto, é perceptível a importância nesta construção do arsenal manipulado pela ideologia de poder⁵¹ que circunda o espaço e o tempo dos teóricos na formulação dos seus conceitos. Assim, a noção teórica do crime nas duas Escolas são frutos do seu tempo.

Muito embora as análises que cobrem as definições do crime nas Escolas Clássica e Positiva afirmem a contraposição dos seus respectivos conceitos, porque enquanto a primeira implementa uma noção abstrata do crime como ente jurídico, a segunda se estriba numa noção real do crime como fato natural ou social, não nos parece acertada tal oposição, do ponto de vista da natureza da ação.

Quando tratamos do conceito de crime da Escola Clássica ficou evidente o seu caráter abstrato, enquanto violação do direito, como exigência racional, que ao nosso juízo

⁵¹ A configuração do conceito de poder que enxergamos é a mesma defendida por Foucault. Sobre a genealogia do poder na obra foucaultiana Roberto Machado atenta que não há em Foucault uma teoria geral do poder, o que “significa dizer que suas análises não consideram o poder como uma realidade que possua uma natureza, uma essência que ele procuraria definir por suas características universais. Não existe algo unitário e global chamado poder, mas unicamente formas díspares, heterogêneas, em constante transformação. O poder não é um objeto natural, uma coisa; é uma prática social e, como tal, constituída historicamente”. (FOUCAULT, 1979, p. 10).

recebe fundamental influência do conceito de ação. O conceito de ação⁵² da Escola Clássica é importado da física/mecânica que exclui de seu conteúdo qualquer consideração subjetiva valorada pela condição do sujeito da ação. Dessa forma é possível afirmar que o conceito de crime da Escola Clássica esvazia o conteúdo da ação, razão da sua projeção metafísica, ancorada no vazio da racionalidade formal.

A Escola Positiva empresta o mesmo tratamento para o conceito de crime e, assim também conserva o mesmo caráter abstrato. Primeiro os positivistas não demonstram preocupação com a construção conceitual do crime,⁵³ mas procuram esgotar todas as suas investigações teóricas, mesmo que assentadas no campo da observação e da experimentação, para demarcar os tipos categoriais dos sujeitos/delinquentes. Percebe-se que a frenética indagação dos positivistas está em classificar o homem delincente, desalojando a ação da sua condição do sujeito. O crime chega a se confundir com o tipo categorial delincente. O crime como fato natural ou social é a pura representação da condição de ser do sujeito,⁵⁴ determinada pela natureza ou pela sociedade.⁵⁵

Embora Ferri tenha proposto uma nova dimensão à classificação do homem delincente lombrosiano, do determinismo naturalista e sociológico não se afasta absorvido que estava pela pesquisa de Lombroso e pelo modelo experimental do seu método, originários da concepção científica dominante à sua época. Por isto propõe três modelos causais do criminoso e do crime, denominada:

⁵² “As bases epistemológicas do modelo causal de ação provém do conhecimento científico do século XVIII, caracterizado pelo desenvolvimento das *ciências físicas* e, em particular, da *mecânica newtoniana*”. (SANTOS, 1985, p. 55, grifos do autor).

⁵³ Moniz Sodré esclarece que entre os expoentes da Escola Positiva somente Garofalo procurou esboçar uma noção do crime – noção sociológica -, razão pela qual afirma que Ferri julgava “dispensável uma definição do delito, pois que ela deveria vir no fim e não no princípio das investigações da sociologia criminal”. (ARAGÃO, 1963, p. 126).

⁵⁴ Nesta passagem, mais uma vez, ferri aposta na condição de ser do sujeito como fator determinante do crime: “Que o *criminoso*, sendo o autor do fato proibido ao qual se deve aplicar a pena cominada pela lei e sendo, por isso, ele o *protagonista da justiça penal prática*, deve sê-lo também na ciência criminal. Daí que, ao estudo jurídico do crime e da pena, admiravelmente feito pelos criminalistas clássicos, é necessário propor e acrescentar o estudo do delincente, cujo crime praticado – tendo também um valor próprio de maior ou menor gravidade moral e jurídica – é sobretudo o sintoma revelador de uma personalidade mais ou menos perigosa, para a qual se deve dirigir uma adequada defesa social. É preciso portanto abandonar, visto não corresponder à realidade, o critério fundamental da Escola Clássica, que considerava o autor do crime como um “tipo médio”, igual a quaisquer outros homens, salvo os poucos casos aparatosos e taxativamente catalogados de menoridade, loucura, surdo-mudez, embriaguez, ímpeto de cólera e de dor”. (FERRI, 1996, p. 64, grifos do autor).

⁵⁵ Bettiol também já alertava criticamente que o modo de ser do homem é que era determinante para os positivistas. “É o *modo de ser* do homem que importa: a morfologia, a etiologia, o finalismo da ação interessam apenas e até quando possam iluminar os caracteres fundamentais da personalidade criminológica”. (BETTIOL, 1976, p. 08).

tríplice série das causas do crime, - admitida, em seguida, por todos os sociólogos criminalistas – (fatores individuais, orgânicos e psíquicos – fatores físicos, ambiente telúrico – fatores sociais, ambiente social), sustentando que todo crime, do mais leve ao mais terrível, não é um *fiat* incondicionado da vontade humana, mas sim a resultante destas três ordens de causas naturais. E visto que estas diversamente influem, caso por caso, indivíduo por indivíduo, disso advém a classificação dos criminosos (criminoso nato – louco – habitual – ocasional – passional) que fica como pedra angular no novo edifício científico. (FERRI, 1996, p. 60).

Da mesma forma Garofalo agrega o seu conceito naturalista de crime à pessoa do criminoso e, assim define o delito natural como “a ofensa feita a parte do senso moral formado pelos sentimentos altruístas de *piedade e de probidade* – não, bem entendido, à parte superior e mais delicada deste sentimento, mas à mais comum a que considera patrimônio moral indispensável de todos os indivíduos em sociedade”.(GAROFALO, 1997, p. 29). O crime para Garofalo “está sempre no indivíduo e é a revelação de uma natureza degenerada, quaisquer que sejam as causas, antigas ou recentes, dessa degeneração” (BRUNO, 1984, p. 117).

Em um segundo plano, o conceito de ação manipulada pela Escola Positiva possui a mesma matriz da Escola Clássica, a mecânica newtoniana. A ação para os positivistas representa o instrumento que impulsiona os instintos criminógenos do homem criminoso. Nessa perspectiva a ação não é valorada consoante o agir comportamental de um sujeito. A ação não se qualifica como comunicação entre o sujeito e a sociedade e, pois, valorada pelo Direito. Afinal, para o positivismo, a ação é o meio pelo qual se afeta a relação causal, entre o fato naturalístico e sua conseqüência sensível, que se objetiva na transformação do objeto.

Nesta órbita entende Prado que:

pela concepção positivista, não há vontade humana; o pensamento, o querer, não são mais que manifestações físicas de um processo físico-psicológico que se desenvolve por meio de condutores no sistema nervoso (determinismo positivo), sendo, portanto, o homem um irresponsável. (PRADO, 2007, p. 83).

Em peculiar análise sobre a noção da ação implicada pelos positivistas para definir as categorias criminosas e o crime diz Bettiol que:

Os tipos naturalistas de delinquentes elaborados pela escola positiva são esquemas abstratos puros, figuras mortas: tentam reagrupar dados supostamente comuns a uma multiplicidade de delinquentes e se esquecem de examinar o que é expressão mais típica e característica da personalidade humana, isto é, a ação. Mas era fatal que assim ocorresse porque os positivistas são influenciados em suas pesquisas pela idéia da causalidade compreendida em sentido meramente mecânico, idéia que encerra a própria ação numa expressão árida de força física, num esquema que perde a riqueza da vida “humana” que lhe é peculiar. (BETTIOL, 1976, p. 11).

O paradigma etiológico institucionalizado pela Escola Positiva para o exame da criminalização legitima sua intervenção no processo de classificação da delinquência

humana⁵⁶ e qualificação do crime pelo denominado método científico emprestado da física, porque parte do pressuposto de uma realidade social homogênea (previsível) - pensamento também adquirido da teoria científica moderna – enunciado ou concepção sintética introduzida na esfera da metodologia científica para ocultar as contradições⁵⁷ -, o que possibilita, em consequência, o manuseio de um resultado também previsível, razão pela qual o positivismo criminológico proceduraliza um campo de atuação defensivo, como consequência do crime, ou seja a pena como medida de defesa social, e as medidas de segurança como remédio curativo, instrumentos de profilaxia.

1.3.2 Conceito de pena da Escola

A Escola Positiva consolidou a estrutura social em um modelo de sociedade homogênea, e, portanto, previsível, porque imaginariamente sem contradições, base na qual assentou seu projeto punitivo. A homogeneidade da sociedade permitia a identificação de todos os mecanismos que estivessem atrelados às práticas sociais. Dessa forma, se pode dizer que o processo de identificação e/ou (re)conhecimento⁵⁸ possibilitaria a seleção das práticas sociais e a sua valoração, objetivando, assim, firmar o controle da ordem na sociedade. Com o controle da ordem assegurada pela intervenção do Estado na sociedade, previamente estabelecida pela seleção das práticas que referendassem os comportamentos modelos firmados pelo pacto social, função dos órgãos de controle era identificar as condutas que porventura fossem nocivas ao pacto, em razão da provocação da desordem.

Nessas condições a escola elegeu critérios para identificar os processos causais da prática criminosa e classificar as categorias de delinquentes, estas que, por sua vez, eram determinadas às práticas criminais por força naturais ou sociais. O meio adequado para afastar e/ou excluir as causas impulsionadoras desta desordem provocada pelas condutas desajustadas do modelo social implementado pelo sistema punitivo era a própria defesa social, tal como um

⁵⁶ “O núcleo da renovação que a escola positiva introduziu nos estudos penais é a consideração do homem, na sua realidade naturalista, posta no centro de toda a construção do Direito Penal. Por isto, conclui o autor, o crime torna-se “mero episódio de desajustamento social do homem, ação condicionada pelas forças íntimas da personalidade do agente e externas do seu mundo circundante”. (BRUNO, 1984, p. 120).

⁵⁷ Ver. Popper (2003, p. 29). Tratamos deste assunto no tópico sobre “a universalização metodológica em busca da estabilidade”.

⁵⁸ O reconhecimento como procedimento de inclusão social a partir da noção de cidadania ver Neves (2006, p. 175-185). De outro lado, o reconhecimento como regra de identificação das características das regras primárias para obtenção da sanção ver Hart (2001, p. 104-9).

reflexo da auto tutela da sociedade, com a prevenção do ato delituoso. O sistema imprime uma tutela preventiva do crime como corolário das causas determinantes da criminalização.

A erosão provocada ao tecido social pela avalanche do crime ameaça as estruturas da sociedade, o que impõe uma imediata reação, daí resultando a exigência social de defesa, que é o próprio fim e fundamento do Direito Penal, para os positivistas. Essa idéia da defesa social como fim do Direito punitivo, veio receber a necessária base científica, conforme acentua Bruno (1984):

Para essa defesa é que o Estado se arma das medidas penais, que devem ser medidas de prevenção do crime, sobretudo de prevenção especial, que, agindo sobre o próprio criminoso, o impeçam de voltar a delinquir, emendando-o ou segregando-o do meio social, nas formas irredutíveis. Desse modo a sanção penal afrouxa a sua relação com o crime, para aderir ao homem criminoso.

Deixa, pois, de ser uma medida retributiva estéril, para tornar-se recuperadora, em vista do seu caráter positivo, se estabelecendo como instrumento de reintegração do homem criminoso na comunidade social. (BRUNO, 1984, p. 121).

A proposta de Ferri de combate a criminalidade a partir de um conjunto de providências denominadas ‘substitutivos penais’, que consiste em “reformas práticas” de ordem educativa, familiar, econômica, administrativa, política e também jurídica – no campo privado e público – se adequa à concepção de defesa social, como fundamento preventivo da pena, em razão do conhecimento das causas do crime depositadas nas categorias criminosas, previamente selecionadas.⁵⁹

O objeto punitivo do positivismo criminológico é a pessoa do delinqüente, o que valida o pensamento ferriano no que concerne a reforma do “eu” – o modo-de-ser-do-agente – do criminoso, por isto que na sua concepção a pena é a:

última ratio de defesa social repressiva, não se deve proporcionar – e em medida fixa – somente à gravidade objetiva e jurídica do crime, mas deve adaptar-se também e sobretudo à personalidade, mais ou menos perigosa, do delinqüente, com o seqüestro por tempo indeterminado, quer dizer, enquanto o condenado não estiver readaptado à vida livre e honesta, a mesma maneira que o doente entra no hospital não por um lapso prefixo de tempo – o que seria absurdo – mas durante o tempo necessário a readaptar-se à vida ordinária. Daqui resulta que a insuprimível exigência para a hodierna justiça penal é esta: assegurar uma defesa social mais eficaz contra os criminosos mais perigosos e uma defesa mais humana para os criminosos menos perigosos, que são o maior número. (FERRI, 1996, p. 65).

⁵⁹ Ferri (1996, p. 63). Prado com assento na proposta ferriana diz: “Conforme à idéia de que o meio social pode ser um importante fator criminógeno, propõem-se, como medida preventiva, os *sostitutivi penali*, instrumentos de defesa social que se apresentam como verdadeiros antídotos aos fatores sociais do crime. Isso porque há sempre um mínimo de criminalidade natural ou atávica e a pena transformada pela sociologia criminal será o último obstáculo às manifestações inevitáveis e esporádicas da atividade criminal. Os substitutivos penais servirão como meio de transição prática e gradual para se chegar a uma metamorfose social, em nome da qual não será legítimo se opor a tais medidas”. (PRADO, 2007, p. 84)

Garofalo⁶⁰, fundador e expoente da Escola Positiva, em suas investigações, procurou estabelecer uma natureza jurídica para o significado da pena e, embora realmente evidencie elementos jurídicos na formação do conceito de pena da metodologia positivista não se afasta, porque possui como fundamento a defesa social.

O componente jurídico da pena em Garofalo é a sua noção de temibilidade que está agregada às condições pessoais do sujeito e de sua (re)adaptação ao ambiente social. A temibilidade, mais que a intensidade dos impulsos criminosos representa a força de resistência a tais impulsos que na verdade equivale ao próprio senso moral do delinqüente. (GAROFALO, 1997, p. 207). É esta concepção do positivismo criminológico que posteriormente irá fundamentar a periculosidade nas codificações do século XX.

As bases para o fundamento da pena na contemporaneidade estão fincadas na prática do crime e na culpabilidade, mas o objeto da sua medida, nesta mesma perspectiva, é a intensidade da ofensa ao bem jurídico. No apogeu da Escola Positiva, a mensuração da pena – o próprio Garofalo denuncia – ou “critério quantitativo” tinha como referência a gravidade do dano material ou a importância do dever violado. Desses critérios, o autor, procura se afastar, porque entende a dificuldade em comparar coisas heterogêneas, como as diversas espécies de crimes.

E ainda quando se trate de uma mesma espécie, o critério quantitativo deduzido da gravidade do *dano material* não poderá servir senão para avaliar a reparação devida ao ofendido, e o critério tirado da importância do *dever violado* fornecerá apenas um elemento para determinar a *imoralidade* do agente e, portanto, a sua *temibilidade*. (GAROFALO, 1997, p. 207, grifo do autor).

Para sustentar esta posição, o autor, muda o foco do fim de tutela do direito penal, do objeto da ação para o sujeito⁶¹ da ação e, assim propõe a substituição da proporcionalidade penal para buscar um meio idôneo que possibilite um processo inibitório de temibilidade do delinqüente e o adapte às condições de sociabilidade. Nessas condições “o meio penal deve ser determinado pela possibilidade de adaptação do réu, isto é, pelo exame das condições de existência em que pode presumir-se que ele cesse de ser temível”. (GAROFALO, 1997, p. 208).

⁶⁰ Garofalo é o jurista da primeira fase da Escola Positiva que, em seus estudos desenvolve os fundamentos da escola: “a *prevenção especial* (pena visando à correção e adaptação do réu ou sua neutralização) junto à prevenção geral (intimidação), com prevalência da prevenção especial em caso de contraste, e, sobretudo, o que é característico da nova escola, a *periculosidade do réu* (temibilidade), como critério e medida da repressão criminal”. (FRAGOSO, 1990, p. 46, grifos do autor).

⁶¹ Na visão do autor o sujeito é um elemento desintegrador do sistema social. Portanto, o fim de tutela que ressaltamos é no sentido de observado. Ou seja, o sujeito necessita ser observado para conter o temor que produz ao meio social e conduzi-lo a (re)adaptação.

Embora a argumentação de Garofalo seja no sentido de excluir da noção de pena o resultado da conduta – gravidade do dano -, ou a importância do dever violado para a sua mensuração, da relação de causalidade não consegue se distanciar, em vista do modelo metodológico manipulado por sua concepção epistemológica, e assim, pois, a desloca para o grau – intensidade - de temibilidade do sujeito na sociedade. Através dessa mudança de perspectiva, ou seja, da referência pela qual o autor mede a agressão produzida pelo crime (gravidade do dano ou importância do dever violado) é que estabelece o modo de quantificar a dimensão da repressão penal. Neste caso, sua referência de medida é o próprio sujeito, em razão do grau de temor que imprime na sociedade. Para o positivismo criminológico a pena ⁶² representa um meio de purificação social, uma verdadeira catarse.

A idéia de prevenção que domina o pensamento da Escola Positiva é fruto do método causal, visto que se conhecendo a causa é possível prever e prevenir o efeito.⁶³ A prevenção surge, pois, das condições de possibilidades ou probabilidades (pré)constituídas, como já denunciámos. O ideário que circunda o conceito de prevenção atravessa o escopo da pena, que a nosso juízo, suporta o embate de duas concepções, uma no plano jurídico, enquanto instrumento de combate à criminalidade – específica ou geral (a pena é o meio – positivismo criminológico) – e outra no plano ético, constituindo-se de um (des)valor positivo incidente na consciência do sujeito (v. perdão judicial), para o (re)ajuste da sua conduta no meio social e a reflexão moral da sua ação.

Conclui-se, portanto, que o positivismo criminológico carregado da metodologia naturalista emprestada da mecânica imprime a noção de causalidade no conceito de pena, como consequência lógica do crime, estabelecendo, conseqüentemente, uma relação física entre coisas – o fato-crime e a pena. Ora, o crime é o produto de uma atividade humana que se situa no plano cultural das valorações. E a pena, pergunta Cammarata, que coisa é, realmente,

⁶² “Para nós a pena é o *remédio à falta de adaptação do réu*; não procuramos, por isso, um meio *individualmente doloroso*, mas apenas exigimos do remédio que ele não seja *desejável*, para que direta ou indiretamente se não subvertam os motivos da conduta. Ora, dada esta exigência, o remédio melhor é o que *basta* ao fim proposto, qualquer que seja ou deixe de ser a dor experimentada pelo réu. Tudo se reduz, portanto, à determinação da necessidade social”. (GAROFALO, 1997, p. 210, grifos do autor).

⁶³ “A verdade é que o *direito de punir começa quando há muito já se exauriu o direito de defesa*. O direito penal enquanto retribuição é todo voltado ao passado, para aquilo que já se exauriu, não se pode – porque não se permite a contradição – falar de defesa social, visto que a defesa tem como objeto um fato lesivo que se está desenvolvendo, ou que, se situa ainda no campo das hipóteses futuras. Afirma corretamente Pellegrino Rossi, a quem devemos até hoje as mais agudas e exaustivas críticas à idéia de defesa social, que ‘defender-se e punir são coisas essencialmente distintas: e quer sejam consideradas em seus princípios, quer a elas se tenha seguido a sua ação, seria absurdo confundi-las. No homem e no corpo político que se defende, não há, diante do agressor, aquela superioridade moral que se exige, no poder que pune, a superioridade do juiz: porque aquele que se defende nada mais é do que parte’.” (BETTIOL, 1976, p. 107).

a denominada conseqüência jurídica senão uma qualificação da atividade de um sujeito (jurídico)? (BETTIOL, 1976, p. 68). Nessa perspectiva a pena é o meio de valoração do crime.

Para não cair no absolutismo da cegueira causal como relação mecânica das coisas naturais, em que a pena é a conseqüência do crime, adverte Bettiol que:

o conceito de conseqüência é um conceito que evoca o de causalidade, isto é, um conceito naturalista apto a justificar a sucessão entre dois fenômenos do mundo físico e que pode tão-somente servir, analogicamente, para explicar o fenômeno da sucessão entre hipótese legal, de um lado e conseqüência jurídica, de outro. Por isso o conceito de conseqüência jurídica não corresponderia assim às necessidades de um enquadramento sistemático da pena, quer por se tratar de noção de fundo naturalista que pretende explicar fenômenos jurídicos (e portanto valores) à luz de um critério mecânico, quer por se tratar de uma noção muito lata e incolor sob a qual ficariam abrangidos fenômenos muito diversificados. (BETTIOL, 1976, p. 67).

Entretanto, o crime é também um fato, e nesta circunstância gera em seu torno, condições que possibilitam valorações intrínsecas ao campo jurídico-penal. No entanto, os efeitos do crime (re)produzem conseqüências na ordem jurídica que constituem ou extinguem direitos. O instrumento onde se processam as valorações do campo jurídico é a norma. Nessa ordem de pensamento significa que a norma – instrumento de valoração – é a condição que estabelece a relação entre o fato (crime) e a sua conseqüência jurídica (pena).

Bettiol em sua sempre arguta e substancial compreensão do direito criminal entende que o “fato tem natureza condicionante, é um pressuposto que – *por intermédio da norma* – determina conseqüências de direito”. (BETTIOL, 1976, p. 68, grifo do autor). Embora a estrutura do pensamento do autor seja no sentido de afastar a influência da natureza mecânica da causalidade no direito criminal - neste ponto não merece reparos -, entretanto, não podemos concordar que a norma é o meio pelo qual se afirma a relação causal entre o fato – pressuposto - e a pena - conseqüência. Evidente que o crime é o pressuposto da pena, enquanto fato gerador de conseqüência, mas no plano das coisas naturais. Na ciência do direito o que qualifica a relação entre o crime e a pena é o conteúdo da norma, numa perspectiva teleológico/lingüística.

Na verdade, Bettiol propõe à pena uma natureza essencialmente jurídica mesmo que se mantenha com um caráter retributivo, ou seja, um atributo do crime valorado pelo Direito. Mas, não significa atribuir à pena o fundamento do direito penal. No que concerne à pena:

esta é certamente uma reação da ordem jurídica contra o fato “qualificado” como crime: pode, portanto ser considerada como “conseqüência” jurídica do fato, desde que não se dê, porém a esta expressão um conteúdo naturalista. Numa visão teleológica do direito penal que é a mais aderente à realidade, a pena pode dizer-se “conseqüência” jurídica do crime, porque é o meio de que se serve o ordenamento jurídico após a prática de um crime para reagir à lesão do bem jurídico, para “fagocitar” desse modo o próprio crime. (BETTIOL, 1976, p. 69, grifo do autor).

A bandeira da defesa social imprime ao conceito de pena da Escola Positiva um caráter eminentemente preventivo, derivando desta concepção o próprio fundamento do Direito Criminal, que se encerra na pena. Ora, como o fim da pena é a prevenção que se pretende à sociedade, constituindo a responsabilidade penal a própria responsabilidade social,⁶⁴ autoriza afirmar que o direito criminal não se fundamenta nos “valores” cunhados das suas qualificações ou categorias normativas, mas de avaliações naturalistas – quando entrelaçadas às condições pessoais do sujeito ou “congênitas” – ou de sociabilidade – estabelecida como fator determinante na formação da personalidade do homem delinqüente.

Conclui-se que a natureza da pena no positivismo criminológico, com sua concepção de defesa social (eficácia normativa), bem como as intervenções procedidas nas categorias extraídas da realidade adjudicadas de outros campos epistemológicos ocorrem em razão do modelo metodológico positivo empregado, emprestado de outras ciências.

1.3.3 Metodologia da Escola

O contexto histórico em que eclode o movimento positivista da escola criminológica se notabiliza, no plano epistemológico, pelo desenvolvimento do método indutivo próprio das ciências empíricas, em razão das condições pelas quais se estabelece a noção de verdade. Nas ciências empíricas ou naturais a noção de verdade é extraída da relação de causalidade que se forma a partir da realização do fenômeno, objeto da investigação. No entendimento de Kelsen a “natureza é segundo uma das muitas definições deste objeto, uma determinada ordem das coisas ou um sistema de elementos que estão ligados uns com os outros como causa e efeito, ou seja, portanto, segundo um princípio que designamos por causalidade”. (KELSEN, 1994, p. 85).

O positivismo criminológico⁶⁵ se afirma no campo criminal com o advento da metodologia experimental manipulada pela Escola Positiva, buscando, principalmente

⁶⁴ Para Ferri a responsabilidade penal deriva da responsabilidade social, pois, o “homem é sempre responsável de todo o seu ato, somente porque e até que vive em sociedade. Vivendo em sociedade, o homem recebe dela as vantagens da proteção e do auxílio para o desenvolvimento da própria personalidade física, intelectual e moral. Portanto, deve também suportar-lhe as restrições e respectivas sanções, que asseguram o mínimo de disciplina social, sem o que não é possível nenhum consórcio civilizado”. (FERRI, 1996, p. 230).

⁶⁵ Para Bobbio o “positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais”. (BOBBIO, 1995, p. 135).

prescrever a verdade jurídica nos moldes das ciências naturais, pela causalidade. Nessa concepção o conhecimento está inserido no objeto, e assim, o método o revela, através da relação que se dá entre a causa determinante do efeito. É a lógica extraída da compreensão do universo, ou das leis que gravitam em torno da sua formação, como um conjunto das relações factuais pré-ordenadas a estabelecer a causa dos fatos naturais. Significa que o produto da criminalidade é previsível porque determinada pelas condições pessoais do sujeito ou da sua sociabilidade.

O método empírico/indutivo é exaltado pela Escola, demarcando o limite com os clássicos, motivo pelo qual Ferri brada que:

A diferença profunda e decisiva entre as duas escolas está, portanto principalmente no Método: dedutivo, de lógica abstrata, para a escola clássica, - indutivo e de observação dos fatos para a escola positiva; aquela tendo por objeto “o crime” como entidade jurídica, esta, ao contrário, “o delinqüente” como pessoa, revelando-se mais ou menos socialmente perigosa pelo delito praticado. (FERRI, 1996, p. 62).

A Escola Positiva imprime ao estudo da ciência jurídico-criminal uma virada paradigmática “fazendo penetrar a lei da causalidade nas concepções abstratas tradicionais, o que bastaria para pôr sob outro ângulo o problema da criminalidade e imprimir ao seu estudo, mesmo sob o ponto de vista jurídico, um sentido sociológico-naturalista”. (BRUNO, 1984, p. 112).

No projeto da Escola Positiva está encartado a universalização do seu modelo metodológico, proposição manifestada em razão da estabilidade do conhecimento científico operado pela exclusão do sujeito⁶⁶ e, pois, de qualquer juízo de valoração, na produção deste saber – verdade. Assim, o produto do saber é higienizado ou depurado pela objetivação da realidade, podendo ser quantificado⁶⁷ Entendem os positivistas⁶⁸ que a neutralidade na produção do saber remete a uma certeza absoluta porque estabiliza o objeto do conhecimento, em vista da exclusão dos valores que poderiam ser intrometidos na observação pela

⁶⁶ A exclusão do sujeito do conceito de injusto ver Tavares (2000). Este tema será desenvolvido nos capítulos terceiro e quarto.

⁶⁷ Taylor/Walton/Young, citados por Vera Andrade, entende que as premissas decorrentes do método científico da Escola Positiva são: “a) medição (quantificação); objetividade (neutralidade) e causalidade (determinismo)”. (ANDRADE, 1997, p. 63).

⁶⁸ Bobbio ao tratar do método da ciência positiva diz que a ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos subjetivos (ou pessoais) contrariam a exigência da objetividade. Conclui: “o cientista moderno renuncia a se pôr diante da realidade com uma atitude moralista ou metafísica, abandona a concepção teleológica (finalista) da natureza (Segundo a qual a natureza deve ser compreendida como pré-ordenada por deus a um certo fim) e aceita a realidade assim como é, procurando compreendê-la com base numa concepção puramente experimental (que nos seus primórdios é uma concepção mecanicista)”. (BOBBIO, 1995, pp. 135).

subjetividade do sujeito. Por isto condicionam também a estabilidade e certeza do conhecimento na invariabilidade da noção de tempo.⁶⁹ Assim, como já afirmamos, o método é onipotente e, este conduzido pela causalidade se basta para revelar a verdade. Assinala Juarez Tavares que “a ciência da modernidade é, assim, uma ciência do objeto apreensível e totalizante, de única verdade”. (TAVARES, 2000, p. 23).

Afinal, podemos fazer coro a Chalmers que não há um conceito universal e atemporal de ciência ou de método científico que possa servir aos propósitos das Escolas Clássica e Positiva. (CHALMERS, 1993, p. 215).

A natureza cultural e, pois, valorativa da ciência jurídico-penal exige um modelo metodológico que aproxime a significação da linguagem prescrita no conteúdo da norma ao significado lingüístico da realidade factual, para que se construa a noção do injusto criminal, bem como do bem jurídico, em razão da heterogeneidade do direito e da realidade.

⁶⁹ Sobre a noção de tempo na concepção científica do direito ver Tavares (2000).

CAPÍTULO II – O INJUSTO PENAL E UM NOVO PARADIGMA: O FLUXO DO TEMPO E A NOÇÃO DE SUJEITO

2.1 OS EFEITOS DA UNIVERSALIDADE METODOLÓGICA NA (RE)FUNDAÇÃO DOS PARADIGMAS

A prometida estabilidade na teoria científica com vistas à construção de paradigmas de conteúdo universais, surgiu da formulação de um modelo de metodologia também de caráter universal, que (re)produz um conhecimento estático, porque estabelecido a partir de uma concepção determinista das propriedades da natureza e da realidade. Natureza e realidade mantêm-se em estado de equilíbrio pela noção de simetria entre o pensamento e a realidade: sujeito e objeto. É a partir desta noção de um mundo homogêneo que o pensamento se subsume a realidade originando um conhecimento em perfeita sintonia com a condição atemporal⁷⁰ da ciência moderna. A denominada crise de paradigmas sempre se apresenta ao mais sutil embate entre esta concepção gnosiológica, gerada em um mundo simétrico e a do outro mundo assimétrico e heterogêneo.

A univocidade metodológica pressupõe uma regularidade dos fenômenos, objeto da investigação. Tomando como base os fenômenos naturais, fonte primária da observação da teoria científica, é possível conceber que o fundamento da estabilidade do conhecimento ocorre, primitivamente, em razão da prévia existência das leis que regulam tais fenômenos. As leis da natureza⁷¹ são gerais e abstratas e condicionam sua validade *a priori*, portanto, são imutáveis e representam estados de certeza na observação dos fenômenos. A representação da certeza, por sua vez, se apóia na perspectiva da negação da contradição das propriedades do

⁷⁰ “O paradoxo do tempo só foi identificado tardiamente, na segunda metade do século XIX, graças aos trabalhos do físico vienense Ludwig Boltzmann. Ele acreditara poder seguir o exemplo de Charles Darwin na biologia e fornecer uma descrição evolucionista dos fenômenos físicos. Sua tentativa teve como efeito pôr em evidência a contradição entre as leis da física newtoniana, baseadas na equivalência entre o passado e futuro, e toda tentativa de formulação evolucionista que afirme uma distinção essencial entre futuro e passado. Na época, as leis da física newtoniana eram aceitas como a expressão de um conhecimento ideal, objetivo e completo. Já que as leis afirmavam a equivalência entre o passado e o futuro, toda tentativa de conferir uma significação fundamental à flecha do tempo aparecia como uma ameaça contra esse ideal”. (PRIGOGINE, 1996, p. 10).

⁷¹ Diz Prigogine que “muitos historiadores ressaltam o papel essencial desempenhado pela figura do Deus cristão, entendido no século XVII como legislador todo-poderoso, nessa formulação das leis da natureza. A teologia e a ciência convergiam, na época. Escreveu Leibniz: “na menor das substâncias, olhos tão penetrantes quanto os de Deus poderiam ler imediatamente toda a seqüência das coisas do universo. Quae sint, quae fuerint, quae mox futura trahantur (Que são, que foram, que acontecerão no futuro)”. A submissão da natureza a leis determinantes aproximava, assim, o conhecimento humano do ponto de vista divino atemporal”. (PRIGOGINE, 1996, p. 20).

objeto observado. Dessa forma, o conhecimento é originário da adequação dos fenômenos às leis naturais, sendo, pois, apenas desocultado.

Prigogine alerta que:

as leis da natureza enunciadas pela física são da esfera, portanto, de um conhecimento ideal que alcança a certeza. Uma vez que as condições iniciais são dadas, tudo é determinado. A natureza é um autômato que podemos controlar, pelo menos em princípio. A novidade, a escolha, a atividade espontânea são apenas aparências, relativas apenas ao ponto de vista humano. (PRIGOGINE, 1996, p. 21).

Ao dogma da estabilidade implantado na origem do conhecimento se acopla o da reversibilidade dos conceitos emanados da ciência. Embora os conceitos de estabilidade e reversibilidade sejam extraídos da física às ciências humanas se aplica como veremos. Na física “os processos reversíveis são descritos por equações de evolução invariantes em relação à inversão dos tempos, como a equação de Newton na dinâmica clássica e a de Schrödinger na mecânica quântica, os processos irreversíveis implicam uma quebra da simetria temporal”. (PRIGOGINE, 1996, p. 25).

Assim, o processo de reversibilidade se caracteriza pela exclusão da noção do tempo na investigação dos fenômenos físicos. Significa, pois, a inalterabilidade da natureza do fenômeno se verificado em condição positiva ou negativa de tempo, tendo em vista que o fenômeno tende a se reverter.⁷²

Nessa ótica, o que se percebe é que há uma perspectiva hermética de uma ordem universal onde se reconhece um processo regulador autônomo, devidamente organizada por leis gerais que orientam esse sistema, e na ocorrência do fenômeno (re)organiza o “sistema”. Assim, o fenômeno sempre representa uma particularidade, ou seja, os fenômenos são particulares, e na medida em que possibilitam a desestabilidade das propriedades do objeto atuam os mecanismos de imunização da estabilidade propiciando a reversibilidade da desordem.

Com um traço peculiar Juarez Tavares analisa a concepção da estabilidade na formação conceitual das proposições na teoria científica afirmando que

ao dogma da possibilidade de um conceito estável corresponde necessariamente um modelo determinista de verificação. Com isso, afigura-se, primeiramente, que o conceito estável deve refletir uma realidade igualmente estável; em segundo lugar, tendo em vista que a realidade é estável, os períodos ou fenômenos de instabilidade

⁷² Juarez Tavares esclarece os fundamentos da ciência moderna: “Da relação, portanto, entre a realidade fenomênica regida por uma ordem natural e a formulação dos enunciados, nasce e se desenvolvem a ciência da modernidade, cujo modelo é representado pela mecânica de Newton e as leis do movimento ($ma=f$), pelas quais, dadas determinadas condições, se poderiam predizer suas conseqüências e descobrir seus antecedentes. Como essas leis eram temporalmente reversíveis, seria irrelevante que os valores temporais que se lhe agregassem fossem positivos ou negativos, ou seja, na fórmula apresentada ($ma=f$), pouco importa que qualquer de seus componentes seja tomado num ou noutro sentido. Assim, se a aceleração (a) derivar de um valor de tempo positivo (t) ou negativo (-t), a fórmula ainda continua mesma”. (TAVARES, 2000, 24).

devem ser compreendidos como perturbadores da ordem natural e tendem a reverter-se; em terceiro lugar, como expressão ou identificadores da própria realidade, os conceitos desempenham precipuamente a função de instrumentos classificatórios e devem comportar a reversibilidade, quer dizer, se os fenômenos sempre se congregam através de ligações determinadas, justapostas ou hierarquizadas, que tendem a se recompor, uma vez desfeita a causa de sua instabilidade, os conceitos devem refletir esse refazimento. (TAVARES, 2000, p. 24).

Esta capacidade de reverter a natureza dos fenômenos particulares, própria das ciências físicas, reflete na natureza humana, primeiro porque exclui a autonomia (TAVARES, 2000, p. 23) do sujeito, e segundo porque estabelece um padrão de responsabilidade determinada pela prática da conduta, independentemente da flexibilização do tempo, e que reverte o quadro de desordem pela fixação da culpa.

Entretanto, o que propõe a teoria científica contemporânea através da chamada física dos processos de não-equilíbrio é demonstrar através da flexibilização da noção de tempo a sua direção, e que esta posição do tempo produz uma direção transformadora, razão pela qual (re)constrói um novo significado ao processo de irreversibilidade. Assim, o conhecimento está em constante processo de produção em vista das (re)significações da verdade. A instabilidade produz saber.

O conhecimento a partir desta concepção científica é construído das relações de forças provocadas pela instabilidade que ocorrem nas propriedades do objeto em razão da ausência do equilíbrio que a flexibilidade do tempo provoca. Assim, a referência do conhecimento numa circunstância de equilíbrio – homogeneidade do espaço/tempo – é a universalidade das leis, e longe do equilíbrio é a especificidade das práticas observadas. Por isto, Prigogine salienta que:

no equilíbrio e perto do equilíbrio, as leis da natureza são *universais*, longe do equilíbrio elas se tornam específicas, dependem do tipo de processos irreversíveis. Esta observação é conforme a variedade dos comportamentos da matéria que observamos ao nosso redor. Longe do equilíbrio, a matéria adquire novas propriedades em que as flutuações, as instabilidades desempenham um papel essencial: a matéria torna-se mais *ativa*. (PRIGOGINE, 1996, p. 68, grifo do autor).

Portanto, percebe-se que a angústia que se estabelece na teoria científica contemporânea na construção do processo de conhecimento circula imprescindivelmente, pelo paradoxo do tempo. Percebe-se também que a partir da compreensão flexível da noção de tempo paradigmas – principalmente na física - amplamente aceitos foram desconstituídos e novos paradigmas foram instituídos, reproduzindo seus efeitos em vários campos do conhecimento, bem como na ciência jurídica. Por isto, novas fórmulas para atribuição dos conceitos foram criadas, da mesma forma que novos conceitos foram processados, motivo pelos quais novos saberes foram constituídos. Nessa mesma senda é possível afirmar que o

conhecimento se difunde através da formulação dos conceitos. Então, conhecimento significa estabelecer conceito.

O que instiga a investigação científica na formulação do conceito de injusto criminal é, num primeiro estágio, delimitar as condições materiais de produção da ação⁷³ no mundo objetivo, como referência para observar as relações e o contexto histórico em que se insere o sujeito, produtor que é de significações nas suas práticas convivenciais. As significações produzidas pelo sujeito além de refletirem a densidade das suas sociabilidades se instituem como condição para manipulação das realidades. Embora se reconheça a existência de realidades que detém dimensões universais, é indispensável reconhecer as realidades particulares. As singularidades são historicamente construídas. Portanto a ação é produtora de sentido e deve consignar a comunicação entre os interlocutores, com vistas a conduzir o processo *causal* conscientemente projetado

O segundo momento de análise do conceito de injusto é fornecido pelo “processo de formação normativa”, (TAVARES, 2003, p, 230) expressão colhida de Juarez Tavares, que decifra os elementos constitutivos do conteúdo da norma. Conteúdo que expressa uma linguagem e que se vincula à ação mediante interesses e valores emitidos pelo sujeito ou extraídos da relação social.

O interesse social⁷⁴ se constitui como elemento integrante desse processo de criação da norma, na medida em que se estabelece na relação social como possibilidade real de condensação dos atributos da atividade humana e, pois, como seu próprio limite.

Esses interesses, tomados, primeiramente, em sua acepção objetiva, como formas, pressupostos e condições da vida material, no sentido de estabelecer uma ordem-limite da prática social, e, depois, conforme sua visão subjetiva, enfocados como objetivos condicionantes da atividade social, não existem independentemente de determinada formação social, isto é, fora das estruturas econômica, política, ideológica e jurídica. (TAVARES, 2003, p. 230).

Em face da complexidade dessas estruturas do corpo social e da representação do mundo objetivo, assim como da heterogeneidade subjetiva e objetiva do sujeito, os interesses devem se afirmar como instrumentos entre as condições da vida material e as formações

⁷³ Sobre o conceito de ação ver a construção proposta por Juarez Tavares, a partir da ação comunicativa. (TAVARES, 2003). O conceito de ação comunicativa ver Habermas (1978).

⁷⁴ “Os interesses sociais apresentam um dupla carga de características: uma subjetiva, vinculada aos seus portadores, representada pelos desejos, intenções ou perspectivas, e outra objetiva, de condicionamentos materiais. Tanto os elementos subjetivos quanto os objetivos estão inseridos numa prática social, na qual o sujeito se orienta. Para caracterizar-se, pois, um interesse será preciso situá-lo na relação recíproca entre as condições sociais objetivas e a atividade prática das classes sociais atuantes no campo global das formações ou modos de formação social”. (TAVARES, 2003, p. 230).

ideais que nela se desenvolvem. (TAVARES, 2003, p. 230). Isto porque a norma é a representação do dissenso dessas estruturas.

Na qualidade de elementos mediadores entre as condições da vida material e as suas formações ideais que se desenvolvem no interior das estruturas, e da relação que mantém com os bens materiais, os interesses adquirem forma, porque são incorporados às substâncias axiológicas desses bens. Mesmo assim:

os interesses não passam a fazer parte, direta e automaticamente, da norma como interesses juridicamente protegidos, mas como condensação de valores concretos, historicamente configurados, correspondentes a uma determinada formação social e incorporados à ordem jurídica por um procedimento racional. (TAVARES, 2003, p. 232).

Por conseguinte, a norma penal deve fixar os limites de intervenção da estrutura estatal ao campo de ação do sujeito. Isto porque a autonomia do sujeito, que é condição para construção do seu processo racional, não pode prescindir da delimitação do poder punitivo do Estado. Assim, a norma garante o mínimo possível, o exercício da cidadania, porque exprime o contexto em que são gerados os bens jurídicos e revela as circunstâncias reais/concretas do objeto da punição. Dessa forma, evidencia-se um processo de desmistificação ideológica da norma, porque invoca a responsabilidade de agir do observador, tradicionalmente equidistante.⁷⁵ Portanto, como instrumento de garantia no estado democrático de direito:

O conteúdo da norma penal é constituído, assim, pela definição de condutas (tipo) que lesem ou ponham em perigo bens jurídicos, constituindo a matéria da proibição ou comando jurídicos. Entre norma e tipo, por conseguinte, não há diferença essencial, desde que se compreenda que o tipo encarna tão-somente a matéria prima formalizada do preceito normativo, de tal modo que a realização do tipo já encerra em si a confecção do proibido ou a não confecção do juridicamente imposto.

A partir dessa concepção de interesse-valor-norma é possível definir as zonas do lícito e do ilícito. A demarcação dessas zonas compreende a direção da conduta empreendida pelo agente. As zonas demarcatórias do injusto não estão objetivadas nos estereótipos das suas definições legais determinadas pelas descrições formais dos tipos penais, mas pelas condições reais de lesão ou de perigo concreto de lesão ao conteúdo do bem jurídico. A fronteira do injusto criminal aponta para configuração do objeto de referência da conduta que, neste caso, se fixa na identificação do bem jurídico,⁷⁶ fruto do acoplamento do trinômio interesse-valor-norma. Nessa perspectiva de objeto de referência, o bem jurídico não se confunde com o interesse, nem tampouco com o conteúdo da norma, mas é o objeto pelo qual

⁷⁵ Para uma visão crítica da ideologia da lei ver Zizek (1996).

⁷⁶ Uma concepção de bem jurídico sob o enfoque de garantia individual para demarcação do injusto penal no Estado Democrático ver Tavares (2004).

comunica as relações entre os sujeitos sempre que confrontados com suas práticas convivenciais e o Estado, como controlador do exercício coercitivo.

Por conseguinte, o que se pretende também é, senão excluir, afastar a tradicional identidade ontológica entre a ilicitude civil e a penal, concepção jusnaturalista ou metafísica, que diferenciam estes dois campos jurídicos tão somente pela consequência jurídica imposta pelo legislador: a sanção.

Na condição de um valor do sujeito, aferidor do conteúdo normativo e, pois, delimitador das intervenções estatais na ordem social o bem jurídico se instala como instrumento de emancipação. Este é o terceiro estágio de construção do conceito de injusto.

Este critério de elucidação do processo de formação do conceito de injusto é a condição da sua própria compreensão.⁷⁷ Vale dizer que o conceito de injusto se desenvolve com o desenvolvimento da compreensão dos seus elementos. Há uma constante construção/desconstrução desse processo, em razão da complexidade do mundo objetivo, lugar comum das variações comunicativas do sujeito: pólo de subjetividades e de sociabilidades. Todavia, a compreensão ocorre com a (des) apropriação do significado que se extrai dos elementos do injusto, caracteristicamente plurívocos, porque refletem o conteúdo da conduta do sujeito. Desta forma, é possível identificar as diferenças e identidades nos objetos lingüísticos do conteúdo normativo. Portanto, compreender é, afinal, criar a interpretação. O paradigma hermenêutico é a condição de interpretação do injusto criminal.

Sabendo-se que as relações sociais do sujeito se aglutinam neste universo comunicativo, onde a linguagem atribui o significado das coisas propiciando o momento das suas existências e, dessa forma, processa as realidades e conseqüentemente conformam os conceitos.

Portanto, o conceito não é fruto de um saber arbitrário, concebido das idealizações apreendidas pela razão, em que projeta tão-somente simulações universais dos fenômenos, partindo de uma relação homogênea entre pensamento e realidade. A realidade deve ser concebida pelo conceito como substância das singularidades no contexto histórico das relações dissipativas da comunicação. No injusto o tipo substancializa a carga conceitual da conduta humana, por isto deve condicionar sua essência às instâncias do mundo objetivo em constante interação com as singularidades do sujeito nas suas práticas sociais, de modo que o

⁷⁷ O entendimento que se quer da compreensão é no sentido da geração de subjetividades circulares, próximo de Morin ao defender que “compreender comporta um processo de identificação e de projeção de sujeito a sujeito”. (MORIN, 2004, p. 93).

processo comunicativo entre sujeitos e sujeitos e coisas se realize racionalmente, na medida em que as particularidades conservem as características do universal.

Esclarecidos os elementos imprescindíveis para formação do conceito de injusto – ação, formação do conteúdo normativo e bem jurídico -, e definida a condição para a análise e interpretação deste conceito através do processo hermenêutico, que possibilita o estado de compreensão e significação das particularidades integrantes desta estrutura e da conformação à prática social, é que permite elucidar a cognição acerca da contradição entre um determinado comportamento e as normas de conteúdo proibitivo ou mandamental. Ao par dessas condições é necessário estabelecer como pré-requisito de qualquer investigação se esse conceito possui um caráter estável ou contingente. (TAVARES, 2000, p. 24).

Portanto, as formulações dos conceitos agregam ao seu conteúdo, mesmo que de forma implícita ou camuflada, todas essas substâncias que afetam a vida de relação e que demonstram a efemeridade das existências e a instabilidade das suas respectivas inter-relações. Entretanto, têm como objetivo a superação dessas instabilidades e propiciar modelos de comunicação que representem as estruturas conceituais independentemente da compreensão e significado do seu conteúdo.

A ciência jurídica também busca a superação dos estados de instabilidade, mesmo porque se tomarmos a norma como instrumento de comunicação, esta objetiva imunizar os discursos para que as relações e prática sociais se estabeleçam de forma equilibrada e harmônica. A tarefa da estabilidade na ciência jurídica sempre esteve subordinada a determinados paradigmas, realizando-se como instrumentos dessa estabilidade.

Estes paradigmas estão situados normalmente em duas dimensões, uma, própria do comportamento, como expressão causal, com vistas à produção de efeitos sociais determinados; outra, na configuração dos elementos relacionados ao sujeito responsável, pelos quais trata de complementar a justificação do poder intervencionista do Estado, como observador e fiscal da convivência objetiva. (TAVARES, 2000, p. 24).

2.2 O FLUXO DO TEMPO: UM PARADOXO

Tomando-se como referência teórica as concepções gnosiológicas - teoria do conhecimento, metodologia e epistemologia - que tratam da formulação do saber é possível constatar a influência do fluxo do tempo na estrutura do pensamento científico. Podemos

também revelar tal constatação até mesmo no mais recôndito filamento civilizatório.⁷⁸ Entretanto, conceber e reconhecer o fluxo do tempo como condição constitutiva do conhecimento é um outro debate, que objetivamos nesta pesquisa, para compreensão do fenômeno humano – a conduta e suas relações comunicativas – gerado pela capacidade de agir do sujeito no campo das relações cotidianas em face da complexidade que envolve a sua interação com o meio exterior.

No entanto, o senso comum histórico do pensamento humano solidificou no imaginário racional a homogeneidade planificada das coisas naturais e, pois, do mundo, razão pela qual perdurou por longos séculos a indiferença entre filosofia, religião e ciência. Ora, se a natureza é homogênea os seus fenômenos representam momentos de instabilidade que tendem a se reverter pelo caráter estático do tempo. Nesta perspectiva, a natureza se confunde com a própria noção de tempo. Por isto é que “a compreensão que temos da natureza do tempo sempre esteve intimamente ligada ao que sabemos da estrutura do universo”. (COVENEY; HIGHFIELD, 1993, p. 84)

Portanto, o tempo cosmológico ou tempo cíclico⁷⁹ dos gregos que significava a imutabilidade das coisas naturais, concepção que se inscreve na antiguidade histórica e se aloja no saber ocidental, não foi objeto determinante para elaboração daquela visão de mundo, haja vista que o universo e seus fenômenos se regiam por leis previamente ajustadas e, por isto não sofreriam a influência do fluxo do tempo. Nesta concepção, a natureza se apresentava tão ordenada que assemelhava-se a uma forma normativa de legalidade, onde “a idéia de leis da natureza tem uma conotação legalista: parecia que a natureza estava obrigada a seguir certas leis”. (PRIGOGINE, 2005, p. 38).

Por outro lado, Prigogine adverte que foi com Epicuro que surgiu pela primeira vez o dilema da física moderna. Isto ocorreu porque Epicuro acreditava que o mundo fosse constituído por átomos movimentando-se no vazio. Acreditava também que todos os átomos

⁷⁸ Guillermo Fraile observa que “las especulaciones de los primeros filósofos griegos se inician en torno al hecho de la mutación. Les impresionan los cambios cíclicos de las cosas, la regularidad de los movimientos celestes, el orden y la belleza del Cosmos, los fenómenos atmosféricos, la generación y corrupción de los seres. Pero contra lo que hubiera podido esperarse en la aurora misma de la Filosofía, su actitud no es de realismo ingenuo y directo. Más que las cosas particulares les preocupa la “Naturaleza”. No se preguntan simplemente *qué son* las cosas, sino que tratan de penetrar más adelante, inquiriendo *de qué* están hechas, *cómo se hacen* y cuál es el *primer principio* de donde todas provienen. Esto equivale a contraponer el *ser* al *aparecer*, las *esencias* a los *fenómenos*, lo cual les lleva a preguntarse se por debajo de las apariencias sensibles existe alguna realidad estable, algún *principio*, permanente a través de las mutaciones incesantes de las cosas”. (FRAILE, 1976, p. 138, grifos do autor).

⁷⁹ Nesse viés salienta Szamosi que as noções de tempo “não influenciaram muito profundamente o pensamento metafísico grego, precisamente porque o tempo não era um componente importante em sua visão de mundo e, portanto, não importava muito se ele era periódico ou não”. (SZAMOSI, 1988, p. 74).

caíam com a mesma velocidade, conforme trajetórias paralelas. Indagava-se como seria possível entrar em colisão? Ou ainda, como podia surgir uma nova combinação de átomos? “Para Epicuro, o problema da ciência, da inteligibilidade da natureza e do destino dos homens eram inseparáveis”. Questionando qual o significado da liberdade humana no mundo determinista dos átomos? Escreveu a Meneceu: ‘quanto ao destino, que alguns consideram o senhor de tudo, o sábio rir-se dele. De fato, mais vale ainda aceitar o mito sobre os deuses do que se sujeitar ao destino dos físicos. Pois o mito nos deixa a esperança de nos conciliarmos com os deuses através das honras que nós lhes rendemos, ao passo que o destino tem um caráter de necessidade inexorável’. Conclui o autor que embora os físicos de que fala Epicuro sejam os filósofos estóicos, esta citação soa de maneira espantosamente moderna. (PRIGOGINE, 1996, 17).

A filosofia desenvolvida por Platão recebeu forte influência do modelo matemático e cosmológico⁸⁰ empreendido pelos pitagóricos onde é recepcionada pelo Timeu, descrevendo uma “imagem móvel da eternidade”. (BRAGUE, 2006, P. 15). A cosmologia platônica imprime uma condição atemporal do universo, o que permite afirmar a dicotomia entre o mundo inteligível e o mundo sensível. “A eternidade nas Escrituras é a vida do mundo inteligível, como a do mundo sensível é o tempo”. (BRAGUE, 2006, p. 19) ⁸¹ Em Platão a teoria que cerca a propriedade do tempo está ligada ou inserida ao mundo sensível, o que pode levar a consideração de que o tempo é gerado por revoluções do universo. (WHITROW, 1993, p. 57). A concepção circular do tempo concebido como elemento estrutural do mundo celeste é também sustentado por Castoriadis porque este:

é aparentado com a gênese por sua mobilidade (o que, ainda uma vez, significa verdadeiramente: indeterminação), ele figura-representador-imagens, por sua inalterabilidade global, por sua repetição cíclica (porque ele é essencialmente cíclico), portanto por sua quase-identidade própria, a eternidade atemporalidade, cuja marca assim imprime no mundo e no devir efetivo, aqui também nos limites do possível (37 d): “imagem móvel da eternidade [...] da eternidade imóvel que permanece no um, imagem eterna evoluindo segundo o número”. O tempo é imagem-figura do não-tempo: em certo sentido, quando se recobra do espanto, se

⁸⁰ “Esse modo de ver as coisas teve um efeito profundo no desenvolvimento da astronomia. A simetria do movimento circular manifestada por uma roda de fiar, digamos, era um ponto central dos modelos antigo dos céus. O círculo influenciou o desenvolvimento das ferramentas durante meio milhão de anos e também influenciou os modelos teóricos, que são as ferramentas do pensamento. E por ser a mais perfeita das curvas, era o modelo estético preferido para representar o movimento rotatório dos planetas em torno da Terra. Daquele amor pela simetria circular os antigos concluíram que os céus e a Terra deveriam ser esféricos”. (COVENEY; HIGHFIELD, 1993, p. 38).

⁸¹ O próprio autor em substancial digressão sobre a fórmula do tempo em Platão adverte acerca obscuridade do tema, ao ponto de afirmar que: “nós nos propomos a mostrar que a presença da fórmula do tempo como “imagem da eternidade” é muito menos clara que se costuma pensar”. (BRAGUE, 2006, p. 17).

afasta da aporia, e quer dizer alguma coisa a respeito, a filosofia (e a ciência), no fundo, nunca fala de modo diferente. (CASTORIADIS, 1982, p. 224).

Na perspectiva platônica o conhecimento está na casa do ser e do devir, por isto que “precisamos tanto do ser quanto do devir, pois se a verdade está ligada ao ser, a uma realidade estável, não podemos conceber nem a vida nem o pensamento se descartarmos o devir”. (PRIGOGINE, 1996, p. 18).

Estudos sobre a noção de tempo na filosofia aristotélica destacam uma contribuição que supera a posição platônica, visto que ao identificar tempo e movimento numa mesma grandeza o condiciona ao mundo real. A concepção de Aristóteles desloca a noção de tempo de aspectos estritamente cosmológicos e circulares para uma posição linear (no sentido de mutação de estado do fenômeno)⁸²

depois de dizer em princípio que o movimento está na trilha da grandeza (megethos), e o tempo, por sua vez, na trilha do movimento, Aristóteles estabelece a existência do anterior e do posterior na grandeza (219a14ss), e depois no movimento (a 17 s), e, por fim, no tempo (a 18 s). (BRAGUE, 2006, p. 142).

Ainda que vinculada ao ser da eternidade, a fórmula aristotélica rompe com as concepções dominantes que circulavam no mundo grego, totalmente absorvido pelo ideal de imutabilidade da natureza e do mundo eterno. Mesmo que a idéia de circularidade do tempo ou de tempo cíclico⁸³ não desapareça da civilização grega com a posição do tempo real em Aristóteles, é esta sua concepção associada ao movimento que empreende um novo paradigma à física moderna, segundo o entendimento de Khun, ao ser parafraseado diz que o:

movimento do qual fala Aristóteles é diferente daquele do qual falam Galileu e Newton, e a concepção de inércia típica da física aristotélica, pela qual todo movimento exige uma causa, não apenas é apropriada para explicar o tipo de movimento admitido por Aristóteles, mas a respeito deste é a única válida também do ponto de vista da física moderna, porque o movimento ao qual ela se refere é um estado, como o movimento inercial de Galileu e Newton, mas uma mudança de estado. (BERTI, 1997, p. 305).⁸⁴

A perspectiva do tempo dotado de substância capaz de instituir a formulação de um saber no pensamento aristotélico pode se dizer controversa, mesmo que na sua concepção o tempo esteja inserido no movimento e numa relação anterior/posterior, Aristóteles não

⁸² “A ciência aristotélica, com efeito, segundo Prigogine, assume como modelo de todos os fenômenos o desenvolvimento das realidades terrestres, em particular dos organismos vivos, que é um processo irreversível, dominado pelo tempo real, o qual flui em uma única direção”. (BERTI, 1997, p. 306).

⁸³ “No outro extremo – que chamarei de ciclo do tempo -, os eventos não têm sentido enquanto episódios distintos e com impacto causal sobre uma história contingente. Os estados fundamentais são imanentes no tempo: sempre presentes e jamais se modificando. Movimentos aparentes são partes de ciclos que se repetem, e as diferenças do passado serão as realidades do futuro. O tempo não tem direção”. (GOULD, 1991, p. 22).

⁸⁴ Ver também Rossi (2001, p. 34).

examina qual é o *ser* dessa estrutura. (BRAGUE, 2006, p. 142-146)⁸⁵ De qualquer sorte, em outra passagem o estagirita demonstra a condição de possibilidade que detém o tempo de instituir um saber.⁸⁶ Assim, na Política, ao tratar do processo de alteração das leis Aristóteles mais uma vez deixa escapar sua preocupação com o valor do tempo. Declara sua importância ao afirmar que:

o exemplo relativo às artes é falaz, porquanto mudar uma lei e uma arte não é a mesma coisa; de fato, a lei não tem outra força além do costume para compelir à obediência, e o costume só se consolida em um lapso de tempo; logo passar facilmente das leis existentes para leis novas é enfraquecer a força da lei. (ARISTÓTELES, 1977, p. 58).

A concepção helênica da imutabilidade do universo, da terra como centro do sistema solar, da estabilidade dos fenômenos naturais, da simetria do tempo cíclico, prevaleceu por toda idade média, difundidas, principalmente, pelas obras de Platão e Aristóteles,⁸⁷ com maior destaque para este, em vista da apropriação da sua obra pelos Árabes. Consoante destaca Whitrow durante o período medieval a concepção de tempo do período grego fora contrastado pelo filósofo Moisés Maimônides que difundiu seu pensamento nos idos do século XII, prevalente na tradição islâmica, desconsiderando a idéia de continuidade do tempo. Defendia o filósofo islâmico que “o tempo é composto de átomos de tempo, isto é, de muitas partes, que, em razão de sua curta duração, não podem ser divididas”. (WHITROW, 1993, p. 96).⁸⁸

A virada de paradigma do modelo geocêntrico idealizado por Ptolomeu dominante na antiguidade clássica helênica ocorre com a denominada revolução copernicana, com uma nova representação do cosmos, significando que a Terra e os demais planetas circulavam ao redor do sol. A obra de Nicolau Copérnico “Sobre a revolução dos orbes celestes” data de 1543, onde “um século mais tarde, em todos os modelos aceitos, o Sol substituíra a Terra como centro dos movimentos planetários”. (COVENEY; HIGHFIELD, 1993, p. 40).

⁸⁵ Para o autor a percepção de Aristóteles em abordar o fenômeno do tempo e do movimento assinalando que este último se dá na estrutura do “antero-posterior” significa a presença do paradigma da irreversibilidade: “É preciso sem dúvida compreender a precisão trazida por Aristóteles como significando que a relação do anterior e do posterior é marcada pela irreversibilidade”. (BRAGUE, 2006, p. 143).

⁸⁶ Sobre o papel da noção do tempo – tempo social - como capacidade instituinte do direito ver Ost (1999).

⁸⁷ “O sistema conceitual da natureza que dominou a Idade Média foi formado, ou melhor, sistematizado por S. Tomás de Aquino cerca de 1250. A grande obra de S. Tomás de Aquino foi conciliar os sistema da natureza de Aristóteles com a teologia e a ética cristãs e formar, assim, uma única perspectiva para os 300 anos seguintes”. (BRONOWSKY; MAZLISCH, 1988, p. 125).

⁸⁸ Para Whitrow “essa concepção atomística de tempo estava associada a um conceito radicalmente contingente e acausal do mundo, segundo o qual sua existência num instante não implicava sua existência em nenhum instante subsequente”. (WHITROW, 1993, p. 96).

Entretanto, a densidade dessa “revolução” se deu na transposição do modelo geocêntrico para o heliocêntrico, visto que as demais categorias da concepção ptolomaica do cosmos perduraram, como o ideal grego da simetria e estabilidade associada à compreensão circular da natureza.

Kepler e Galileu dão curso a uma nova concepção cosmológica do mundo, mas ainda não rompem definitivamente com todos os postulados deixados pelos seus antecessores. O primeiro rompe o paradigma cosmológico da movimentação circular dos planetas, ao desenvolver o entendimento que “todos os planetas se movem segundo uma elipse e que o sol é um dos focos dessa elipse”. (BRONOWSKY, 1988, p. 133).

Embora Galileu tenha também contribuído para desfazer a concepção cosmológica milenar do mundo, seu maior feito está atrelado à idéia de tempo e movimento deixada por Aristóteles, segundo a qual “os objetos mais pesados caem mais depressa do que os leves”, o que, significava uma relação entre a queda dos corpos e a sua massa. (BRONOWSKY, 1988, p. 134). Galileu afirma em:

oposição a Aristóteles, que todos os corpos são intrinsecamente pesados e que a leveza é somente uma propriedade relativa; por isso, o fogo sobe para o alto não pelo fato de possuir a qualidade da leveza, mas porque é menos peado do que o ar. Galileu aborda aqui o problema da velocidade de corpos diferentes no mesmo meio, ou do mesmo corpo em meios diferentes, ou de corpos diferentes em meios diferentes. (ROSSI, 2001, p. 147).

Dessa forma, Galileu percebe que o tempo é uma condicionante autônoma para compreensão do movimento.⁸⁹ Esta sua descoberta além de revolucionar a ciência do seu tempo histórico, instrumentalizou a mudança paradigmática da física newtoniana com a idéia de tempo absoluto.

Enumerar ou apontar o motivo ou motivos determinantes da constituição de um novo paradigma científico é uma árdua tarefa, no entanto, a partir de acontecimentos históricos é possível aproximá-los, em virtude da relação existente entre os fatos. Por isto, é possível afirmar que a pretensão universalizante da mecânica newtoniana, com a idéia absoluta de tempo é fruto da concepção universal empreendidas pela denominada “revolução científica”. Consoante entende Szamosi a mecânica newtoniana atribui um novo sentido às descrições cosmológicas e reagrupando-as à lei do movimento dos corpos definida por Galileu, constrói seu projeto, onde estabelece o processo gravitacional. Newton descobre a

⁸⁹ Diz Szamosi que “sob esse ponto de vista, a passagem do tempo era um processo da natureza soberano e fundamental, não condicionado por qualquer outra coisa no ambiente. Isso implicava que o movimento tinha de ser descrito em termos de tempo, não o tempo em termos de movimento”. SZAMOSI, 1988, p. 93.

força da gravidade, “única força que nos mantém na Terra, que mantém a Lua em torno da Terra e todos os planetas girando em torno do Sol”.⁹⁰

O conceito de força encontrado na física newtoniana é inédito, “na teoria de Newton entra uma coisa que é inteiramente nova, a saber, a idéia de uma força, força essa que atua à distância, a força da atração”, segundo entende Popper. (POPPER, 1995, p. 28).

Partindo da idéia de movimento Newton cria sua mecânica de observação da natureza e compreensão dos fenômenos de forma que o método por ele aplicado se tornasse universal. A universalidade da sua metodologia causal se dá pela exclusão do fluxo do tempo do âmbito dos fenômenos e, pela substituição do sujeito: o sujeito é substituído pelo método. Afirma Newton que “o tempo absoluto, verdadeiro e matemático flui sempre igual por si mesmo e por sua natureza, sem relação com qualquer coisa externa”. (NEWTON, 1979, p. 8). O caráter absoluto da noção de tempo na mecânica newtoniana é advertido também por Coveney e Highfield ao afirmarem que:

do mesmo modo que o espaço, o tempo era absoluto. Isso quer dizer que todos os acontecimentos podiam ser considerados como se tivessem uma posição distinta e diferente no espaço e ocorressem num instante de tempo particular. Qualquer lugar, do Observatório de Greenwich à ponta de uma galáxia espiral distante, estava ligado pelo mesmo momento do ‘agora’. (COVENEY; HIGHFIELD, 1993, p 24).

O produto da mecânica newtoniana é marca do seu determinismo e da reversibilidade dos fenômenos naturais, a partir da sua mágica fórmula que liga a força à aceleração. Daí, conhecendo-se as condições iniciais de um dado sistema submetido a essa fórmula, ou seja, seu estado num instante qualquer, podemos calcular todos os estados seguintes e os precedentes. Dessa forma, “passado e futuro desempenham o mesmo papel, pois alei é invariante em relação à inversão dos tempos (t-) (-t)”. De acordo com Prigogine essa fórmula newtoniana de tempo justifica bem o determinismo do famoso demônio de Laplace, capaz de observar o estado presente do universo e a evolução do seu futuro, por dedução. (PRIGOGINE, 1996, p. 19).

A estrutura da física newtoniana começa a ruir com o desenvolvimento de pesquisas, principalmente, no campo eletromagnético e na termodinâmica, que impulsionaram a concepção da física teórica da relatividade e mecânica quântica. Mesmo que as teorias da relatividade tenham superado a formulação conceitual de tempo absoluto da mecânica newtoniana, desta não se afasta quando se trata do problema do determinismo – causalidade -

⁹⁰ Diz Szamosi que “Isaac Newton reuniu a astronomia copérnico-kepleriana às leis do movimento de Galileu e as unificou em uma estrutura magnífica. Descobriu que o que Copérnico e Kepler tinha aprendido a respeito do sistema solar e o que Galileu descobrira sobre as leis da queda livre podiam ser observados como manifestações de uma única lei fundamental da natureza – a lei da gravitação universal”. (SZAMOSI, 1988, p. 130).

e da reversibilidade do tempo.⁹¹ A reversibilidade do tempo na concepção relativística persegue a estrutura causal da mecânica newtoniana. Vale dizer que “em qualquer ponto do tempo um evento leva inequivocamente a um efeito que ocorre num instante posterior”; ademais, considerando a simetria do tempo apresentada pelas equações de movimento, é possível concluir que o evento acontecido foi a causa do primeiro, isto porque os dois processos são soluções matemáticas das equações newtonianas, razão pela qual, é fisicamente possível. (COVENEY; HIGHFIELD, 1993, p. 92).

Afinal Prigogine reafirma a teoria da relatividade é determinista e desautoriza a influência do fluxo do tempo na formação do conhecimento. Sabe-se que Einstein afirmou muitas vezes que o “tempo é uma ilusão”. E, de fato, o tempo tal como foi incorporado nas leis fundamentais da física, da dinâmica clássica newtoniana até a relatividade e a física quântica não autoriza nenhuma distinção entre o passado e o futuro. Ainda hoje, para muitos físicos, esta é uma verdadeira profissão de fé: em termos da descrição fundamental da natureza, não *flecha do tempo*. (PRIGOGINE, 1996, p. 10).

Por seu lado, a física do século XX desenvolvida a partir da mecânica quântica empreendeu algumas descobertas que despertaram para o enigma do determinismo, da causalidade enquanto procedimento absoluto da certeza científica. Independentemente da pouca relevância que a teoria quântica dedicou ao fluxo do tempo, a introdução do *princípio de incerteza ou relação de indeterminação* (BOHR, 1995, p. 50) atribuído a Heisenberg abalou a estrutura da teoria científica na pós-modernidade, tendo em vista que a sua investigação comprova que dependendo da posição de um determinado operador,⁹² ao observar o campo físico de luz (onda e partícula) incidindo sobre elétrons, é impossível afirmar com certeza, ao mesmo tempo, a posição e a velocidade de uma partícula. “É impossível atribuir, num mesmo momento, valores exatos aos comprimentos de grandeza física (posição) e às quantidades de movimento (velocidade). A observação de um destes aspectos implica a impossibilidade de apreensão do outro”. (PINTO, 2002, p. 58).

⁹¹ A teoria da relatividade desenvolvida por EINSTEIN mantém a mesma forma determinística e reversível do tempo, como bem ressaltam Coveney e Highfield: “Falando de modo geral, todas as equações de relatividade de Einstein (Seja na teoria especial, seja na geral) têm a mesma estrutura determinística e as mesmas características reversíveis no tempo que a mecânica de Newton. Não é preciso ir mais longe para concluir que, do mesmo modo que a física de Newton não tem a capacidade intrínseca de explicar muitos tipos de processos irreversíveis que tão bem conhecemos (tais como os bonecos de neve que se derretem, as xícaras de café que esfriam, as estátuas que começam a se esfacelar e o processo de envelhecimento), podemos dizer a mesma coisa da relatividade de Einstein”. (COVENEY; HIGHFIELD, 1993, p. 93).

⁹² Sobre a posição do observador na teoria quântica ver Prigogine e Stengers, (1991, p. 171).

A equação matemática de Schrödinger é um pilar fundamental à mecânica quântica, mas é também determinista e de tempo reversível,⁹³ porque ao descrever a evolução ao longo do tempo da função de onda, desempenha um papel similar ao da trajetória na mecânica clássica. Segundo Prigogine a equação de Schrödinger “transforma a função de onda (t_0), dada no instante inicial t_0 , na função de onda (t) no tempo t , exatamente como na mecânica clássica as equações do movimento levam da descrição do estado inicial de uma trajetória a qualquer um de seus estados em outros instantes”. (PRIGOGINE, 1996, p. 49).

Há um paradoxo⁹⁴ na concepção da teoria quântica, enquanto o princípio da incerteza desenvolvido Heisenberg e Coveney⁹⁵ atribui uma perspectiva irreversível de tempo, em razão da impossibilidade do operador – observador –, dependendo da sua posição, considerar com certeza a posição e a velocidade de uma partícula ou de uma onda: isto é apenas provável. Assim, a probabilidade, é um elemento novo na teoria científica. De outro lado, a equação pela qual se constrói a observação da onda é considerada determinista e reversível.

Com o desenvolvimento de pesquisas sobre o movimento do calor surge a termodinâmica que, em meados do século XVIII estabelece sua primeira fórmula reguladora de seus princípios teóricos, denominada lei de conservação de energia, ou simplesmente primeira lei da termodinâmica prescrevendo que “num processo físico a energia é sempre conservada, muito embora possa ser transformada de uma forma em outra”. (COVENEY; HIGHFIELD, 1993, p. 131).

No século XIX, ou mais precisamente nos idos de 1850 estudos desenvolvidos por Rudolf Clausius no campo da termodinâmica constatou a partir do exame da lei de conservação de energia que nos processos termodinâmicos, embora a energia pudesse ser conservada, consoante prescreve a sua primeira lei, diferenças podiam ser encontradas. Assim, quando o calor é transformado em trabalho, uma parcela da energia é despendida no curso da transformação e, mesmo que essa energia se conserve se transforma,

⁹³ Coveney e Highfield anotam que “a equação descreve um comportamento que é totalmente reversível no tempo. Do mesmo modo, a equação nos permite prever todos os destinos possíveis que o elétron pode ter se o houvéssemos observado em algum instante do passado”. (COVENEY; HIGHFIELD, 1993, p. 113).

⁹⁴ Sobre a situação paradoxal entre observação e a equação da teoria quântica ver Prigogine, (1991). Coveney; Highfield (1993).

⁹⁵ Diz Heisenberg que “o ato de observação, por si mesmo, muda a função da probabilidade de maneira descontínua; ele seleciona, entre todos os eventos possíveis, o evento real que ocorreu. Visto que, pela observação, nosso conhecimento dos sistema mudou descontinuamente, sua representação matemática sofreu essa descontinuidade”. (HEISENBERG, 1981, p. 25).

irreversivelmente. Significa que a energia transformada não mais se reverte à sua forma original, ao calor. Nesse caso, a energia é dissipada. (PINTO, 2002, p. 71). A investigação de Clausius demonstra o caráter irreversível dessa categoria da termodinâmica, fixa o conceito de entropia e salienta a influência do fluxo do tempo.

Estudando as colisões no interior de uma população de partículas verificou Boltzmann, em 1872, o processo de entropia à luz do segundo princípio da termodinâmica. Dessa investigação concluiu a impossibilidade de averiguar a trajetória dinâmica individual das partículas pela concepção clássica, tendo em vista que as colisões, a cada instante, modificam a distribuição das velocidades no interior da população de partículas. Constatou também que as relações entre as partículas só ocorrem após as colisões. Por isto, não é possível afirmar com certeza o grau de evolução do sistema, senão por probabilidade. (PRIGOGINE, 1996, p. 26). Esclarece Juarez Tavares que o conceito de entropia, tomado como o de evolução, era representativo de um estado inicial de desordem. Assim, por exemplo, se dois gases entram em contacto em determinado sistema, a evolução de fluxo de partícula de um para outro se processa até o instante em que se alcança um estado de equilíbrio ou de ordem, que se passou a chamar de difusão Maxwell-Boltzmann. (TAVARES, 2000, p. 95).

O advento da Escola de Bruxelas, com seu contemporâneo expoente Prigogine, surge a física dos processos de não-equilíbrio.

Esta ciência levou a conceitos novos, como a auto-organização e as estruturas dissipativas, que são hoje amplamente utilizados em áreas que vão da cosmologia até a ecologia e as ciências sociais, passando pela química e pela biologia. A física do não equilíbrio estuda os processos dissipativos, caracterizados por um tempo unidirecional, e, com isso, confere uma nova significação à irreversibilidade. (PRIGOGINE, 1996, p. 11).

A eclosão desse novo curso na teoria científica do século XX impôs transformações na estrutura da concepção teórica da física/termodinâmica ao admitir em seu arcabouço noções de instabilidade, auto-organização e a irreversibilidade do tempo. A atemporalidade do mundo e dos seus fenômenos determinando a equivalência entre o passado e o futuro⁹⁶ pressupunha uma realidade homogênea. Entretanto, esta não é nossa realidade, o mundo é heterogêneo, complexo e instável. A flecha do tempo, segundo a expressão de Prigogine, leva

⁹⁶ “Nenhuma especulação, nenhum saber jamais afirmou a equivalência entre o que se faz e o que se desfaz, entre uma planta que nasce, floresce e morre, e uma planta que ressuscita, rejuvenesce e retorna pra sua semente primitiva, entre um homem que amadurece e aprende e um homem que se torna progressivamente criança, depois embrião, depois célula”. (PRIGOGINE, 1996, p. 158).

à situação de ordem e de desordem, em vista da possibilidade de impulsionar a formação do conhecimento. (PRIGOGINE, 2006, p. 29).

O reconhecimento da incidência do fluxo do tempo na observação dos fenômenos (re)dimensionou o paradigma das ciências naturais, sociais e jurídicas, provocando a divisão da sociedade em dois mundos: o mundo ideal e o mundo real. Este mundo ideal é fruto da pretensão de explicação universal dos fenômenos, com a criação da racionalidade associada à idéia de um mundo pré-organizado. “Nesse contexto, o racionalismo e o positivismo entoam o mesmo coro. O primeiro, concebendo princípios lógicos a priori; o segundo, formulando as leis da natureza; ambos ademais, entronizando sua atemporalidade”. (TAVARES, 2000, p. 93).

Para Popper, porém, o determinismo não põe somente em causa a liberdade humana. Ele torna impossível o encontro com a realidade, que é a vocação mesma de nosso conhecimento”. (PRIGOGINE, 1996, p. 21).

2.3 EXCLUSÃO DO SUJEITO DO CONCEITO DE INJUSTO

A noção de sujeito, enquanto exigência racional na produção de sentido e pretensão normativa da modernidade é condicionada por fatores os mais variados para análise da concepção originariamente moderna da estrutura do *ser* e do *dever ser*. Neste modelo a noção conceitual de sujeito não se reproduz eficazmente na realidade, principalmente em razão da separação deste com o objeto. Esses condicionamentos adquirem as mais variadas formas e matizes na teoria científica, mas vinculam-se principalmente aos paradigmas metodológicos de estruturação do campo científico.

A noção de sujeito na modernidade⁹⁷ emerge do processo racional de construção das normatividades concebidas a partir da necessidade de estabelecer conceitos para amparar as pretensões mundanas, abstratas e concretas.⁹⁸ Este processo é fruto da desestruturação das

⁹⁷ Mesmo que a partir de uma concepção crítica da razão, HABERMAS suscita um conceito de modernidade descrevendo-a como “um contexto de vida reificado e explorado, tecnicamente controlado ou totalitariamente dilatado, submetida a relações de poder, homogeneizado e encarcerado”. (HABERMAS, 2000, p. 468).

⁹⁸ “O mundo se forma no encontro de dois mundos. O mundo concreto concebido a partir da Existência Cotidiana e o mundo abstrato das essências do mundo concreto. Portanto, a nossa única realidade é o Cotidiano. O mundo é o Cotidiano contemplado. Mas como o mundo abstrato se constrói em função do mundo concreto, e o mundo concreto em função do Cotidiano, todos eles estão imbricados, e podem ser separados, porque tanto são dependentes quanto independentes entre si. O principal fundamento da Existência Cotidiana é a vivência, a convivência compartilhada dos seres ou coisas. No mundo concreto, esta se transforma em interação dos seres

organizações sociais pré-modernas que condicionava o objeto das suas relações num projeto totalizador da ação social. Nestas organizações a ação representa a totalidade social das relações: a agregação dos indivíduos numa unidade, a “sociedade”.⁹⁹ Assim, o indivíduo que se confunde com a pessoa e o sujeito ou se integram no mesmo ente, apenas reproduzem os papéis previamente desenvolvidos pelo grupo ou entidade na geração da ação coletiva. Os indivíduos nessas condições pré-modernas não constituem, apenas são constituídos.

Essas sociedades apresentam o sujeito como um ente representado pelo indivíduo biológico catalisador das condições ideais do projeto de ação global da entidade para legitimação da autonomia do conjunto societário. Segundo o entendimento de Karl Popper nessas sociedades, ao que o autor denomina *sociedade fechada* “devia-se ensinar ao homem que a justiça é a desigualdade e que a tribo, a coletividade, são superiores ao indivíduo”. (POPPER, 1987, p. 211).¹⁰⁰

Nas sociedades pré-modernas o sujeito é destituído de autonomia porque a fonte do dever ou da obrigação não está fundada na pessoa, mas na “entidade”; o dever não é gerado pela conduta individual do sujeito. O sujeito não produz subjetividades ele se condiciona às objetividades do todo social.

Ao investigarmos o processo histórico do saber humano, seja no campo filosófico ou da teoria científica, perceberemos que a construção teórica do conhecimento prescinde da noção do sujeito. Aliás, percebe-se que o conhecimento se dá pela negação do sujeito. A concepção filosófica afirma a formação do conhecimento no ato de pensar filosoficamente, seja em seu modelo metafísico ou concreto. Em qualquer das suas variantes metafísicas, o pensar filosófico aponta que o conhecimento se funda além do agir do sujeito. Significa que a cotidianidade está fora do sujeito. Assim, as relações sociais concretas são apenas objetos de observação para elaboração das leis humanas. O sujeito se constitui da possibilidade de conceber o pensamento, enquanto contemplação das relações concretas. Nessa perspectiva metafísica a verdade é apreendida pela razão. A razão pode estar na natureza, no cosmos e até

ou coisas, de elementos concretos e, no mundo abstrato, em interação com polarização dos entes”. (CUNHA, 1998, p. 68).

⁹⁹ Na verdade esta noção do todo, advinda do acúmulo dos indivíduos, apresenta o sentido da unidade, enquanto formação da sociedade. No entanto, Nobeit Elias alerta que com o “termo ‘todo’, geralmente nos referimos a algo mais ou menos harmonioso. Mas a vida social dos seres humanos é repleta de contradições, tensões e explosões. O declínio alterna-se com a ascensão, a guerra com a paz, as crises com os surtos de crescimento. A vida dos seres humanos em comunidade certamente não é harmoniosa”. (ELIAS, 1994, p. 20).

¹⁰⁰ Ver sobre o tema da sociedade pré-moderna o texto de Popper ao que o autor denomina sociedade fechada.

em Deus. O sujeito é uma possibilidade *apriori* do conhecimento, porque a verdade é revelada pela consciência.

A controvérsia sobre a noção de sujeito atravessa a própria história do acontecer filosófico a começar com a clássica filosofia grega¹⁰¹ desde seus primórdios. A partir da estrutura e representação da polis¹⁰² grega como unidade orgânica das interações sociais, imunizadora dos papéis individuais dos sujeitos, se concebe a exclusão do sujeito. A filosofia desenvolvida por Platão na busca do essencialismo através da “Teoria das Formas ou Idéias” nega a condição de sujeito ao estabelecer como cânone da sua teoria a unidade suprema da Cidade, a República, na verdade o seu sistema de castas. Sabendo-se que a essência platônica é a constituição do ser enquanto ser que é, para si, e sua condição originária, porque se conforma anterior às coisas, ainda que implique estabelecer o sentido das coisas sensíveis em relação com a unidade do ser que é. No seu essencialismo platônico o “original de uma coisa em fluxo é a sua “Forma”, ou seu “Modelo”, ou sua “Idéia”. Como antes, devemos insistir em que a Forma, ou a Idéia, a despeito de seu nome, não é uma “idéia de nossa mente”; não é uma fantasia, um fantasma, nem um sonho, mas uma coisa real”. (POPPER, 1987, p. 39). Assim é que a concepção platônica da República como a mais elevada forma de estado significa – a unidade, a origem a essência - a manutenção hierárquica das castas gregas em detrimento da ascensão do individualismo. (POPPER, 1987, p. 114-120).

Ainda na filosofia grega, Aristóteles não tratou com relevância a constituição da noção de sujeito no processo de conhecimento, porque ou a identificava com a matéria de que se compõe uma coisa, ou com sua forma de expressão, ou afinal com a congruência de ambas. (TAVARES, 2000, p. 26).

Na civilização grega em que surge a especulação filosófica, a partir dos pré-socráticos, se demonstra a preocupação dos pensadores em conhecer o processo que ocorrem as mudanças das coisas naturais. O conhecimento desse processo gerado pelo movimento era

¹⁰¹ “Na Antiguidade helênica clássica, o homem não se entendia como indivíduo do ponto de vista moral. A consciência moral não era administrada de maneira privada, na intimidade de cada um. Os homens viviam voltados para a experiência coletiva da vida social, e o destino que afetava cada um repercutia moralmente em toda a coletividade, como no caso de Édipo”. (CUNHA, 1992, p. 202).

¹⁰² Diz Hannah Arendt citando Werner Jaeger, que “segundo o pensamento grego, a capacidade humana de organização política não apenas difere mas é diretamente oposta a essa associação natural cujo centro é constituído pela casa (*oikia*) e pela família. O surgimento da cidade-estado significava que o homem recebera, ‘além, de sua vida privada, uma espécie de segunda vida, o seu *bios politikos*. Agora cada cidadão pertence a duas ordens de existência; e há uma grande diferença em sua vida entre aquilo que lhe é próprio (*idion*) e o que é comum (*koinon*)’. Não se tratava de mera opinião ou teoria de Aristóteles, mas de simples fato histórico: precedera a fundação da *polis* a destruição de todas as unidades organizadas à base do parentesco, tais como a *phratría* e a *phyle*”. (ARENDR, 2001, p. 33).

condição necessária para o homem dominar os acontecimentos ou ocorrências da natureza. Dotado dessas especulações Aristóteles desenvolve sua teoria do conhecimento, partindo do seu entendimento acerca do ato e potência para fundamentar a noção do ser. Em sua concepção ser não é tão-somente o que já existe, em ato; ser é também o que pode ser a virtualidade, a potência. Essa passagem da potência ao ato é que constitui, segundo a teoria aristotélica, o movimento. A concepção de movimento é o fundamento da causalidade que, através dos modelos das causas material, formal, motora e final, condiciona a geração do saber.¹⁰³ O sujeito não é determinante para esse processo de construção do conhecimento.

A influência da exclusão do sujeito desde a especulação filosófica grega é inegável e ainda presente na história do pensamento ocidental, passando por Tomás de Aquino para quem a noção de sujeito está intimamente ligada à causa material ou a substância. A partir de Descartes com a divisão do mundo subjetivo e objetivo desperta a filosofia para o paradoxo do sujeito. “O sujeito passa a ser visto, não mais como matéria, senão como instrumento através do qual se manifesta o *cogito*, encarado como expressão da auto-evidência existencial pela qual, intuitivamente, se alcança a certeza de que verdadeiramente se existe”. (TAVARES, 2000, p. 26). Segundo Morin no cogito cartesiano

o sujeito torna-se príncipe metafísico e o reino científico do objeto começa. O sujeito desmaterializa-se, o objeto coisifica-se. O ego surge como fundador solitário de si mesmo, ignorando o circuito solidário e gerador do qual emergiu. Este ego que vão dominar a metafísica ocidental apropria-se, monopoliza e transcendentaliza a qualidade de sujeito. Afinal, o cogito é gerador de subjetividade consciente, mas não de subjetividade viva. (MORIN, 2005, p. 205-207).

A tradição clássica do racionalismo em sua acepção metafísica pressupõe uma noção de sujeito em sua ocorrência ideal numa relação de subjetividade na concreção do ser em si. Esse ser em si é o **eu**. O idealismo se desenvolve com maior rigor filosófico no pensamento alemão porque atribui o fundamento do sujeito cognoscente ao Eu transcendental ou absoluto. Mesmo que Kant submeta o conceito de sujeito numa perspectiva de oposição com o mundo objetivo, é apenas a condição de afirmação da sua concepção de conhecimento que se assenta nas categorias da universalidade e necessidade. Esse sujeito é o *eu* que se conhece pelo pensamento e que está implicado pelo predicado. A consciência em Kant é o instrumento pelo qual se possibilita o conhecimento, não como representação identificadora dos objetos

¹⁰³ Diz Aristóteles em sua Física que: “Definidas estas coisas – ele afirma, com efeito -, é necessário investigar as causas, quais e quantas em número elas são. Visto que, com efeito, nossa exposição tem por objetivo o saber, e não consideramos saber cada coisa antes de ter aprendido o porquê de cada uma (o que significa aprender sua causa primeira), é claro que também nós devemos fazer isto seja a propósito da geração e corrupção, seja a propósito de qualquer mudança física, para que, sabendo os princípios deles, procuremos reconduzir a estes cada uma das coisas procuradas (3, 194 b 16-23)”. (BERTI, 1998, p. 68).

particulares, mas como faculdade *a priori* do pensamento para conhecer. (KANT, 1997, p. 330).¹⁰⁴ Então o sujeito se apresenta como o *eu* transcendental, inexistente, pois, do ponto de vista da realidade, ele é apreendido pela razão.

Na construção do seu idealismo, enquanto teoria do conhecimento, Hegel substitui a noção de sujeito pelo Espírito, que é o Eu absoluto. A oposição entre o mundo subjetivo e objetivo proposta pela concepção hegeliana na formação do conhecimento se faz no sentido de apropriação das representações das coisas sensíveis pela idéia, na conformação de possibilidade do Eu. Assim, o conhecimento é gerado pela unidade dos dois mundos na Idéia, como representação da consciência. Diz Hegel

mas Eu, abstratamente enquanto tal, é pura relação consigo mesmo, na qual se abstrai do representar, do sentir, de todo o estado como de toda a particularidade da universalidade totalmente *abstrata*, o abstratamente *livre*. Portanto, o Eu é o *pensar* como *sujeito*, e, enquanto Eu estou ao mesmo tempo em todas as minhas sensações, representações, estados etc. o pensamento está em toda a parte presente e atravessa como categoria todas essas determinações. (HEGEL, 1995, p. 72, grifo do autor).

A Idéia e o ser se acoplam em unidade e, revelam o real/racional. O real pré-existe porque é imanente ao racional no ato de pensar.¹⁰⁵

A noção de sujeito é também subtraída do neokantismo ou neocriticismo,¹⁰⁶ uma vez que é substituída por categorias lógico-objetivas, uma das características dessa corrente, visto que valida o conhecimento a partir de condições intuídas pela dedução objetiva da percepção dos sentidos, enquanto valorações concebidas pelo processo histórico.

O positivismo lógico do Círculo de Viena especialmente na primeira fase de Wittgenstein, o conhecimento se dá fora do sujeito, porque este é transcendental. Para o autor “o sujeito não existe, já que não pertence ao mundo, sendo apenas seu limite, e no processo do conhecimento se dissolve nos objetos que retrata”. (TAVARES, 2000, p. 27).

¹⁰⁴ Diz o autor que “a proposição *eu penso*, porém, é aqui considerada apenas em sentido problemático, não enquanto possa conter a percepção de uma existência (como o cartesiano *cogito ergo sum*), mas porque a consideramos unicamente do ponto de vista da sua possibilidade, para ver que propriedades podem derivar dessa proposição tão simples, relativamente ao seu sujeito (quer este sujeito exista quer não)”. (KANT, 1997, p. 330/1, grifos do autor).

¹⁰⁵ “O *pensar*, enquanto atividade, por conseguinte é o universal *ativo*, e de fato o universal que se atua; enquanto o ato – o produzido – é justamente o universal. O pensar, representado como *sujeito*, é o [sujeito] *pensante*, e a expressão simples do sujeito existente como [ser] pensante é *Eu*”. (HEGEL, 1995, p. 69).

¹⁰⁶ Segundo Nicola Abbagnano “as características comuns a todas as correntes do neocriticismo são as seguintes: 1ª negação da metafísica e redução da filosofia a reflexão sobre a ciência, vale dizer, a teoria do conhecimento; 2ª distinção entre o aspecto psicológico e o aspecto lógico-objetivo do conhecimento, em virtude da qual a validade de um conhecimento é completamente independente do modo como ele é psicologicamente adquirido ou conservado; 3ª tentativa de partir das estruturas da ciência, tanto da natureza quanto do espírito, para chegar às estruturas do sujeito que a possibilitariam”. (ABBAGNANO, 2000, p. 710).

Nas formações filosóficas ontologicistas, mesmo as concepções que objetivam a formação do conhecimento a partir da realidade – objetivação das sensações pela consciência -, subjetivam as condições do agir humano, e negam a cotidianidade do sujeito, enquanto possibilidades reais – fazer - de manipulação do objeto cognoscente para, assim, emoldurar a construção da verdade. O conhecimento não se constrói pela atividade das relações concretas vivenciadas pelo sujeito, senão pela consciência/razão do ser. A realidade no paradigma ontologicista constitui o fundamento teleológico do plano ético social da atitude subjetiva do ser.

Afinal, podemos fazer coro com Ernildo Stein ao afirmar que:

no paradigma das filosofias da consciência, o ponto de partida é de certo modo absoluto, o que permite a produção de um observador imparcial dos passos que a consciência realiza através das figuras que se sucedem, e a introdução de uma teleologia que como resultado já está, no entanto, no começo. (STEIN, 1988, p. 46).

Mesmo na concepção analítica existencial heideggeriana o conhecimento não é construído pelo sujeito, mas é pré-existente na condição de ser-no-mundo-do-sujeito, como ser-aí em sua temporalidade estática.¹⁰⁷ Como o tempo em Heidegger possui uma dimensão histórica¹⁰⁸ – embora não linear e objetivista -, portanto, condiciona a reversibilidade dos fenômenos do mundo da vida. Por isto, a exclusão da noção de sujeito se estabelece como condição racional da formação do conhecimento, porque o saber pré-existe ao mundo da vida, mesmo na circularidade hermenêutica.

No campo epistemológico da teoria científica há também uma direção de exclusão da noção de sujeito na construção do conhecimento. A concepção epistemológica prioriza o método, como instrumento determinante da verdade, enquanto o conhecimento se afirma pelo resultado da observação que se evidencia na relação de causalidade. Diante dessa descrição normativa da realidade a teoria científica se apropria do conceito de estabilidade para aferir a construção dos seus paradigmas e a manipulação da suas concepções teóricas. Para consecução desse projeto, no plano das relações objetivas entre o sujeito e o objeto, se faz necessário manter o domínio da atividade cognitiva: ocorrências do ser cognoscente. Para isto é imprescindível o controle do sujeito e do tempo. Desse modo, a perspectiva determinista de

¹⁰⁷ Diz Heidegger que a “temporalidade é o sentido ontológico da cura. Do ponto de vista ontológico, a constituição da pré-sença e de seus modos de ser são apenas possíveis com base na temporalidade, independentemente se este ente ocorre ou não “no tempo”.” (HEIDEGGER, 2002, p. 169).

¹⁰⁸ Mesmo que a perspectiva histórica na analítica existencial heideggeriana se diferencie da metafísica tradicional em razão da negação do seu caráter permanente, afirma-se, pois, na configuração da pré-sença no mundo, enquanto espaço de manifestação do ser. “Daí que a racionalidade que Heidegger busca na filosofia e que repousa na ‘hermenêutica da facticidade’ é, ao mesmo tempo, dotada de necessidade e de historicidade. Aos modos fundamentais de ser do estar-aí como ser-no-mundo, correspondem os modos em que este ‘mundo’ se articula nas diversas regiões do ser, sempre ‘historicamente’.” (STEIN, 1988, p. 74).

verdade, inverte a condição do sujeito para mero observador do processo de conhecimento, onde sua neutralidade afirme a legitimidade da produção científica.

A ciência moderna apresenta o paradigma newtoniano como modelo de teoria científica, extraindo-se do seu campo teórico uma certeza: a verdade do seu saber, enquanto unidade empírica. A experiência, como dado objetivo adquirido das percepções das coisas exteriores implica uma tomada de consciência dos objetos de referência das suas representações.¹⁰⁹ Para isto é necessário que o modelo metodológico que instrumentaliza as proposições tenham caráter universal. Dessa forma, o conhecimento empírico ganha conteúdo universal que (re)produz a sensação consciente de estabilidade. A condição indispensável de perseguição dessa perspectiva empírica é a exclusão da noção de sujeito da sua investigação.

A solidez do modelo mecanicista que assenta as bases do estado de estabilidade não lhes é exclusiva, se expande às ciências sociais e humanas. Entende Juarez Tavares que a fim de dar caráter científico ao modelo newtoniano e por isso mesmo assegurar a universalidade das suas proposições, a partir do critério da sua atemporalidade como meio, não basta a mera equação determinista de verdade. Será preciso eliminar-se aqui propositadamente a noção de sujeito. Assim, a eliminação da noção de sujeito desempenha, portanto, o mesmo papel e tem o mesmo significado da exclusão da noção de tempo. Ora, se o tempo nas ciências naturais é assinalado pela irreversibilidade dos fenômenos, quer dizer, perdida certa parcela de elementos em determinada seqüência, a fórmula só tem eficácia *ex nunc*, nas ciências sociais só pode ser medido pela trajetória dos protagonistas. Conclui o autor, se dessa se prescinde, não há que temer sua instabilidade, solucionável simplesmente por acertos de organização ou aperfeiçoamento comportamental. (TAVARES, 2000, p. 26).

A história do pensamento humano ocidental não demonstra uma preocupação primeira com as proposições jurídicas como demanda científica na construção do conhecimento. A ciência jurídica¹¹⁰ é denominação gerada na modernidade e que manifesta

¹⁰⁹ “O empirismo, de uma parte, tem com a metafísica essa fonte em comum, enquanto ela, para legitimação de suas definições – dos pressupostos, como conteúdo mais determinado –, tem por garantia igualmente as representações, isto é, o conteúdo que deriva primeiro da experiência. De outra parte, a percepção singular é diferente da experiência, e o empirismo eleva o conteúdo pertencente à percepção, ao sentimento e à intuição, à *forma de representações, proposições* e leis, etc., *universais*. Contudo, isso ocorre só no sentido de que as determinações universais (por exemplo, a força) não devem ter para si nenhuma outra significação e validade além da tirada da percepção, e nenhuma outra conexão que se possa comprovar no fenômeno deva obter justificação. O conhecer empírico tem o firme ponto-de-apoio, segundo o lado subjetivo, no fato de que a consciência possui na percepção sua *própria e imediata presença e certeza*”. (HEGEL, 1995, p. 103).

¹¹⁰ “A expressão “ciência jurídica” é relativamente recente, constituindo uma criação da chamada Escola Histórica do Direito, surgida na Alemanha no século XVIII. Entretanto, a primeira grande elaboração teórica do Direito deve-se aos romanos, que incorporaram para isso as categorias forjadas pelos gregos para o conhecimento em geral. (GUERRA FILHO, 2001, p. 25).

procedimentos formais – estatutos normativos legais - e proposições teóricas – sistema teórico conceitual – como possibilidade simbólica de reversibilidade dos fenômenos humanos, práticas sociais. As civilizações pré-modernas não demonstram preocupação ou interesse com o desenvolvimento do Direito, pelo menos como expressão e fundamento científico. (ADEODATO, 2002, p. 20).

A partir da modernidade o direito adquire autonomia científica, notadamente com a proposição metodológica da mecânica newtoniana. Entretanto, com a concepção do contrato social o direito toma forma, empreende suas proposições e apresenta rigor metodológico. Com esses precedentes o direito rompe os obstáculos da sua formação epistemológica e, assim, legitima a sua – simbólica – estabilidade com a exclusão da noção de sujeito e do tempo. Na versão contratualista do liberalismo o sujeito é substituído por uma concepção metafísica de vontade. Mas, essa vontade se afirma tão-somente na liberdade de contratar, prurida com uma igualdade também abstrata fixada pelo conteúdo normativo. A concepção racional do sujeito compreendida pela vontade é apenas instrumental, e o outro é apenas condição para realização da regra contratual, porque as regras detêm um caráter universal, visto que “são negociadas implicitamente” (TUGENDHAT, 1996. p. 90)¹¹¹ – vontade geral. A autonomia tem caráter meramente instrumental. Há uma noção de autoridade no contratualismo de natureza transcendente, sentida.

No mesmo sentido é a tomada de posição de Juarez Tavares (2000) para quem:

a concepção jurídico-causal do direito conduz da mesma forma à eliminação do sujeito. Primeiramente, através da pressuposição da liberdade de vontade nos contratos, fruto de uma igualdade abstrata e reversível, como ocorre, por exemplo, nos chamados contratos com cláusula de resolução tácita; depois, com a noção de injusto, ainda não desvinculada inteiramente da violação de deveres gerais objetivos e exaurida no desdobramento objetivo do conceito de conduta proibida.

Ainda defende o autor que é a partir da exclusão do sujeito na perspectiva contratualista que o Estado legitima sua ação interventora na liberdade individual: “o fundamento objetivo do injusto, como conceito estável e reversível, derivado dos elementos que integram a conduta proibida, constitui a intercessão necessária a legitimar o poder estatal intervencionista nos círculos de liberdade individual”. (TAVARES, 2000, p. 27).

¹¹¹ Para uma análise crítica do conceito de autonomia instrumental no contratualismo e em Kant ver a mesma obra. Tugendhat (1996. p. 85-105).

2.4 O PROCESSO DE INCLUSÃO DO SUJEITO

A fertilidade do pensamento científico no campo teórico da formulação das suas proposições, dos seus axiomas e, enfim, dos seus paradigmas, apesar de evidenciar o mérito dos seus respectivos criadores, demonstram, por outro lado, uma vontade de domínio das coisas e dos seus fenômenos, objetos da investigação científica, para, assim, estabelecerem uma rede de controle na produção do saber. Isto revela que o saber é o produto de forças reprimidas. Por isto as principais características da ciência moderna, a certeza absoluta da verdade do conhecimento, concentrada na aplicação do método, e a estabilidade, caracterizada pela exclusão do tempo e do sujeito, não representam, efetivamente, a legitimidade dos seus paradigmas nem tampouco a validade objetiva – neutra - dos seus conceitos teóricos.

Diante desses fatores que de alguma forma especializam ou *hiperespecializam*¹¹² o pensamento científico, no sentido de empreender uma blindagem ao conhecimento para garantir a uniformidade do saber, concebido de uma realidade homogênea e de um sujeito fictício, porque percebido no plano ideal, é que os fenômenos se estabilizam como ocorrências previsíveis em razão da sua reversibilidade, sejam na perspectiva natural ou social. Esse processo é condicionado pela exclusão da noção de tempo como condição de um mundo pré-organizado e também da exclusão do sujeito, enquanto manipulador das ações e objeto das relações sócio-humanas, para gerar conceitos neutros.

Entretanto, o mundo não se especializa na idealidade, nem a realidade é especializada pelo repouso da ação humana e nem tampouco pela passividade estática dos fenômenos e acontecimentos, sejam naturais e ou sociais. Hermetizar o mundo com o objetivo de construir um conhecimento universal e totalizador da realidade é esterilizar a condição de ser humano, em que as ações são particularidades da pluralidade do próprio sujeito. Autonomizar o abstrato - universal - em detrimento do concreto, é negar a realidade que se expõe irreversivelmente na cotidianidade da ação humana.

¹¹² O problema da hiperespecialização do conhecimento está afeto à especialização gerada pela formação do caráter “disciplinar” do objeto do saber científico. Segundo MORIN “a disciplina é uma categoria organizadora dentro do conhecimento científico; ela institui a divisão e a especialização do trabalho e responde à diversidade das áreas que as ciências abrangem”. Para MORIN a disciplina é essencial para fecundidade do processo científico porque ela identifica e destaca o objeto para a investigação do pesquisador. No entanto, adverte o autor, que “a instituição disciplinar acarreta ao mesmo tempo, um perigo de hiperespecialização do pesquisador e um risco de “coisificação” do objeto estudado, do qual se corre o risco de esquecer que é destacado ou construído. O objeto da disciplina será percebido, então, como uma coisa auto-suficiente; as ligações e solidariedades desse objeto com outros objetos estudados por outras disciplinas será negligenciadas, assim como as ligações e solidariedades com o universo do qual ele faz parte”. (MORIN, 2004, p. 105).

O processo cognitivo é um acontecimento que se dá em relação, na complexidade do sujeito e suas idiossincrasias, e no movimento constante dos fenômenos e das coisas, da constituição orgânica e inorgânica do objeto cognoscente, das suas particularidades e de seu todo.¹¹³ Nesse viés entende Morin que essa complexidade da realidade humana em seus múltiplos aspectos só adquirirá sentido se, em vez de ignorarem esta realidade, forem religados a ela. Por isto, aposta na impossibilidade de se criar uma ciência do homem que anule por si só a complexa multiplicidade do que é humano. “O importante é não esquecer que o homem existe e não é uma “pura” ilusão de humanistas pré-científicos”. (MORIN, 2004, p. 113).

Independente da polêmica acerca se a noção de sociabilidade humana¹¹⁴ – “o homem é um animal social” - advém dos gregos, pois com a concepção de Aristóteles de que o homem se diferencia dos demais animais pelo processo da fala – linguagem – com a qual o projeta na esfera pública da *pólis*, ou se a expressão “social” surge com os romanos,¹¹⁵ é a linguagem que estabelece o processo racional onde o sujeito é erigido como ser capaz de agir e de se comunicar, portanto, adquire uma condição individual e político/social.

No entanto, por todas as circunstâncias e fatores que foram expostas à noção de sujeito, em sua condição real, sempre foi ocultada, seja pela filosofia ou pela teoria científica. Na filosofia de uma maneira geral o sujeito sempre se encontra em uma posição subjetiva, dialogando com seu próprio **eu**, reflexivamente, ora anterior ao objeto, ora inserido ou criando este. Na teoria científica a universalidade metodológica, com todos os seus conseqüências substitui o sujeito, objetivamente.

¹¹³ Decretar o isolamento do campo científico de há muito já vem sendo contestado, o conhecimento ocorre em um processo de circularidade como alerta PASCAL: “Uma vez que todas as coisas são causadas e causadoras, ajudadas e ajudantes, mediatas e imediatas, e todas estão presas por um elo natural e imperceptível, que liga as mais distantes e as mais diferentes, considero impossível conhecer as partes sem conhecer o todo, tanto quanto conhecer o todo sem conhecer, particularmente, as partes”. (MORIN, 2004, p. 116).

¹¹⁴ “O homem na definição de Aristóteles é um *animal social*. Devemos atentar para o significado dessa definição. Em primeiro lugar, o homem é um animal, isto é, um ser da natureza, possuidor da capacidade de locomoção e de sensibilidade como todos os seres vivos do gênero animal. Em segundo lugar, o homem é o único animal que possui o dom da fala – em grego, o homem é um *zoon lógon ékhon*. Por isso, ele pode compreender e comunicar o sentimento do bem e do mal, do justo e do injusto. Mas, para isso, ele precisa viver dentro da sua comunidade, a **polis**, fora da qual não haveria nenhuma comunicação. É portanto, nesse sentido que Aristóteles diz que o homem é um animal social – em grego *um zoon politikón*. No entanto, adverte o autor que “na verdade, a melhor tradução dessa tese aristotélica seria: o homem é um animal político, no sentido de que só pode viver na pólis”. (CUNHA, 1992, p. 121, grifos do autor).

¹¹⁵ Salienta Hanna Arendt que é “significativo, mas não conclusivo, que a palavra “social” seja de origem romana, sem qualquer equivalente na língua ou no pensamento gregos”. (ARENDRT, 2001, p. 32, grifos do autor)

Percebe-se, pois, que na pós-modernidade há uma forte tendência em setores da filosofia e da teoria científica para inclusão da noção de sujeito na construção do conhecimento. Para realização desse processo de inclusão do sujeito duas noções são fundamentais para o seu desenvolvimento: a **ação** como instrumento essencial de comunicação relacional e a **autonomia** erigida sob a rede – auto-organização - de complexidades que envolvem as características do sujeito e do mundo, onde interage com sua ação.

Tratamos do paradoxo do tempo na pós-modernidade no tópico anterior, por entendermos que este tema se afirma como condição de inclusão da noção de sujeito¹¹⁶ no paradigma científico em geral e da ciência jurídica em particular. Por essa razão é que desenvolvemos a noção de fluxo do tempo como ato de criação a partir da irreversibilidade dos fenômenos, demonstrada pela instabilidade das possibilidades do sujeito e dos objetos cognoscíveis.

Não há na história do pensamento – filosófico ou científico – um marco que delimite o processo de reabilitação do sujeito,¹¹⁷ mesmo que sejam evidentes os processos de sua exclusão. É sabido, no entanto, que o campo do pensamento desenvolvido pela teoria científica se preocupa em saber **quem é** o sujeito, enquanto o campo filosófico – genericamente -, como ato de pensar, desenvolve como objeto de sua investigação revelar **o que é** o sujeito. Ora, investigar a situação do estado *quem é* implica a revelação de *quem é alguém*, e assim, valorar o conteúdo do agir humano com todos os seus atributos. (ARENDRT, 2001, p. 191).

¹¹⁶ Diz Juarez Tavares que “o paradoxo do tempo, por sua vez, trouxe em consideração nas ciências sociais, principalmente, a reabilitação do sujeito, que delas havia banido como consequência do caráter de reversibilidade que se queria dar aos fenômenos. Acredita-se que a eliminação do sujeito percorre um longo caminho no pensamento científico, que se inicia por volta do século XV, com o engenheiro italiano Filippo Brunelleschi, a quem se deve a invenção do desenho de perspectiva. Com as pinturas em perspectiva, é criada gradativamente a idéia de que a imagem representa a natureza, cujo protagonista se vê incluído no próprio quadro e, assim, observado no plano ideal e não real”. (TAVARES, 2000, p. 96).

¹¹⁷ “Tudo começou, de modo bastante inofensivo, com a experimentação na qual os homens já não se contentavam em observar, registrar e contemplar aquilo que a natureza se dispunha a mostrar-lhes em sua simples aparência, e passaram a impor-lhe condições e a provocar processos naturais. O que, na época, se transformou em crescente capacidade de deflagrar processos elementares, os quais, sem a interferência do homem, teriam continuado adormecidos e talvez jamais ocorressem, terminou finalmente numa verdadeira arte de “fabricar” a natureza, isto é, de criar processos “naturais” que, sem os homens, jamais existiriam e que a natureza terrena, por si mesma, parece incapaz de executar, embora processos semelhantes ou idênticos possam ser fenômenos comuns no espaço fora da Terra. Com a introdução do experimento, no qual impusemos condições concebidas pelo homem aos processos naturais e forçamo-los a se ajustarem a padrões criados pelo homem, acabamos por aprender a “repetir o processo que ocorre no Sol”, isto é, a extrair dos processos naturais da Terra aquelas energias que, sem nossa intervenção, só ocorrem no universo”. (ARENDRT, 2001, p. 243).

Entretanto, se percebe que a teoria científica com os avanços empreendidos pelo desenvolvimento de pesquisas no campo da biologia, da química e da física tem projetado um saber co-implicado ao sujeito, principalmente, porque permite observar a possibilidade de ação praticada pelo sujeito, como instrumento de transformação, de constituição de coisas e de realidades objetivas, bem como do modo de ser dos agentes no próprio processo fenomenológico. Para verificação da ocorrência real do fenômeno e o processo de sua compreensão no universo das relações comunicativas do sujeito é imprescindível a noção de tempo. Nesse caso, o tempo é a condição pela qual se observa a relação existente entre a capacidade de ação do sujeito e a imprevisível reflexividade do seu agir: um compreender e constituir em movimento.

A partir de uma reflexão substancial Juarez Tavares enumera pelo menos quatro motivos pelos quais se impõe a reabilitação do sujeito. Segundo o autor, a primeira possibilidade se apresenta seja no plano racional ou empírico, porque “o sujeito é o suporte de todo conhecimento, quer este conhecimento seja tomado no sentido racional *a priori*, quer no sentido puramente empírico”. A segunda possibilidade ocorre na esfera de interação do sujeito com o mundo-da-vida, como condição de sociabilidade implementada pela capacidade de ação, razão pela qual “todos os processos e sistemas se desenvolvem tendo como condição e objeto as relações desse sujeito”. A terceira, é um processo derivado da segunda possibilidade, visto entender que a potência da ação do sujeito se configura na linguagem, daí dizer que “ainda que se pretendam estruturar as instituições sob o véu de suas perspectivas simbólicas, a linguagem através da qual tais perspectivas são projetadas só pode ser articulada pelo sujeito e só adquire sentido através dele”. A quarta, se reporta à identidade,¹¹⁸ como capacidade reflexiva do sujeito de referência a si mesmo – auto-referência - e ao mundo exterior – exo-referência -, visto que não que se “confundir o cérebro com a própria pessoa, e assim, tratá-la como se fora um conjunto de dados codificados”. (TAVARES, 2000, p. 98).

AÇÃO – Assinalamos que dentre as possibilidades de reabilitação do sujeito, concebido como produtor de sentido na estrutura do conhecimento, está a sua capacidade de ação: agir transformador e constitutivo. A ação pressupõe a disposição da vontade, que pela sua natureza subjetiva implica uma pré-compreensão da conduta que dirige à apreensão do

¹¹⁸ O egocentrismo é tratado por Morin como identidade do sujeito no mundo. Assim, entende que a identidade comporta um princípio de distinção, de diferenciação e de reunificação. Esse princípio bastante complexo é absolutamente indispensável, pois permite qualquer tratamento objetivo de si mesmo. Eis, portanto, um princípio que, por esta separação/unificação do “Eu” subjetivo e do “eu” objetivo, permite efetivamente todas as operações. “Este princípio comporta a capacidade de se referir ao mesmo tempo a “si” (auto-referência) e ao mundo exterior (exo-referência) – de distinguir, portanto, o que é exterior a si”. (MORIN, 2004, p. 120, grifos do autor).

objeto, podendo transformá-lo, no plano objetivo das coisas exteriores, ou integrar-se ao juízo prévio do sujeito, constituindo-se como objeto cognoscente. Assim, o ato de vontade como instrumento da ação é transformador e constitutivo. Partindo dessa posição o conhecimento não se perfaz de um simples meio para alimentar o observador de dados para revelar o objeto. O objeto não é revelado, mas construído e se constrói. O conhecimento é também transformador e constitutivo porque está co-implicado ao sujeito através da ação.

A ação é desencadeada em processos espontâneos porque conduzida pela vontade e dirigida a um objeto de referência,¹¹⁹ e se desenvolve em um fluxo constante no mundo-da-vida, primeiro pela sua condição de imprevisibilidade e depois pela comunicação que estabelece com o sujeito/outro. A imprevisibilidade¹²⁰ é um elemento que dá conteúdo à ação tendo em vista que mesmo que haja o controle dos mecanismos, dos meios e/ou dos instrumentos – manifestação causal da vontade –, para alcançar o objeto de referência, interferências, acoplamentos e rupturas, poderão ocorrer na operação do discurso. A ocorrência dessas interferências, sejam como acoplamentos – novas circunstâncias ou novo curso da ação – ou mesmo pelo seu rompimento, só se manifestam em razão do caráter social das relações humanas. Como a ação se desenvolve neste plano político/social só se verifica em forma de processo. Assim, a imprevisibilidade alimenta o processo de comunicação, interno e externo, da ação.

Na apreciação de Hanna Arendt a faculdade que possui o ser humano de agir é que o torna capaz de manipular os seus poderes mentais para no mundo-da-vida construir e

¹¹⁹ Trataremos, especificamente, do conceito de ação no capítulo terceiro. Sobre o conceito de conduta como ação comunicativa ver Tavares (2003. p. 225).

¹²⁰ A orientação seguida por Hanna Arendt sobre o conceito de imprevisibilidade como corolário do processo de ação se distancia deste, porque a autora empreende uma noção infinita a este processo no contexto de um plano político. Entende a autora que a imprevisibilidade e a irreversibilidade são condições essenciais da ação e que por estas circunstâncias o homem não pode prever a amplitude – resultado - do seu agir. Diz a autora que “o motivo pelo qual jamais podemos prever com segurança o resultado e o fim de qualquer ação é simplesmente que a ação não tem fim. O processo de um único ato pode prolongar-se, literalmente, até o fim dos tempos, até que a própria humanidade tenha chegado ao fim”. Para a autora o sujeito não detém o controle causal do seu agir e que por isto pode ser “culpado” por conseqüências ou resultados do seu ato. Diz afinal que o caráter infinito da ação sustentado pelo conteúdo da imprevisibilidade ocorre devido a tradição ter incorporado ao conceito de soberania o de liberdade, o que alega ser um equívoco, visto que a soberania nega a pluralidade humana, característica sem a qual não haverá ação e/ou discurso. Isto porque a soberania é pensada como “ideal da inflexível auto-suficiência e auto-domínio”; elementos que desconstituem a liberdade. Propõe HANNA afinal, para solucionar o problema da imprevisibilidade da ação é a capacidade do homem de “prometer”, em sua própria expressão, firmado no pacto: no contrato. Especificamente, no direito penal esta noção infinita provocaria uma séria insegurança ao processo de imputação, e a solução encontrada pela autora onde a capacidade de pactuar do sujeito pela liberdade, trazendo a estabilidade e a previsão da ação, não condiz com a tese que desenvolvemos na teoria do conhecimento. (ARENDET, 2001, p. 245).

(des)construir o seu próprio empreendimento, que é demonstrado pela possibilidade de iniciar novos processos – renascer -, numa expressão de circularidade da ação. Diz a autora que:

O próprio fato de que as ciências naturais tenham se tornado exclusivamente ciências de processos e, em seu último estágio, ciências de “processos sem retorno”, potencialmente irreversíveis e irremediáveis, indica claramente que, seja qual for o poder mental necessário para desencadeá-los, a capacidade humana responsável por esse poder mental – e única força capaz de realizar tais feitos – não é nenhuma capacidade “teórica”, não é contemplação nem razão; é a faculdade humana de agir, de iniciar processos novos e sem precedentes, cujo resultado é incerto e imprevisível, quer sejam desencadeados na esfera humana ou no reino da natureza. (ARENDR, 2001, 243, grifos da autora).

Isto só é possível com a constatação de que a instabilidade também produz conhecimento. Significa dizer que o conhecimento é também produzido pelo estado de desordem dos fenômenos, diferentemente do pensamento dominante desde a civilização helênica.¹²¹ Com esta nova concepção de conhecimento admite-se a capacidade de agir do sujeito, porque este pode intervir na ordem dos fenômenos, o que se constata através do processo de entropia. Dessa forma, algumas verdades foram infirmadas como a máxima da ciência moderna simbolizada pela equação de Newton - ($ma=f$).

Em a condição humana Hanna Arendt propõe seu modelo de ação que, além de indissolúvelmente se estabelecer no discurso, a condição sem a qual se afirma no cenário das relações humanas é a condição de pluralidade do sujeito. Assim, a pluralidade humana é uma característica dos atributos da igualdade e da diferença, inerentes à condição do ser humano. Diz, pois, a autora que:

a pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto de igualdade e diferença. Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiriam, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender. Com simples sinais e sons, poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas. (ARENDR, 2001, p. 188).

O fundamento racional desse projeto de ação é a condição de ser humano do sujeito, originariamente concebida nas relações inter-pessoais praticadas na esfera social, como espaço público de manifestação do discurso ao outro. Ou seja, a “ação requer, para sua plena

¹²¹ Em um esforço imaginário podemos dividir em quatro fases a história do pensamento humano: na primeira fase, a razão domina a natureza. Aqui há exclusão do sujeito porque os fenômenos que ocorrem nesse estágio são instituídos por processos causais próprios, visto que a natureza é compreendida como a ocorrência inata das coisas. Na segunda, a razão domina a cultura para dominar as relações humanas. A perspectiva cultural se opõe a da natureza, todavia, o processo de sociabilidade é conduzido pela poder na esfera pública – *polis, societas*. Portanto, a idéia de ética e de moral é fruto de valores naturais, divinos ou metafísicos. O sujeito é substituído pela organização de poder e seus comportamentos são avaliados por critérios naturais, divinos ou abstratos. A terceira, a razão domina a razão. A razão idealiza o sujeito. A quarta, a razão domina a tecnologia, para substituir o sujeito pela máquina.

manifestação, a luz intensa que outrora tinha o nome de glória e que só é possível na esfera pública”- (ARENDDT, 2001, p. 193). Entretanto, preponderante para o exercício da pluralidade humana e suas qualidades categoriais de igualdade e diferença é a alteridade. Mas, alteridade como capacidade de reconhecer as diferenças, seja de caráter subjetivo ou objetivo, no campo das práticas sociais e na rede de comunicação, como instrumento de distinção dos sujeitos e suas ações. Distinção que se faz entre sujeitos, e para o próprio sujeito - eu. Afinal, distinção que aponta a singularidade do sujeito e, dessa forma, caracteriza a pluralidade humana. (ARENDDT, 2001, p. 188-200). É o que denominamos “*alteridade orgânica*”.

AUTONOMIA - Analisar a condição do sujeito só é possível, para não incorrer em falso, se a investigação não prescindir do complexo das suas características, a partir do seu projeto biológico de existência animal, sem descurar do racional e cultural/social. Nesse afã de investigar as categorias que compõem a noção de sujeito é notória a compreensão do conteúdo da autonomia. Ao conceito de autonomia está intimamente ligado o de liberdade. Por isto ao fixarmos como delimitação a noção de autonomia a partir da modernidade e, pois, a definição proposta pela concepção kantiana, verifica-se que seu aporte vincula-se ao plano moral de um imperativo. Em Kant o conceito de autonomia¹²² está vinculado ao enunciado da sua primeira fórmula do imperativo categórico: “Age apenas segundo aquela máxima pela qual tu ao mesmo tempo possas querer que ela se torne uma lei universal”. Nessa perspectiva a autonomia está vinculada a uma noção de liberdade negativa, visto que a escolha de agir se dá por um imperativo moral, transcendental. O conceito de liberdade kantiano está condicionado à noção de um bem supremo que é a própria condição moral da escolha *a priori* do sujeito.¹²³

¹²² A autonomia como fundamento da liberdade diz KANT que “por vontade se entende uma espécie de causalidade dos seres vivos enquanto são racionais [...] O que pode ser então a liberdade da vontade senão autonomia, quer dizer, propriedade da vontade de ser uma lei para si mesma? Agora, a proposição a vontade é, em todas suas ações, uma lei para si mesma, caracteriza unicamente o princípio de atuar somente segundo aquela máxima que pode apresentar-se como uma lei universal. Justamente esta é a fórmula do imperativo categórico e o princípio da moralidade”. (KANT, 1999, p. 129).

¹²³ “Kant acepta la noción del supremo bien como objeto de la razón práctica, es decir, de la voluntad pura, y término de toda acción moral. Incluso admite la teoría de los antiguos de que la *doctrina del supremo bien es la doctrina de la sabiduría* como amor a todo saber y a toda ciencia. La contradicción de este aserto con lo expuesto antes, donde negaba una *moral de los bienes* como moral heterónoma, la resuelve diciendo que no por eso debe considerarse este bien sumo como fundamento de determinación de la voluntad. Este sigue siendo la ley moral, que es a la vez fundamento para proponerse como objeto aquel sumo bien y su prosecución. ‘En el concepto del supremo bien está ya incluida la ley moral como condición suma y pensada con el’ (C. razón práctica I.2 c.I). ‘El fomento del supremo bien... es un objeto a priori necesario de nuestra voluntad y está en inseparable conexión con la ley moral [...] que ordena fomentar el mismo’.” (URDANOZ, 1975, p. 92, grifos do autor).

Dessa forma, o conceito de autonomia kantiano se assemelha ao do contratualismo: o sujeito kantiano não admite a não universalização de sua máxima mesmo que a tenha descumprido, porque entende que o contrário deve permanecer uma lei universal. É o exercício da liberdade de exceção, para o sujeito kantiano. Segundo Tugendhat:

é apenas o julgamento da exceção que um faz para si mesmo e o faz sem conhecer, que é julgada de maneira diametralmente oposta pelo contratualismo e por Kant: o contratualismo acha a exceção, que permanece oculta, inteligente, *ela é boa para ele*, o indivíduo. Kant acha esta exceção oculta *má*". (TUGENDHAT, 1996, 88, grifo do autor).

Enfim, em Kant a razão substitui a possibilidade de querer, que no dizer de Tugendhat a "razão aparece no lugar da autoridade".¹²⁴

Em razão da complexidade da noção de sujeito é imperiosa uma investigação que reflita acerca da sua estrutura e dos mecanismos que condicionam as relações e/ou dependências da autonomia desse sujeito com as suas categorias de auto-organização, numa perspectiva horizontal de hierarquia conceitual. A tradição do pensamento tem reproduzido a noção de autonomia como fundamento da liberdade. O que se percebe é uma perspectiva enigmática do conceito de liberdade. Explico. Isto ocorre porque a liberdade ascende à esfera do conhecimento como estado de exaltação autonomizada da condição de ser do sujeito, aferida por aspectos e fatores subjetivos. Na sociedade complexa que convivemos o sujeito também se complexificou, haja vista que as inter-relações (re)adquiriram novos conteúdos, novas formas conflituosas surgiram, reproduzindo na capacidade humana de adaptação com o meio, incertezas, instabilidades, imprevisibilidade da ação, novos valores movidos pelo inegável papel (re)escrito pelo fluxo do tempo: transformações reais na "teia" de relações humanas. "O novo sempre acontece à revelia da esmagadora força das leis estatísticas e de sua probabilidade que, para fins práticos e cotidianos, equivale à certeza; assim, o novo sempre surge sob o disfarce do milagre". (ARENDDT, 2001, p. 191).

Essa nova expressão que se apresenta a noção de sujeito é revelada por Morin ao dizer que:

a noção do sujeito começa a emergir na sua realidade complexa. Vemos cada mais claramente que o sujeito vivo não é um sujeito puro, como o sujeito transcendental dos metafísicos, como o sujeito puramente auto-referente de uma lógica abstrata, ou

¹²⁴ Diz o autor que "a autonomia do indivíduo somente chegará à plena vigência quando o conceito de bem apenas for apresentado como possibilidade, como nos podemos compreender. O indivíduo, se ele refletir sobre isto, tem que poder perguntar-se agora, se ele quer pertencer à comunidade moral – de agora em diante fundamentada universalmente e não mais de modo transcendente; e todos os outros indivíduos podem fazer-se exatamente a mesma pergunta". Idem, p. 96. Embora se distancie da posição kantiana, o conceito proposto por TUGENDHAT reflete uma posição idealista, porquanto não investiga as condições reais do sujeito. (TUGENDHAT, 1996, p. 96).

como o ator puramente egoísta de uma teoria simplificada dos jogos. O sujeito não constitui nem a essência nem uma substância: trata-se de uma qualidade ou modalidade de ser, própria do indivíduo vivo, ligada indissolavelmente à auto-(geno-feno)-organização. Por isso mesmo, escapa ao solipsismo, porque depende de um patrimônio genético anterior e de uma ecologia exterior. A sua definição comporta a inclusão num espaço, numa espécie, num passado, num futuro e mesmo numa comunidade. (MORIN, 2005, p. 200).

A autonomia não se configura como uma possibilidade subjetiva de exteriorização e fundamento da liberdade,¹²⁵ mas como realidade apresentada pela rede de significados que as relações humanas circunscrevem na estrutura do sujeito. Dessa forma, percebemos que a autonomia necessita ser construída, na medida em que se constitui como condição de adaptação do sujeito ao meio. Autonomia se relaciona com heteronomia. Nesse quadro a autonomia restringe, consideravelmente, a sua absolutização subjetiva e perde seu caráter metafísico, ao se desvelar os extratos exteriores que intercedem na relação com o sujeito e, incorporam essas interferências como formas de subjetividades para constituição do saber.

Morin fala de um modelo de autonomia dependente e relacional, originária do conceito de auto-organização onde aflore as ramificações biológicas, culturais ou sociais do sujeito.

A autonomia de que falo não é mais uma liberdade absoluta, emancipada de qualquer dependência, mas uma autonomia que depende de seu meio ambiente, seja ele biológico, cultural ou social. Assim, um ser vivo, para salvaguardar sua autonomia, trabalha, despende energia, e deve, obviamente, abastecer-se de energia em seu meio, do qual depende. Quanto a nós, seres culturais e sociais, só podemos ser autônomos a partir de uma dependência original em relação à cultura, em relação a uma língua, em relação a um saber. A autonomia não é possível em termos absolutos, mas em termos relacionais e relativos. (MORIN, 2004, p. 118).

Embora já fora consignado que na historiografia do pensamento humano, seja no âmbito do paradigma cognitivo ou filosófico o sujeito sempre foi negado para que o saber fosse instituído da forma mais objetiva e pura possível, imparcial e neutra, não por ingenuidade, mas por desiderato consciente. Esta constatação demonstra de forma cabal que sempre foi ocultado o saber acerca das vicissitudes do sujeito e das suas inter-relações com o meio em que se comunica, assim como, da sua complexidade.

Mesmo que se possa aceitar tal constatação, não se pode, entretanto, afirmar que a falibilidade da condição humana e todos os seus consectários, com sua instabilidade

¹²⁵ Morin apresenta um conceito de liberdade ajustado às relações de adaptações com o meio de convivência do sujeito. Diz, pois, o autor que “A liberdade supõe, ao mesmo tempo, a capacidade cerebral ou intelectual de conceber e fazer escolhas, e a possibilidade de operar essas escolhas dentro do meio exterior. Sem dúvida há casos em que se pode perder toda a liberdade exterior, estar numa prisão, mas conservar a liberdade intelectual. O sujeito pode, eventualmente, dispor de liberdade e exercer liberdades. Mas existe toda uma parte do sujeito que não é apenas dependente, mas submissa. E, de resto, não sabemos realmente quando somos livres”. (MORIN, 2004, p. 126).

comportamental, incerteza e imprevisibilidade da ação, flutuação das relações inter-subjetivas e, enfim, da marca característica do ser humano, a linguagem, fossem até então, também condições reais de construção do saber. Esses fatores, na verdade, sempre foram concebidos como desinformadores do conhecimento, porque demonstrava a incerteza e a relativização da verdade do conhecimento, uma verdade insofismável, absoluta.

Mesmo que com imponente resistência da concepção tradicional rompe-se o conceito de autonomia como fundamento da liberdade,¹²⁶ e a partir do estudo dos sistemas de auto-organização constata-se o grau de dependência existente entre os indivíduos e o meio, integrada pelo seu próprio processo de comunicação que estabelece a relação com a auto-organização e com o meio, motivo pelo qual a autonomia passa a ser compreendida como fundamento de adaptação. (TAVARES, 2000, p. 99). Constatou-se também que este processo de interação dos sistemas de auto-organização necessita gerar as substâncias que alimentam/integram a estrutura da organização, para conduzir a construção da autonomia do sujeito,¹²⁷ ou da sua reconstrução quando da ruptura do processo de geração. Evidente que todo o processo de (re)construção da autonomia do sujeito nesses sistemas propicia perda de energia - mesmo que possibilite ganho de energia -, a forma de compensação ou acúmulo se extrai do exterior, consoante o segundo princípio da termodinâmica. Significa que a auto-organização é dependente e não autopoietica. (TAVARES, 2000, p. 99).

Todo esse conjunto de interação entre sujeitos e entre o sistema de auto-organização significa que os seres vivos, mesmo que compreendidos dentro um determinado sistema, como pretende realizar o funcionalismo,

também estão sujeitos ao mesmo processo de perda de energia e que por isso devem extrai-la do mundo exterior, o que implica uma constante interação com o meio. Quando inseridos em certos sistemas, como o sistema social ou o sistema jurídico, nos quais se exigem dos sujeitos determinados comportamentos negativos ou

¹²⁶ Diz Morin que “esta noción de autonomía no se relaciona com la antigua noción de libertad, que era de algún modo inmaterial y desligada de las constricciones y contingencias físicas. Por el contrario, ésta es una noción estrechamente ligada a la dependencia, y la dependencia es inseparable de la noción de auto-organización. Heinz von Foerster, em um breve y magistral texto publicado em 1968, *On Self-Organizing Systems and their Organization*, había señalado desde el principio la paradoja de la auto-organización. Allí decía que ‘la auto-organización significa obviamente autonomía, pero un sistema auto-organizador es un sistema que debe trabajar para construir y reconstruir su autonomía y que, por lo tanto, dilapida energía’. Em virtud del segundo principio de la termodinámica, es necesario que ese sistema extraiga energía del exterior; es decir que, para ser autónomo, hay que depender del mundo externo. Y sabemos, por lo que podemos observar, que esta dependencia no es solo energética sino también *informativa*, pues el ser vivo extrae información del mundo exterior a fin de organizar su comportamiento”. (MORIN, 2005, p. 69).

¹²⁷ Especificamente quanto ao processo de construção ou reconstrução da autonomia, diferimos da posição adotada por Juarez Tavares. O autor com arrimo em Von Foerster entende que a autonomia construída ou reconstruída é da auto-organização do sistema, enquanto nossa posição se refere ao sujeito. (TAVARES, 2000, p. 99).

positivos, a energia é simbolicamente representada por informações que, interagindo sobre eles, possibilitam sua adaptação. (TAVARES, 2000, p. 99).

A prática social é a própria representação da ação que, se realiza comunicativamente, razão pela qual o seu exercício constitui um campo de valoração, de onde emerge o seu processo de avaliação para identificação ao sujeito e de adaptação deste ao sistema de auto-organização. Assim, o critério pelo qual se afirma a identidade do sujeito se dá na ação e no discurso através do princípio da igualdade, enquanto o processo de adaptação ocorre pelo princípio da diferença que se fundamenta na alteridade orgânica, independentemente, da possível intermediação ou interferência entre princípios e entre a identidade e a adaptação. É universal o entendimento segundo o qual o ser humano é definidamente constituído de um aspecto subjetivo, representado pelo *eu*, e outro objetivo integrado pela sua formação biológica.

Entretanto, a exteriorização do *ego* pela prática humana da conduta objetiva a relação no campo da realidade cotidiana. Isto não pode ser olvidado. Assim, a realidade é a interseção do *ego* e do *bio*. O princípio da igualdade como critério de identidade do sujeito significa a auto-reflexão sobre a consciência de si mesmo para estabelecer relação com o outro. Por sermos iguais, o ser humano é capaz de manter relações compreensivas – compreendendo(-se) (ARENDDT. 2001, p. 188) e fazendo-se compreender –, projetar e controlar a sua ação no fluxo do tempo em relação ao outro, prever as conseqüências imediatas ou até mesmo mediatas do seu agir. Por esta característica o sujeito pode se ver, compreender-se, objetivar-se no outro e em si, reflexivamente, facultando-lhe a auto-referência.¹²⁸ O princípio da igualdade provoca o processo de exclusão.

Pelo princípio da diferença¹²⁹ que é corolário da igualdade o sujeito demarca o campo do seu agir para o entendimento pela prática do discurso. Portanto, a diferença possui o condão de autonomizar o âmbito da ação e do discurso do sujeito, o que faz pelo processo de

¹²⁸ Diz Morin que “idéia de auto-referência é uma idéia-chave, mas não pode ser uma idéia fechada. Tem uma necessidade fundamental de exo-referência. O indivíduo-sujeito tem de confrontar permanentemente o seu princípio “subjetivo” egocêntrico e o princípio de “realidade”. O sujeito é, simultaneamente, egocêntrico e realista. Deve ser tanto mais realista quanto pretende ser eficazmente egocêntrico (é por isto que os progressos do egocêntrico, da subjetividade e da representação objetiva do mundo caminham juntos). Os objetos do sujeito devem ser portanto ser, intrinsecamente, leais e seguros, e é esta qualidade de fiabilidade que designamos justamente por objetividade. O sujeito e o objeto conhecem (co-nascem) e dão nascimento ao conhecimento”. (MORIN, 2005, p. 198).

¹²⁹ Diz Hanna sobre a diferença: “Essa distinção singular vem à tona no discurso e na ação. Através deles, os homens podem distinguir-se, ao invés de permanecerem apenas diferentes; a ação e o discurso são os modos pelos quais os seres humanos se manifestam uns aos outros, não como meros objetos físicos, mas enquanto homens. Esta manifestação, em contraposição à mera existência corpórea, depende da iniciativa, mas trata-se de uma iniciativa da qual nenhum ser humano pode abster-se sem deixar de ser humano”. (ARENDDT, 2001, p. 189).

individualização da prática social. È somente a partir da realização concreta da ação que se diferencia o sujeito do outro. O princípio da diferença objetiva-se na realidade, enquanto processo de cotidianidade do sujeito. Em tais condições a alteridade (re)afirma o princípio da diferença, mas não apenas como critério de equivalência do outro. Esta característica da alteridade prescinde da substância da ação, isto porque se revela apenas com a notória pluralidade do indivíduo humano. Acolhemos o conceito de *alteridade orgânica* - como já defendemos anteriormente -, que remete a diferença ao plano da ação prática e do discurso. Diante desses fatores é possível afirmar que do princípio da diferença eclode o processo de inclusão do sujeito.

No aspecto biológico, corrente defendida no Brasil por Juarez Tavares, o princípio da diferença, derivado da identidade como suporte da autonomia do sujeito, deflui de investigação desenvolvida no campo da imunologia onde se constatou a presença em todos os indivíduos de um código biológico de referência, que os distingue dos demais, permitindo, dessa forma, enfrentar fatores externos: “o que parte da identidade molecular é acolhido, o que não lhe pertence é rejeitado”. Ainda no mesmo viés da pesquisa, foi reconhecida uma outra característica biológica da identidade: a renovação. É sabido que ao passar dos anos, os indivíduos mudam, perdendo alguns traços ou características biológicas, em virtude do processo contínuo de substituição de suas células, “o que assinala que o indivíduo biológico não é reversível, isto é, apresenta uma seqüência temporal definida, ainda que conserve sua posição de indivíduo diferenciado e identificado com o mesmo *ego*”. Conclui o autor que a partir da consideração dessas características biológicas duas conseqüências foram produzidas: a recuperação da noção de indivíduo, obviamente, do ponto de vista biológico, e a restauração ou a instauração da noção de sujeito nas ciências sociais e jurídicas. (TAVARES, 2000, p. 100).

Já sustentamos que o processo em que se constitui a ação é capaz de gerar um campo de valoração, onde se procederão as relações do sujeito, com o outro e com o seu meio exterior para assentar a sua autonomia - adaptação -, identificando-a através dos princípios da igualdade e da diferença. A ação e o discurso são fatores imprescindíveis na construção da noção de sujeito no campo das ciências sociais e jurídicas. Portanto, na medida em que se insere o sujeito como condição para construir o processo de conhecimento, é crucial para as ciências jurídicas e sociais o exame acerca da capacidade de ação e do seu conteúdo de comunicabilidade. Para dar cabo à investigação do conteúdo da ação, como processo de exclusão e inclusão do sujeito, através dos princípios da igualdade e diferença, se acrescentam dois novos processos, que Juarez Tavares define como duas exigências:

uma exigência de que sua conduta seja produto de sua vontade, que por isso deve ser encarada como uma conduta diferenciada da conduta dos demais, fundante de toda a responsabilidade e uma outra exigência de que sua conduta se ajuste ao que se considera como adequado à sua convivência com os demais. (TAVARES, 2000, p. 100).

Na primeira exigência, ocorre um processo de exclusão, haja vista que é a própria conduta do sujeito que o distingue do outro. Assim, “o sujeito que se conduz social e juridicamente não é o mesmo que outro de seu grupo social ou de seu círculo jurídico, senão ele, sozinho, separado dos demais”. Esse processo fixa a estrutura “da autoria e da imputação do resultado, como obra do próprio agente e não como produto do meio ou de situações externas”. (TAVARES, 2000, p. 101).

Na segunda exigência, se percebe um processo de inclusão, porque ocorre um juízo de valoração da prática social do sujeito. A ação do sujeito é levada ao conhecimento dos outros pelo processo de comunicação. “A conduta que pertence àquele mesmo sujeito, é vista agora em face da convivência, podendo ser, por isso, aprovada, proibida ou imposta”. Aqui se leva em consideração a condição do sujeito em sua relação de cotidianidade, através da substância do seu agir.

Mas, a aprovação, proibição ou imposição de uma conduta pressupõe, desde logo, que essa conduta se veja apreciada segundo um quadro de valores, que se forma justamente da interação do sujeito com os demais, o que só pode ser efetuado mediante a subsistência de um processo de comunicação entre os diversos sujeitos. (TAVARES, 2000, p. 101).

Nessa perspectiva de inclusão do sujeito na comunidade social e jurídica identifica-se o princípio da diferença em que a conduta praticada é o que será objeto de valoração. O processo de sociabilidade do sujeito é o que o vincula à sua respectiva comunidade pelo ato de comunicação. Quem é se conforma como processo que revela o sujeito pela conduta e pela linguagem, agindo - fazendo, ou deixando de fazer -, comunicando-se. (ARENDRT. 2001, p.191).

O debate sobre a noção do sujeito, seja no sentido da sua construção ou reconstrução, suporta todos os seus apêndices, mas, principalmente, a autonomia e os processos de exclusão e inclusão que, são objetos de enfrentamento em vários segmentos da teoria científica, como se tem visto em correntes da psicologia, da sociologia do conhecimento, bem como nas teorias cognitivas da realidade, deixando claro que não é exclusividade da ciência jurídica. (TAVARES, 2000, p. 101).

Como diz Morin “a missão da ciência não é mais afastar a desordem de suas teorias, mas estudá-la. Não é mais abolir a idéia de organização, mas concebê-la e introduzi-la para

englobar disciplinas parciais. Eis porque um novo paradigma talvez esteja nascendo”.
(MORIN , 2004, p. 114).

CAPÍTULO III – CONDUTA TÍPICA: CONTRIBUIÇÃO EPISTEMOLÓGICA AO INJUSTO CRIMINAL

3.1 PRESSUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS: UNIVERSALIDADE E ESTABILIDADE DO CONCEITO

O exame da conduta típica pressupõe uma investigação epistemológica das condições em que se assentam os elementos constitutivos do conceito. No caso do injusto criminal a relevância dessa investigação está intrinsecamente atrelada ao modelo paradigmático que se insere a concepção da ciência jurídica. Examinados os paradigmas racionalista, empirista e dogmático é necessário proceder a uma confrontação com o que elegemos pressupostos epistemológicos: universalidade e estabilidade¹³⁰ do conceito de conduta típica na dimensão do injusto criminal. No capítulo primeiro foi analisado o modelo metodológico da teoria científica a partir do racionalismo¹³¹ e do empirismo,¹³² como instrumento universal de manipulação da verdade e determinante da estabilidade teórica.

Verificou-se que a unidade metodológica dos paradigmas dominantes se conjuga na causalidade: a forma determinista de realização e observação dos fenômenos. O segundo capítulo, ao tratar do paradoxo do tempo, reafirma a causalidade, como condicionante da exclusão do tempo e, conseqüentemente, do sujeito, para reafirmar a universalidade da concepção teórico/conceitual e a estabilidade da verdade científica. O paradigma causal é um

¹³⁰ Diz Juarez Tavares que “A idéia da universalidade dos conceitos e das leis, como já se disse, corresponde à expectativa da obtenção de estabilidade. Isto vale tanto nas ciências naturais quanto nas ciências jurídicas. Nas ciências naturais, a estabilidade foi perseguida tanto pelo racionalismo quanto pelo positivismo. O primeiro com a introdução dos juízos sintéticos *a priori*, o segundo pela idéia de leis naturais. Desses dois grandes sistemas não se libertaram nem a hermenêutica nem as teorias procedimentais, pois, buscam fundamentar sua estabilidade, respectivamente, numa já configurada pré-compreensão ou num instrumento ideal de raciocínio argumentativo. Mas, em certa medida, podemos considerar que o argumento de estabilidade ou universalidade sempre esteve ligado originariamente à questão da causalidade”. TAVARES, 2000, p. 107.

¹³¹ Miguel Reale analisando o racionalismo kantiano e hegeliano, em face da noção de experiência, sobre a perspectiva de Mikel Dufrenne, lembra que o “*a priori* em Kant é concebido em função do dualismo; ele pertence à subjetividade que o impõe ao objeto; é uma forma que determina o conteúdo sem se comprometer nele, que torna a experiência possível em ser ela mesma experiência. Em Hegel ao contrário, não há necessidade de nada para fundar a experiência, porque a experiência se funda a si mesma: o *a posteriori* é, por seu turno, *a priori*. A experiência mesma é absoluta porque ela é a experiência do absoluto, isto é, a experiência que o absoluto faz manifestando-se como identidade de sujeito e de objeto”. (REALE, 1992, p. 27).

¹³² A forma integral do empirismo, segundo Miguel Reale, sob a “aparência de uma compreensão unitária e total, não colhe da realidade senão o que nela se mostra como enlaces causais, sem captar o sentido que se alberga nos fatos, e sem referir os fatos à fonte originária doadora de sentido a tudo que existe, na concreta correlação entre o *eu* e o *mundo*, desde a espontaneidade natural da *Lebenswelt* ou da vida comum, até às manifestações mais apuradas de objetivação espiritual, no plano da Arte, da Ciência ou da Filosofia”. (REALE, 1992, p. 25).

modelo universal e, assim, (re)produz a estabilidade, homogeneidade silenciosa determinante da certeza e da verdade absoluta da teoria científica na modernidade.

Considerando o Direito como ciência do homem, portanto, social, tendo em vista que objetiva a harmonia das relações convivenciais, mesmo que para o seu exercício instrumentalize a força do corpo normativo, que se caracteriza pela imperatividade,¹³³ enquanto superposição hierárquica das relações sociais entre o conteúdo da norma e a vontade do sujeito, remete a uma observação da conduta humana diante da instituição jurídica. Revisitando as concepções tradicionais e usualmente aceitas sobre a ciência do Direito percebe-se uma trilogia que remonta uma perspectiva natural preexistente à própria condição humana que ora se revela como objeto da divindade, ora como estrato da racionalidade, ou ainda uma versão normativa, estabelecida no campo institucional de uma razão de Estado. Na verdade, as três acepções do direito são originárias de uma visão de mundo pré-organizado e homogêneo regulado por um sistema de leis imutáveis e intangíveis às realidades conviviais da sociabilidade humana.

Nas três versões há uma concepção do Direito além da experiência social, afirmando-o como negação da noção de tempo e de sujeito. O Direito é posto – oferecido – natural e originalmente pela ordem divina, pela razão ou pelo Estado. Na ordem divina o Direito é a semelhança das leis que regem os fenômenos naturais, são, pois, previamente determinadas a revelar a unidade das coisas. Por isto Prigogine veio a afirmar que a natureza possui o seu sistema de legalidade. (PRIGOGINE, 2005, p. 38). No direito racional a ordem normativa é concebida naturalmente *a priori*, é dada antes da relação social. Na perspectiva normativa estabelecida pela razão de Estado, há também um processo de naturalização do Direito, porque a relação se dá na equivalência Direito e norma, o que implica a notória exclusão do sujeito e a suposição de que ambos – direito/norma - constituem uma unidade, firmando, assim, uma só realidade. A equivalência direito/norma significa a “negação da existência, no interior do espaço-tempo social, de fenômenos que possam ser investigados sob o enfoque jurídico, gerados por diferenciação das relações sociais”. (MARQUES NETO, 2001, p. 128).

¹³³ Sobre o conceito de imperatividade como instrumento de medida das relações reais ver Miaille (1994, p. 89) e sequencia. Ver também Cleve 1988.

Reduzir a ciência jurídica¹³⁴ a um espectro fantasmagórico da natureza divina ou da razão escapa ao mais comezinho vínculo social das relações humanas, ou seja, negar a existência do ser humano. De outro lado, condicionar a ciência jurídica à sua unidade, representada pela norma e a sua equivalência ao Direito é sucumbir às condições de possibilidade da criação de um corpo teórico do Direito, sob o crivo da realidade que se apresenta com a mobilidade dos fenômenos e a complexidade do sujeito. Vale ainda ressaltar que o tratamento que se defere ao Direito nesta concepção também vulnera o seu projeto teórico/científico, porque atribui-se-lhe um “objeto de tal modo contingente e variável, que praticamente impossibilita a elaboração de teorias jurídicas de caráter científico, restringindo-as, no mais das vezes, a proposições de cunho hermenêutico sobre institutos e regras do Direito Positivo”. (MARQUES NETO, 2001, p. 128).

Denota-se que essas raízes do pensamento jurídico representam os modelos que a ciência do Direito se apropriou para definir os campos teóricos das suas formulações: direito natural, racional e normativo. Entretanto, nessas formulações se percebe uma unidade, o propósito da estabilidade da ciência jurídica. A estabilidade é alcançada pela universalidade dos seus princípios e leis. Ainda entoa a noção universal a forma ou procedimento pelo qual se verifica o comportamento dos fenômenos existentes. Este instrumento deve se adequar às percepções causadas pela realização do fenômeno. A paridade dos fenômenos e das leis naturais propicia a relação entre causa e efeito. Então, a trilhar esta concepção a causalidade¹³⁵ é o paradigma que conduz a universalidade e imprime a *sensação* de estabilidade.

Genericamente se pode dizer que até Hume o conceito de causalidade pressupõe o conhecimento porque se afirma como condição imprescindível da própria existência das coisas, ou do objeto do conhecimento.¹³⁶ Com Hume a causalidade toma um novo aporte, ao

¹³⁴ Para Ramalho “Ciência é discurso, teoria, que se constrói em função de um objeto de conhecimento e de um método, por sua vez também construídos. E a função precípua de toda científica é a de *explicar*, e não *ditar normas* e, muito menos, *dogmatizar*. Mas essa teoria visa a uma *aplicação*. E a forma específica de aplicar as teorias da ciência do Direito é precisamente a norma, que constitui a *parte técnica, prática, aplicada* da ciência do Direito, e não o seu *conteúdo*, pois o conteúdo de toda ciência é a teoria. O Direito é, portanto, uma ciência social como qualquer outra, com a singularidade de *aplicar-se normativamente*, mas não de já conter normas em suas formulações teóricas”. (MARQUES NETO, 2001, p. 185, grifos do autor).

¹³⁵ O tema sobre a causalidade foi desenvolvido com maior ênfase no capítulo primeiro, embora na tônica do trabalho o tema esteja sempre presente.

¹³⁶ Em sua crítica à causalidade como necessidade absoluta do saber, ou seja, que “tudo que começa a existir dever ter uma causa para sua existência” diz Hume que esta máxima pressupõe-se em todos os raciocínios, mesmo sem fornecer ou exigir qualquer prova. “Ela supostamente está fundada na intuição, sendo uma dessas máximas que, embora possam ser negadas verbalmente, não podem ser sinceramente postas em dúvida pelos homens. Mas se a examinarmos segundo a idéia de conhecimento anteriormente explicada, não descobriremos

perder seu “caráter de necessidade ou infalibilidade objetiva”. Assim, a causa ocupa um lugar comum ao se conduzir como previsibilidade,¹³⁷ fundamentada na expectativa e na experiência. (TAVARES, 2000, p. 107). Na pós-modernidade, com o incremento da termodinâmica há uma virada de paradigma da noção de causalidade. (TAVARES, 2000, p. 108).¹³⁸

Precisamente à teoria do tipo de injusto criminal é necessário definir qual a condição que o paradigma da causalidade impõe à formulação da tipicidade; examinar se o injusto, enquanto disposição teórico/conceitual pode ser “tomado com o caráter de universalidade; qual a condição de valoração teórica do injusto ao se realizar a prática da conduta: deverá se condicionar a um resultado, ou simplesmente se satisfazer com “a orientação da conduta””. (TAVARES, 2000, p. 108). A causalidade será tratada adequadamente no conceito de imputação enquanto critério aferidor do tipo de injusto, sem, no entanto reconhecê-la como sua necessidade objetiva.

3.1.1 Universalidade do tipo de injusto

O injusto típico concebido como corolário da conduta prescinde do caráter universal que se lhe impõe a tradição teórica do direito penal. A conduta tomada pela sua natureza individual, que é sua característica, detém a sua singularidade, proporcionada por aspectos particularidades próprios da forma ou da expressão de agir de cada sujeito. Mesmo a ação coletiva preserva as peculiaridades da conduta inerentes à condição que se encontra o agente. Dessa forma, a conduta em seu momento prático perfilha situações de valor, primeiro, porque expressa ao sujeito uma comunicação; segundo, produz um resultado – naturalístico ou não. Para uma investigação do tipo de injusto em conformidade com a situação prática da conduta,

nela nenhuma marca de uma tal certeza intuitiva. Ao contrário, veremos que sua natureza é bastante alheia a essa espécie de convicção”. (HUME, 2001, p. 107).

¹³⁷ A compreensão da previsibilidade como fundamento da causalidade em HUME ocorre segundo o entendimento que: “O fato de um fenômeno ser sempre seguido por outro, no tempo, faz com que os dois sejam relacionados como se houvesse conexão causal entre eles. Causa e efeito, enquanto impressões sensíveis, não seriam mais que o anterior e o posterior de uma sucessão temporal, transformados em elos de uma vinculação necessária. Isso ocorre subjetivamente e seu fundamento encontra-se no sentimento de crença, algo muito diferente dos processos intelectuais de inferência lógica. Quando se vê um copo cair, não se deduz logicamente que ele vá quebrar; espera-se, porém, que isso aconteça e, sobretudo, acredita-se firmemente que isso vá ocorrer em seguida”. (HUME, 1996, p. 10).

¹³⁸ Ver o capítulo segundo, quando trata da exclusão do tempo.

se faz necessário situar a forma pela qual se conduz o procedimento para sua avaliação, não somente por coerência doutrinária, mas principalmente pela substância e densidade do tema. O meio que se utiliza para esse processo é a moral. Portanto, elucidaremos a noção de moral em face do injusto típico a partir de uma perspectiva social, significando um valor que circula na realidade convivencial das pessoas, sendo assim um ato de criação.¹³⁹

Juarez Tavares enfrenta o debate da moral como fundamento do injusto penal tomando como referência o conceito da filosofia prática de Hume (2001, p. 479) que nega a possibilidade de uma verdade moral no plano metafísico ou divino¹⁴⁰ capaz de gerar conhecimento no âmbito da realidade. Para justificar sua posição o filósofo escocês distingue duas espécies de virtudes: uma natural e outra artificial. A virtude natural se caracteriza pelas disposições de conduta e suas correspondentes instituições pertencentes à estrutura biológica das pessoas humanas; enquanto as virtudes artificiais se caracterizam por advirem de emanções extraídas e inventadas pela conduta humana, o que, desde já implica o descompromisso antropológico em segui-las. Desta concepção extrai-se que a conduta realizada sob a condição natural do ser humano, só será recepcionada pela virtude artificial, mediante um processo de socialização, onde seja possível a interação cooperativa de todos. Através deste processo de cooperação ou de socialização é que se manifestam as virtudes artificiais, de “respeito ao patrimônio alheio e às suas transferências, o ajuste e o cumprimento dos acordos, a lealdade, a liberalidade, a tolerância, a caridade, o amor ao próximo, a moderação e a imparcialidade”, atributos que tendem a induzir naturalmente os homens a se sensibilizarem com os outros, bem como fundamentam as regras da justiça. (TAVARES, 2000, p. 109).

Segundo Fraile ao comentar a noção de moral em Hume diz que:

la moral no es objeto del entendimiento, sino del sentimiento. El juicio moral se deriva de una acción que excita un sentimiento. Un ser que no sienta no puede ser moral. La moral está fundamentada en la naturaleza humana, que es la misma en todos los hombres. Hay usos y costumbres aparentemente contradictorios, pero, sin embargo, todos se derivan de un mismo principio. (FRAILE, 1976, p. 852)

¹³⁹ Auri Cunha define a moral como o “conjunto de conhecimentos de que se serve a vontade humana para bem conduzir as ações que o homem pratica, tanto aquelas voltadas para a sua sobrevivência, imediata ou a longo prazo, quanto tantas outras voltadas para a sua realização como ser dotado de razão e de sentimento de satisfação ao obedecê-la. (CUNHA, 1992, p. 280).

¹⁴⁰ “Hume conserva la noción corriente de moral, como ciencia de las reglas que hay que seguir para conseguir el bien y felicidad, mediante la práctica de la virtud. Pero el fundamento de la moral no puede buscarse en Dios, porque no podemos conocer su existencia. Tampoco en la razón, ni en verdades eternas o en normas universales y necesarias. La razón solamente sirve para apreciar los hechos o las relaciones entre ellos. Su función es conocer, pero no obligar. Conoce las normas prácticas de la moral, pero no las establece. La razón fría y desinteresada no puede ser motivo de acción; ella no hace más que distinguir el impulso recibido del apetito y de la inclinación”. (FRAILE, 1976, p. 852).

Hume parte do pressuposto que somente as virtudes, sejam as naturais ou artificiais, têm a possibilidade de bem servirem à sociedade para o seu desenvolvimento. Para o autor a moral é prescritiva, por isto obriga; sendo assim, o sistema moral tende a desenvolver e fortalecer as ações virtuosas e, pois, excluir as “viciosas”. Por isto a valoração moral condiciona as ações humanas, independentemente, da tomada de consciência. Para que as disposições morais sejam reconhecidas necessitam de se estabelecerem mediante um processo, que segue três fases.

Numa primeira etapa se demonstra que a virtude sobre a qual se quer ponderar não possui substrato natural; numa segunda etapa se fornece a explicação de seu processo de formação e numa terceira etapa se procura responder à pergunta por que o atendimento dessas regras é tido como virtuoso ou moral e o contrário como moralmente reprovável. (TAVARES, 2000, p. 109).

Mesmo que a compreensão do sistema moral de Hume circunscreva apenas o aspecto da virtude e sua origem, se percebe a irrelevância da caracterização da conduta, se virtuosa ou “viciosa”, ou seja, não há nenhuma preocupação do autor em considerar uma conduta no modelo de padrão virtuoso, mas “o importante será a regra pela qual se chega a essa conclusão, quer dizer, a aprovação de uma conduta não se dá porque ela se ajuste à regra moral, mas porque nós consensualmente a aprovamos como tal”. (TAVARES, 2000, p. 110).

O ato de pensar de maneira causal que possibilita voltar ao passado, conceber o presente e prever o futuro gerou a capacidade do sujeito “fazer promessas” e, por isto a obrigação pessoal, a culpa, enfim a responsabilidade pela prática das suas ações. (NIETZSCHE, 1998, p. 47). Para quantificar - “medir” – a intensidade da responsabilidade instituiu-se o sistema moral, como virtude, imprimindo-se um sentido negativo, quer dizer, o ato virtuoso é o instrumento capaz de medir e estabelecer o conceito negativo ou “vicioso” em face da ação defeituosa. Significa dizer que a responsabilidade é gerada pela prática individual da conduta não virtuosa, no entanto, não é apreciada pelo seu conteúdo “vicioso”, mas porque é confrontada com a virtude. Então, qual o critério para quantificar a virtude?

Embora a classificação empreendida por Hume quanto ao sistema de virtudes, destacando o caráter prático/relacional e individual da virtude artificial deva ser acatado, afastando-se, dessa forma, do critério ontológico e metafísico – natural – de análise da moral, ao procedimentalizar ¹⁴¹ o modo de avaliação da virtude universaliza a forma, primeiro, porque não permite identificar qual o critério de constituição do consenso, segundo, porque

¹⁴¹ Tavares demonstra sua inquietude quanto ao fundamento procedimental da filosofia moral de Hume. (TAVARES, 2000, p. 108).

permite a elitização de forças no interior do consenso: é uma medida autoritária. A tendência universal do procedimento adotado por Hume também se evidencia da análise da sua filosofia moral procedida por Fraile ao asseverar que

La aprobación o desaprobación común de los hombres respecto de ciertas acciones es lo que las determina como virtuosas o viciosas. ‘Nosotros llamaremos virtuosa toda cualidad o acto mental que encuentra la aprobación general de la humanidad: y llamaremos viciosa toda cualidad que es objeto de repulsa o de censura general’. En el fondo, la aprobación o desaprobación general recae sobre lo que es útil o nocivo a la vida individual y social. El que formula juicios morales abandona su propio punto de vista particular y se sitúa en un plano común a los demás. (FRAILE, 1966, 853).

Vale registrar também que diante dessa circunstância o homem virtuoso – denominado por Nietzsche “indivíduo soberano” – detentor de autonomia (como fundamento de liberdade), portanto, com livre-arbítrio para demandar sua vontade seria excluído da possibilidade de uma ação “viciosa”. Sua condição pessoal, enquanto sujeito, é “supramoral”. Estas possibilidades excluem autonomia e moral. (NIETZSCHE, 1998, p. 48-50).

É possível perceber em torno da concepção moral da filosofia humaniana o perfil de um paradoxo: enquanto individualiza a conduta moral pela prática social do homem, universaliza o critério de sua aprovação, emprestando ao tipo de injusto um caráter universal, instaurando-se um verdadeiro paradoxo.

A superação desse modelo humaniano foi perseguida por Mackie ao sustentar “a tese de sua reconstrução sob a relevância dos valores individuais da pessoa humana, como forma ou condição antropológica de uma vida virtuosa”. O ponto fucral da sua filosofia da moral concentra-se no exercício de liberdade individual que irá assegurar ao sujeito as condições para desenvolver seu projeto pessoal em busca da consecução da felicidade conforme as suas pretensões. Reconhecida a pretensão moral da pessoa, se assegura da estrutura do direito para garantir a liberdade de execução do seu projeto moral, inclusive contra terceiro. O direito é o instrumento delimitador da liberdade pessoal. No sentido de afiançar a liberdade individual da liberdade moral, a estrutura do direito não resulta *a priori* de princípios gerais e, nem tampouco admite a disposição de direitos absolutos. Mesmo que o autor defenda as hipóteses de consecução de bem individual como corolário da vida virtuosa e que para isto sejam garantidas ao sujeito as condições para sua realização, se afasta da concepção outorgada pela teoria finalista da ação, ao exercício de um comportamento dirigido a um fim, como categoria ôntica, “senão de que a essa conduta sempre se vincula um complexo de diversos e variados fins, os quais se constituem em objeto de uma escolha pessoal, cuja garantia na forma de pretensão perfaz o ponto de apoio para fundar sua concepção jurídica de moral”. (TAVARES, 2000. p. 110).

O objetivo de Mackie em relação ao sistema jurídico é garantir a liberdade de escolhas das pessoas para uma vida virtuosa, como já frisamos, por uma via alternativa e, para isto faz derivar os conceitos morais dos conceitos jurídicos, invertendo o raciocínio dominante das teorias morais.¹⁴²

A possibilidade de escolha na execução dos seus planos é uma tônica no programa moral de Mackie, demonstrando que a ação tende a se desenvolver adquirindo novos ou acoplando novas expectativas a novos projetos que porventura possam surgir. Como o autor não admite qualquer espécie de direito existente *a priori* ele deve se constituir a partir das próprias práticas do sujeito, excluindo, assim a absolutização de qualquer direito. Esta postura afasta o diálogo com Rawls, quanto ao sistema moral, visto que este em seu programa suprime a capacidade real de escolha do sujeito a uma vida virtuosa. A noção de bem é fruto de um projeto de vida racional, que não pode sofrer interferências já que foi a opção do sujeito em detrimento de outras. Diz o autor que:

a idéia principal é de que o bem de uma pessoa é determinado pelo que é para ela o mais racional plano de vida a longo prazo, dadas as circunstâncias razoavelmente favoráveis. Um homem é feliz quando é mais ou menos bem-sucedido na maneira de realizar seu plano. Para resumir, o bem é a satisfação de um desejo racional. (RAWLS, 1997, p. 98).

Caro ao programa moral de Mackie é a condição em que se instaura a noção de liberdade, derivada da autonomia, como restabelecimento da projeção subjetiva do eu. A possibilidade de escolha para que possa promover as suas pretensões de bem individual para realização de uma vida virtuosa já lhe outorga o seu exercício formalizado pelo direito. A liberdade como acesso ao restabelecimento da noção de sujeito não é mais absoluta, mas relativa, condicionada por um processo de *alteridade orgânica* e fundamentada em um modelo de autonomia relacional e dependente, originária da auto-organização.

¹⁴² “Como consequência dessa filosofia, igualmente se insere como direito fundamental o direito à vida, não porque seja um direito absoluto – nas condições de legítima defesa, por exemplo, pode ser violado pelo próprio indivíduo – mas sim, porque constitui um elemento indispensável para a realização daquele direito de escolha. Embora a violação do direito à vida possa ser autorizada em casos especiais ao indivíduo, quanto seu próprio direito à vida se encontra em conflito com o de outrem e aí essa violação autorizada está na dependência de uma regra de preferência, tal não se estende ao Estado, que não pode ser considerado como parte em conflito”. (TAVAVRES, 2000, p. 111)

3.1.2 Resultado e dano no tipo de injusto

O argumento segundo o qual na sociedade hipercomplexa dos tempos pós-modernos impossibilita a permanência do conceito absoluto de liberdade, se evidenciando, cada vez mais a possibilidade de uma liberdade condicionada e relacional, por outro lado provoca no seio da ordem jurídica, em consequência, também a relativização dos direitos. Diante dessa situação se verifica uma tensão no corpo cognitivo do injusto, que sobressai da legitimidade da intervenção estatal na esfera da liberdade individual. Isto se dá em primeiro lugar porque o injusto típico se caracteriza por delimitar o campo de constituição da matéria de proibição instituída pelo Estado. Em segundo lugar, porque o conteúdo do injusto típico garante ao sujeito o limite de intervenção do Estado na sua liberdade individual. Em terceiro lugar, porque o injusto típico sustenta o princípio da reserva legal, especificando, pois, as áreas do proibido e do permitido.

A proposta de Mackie para a intrincada tensão é resolvida pelo critério da preponderância:

a intervenção na liberdade individual se justifica somente quando haja a necessidade de impedir danos a outra pessoa ou que essa pessoa possa exercer plenamente seu direito de escolha, na medida em que no exercício desse direito de escolha não interfira, por via reflexa, na condição de liberdade da outra.

Defende ainda o autor que a medida desses limites é fixada por um ato da relação convivencial, e, por isto, não é fruto do puro arbítrio, nem tampouco resulta de um juízo racional *a priori*, mas de uma ponderação de valores, extraídos dos direitos fundamentais do sujeito. (TAVARES, 2000, p. 112).

Ao refletir sobre a tese de Mackie acerca da justificativa de intervenção do Estado na liberdade individual, conclui-se comportar um caráter universal de configuração da moral sob a concepção de um juízo racional *a priori*. Ora, a legitimidade da intervenção estatal é depositada somente para impedir que a conduta de uma pessoa possa causar danos a outra ou quando no exercício de sua liberdade absoluta pratique um fato que possa interferir na liberdade de outrem. Tal postura se adequa à categoria kantiana disposta em sua terceira fórmula do imperativo categórico: “Age diante de todos de tal modo como tu irias querer, a partir da perspectiva de qualquer pessoa, que os outros agissem”. (TUGENDHAT, 1996, p. 90).¹⁴³ Assim, a condição para a intervenção do Estado está legitimada pela noção absoluta de

¹⁴³ “Esta formulação mostra claramente que a palavra “eu” já era visada propriamente na primeira fórmula e este “eu” serve para *qualquer* pessoa. Frequentemente se zombou do imperativo categórico, porque ele, quando a gente se atém estritamente ao “eu”, poderia chegar a quaisquer regras que resultariam de minhas necessidades e hábitos particulares, não tendo, obviamente assim, nenhuma posição de valor moral. Este aspecto precário

liberdade – liberdade abstrata de contratar/pacto – e na concepção universal de valor a partir do que *eu* quero, *a priori*. Este *eu* está co-implicado em qualquer outra pessoa, para agir de tal forma que se torne universal. A legitimidade do Estado se verifica quando a conduta de uma pessoa viola o que a outra pessoa não agiria da mesma forma.

Perseguindo o conceito de autonomia, corolário da auto-organização e de alteridade orgânica, como condição de relação com o meio e cooperação entre sujeitos e não apenas o espelho do outro, se reescreve uma nova página do sujeito, concebido em sua formação concreta e complexa, o processo de intervenção do Estado na liberdade individual ocorre com a absolutização da autonomia. Nessa concepção a autonomia não é o fundamento da liberdade, por isto a liberdade é também relativa, mas real, porque é dependente de vários fatores que interagem com o meio e com o sujeito, através de um catálogo de valores transmitidos pelo processo de comunicação da ação.

As interações que ocorrem no processo da autonomia são constantes e renováveis, o que demonstra a influência do fluxo do tempo. A conduta que rompe o processo comunicativo também provoca ruptura desta relação. Esta ruptura representa a densidade de dependência entre os sujeitos e o meio legitimando a intervenção. Portanto, a conduta que produz a ruptura do processo relacional tende a absolutizar a autonomia, tendo em vista que produz também a independência dentro da auto-organização. Por este processo é possível a identificação e individualização da conduta, que se dá pela independência da autonomia.

A condição para o desenvolvimento de autonomia do sujeito se fundamenta como já aventado, no processo de exclusão, inclusão e da conformação da ação, exercitada no plano da comunicação, para que se objetive o modo de valoração da conduta humana. Entretanto, estabelecer um critério para possibilitar a valoração da conduta não significa que a intervenção estatal se oriente ou tome como referência o modelo de comportamento convivencial do sujeito. Dessa forma o Estado interviria no modo de ser do sujeito, revelando sua couraça autoritária.

Segundo Juarez Tavares as relações pessoais, desenvolvidas através de condutas individuais e subordinadas a determinadas escalas de valores, induzem a que o sistema que as regulamente tenha necessariamente que fixar parâmetros certos e precisos dessa regulamentação, tendo em vista uma única e precípua finalidade: assegurar a condição de pessoa aos autores dessas condutas e sua liberdade de escolher os fins a que se proponham.

Neste sentido, o sistema jurídico, ao enunciar seus processos normativos incriminadores e punitivos, deve ser compreendido como detentor de um caráter delimitador, só justificando-se na medida em que fixe com clareza os limites da proibição, para possibilitar ao sujeito conhecer o campo de intervenção estatal em sua liberdade individual. Esta situação significa que a norma penal não pode conduzir o processo de formação do agir do sujeito, nem tampouco imprimir um “dever jurídico geral de obediência”, senão o transformaria em um *sujeito jurídico*, condicionando o seu modo de ser ao juridicamente obrigado. Entendida a norma penal como referência delimitadora da intervenção estatal, “constitui uma exigência do sistema jurídico que essa delimitação se consolide num determinado resultado de dano ou de perigo, único meio possível de destronar do direito penal o sentido privatístico contratualista que se quer impor”. (TAVARES, 2000, p. 113).¹⁴⁴

3.1.3 Ordem jurídica universal: unidade do tipo de injusto

Em que pese o tratamento dominante na doutrina, da unidade do injusto na ordem jurídica, de fato, evidenciando uma concepção universal da ilicitude, merece uma observação. Mesmo que por questões terminológicas é salutar identificar os temas, unidade da ordem jurídica e unidade do injusto penal – o segundo trataremos especificamente no tópico seguinte -, para proceder ao exame. Além da complexidade que o tema revela não se dá a importância devida porque o “sentimento” que circula é de que é um assunto superado, quer dizer, a ilicitude constitutiva do injusto penal ascende à ilicitude da ordem jurídica - ou vice-versa -, cimentando ou dogmatizando a discussão, como no dizer de Marcuse, são elementos autoritários que encerram o discurso.

Todavia, o propósito desta breve investigação remonta ao caráter universal da ciência jurídica em busca da estabilidade, princípios reitores da teoria científica. Ora, estabelecer um caráter universal à ilicitude significa negar a unidade dos diferentes campos normativos da ciência jurídica. A unidade tem uma referência dialética. O universal é simétrico e previamente determinado. Os campos normativos – civil, penal, administrativo, etc - possuem sua complexidade derivando desta as suas especificações, mas possuem a

¹⁴⁴ “Esta exigência fundamenta, por sua vez, a elaboração de uma teoria do bem jurídico e do processo de imputação, que não deve ser tomada sob o modelo de um conceito de conduta, mas sob as limitações que se impõem na identificação da intensidade objetiva dessa lesão ou desse perigo concreto de lesão, por um lado, e da intensidade subjetiva de sua produção, por outro lado, de modo a construir um sistema comissivo ou omissivo, doloso ou culposo de delito”. (TAVARES, 2000, p. 125).

capacidade de auto-referência para estabelecer comunicação com o meio exterior o que produz a seletividade do sistema jurídico.

Para a breve reflexão sobre o caráter universal da ordem jurídica será tomado como referência o campo jurídico/normativo do direito civil e o do direito criminal, primeiro porque a investigação demanda uma profunda pesquisa, que seria suficiente para um programa de tese e segundo porque não é o objeto deste trabalho. É óbvio que a universalidade da ordem jurídica é uma apropriação das ciências naturais para estabelecer a estabilidade do conhecimento de um mundo pré-dizível,¹⁴⁵ ademais na ciência jurídica que objeta a institucionalização do controle social efetivo pela força normativa. A sensação no imaginário coletivo de um mundo homogêneo e estável e de uma sociedade em estado de equilíbrio permite que as leis – expressão normativa do direito – representem o estado estacionário da desordem, quer dizer, a lei apazigua a sociedade e determina a ordem. Aqui como alhures se aplica a máxima de Nabokov “o que pode ser controlado não é nunca totalmente real, o que é real não pode nunca ser rigorosamente controlado”. (PRIGOGINE, 1996, p. 158).

O objeto da universalidade da ordem jurídica remete ao problemático debate da sua estrutura. A concepção de uma ordem jurídica nesses moldes é metafísica, irreal: qual é a ordem jurídica? O direito civil, por exemplo, o penal ! Na verdade, existem ordens jurídicas com suas respectiva estruturas. Para esta avaliação é imprescindível a identificação do conceito de estrutura. Para isto, o traço conceitual de estrutura é o que se constitui do objeto do conhecimento e da sua interação com o meio exterior, inclusive com outras estruturas. (PRIGOGINE, 1996, p. 65). As estruturas são, pois, dependentes e, desempenham aspectos e papéis originários e específicos em suas trajetórias, identificando-as e ao mesmo tempo interagindo-se. Quanto ao papel das estruturas na constituição do tempo histórico alerta Braudel para a proporção da sua longa duração, aduzindo que:

as estruturas são, mais ainda, uma realidade que demora enormemente a ser desgastada pelo tempo. Certas estruturas são dotadas de uma vida tão longa que acabam por converter-se em elementos estáveis de uma infinidade de gerações: obstruem a história, entorpecem-na e, assim, determinam o seu transcorrer. (PINTO, 2002, p. 138).

A ciência jurídica civil detém uma estrutura que lhe é própria, com seus fundamentos e princípios, mesmo que na sua operacionalidade possa efetivamente interagir

¹⁴⁵ Diz Prigogine que “Se nosso mundo devesse ser compreendido através do modelo dos sistemas dinâmicos estáveis, não teria nada em comum com o mundo que nos cerca: seria um mundo estático e predizível, mas não estaríamos lá para formular as predições. No mundo que é o nosso, descobrimos em todos os níveis flutuações, bifurcações, instabilidades. Os sistemas estáveis que levam a certezas correspondem a idealizações, a aproximações”. (PRIGOGINE, 1996, p. 57).

e/ou dialogar com o direito penal e com outros campos jurídicos, sem romper sua estrutura e, assim, criar uma unidade dialética da ordem jurídica civil e penal, por exemplo. Como referência da especificidade do campo jurídico civil se pode tomar a normatividade do ato jurídico que pode ser considerado lícito ou ilícito. Considerando o ato jurídico lícito produz conseqüências jurídicas prescritas na lei, sendo suficiente para sua realização a liberdade – abstrata - de contratar, para gerar os seus efeitos. Na estrutura jurídica do direito penal não há regulação da expressão da vontade externada licitamente na relação convivencial. A vida pacata do sujeito no seu silêncio da atividade criminal é um indiferente penal,¹⁴⁶ não pode gerar nenhuma conseqüência jurídica. O ato que gera efeito jurídico-penal é o ilícito.¹⁴⁷ Tanto que, para validade do ato jurídico civil requer “agente capaz, objeto lícito e possível, forma prescrita ou não proibida em lei”. (SILVA, 1993, p. 237). Entretanto, para validade do ato jurídico penal se exige os seguintes requisitos: **agente capaz, objeto ilícito e possível, forma prescrita proibida ou mandada em lei**. O campo jurídico penal mantém uma estrutura autônoma, com suas especificações e identidades, mas dependente. Isto significa que uma causa excludente de ilicitude penal pode (re)produzir suas conseqüências jurídicas no direito civil, mas não por imperativo de uma suposta estabilidade contida numa ordem jurídica, senão porque as ordens jurídicas civil e penal são dependentes e, por isto, se relacionam, se cooperam, se comunicam, são afinal “auto-organizadas”.

Admitir uma ordem jurídica com caráter universal remete a um modelo natural do campo jurídico nos moldes da norma fundamental kelseniana, que só se mantém pela exclusão do tempo na construção da realidade, bem como da exclusão do sujeito como agente que manipula as condições para construção dessa realidade. Juarez Tavares contesta a

¹⁴⁶ Parcialmente a posição ora exposta se manifesta Assis Toledo que “Para o direito penal, o comportamento totalmente involuntário ou o absolutamente inócuo está fora de consideração, não merece qualificação de *ato penalmente ilícito*, mas sim a de *fato penalmente irrelevante*. Por isso é que, entre nós, não se pune o fato que resulta de caso fortuito ou de força maior e, diferentemente do que ocorre em alguns países (dentre os quais a Alemanha Federal, StGB, § 23, III), também não se pune a tentativa impossível, exemplo de punição do ânimo, da mera intenção irrealizável, sem conseqüências lesivas para o bem jurídico tutelado. O crime, como *ato ilícito*, é, pois, a expressão de um ato de vontade (comissivo ou omissivo) apto a causar dano. Fora disso, ou seja, para além da vontade e do dano potencial ao bem jurídico, não se entendem os domínios do ilícito penal”. (TOLEDO, 1994, p. 86, grifos do autor).

¹⁴⁷ Sobre o entendimento do delito como fato jurídico no Brasil ver Toledo, (1994; 1977) Ver também Luna, (1993). Para Pontes de Miranda o crime é um ato jurídico: “Os crimes são atos jurídicos, porque atos jurídicos não são somente os atos conforme o direito, os atos (lícitos) sobre os quais a regra jurídica incide, regulando-os; são também os atos ilícitos, sobre os quais incidem regras penais, ou de ofensa aos direitos absolutos, ou de reparação do dano, ou de violação dos direitos de crédito, ou outros”. (MIRANDA, 1954, p. 80).

concepção metafísica de caracterização do injusto pelo que denomina questão de “suprapositividade”.¹⁴⁸

A unidade do tipo de injusto consiste na perspectiva dialética da ordem jurídico-penal e as demais ordens jurídicas no que se refere aos pressupostos indispensáveis do processo de incriminação da conduta humana, quer dizer, da fixação dos limites do proibido ou mandado, amparados no Estado democrático de direito pelo princípio da reserva legal e do juízo de ilicitude, como contrariedade da ordem normativa do seu respectivo campo jurídico e da sua relação de dependência com ordens jurídicas externas.

Juarez Tavares condiciona a unidade do injusto ao juízo de antijuridicidade, mas numa concepção totalizadora, e a subordinação da conduta criminosa ao princípio da legalidade. Com sua pertinente visão garantista o autor não desloca seu foco da estrita legalidade penal, fundamento das normas penais incriminadoras, pressuposto para a elucidação do processo de intervenção estatal na liberdade individual. Então, diante desses requisitos o exame da unidade não pode ser quantificada:

segundo a perspectiva das sanções, o que implicaria uma visão utilitarista, nem por questões lógico-sistemáticas, o que ressuscitaria sua visão simbólica, nem através de pura racionalidade, o que conduziria a deixar de lado os parâmetros legais e facilitar a adoção de um consenso moral. (TAVARES, 2000, p. 120).

3.1.4. Critérios de divisão do tipo de injusto

Os pressupostos políticos que referendam a divisão do tipo de injusto estão fincados no Estado de Direito democrático, sob o pálio, minimamente, de três ordens de exigências: integridade aos direitos e garantias fundamentais conquistados na seara política para o desenvolvimento das potencialidades do sujeito; garantia da aplicação do princípio da intervenção mínima, seja ao tempo da produção legislativa ou da realização concreta da intervenção penal pelo sistema processual, atendendo-se ao critério da proporcionalidade da ação e do resultado danoso, para que a restrição da liberdade se estabeleça como exceção e, exclusivamente, quando demonstrada a efetiva ofensa ou perigo concreto de ofensa ao bem

¹⁴⁸ Sobre o objeto da suprapositividade reclama Juarez Tavares: “Aplicável à teoria do injusto, a idéia racional implica que a contrariedade ao direito, por derivar de procedimento gnosiológico de princípios *a priori* e não unicamente legais, se assenta como uma questão de suprapositividade. Isto quer dizer que o poder de punir não se legitima tão só com a ruptura formal dos deveres legalmente impostos ou com a violação da proibição positivada, senão pelo atendimento do processo racional de sua criação”. (TAVARES, 2000, p. 30).

jurídico; e que a norma como limite da intervenção estatal na liberdade individual seja considerada instrumento de garantia do sujeito frente ao poder. (TAVARES, 2000, p. 120).

Na perspectiva de instrumento de garantia o tipo de injusto é evidenciado a partir da conduta que, na ótica de Juarez Tavares deve ser avaliada em duas fases.

Na primeira fase é procedida uma investigação real à luz das condições do sujeito e da sua prática/conduta com o sentido genericamente apreendido da tipicidade e da ilicitude. Neste momento o objetivo do exame é a exclusão da pretensão punitiva em face de movimentos de políticas estatais, de cunho social, pretensamente de proteção social ou da pessoa humana. “A norma não tem função protetiva, apenas limitativa”. Nesta fase interessa delimitar de forma absoluta e precisa as linhas do proibido ou imposto e do permitido ou, ainda, do juridicamente irrelevante. A relevância desta fase está na integração do sujeito no conceito de injusto e da identificação do crime como obra sua e não apenas como elemento identificador dos parâmetros da definição legal da conduta criminosa. O sujeito passa ser visto como “capaz de direitos, a fim de excluí-lo da incriminação, quando não tenha a mínima capacidade de aquisição de qualquer direito, por estar fora da ordem social”. Não significa que o exame do injusto em duas fases, embora no mesmo momento, seja meio para um processo simplificador dos seus elementos, autonomizando-os, na medida em que a incidência de uma causa de exclusão da tipicidade ou da ilicitude individualiza as partes. O propósito é a garantia real e não fictícia de que a intervenção do sistema punitivo só ocorre em face da prática da conduta humana, definidamente, delimitada pelo injusto criminal.

Do mesmo modo não se exclui a noção de tempo, sabendo-se que o fluxo do tempo desempenha um papel instituidor de conhecimento em função do estado de desequilíbrio que ocorre com a realização da conduta criminosa ao afetar o bem jurídico. Este processo de *entropia*¹⁴⁹ *formal da juridicidade do injusto* se dá porque as normas jurídicas e as instituições que garantem o seu processo de institucionalização não surgem do vazio. São produtos do contexto em que os indivíduos e os grupos estão situados em posições desiguais com relação ao acesso aos bens necessários para o desenvolvimento de uma vida digna e das potencialidades do sujeito. (FLORES, 2008, p. 14).

¹⁴⁹ Embora consagrado nas ciências naturais o conceito de entropia é também desenvolvido nas ciências sociais e jurídicas. Segundo Juarez Tavares “o princípio da entropia, aplicável a partir da formulação da segunda lei da termodinâmica, segundo a qual o sistema que se põe, como um compartimento fechado, contra o ambiente, se extingue gradativamente, porque perde energia e se expõe irreversivelmente à desagregação do calor, quer dizer, regressa ao ambiente, parte-se da idéia da necessidade de uma contínua troca do sistema com o ambiente, tanto na forma de energia quanto de informações, sem quem, entretanto, o sistema perca sua autonomia”. (TAVARES, 2000, p. 70).

Na segunda fase se procede a uma análise mais densa aos filamentos jurídicos da tipicidade e da ilicitude penal, de forma que se evidenciem com segurança e clareza as causas e/ou circunstâncias (des)constitutivas que efetivamente possam excluir a ação injusta praticada pelo sujeito. As circunstâncias (des)constitutivas que possam excluir a tipicidade devem ser extraídas das suas próprias elementares, quer dizer, da ordem jurídica criminal, mesmo que para sua análise necessite a intervenção de uma outra ordem jurídica – direito civil, administrativo, etc – ou até mesmo de outro campo do conhecimento, como por exemplo, da medicina, filosofia, sociologia, etc. Da mesma forma se deve proceder quanto às causas que excluem a ilicitude, podendo ser constatadas nos cânones do direito penal ou exterior ao seu campo jurídico em face das integrações das ordens jurídicas, e por isto podem se equacionar as condições da ação praticada pelo sujeito. Evidentemente que todas essas formulações jurídicas só produzirão uma efetiva garantia se em seus conteúdos considerar a pessoa enquanto sujeito de direitos. (TAVARES, 2000, p. 122).

3.2. EVOLUÇÃO TEÓRICA DA TIPICIDADE

3.2.1 (Re)visão dialética do tipo de injusto

O controvertido debate em torno da unidade/divisão do injusto, do ponto de vista epistemológico, se dá em função da característica teórica do conceito de tipicidade e ilicitude. Isto porque a noção de tipo e de ilicitude são conformações teóricas de seus respectivos termos. A tradicional concepção que trata da natureza do campo teórico estabelece que a validade dos seus postulados ocorra tão somente no nível abstrato, por não constituírem dados do mundo real, motivo pelo qual prescinde do processo de verificação e/ou experimentação. A partir desse entendimento os postulados teóricos possuem validade somente quando expressem certa capacidade explicativa. Significa que os termos teóricos de um determinado sistema científico se validam a si mesmos, embora façam referências a fenômenos ou outras categorias reais, a estes se manifestam apenas de forma indireta: são objetos abstrato-formais. (WARAT, 1994, p. 188-190). Dessa forma o tipo e a ilicitude se inserem como critérios operativos para informarem o modelo de comportamento proibido e a sua valoração de contrariedade ao direito, enquanto fundamento da pretensão punitiva/sancionadora do Estado. Nesta concepção o tipo e a ilicitude se configuram como meros estereótipos.

Evidente que esta concepção metafísica do campo teórico da ciência jurídica ¹⁵⁰ exclui de forma absoluta as condições que regem o fluxo do tempo e a noção de sujeito da construção da juridicidade criminal, tendo em vista que afasta qualquer situação onde se desenvolva as relações sociais concretas, a realidade é uma representação sistemática - *a priori* - dos conceitos. Dentro da perspectiva tradicional de ciência, se pode dizer que o direito é uma ciência paradoxal, porque está consolidada em dois paradigmas distintos, de um lado a norma, que se situa no plano do *dever ser* e do outro lado o fato, que se vincula ao plano do *ser*. Entretanto, a operação real do direito se perfaz a partir da compreensão da realidade que se estabelece com a conduta que produz o delito: o crime é também um fenômeno real. ¹⁵¹ O paradoxo se afirma na fixação de um critério que, sem desautorizar a autonomia dos respectivos paradigmas sejam compreendidos e, assim, restabeleçam a unidade. ¹⁵² O crime é a ocorrência particular do *mundo do ser* que uma conduta remete ao *mundo do dever ser* e que se integra numa totalidade social e jurídica. São estruturas que independente de suas particularidades e das suas respectivas autonomias são dependentes. ¹⁵³

¹⁵⁰ Em Radbruch se percebe com clareza a formulação *a priori* da ciência jurídica, onde a realidade é um espectro e o sujeito só existe no plano ideal: “Com relação aos conceitos juridicamente relevantes nota-se que, para obtê-los, a ciência jurídica apóia-se em outros conceitos científicos anteriores, que são pré-jurídicos. Na verdade o objeto da ciência jurídica não é um conjunto de dados disforme e amorfo, mas uma realidade previamente formada por meio de conceitos pré-científicos ou de conceitos científicos extrajurídicos”. (RADBRUCH, 2004, p. 175).

¹⁵¹ A partir de uma ótica realista Assis Toledo aponta as suas razões para a construção de uma ciência jurídico-penal que não descure da análise da conduta humana. “O crime, além de fenômeno social, é um episódio da vida de uma pessoa. Não pode ser dela destacado e isolado. Não pode ser reproduzido em laboratório, para estudo. Não pode ser decomposto em partes distintas. Nem se apresenta, no mundo da realidade, como puro conceito, de modo sempre idêntico, estereotipado. Cada crime tem sua história, a sua individualidade; não há dois que possam ser reputados perfeitamente iguais. Mas não se faz ciência do particular. ... o direito penal não é uma crônica ou mera catalogação de fatos, quer ser uma ciência prática. Para tanto, a nossa disciplina, enquanto ciência, não pode prescindir de teorizar a respeito do agir humano, ora submetendo-o a métodos analíticos, simplificadores ou generalizadores, ora sujeitando-o a amputações, por abstração, para a elaboração de conceitos, esquemas lógicos, institutos e sistemas mais ou menos cerrados”. (TOLEDO, 1994, p. 79). Ver também a posição de Claus Roxin, embora centralize sua crítica no aspecto de política criminal, (ROXIN, 2002).

¹⁵² Juarez Tavares propõe a linguagem, como condição para compreensão do *ser* e do *dever ser*. (TAVARES, 2000).

¹⁵³ Anota Radbruch quanto ao particular e o total que “A vida e o homem não se compõem de atos singulares. São totalidades, e os seus atos singulares são movimentos de um todo indivisível, que se interpenetram. O tormento dos homens colhidos pela máquina do direito é que sofrerão impotentes a deformação da imagem de um fato ou de uma vida – da qual foram violentamente arrancados – pelo fato de que só são considerados em sua particularização, e a vida, da qual emanam, é unicamente entendida sob o aspecto dessa particularidade casual. Pertence à essência irrenunciável da ciência do direito ver somente as árvores isoladamente, não a floresta”. (RADBRUCH, 2004, p. 147).

Em seu programa de política criminal Roxin alerta que a estratificação conceitual dos elementos do injusto pode provocar rupturas entre o sistema jurídico e a realidade visto que:

quase todas as teorias do delito até hoje construídas são sistemas de elementos, isto é, elas dissecam o comportamento delitivo em um número de diferentes elementos (objetivos, subjetivos, normativos, descritivos etc.), que são posicionados nos diversos estratos da construção do crime, constituindo algo como um mosaico do quadro legislativo do fato punível. Esta forma de proceder acaba levando a que se votem grandes esforços à questão sobre que posicionamento no sistema do delito deve ocupar esta ou aquela elementar do crime; pode-se descrever a história da teoria do delito nas últimas décadas como uma migração de elementares dos delitos entre os diferentes andares do sistema. (ROXIN, 2002, p. 85).

Na busca de uma formulação democrática do tipo de injusto, ante ao quadro exposto no item anterior, o que se persegue é que a divisão proposta se realize mediante um processo dialético que se fecha para a atribuição da proibição ou do mandado, limitando a capacidade de intervenção estatal na liberdade individual, e na definição dos pressupostos das causas excludentes de ilicitude, mas que, de outro lado, fixe as bases de um sistema aberto, em primeiro lugar para programar a efetiva participação do sujeito no evento criminoso, bem como para ampliar as possibilidades de desconstituição da tipicidade e da justificação diante da sua conduta, consoante o viés de Juarez Tavares. (TAVARES, 2000, p. 131).¹⁵⁴

Na trilha de um sistema teleológico-funcional Figueiredo Dias defende que a doutrina do delito não possibilita uma concepção autonomizada da tipicidade e da ilicitude, propondo a criação de uma categoria sistemática para configuração do “ilícito-típico ou do tipo de ilícito”. Mesmo que a proposta do autor seja no sentido de fundamentação da pena, constrói seu entendimento com a elaboração de duas categorias conceituais como instrumentos teóricos de compreensão do delito. Instrumentos que denomina: “tipos-incriminadores e tipos justificadores”. Por tipos-incriminadores, significa “o conjunto de circunstâncias fáticas que diretamente se ligam à *fundamentação* do ilícito e onde, por isso, assume primeiro papel a configuração do bem jurídico protegido e as condições, a ele ligadas, sob as quais o comportamento que as preenche pode ser considerado ilícito”. Quanto ao momento das causas que excluem a ilicitude instituiu o autor os

tipos-justificadores (ou causas de justificação) que, servindo igualmente à concretização do conteúdo ilícito da conduta, assumem o caráter de limitação (“negativa”) dos tipos-incriminadores. Também os tipos-justificadores constituem,

¹⁵⁴ Do mesmo modo raciocina Assis Toledo, quando se refere à ilicitude típica da esfera penal, admitindo-a com duas funções: “ora atua como elemento geral e estrutural de todo delito, como função delimitadora do ilícito penal; ora caracteriza o ato ilícito, em sentido amplo, penetrando na esfera penal para aí produzir efeitos distintos e atuar como fator de identificação daquelas lesões a bens jurídicos que podem ser legitimamente repelidas pela reação defensiva e daquelas outras que estamos obrigados a suportar, com as quais nada podemos fazer”. (TOLEDO, 1994, p. 164).

no seu *modus* particular, formas delimitadoras do conteúdo do ilícito (e, na verdade, formas que possuem os seus elementos constitutivos, os seus pressupostos, mesmo uma certa descrição fática e são assim elas próprias, em suma, susceptíveis de tipificação) e podem por isso ser visto como verdadeiros (contra)tipos, *funcionalmente* complementares dos tipos-incriminadores. (DIAS, 1999, 221).

3.2.2 Conceito de tipo

A idéia de tipo é derivada da concepção natural de ciência. Em vários momentos ao longo do texto foi demonstrado que a teoria científica moderna se espelha na organização do universo para captar as suas leis e observar os seus fenômenos e estabelecê-los como parâmetro para colmatar a sua estrutura teórica. Sabe-se também que os fenômenos naturais se caracterizam por apresentarem certa regularidade ao produzirem efeitos determináveis. Então, identificado o fenômeno é possível conceber sua causa e predizer seu efeito. Dessa forma, se parte do pressuposto que o mundo é homogêneo e por isto pré-organizado, sendo, pois, pré-dizíveis seus fenômenos. Este modelo de concepção científica se arrasta até a contemporaneidade, influenciando incisivamente os demais campos do conhecimento, inclusive, a ciência jurídico-penal. Na senda dessa percepção os fenômenos sociais também se apresentam, razão pela qual as leis que os regulam expressam modelos,¹⁵⁵ porque foram construídas levando-se em consideração as regularidades dos seus fenômenos, o que permite a predição dos acontecimentos futuros. Welzel admite que o tipo enquanto matéria da proibição se fundamente no direito natural ao descrever que “Esta matéria de la prohibición (um concepto procedente del Derecho Natural Escolástico) contiene la descripción objetiva, material – “el modelo de conducta” -, de la conducta prohibida”. (WELZEL, 2002, p. 58).

A tradicional concepção do injusto criminal define o tipo como modelo de comportamento que orienta o modo de ser do sujeito adequando a conduta a essa sistematização previamente concebida, e seletivamente preparada para conduzir a forma de agir das pessoas. É uma categoria jurídica abstrata porque elaborada pelo legislador,

¹⁵⁵ Assis Toledo descreve o tipo da seguinte forma: “O termo “tipo” exprime a idéia de “modelo”, “esquema”. É utilizado em todas as áreas do conhecimento para separar e agrupar em classes objetos particulares que apresentem algo de comum. Em criminologia, por exemplo, desde Lombroso, tem-se procurado realizar a classificação dos delinquentes em *tipos*, isto é, em grupos homogêneos de criminosos que apresentam traços característicos comuns. Em direito penal classificam-se em *tipos* algumas formas de comportamento humano. De um modo geral, o tipo é, pois, um conceito abstrato elaborado com o material obtido daquele “algo de comum” que retiramos de uma variedade de entes particulares”. (TOLEDO, 1994, p. 126).

passivamente valorada, diante da regularidade homogênea dos acontecimentos sociais realizáveis no estrato convivencial e que se conforma a uma cominação de pena.¹⁵⁶

Para avaliar a objetividade da matéria de proibição imbricada no modelo jurídico configurado no tipo diz Reale Junior que

O legislador constrói os modelos jurídicos, a partir da realidade que vem a recortar, elevando ao plano abstrato ações que constituem um todo indecomponível, cujas partes se inter-relacionam e se polarizam em torno de um sentido, de um valor, que se apresenta negado pela ação delituosa. Cabe ao legislador examinar os dados empíricos, que já possuem uma ordem e um sentido intrínseco, objetivando e racionalizando a tipicidade imanente, construindo-a abstratamente e ajuizando-a com base em um valor que se coloca com um fim a ser alcançado. (REALE, 2002, p. 135).

Esta perspectiva natural da matéria de proibição concentra no tipo criminal três implicações que condicionam o seu fundamento: primeira, parte da premissa da perfeição do mundo e da regularidade dos acontecimentos sociais, o que implica considerar a conduta criminosa como desarmonia do mundo; segunda, o processo pelo qual se deve buscar a regulação da desordem é a lei penal, que se estabelece como parâmetro protetivo em vista da resposta punitiva expressada pela pena, como caráter de reversibilidade do fenômeno; terceira, é o critério de adequação do fato à norma (tipo), caracterizando a função indiciária da ilicitude.

Sob a ótica garantista em que o estado de direito democrático representa as diferenças, as desigualdades e, por isto, revela e assume a complexidade das relações convivenciais se desfaz a imagem de perfeição do mundo, e o crime é percebido como um evento comum a essas relações humanas. É também esse modelo democrático que procedimentaliza os mecanismos normativos e jurídicos da conduta delituosa.

Nesse modelo garantista em que ressurge a figura do sujeito real na noção de injusto, a lei penal (tipo) não se afirma como necessidade absoluta de proteção da sociedade, mas na condição de limite de intervenção do Estado nas relações sociais – liberdade individual -, proteção do sujeito contra o autoritarismo estatal. Nesse viés, o conteúdo da norma não dirige uma imposição de controle, exclusivamente, pela sua natureza coercitivo-sancionadora, mas principalmente de respeito ao outro. O tipo não se fundamenta na sanção, mas na garantia de liberdade e do exercício de autonomia do sujeito.

¹⁵⁶ Diz Welzel que “El tipo – tanto si está descrito legalmente de un modo exhaustivo como si ha de ser complementado por el juez – es el contenido de las normas prohibitivas del Derecho Penal, por ejemplo, de las prohibiciones: no debes matar, hurtar, cometer adulterio, conducir con infracción del cuidado requerido, etc. Ambos, la norma prohibitiva y el tipo (materia de la norma), pertenecen a la esfera ideal (irreal espiritual). El tipo es una figura conceptual que describe mediante conceptos formas posibles de conducta humana”. (WELZEL, 2002, p. 59).

Afinal, no modelo garantista o tipo não indicia a ilicitude e o procedimento de subsunção formal do fato à norma - tipo – não caracteriza a materialidade da proibição. Aqui são as condicionantes do tipo – elementos estruturais e constitutivos do tipo – que devem se projetar sobre a conduta do sujeito para dela excluir os elementos e as condições que lhes são inadequadas. Isto se dá porque o processo que desenvolve a ação tem um caráter irreversível em função do fluxo tempo. Desse modo, as condições da ação são examinadas conforme as possibilidades do sujeito.

3.2.3 Evolução do conceito de tipo:¹⁵⁷ a teoria causal

O modelo causal de delito é a herança do movimento naturalista da filosofia do século XIX e do desenvolvimento da mecânica newtoniana. A concepção causal do delito do sistema Liszt/Beling adquire uma dimensão científica¹⁵⁸ a partir da noção de tipo desenvolvida pelo segundo autor em sua obra “Die Lehre vom Verbrechen”, porque imprime um perfil metodológico à sua estrutura analítica. A identificação terminológica do instituto do tipo ocorreu com o termo *Tatbestand* que teria sido empregado anteriormente com outro sentido ao uso dado por Beling, representando, pois, a totalidade do crime, como diz Welzel “o conceito de tipo, desenvolvido anteriormente, remonta a Beling em sua obra de 1906. Enquanto antes dele o conceito do tipo compreendia a totalidade das características do delito, Beling desmembrou deste tipo outro mais restrito: ‘o tipo de delito formulado com precisão pelo Direito Positivo’ e o converteu no elemento constitutivo da estrutura (tripartida) do delito: delito é a ação típica, antijurídica e culpável”. (WELZEL, 2002, 62).

Para maioria dos autores o mérito maior de Beling foi ter autonomizado o conceito de tipo, isto é, instituiu a sua independência, segundo Asúa (1954, p. 256). A fase da independência caracteriza o sistema causal implantado pela teoria do delito pela ruptura entre o tipo a antijuridicidade e a culpabilidade. Significa que a composição do tipo se dá a partir do

¹⁵⁷ “A noção de tipo é fruto de longa evolução, que praticamente se confunde com a história da própria teoria do delito. Podemos encontrar seus antecedentes no direito penal renascentista, notadamente em Tiberius Decianus, que o identificava com o exame da causa formal do delito, ou ainda nas concepções do direito penal comum europeu acerca do corpo de delito ou nas obras de autores germânicos do século XIX, como Stübel e Von Liszt, especialmente este último, ao exigir como característica do crime a cominação de uma pena”. (TAVARES, 2000, p. 134).

¹⁵⁸ Segundo esclarece Camargo a etapa científica da teoria do tipo, mas sobre a base do direito natural “foi representada entre outros por Feuerbach, na Alemanha (1823), Pacheco, na Espanha (1887), e através de Carmignani (1843) e Carrara (1889), na Itália. (CAMARGO, 1982, p. 4).

exame da conduta, objetiva e neutra. A objetivada da conduta está na descrição do acontecimento adequado formalmente aos elementos do tipo, desconsiderado quaisquer aspectos internos que porventura estabelecesse juízo valorativo à ação. A neutralidade está intrinsecamente implicada à objetividade, no entanto, remete também à desvinculação da tipicidade à antijuridicidade e a culpabilidade. Essa estrutura formal do tipo é coerente com a noção de ação naturalista ou mecânica apreendida pela concepção causal, que prioriza o movimento corporal do agente na produção do resultado exterior.¹⁵⁹

Na teoria causal a ação é o instrumento para produção do resultado, sem o qual não existirá crime. Portanto, o resultado é elemento indispensável e integrante da ação, em todas as atividades criminosas, podendo caracterizar a própria ação, como nos crimes formais ou de mera conduta¹⁶⁰ ou nos crimes omissivos próprios, em que “a norma se estrutura sobre um comando ou determinação de uma conduta determinada, a par da proibição da omissão ou inatividade do agente”. De outro lado, afastando-se da perspectiva mecanicista da ação causal, se excluirmos a exclusividade do resultado naturalístico – modificador da exterioridade pelo movimento corporal – e concebermos também o resultado não sensível que afeta e viola o bem jurídico, é possível afirmar a precariedade da concepção naturalística de ação e admitir que todos os crimes possuirão resultado, embora no sentido jurídico. (TAVARES, 2000, 135).

A primeira fase de Beling em que exclui da identificação do tipo qualquer marca de aspectos fáticos, sobressai-se uma configuração enfaticamente conceitual, notabilizando-se, pois, pela análise descritiva da conduta humana. Com a divulgação da sua concepção com a publicação de sua obra em 1906 e, com excessivas e até inescrupulosas críticas, o autor publica no ano de 1930 a outra obra (LUISI, 1987, p. 16). “Esquema de derecho penal – La doctrina del delito-tipo” com o intuito de redimensionar a estrutura do tipo. (BELING, 2002). O que se poderia titular de segunda fase Beling procura distinguir o delito-tipo de um tipo reitor, compreendendo o primeiro o conteúdo que deve considerar em cada tipo isoladamente para cada figura autônoma de delito. “E delito-tipo significa solo la *función* de los distintos contenidos como “esquema” para la figura delictiva *correspondiente*. La “parte especial” del

¹⁵⁹ “El tipo de Beling se caracteriza preferentemente por dos notas: es “objetivo” y “libre de valor (no valorativo)”. La objetividad significa la exclusión del tipo de todos los procesos subjetivos, intraanímicos, que son asignados en su totalidad a la culpabilidad. Ya se ha aludido a ello como una de las características principales del sistema “clásico” confundido por Beling. Y por “carácter no valorativo” debe entenderse que el tipo no contiene ninguna valoración legal que aluda a la antijuridicidad de la actuación típica. Para Beling el tipo está “limpio de todos los momentos de antijuridicidad”, en el mismo “no es reconocible un significado jurídico”. (ROXIN, 2003, p. 279, grifos do autor).

¹⁶⁰ Sobre o tema ver Pimentel (1975).

derecho penal es por eso la que regula la construcción de esos contenidos”. (BELING , 2002, p. 78). Enquanto o tipo reitor fora fixado como representação conceitual e abstrata se evidenciando na investigação do injusto como “o conceito-tronco do direito penal do qual provém os demais conceitos penais”. (BELING , 1987, p. 25). Entretanto, o novo esboço do tipo reitor belinguiano manteve as mesmas características e fundamentos teóricos do delito-tipo.

A fase indiciária do tipo surge com Mayer (2007, p. 12) ao enunciar que o tipo remete uma função de conhecimento prévio da ilicitude, revelando uma qualidade valorativa à conduta. Embora o tipo e a antijuridicidade permaneçam independentes, o primeiro sai do seu ostracismo, da neutralidade absoluta. Esse juízo de valor incide na relação com os elementos normativos inseridos na descrição do tipo, que não perde seu caráter objetivo-descritivo.

3.2.4 Concepção neokantista

O caráter objetivo-formal e avalorado do tipo concebido pela concepção causal imprimem à conduta atributos meramente instrumentais do resultado objetivo, razão pelo qual a identificação do crime ocorre pela constatação legal dos seus pressupostos. O neokantismo (LARENZ, 1997, p. 113) ¹⁶¹ é um movimento da teoria do conhecimento que estabeleceu um novo modelo metodológico para as ciências do espírito e que no direito exerceu – e ainda exerce – influência ao valorar a conduta criminosa tomando como referência os filamentos teleológicos do comportamento humano. Há um deslocamento do objeto da norma incriminadora, da produção do resultado naturalístico para a própria conduta, desvinculando-a do seu aspecto natural para o normativo. Este deslocamento transforma as condições constitutivas do conceito de crime.

¹⁶¹ Sobre a concepção neoclássica do delito escreve JESCHECK que seu surgimento se deu para substituir o sistema Liszt/Beling em razão da sua lógica formal de um pensamento jurídico limitado a si mesmo, aspirando, pois, estruturar o conceito de delito segundo os fins que persegue o Direito penal e os juízos de valor que lhe serve de base, numa teoria teleológica do delito. “La forma de pensamiento de aquella época estuvo determinada esencialmente por la **teoría neokantiana del conocimiento** (*Stammler, Rickert, Lask*) que, junto con los métodos científico-naturales de la observación y la descripción, había sentado un método científico-espiritual genuino en los procesos del entendimiento y la valoración. Ello trajo consigo el impulso tendente a divisar la esencia del Derecho penal en el alineamiento de sus *finés, valores e ideas*, cuyo contenido quiso también dejar ampliamente abierto a causa de la característica renuncia del neokantismo a una determinación vinculada a criterios valorativos materiales, motivo por el cual se hizo asimismo propenso a una ideología autoritaria”. (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 219, grifos do autor).

Sob o enfoque jurídico esta transformação se processa através da constatação dos elementos normativos do tipo instituídos por Mayer, Mezger e Grünhut, e posteriormente, com o advento dos elementos subjetivos do injusto, enunciados por Fischer,¹⁶² Nagler¹⁶³ e Hegler¹⁶⁴ – e sistematizada por Mezger, ao rechaçar o entendimento belinguiano de que as categorias expostas na tipicidade e na antijuridicidade se compunham apenas de características descritivas e objetivas. Dessa forma, a presença dos elementos normativos inseridos no tipo não se conforma apenas descritivamente, exigindo valorações para apreensão dos seus sentidos. “No neokantismo, o injusto é produto de uma criação normativa, sem referência real, como resultado de juízos de valor, tendo em vista o objetivo visado pelo legislador, que tanto pode ser a proteção de bens jurídicos quanto de qualquer outra situação estatal de conveniência”. (TAVARES, 2000, p. 138). As divergentes noções de bem jurídico entre os neokantistas podem ser verificadas na identidade que Mayer aponta com as normas de cultura ao afirmar que “la delimitación de la conducta lítica de la conducta ilícita se lleva a cabo em la legislación a través del reconocimiento de las normas de cultura”. (MAYER, 2007, p. 63). Acolhendo as normas de cultura como condição para construção das normas jurídicas, entende Mezger que bem jurídico é o interesse individual ou social na manutenção de determinado status, o que lhe dá um sentido teleológico. (TAVARES, 2000, p. 138).

¹⁶² Em 1911 Fischer publicou “La antijuridicidad com especial consideración del derecho privado”, que mesmo tratando da antijuridicidade civil e penal alimentou o debate do injusto criminal por entender que a “configuração da antijuridicidade como uma característica da ação composta tanto de elementos objetivos como subjetivos veio significar que não se pode conceber o injusto como a simples criação objetiva de um mero estado objetivamente desaprovado, em que não se leve em conta as atitudes subjetivas e as disposições anímicas do autor, senão precisamente como a realização de um comportamento criador de um estado antijurídico desvalorado em si mesmo enquanto incompatível com a norma. En el ámbito de los elementos subjetivos del injusto, según Fischer, em determinaods supuestos de comportamentos descritos em la norma penal, el ánimo del autor “tiene” un tipo “incoloro” y “decide” lo “injustos” de una acción objetiva. El tipo de injusto en numerosas hipótesis legales se compone de elementos objetivos y subjetivos, y cuando así lo proevé la ley, los elementos subjetivos resuelven la antijuridicidad de la acción”. (NAVARRETE, 2000, p. 113).

¹⁶³ A contribuição de Nagler ao injusto penal aparece em sua análise sobre os aspectos objetivos e subjetivos da antijuridicidade que realizou em 1911 na obra: “Der heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit”, em Festschrift für K. Binding, Bd, II, Leipezig. Sustenta o autor que a “conformação do tipo não pode incidir em termos absolutos e radicais dos elementos subjetivos e objetivos, como se tratasse de entidades inconciliáveis entre si. O aspecto objetivo e a face subjetiva do conceito de delito não são compartimentos estanques, autonomamente configurados e sem nenhuma relação entre si. Pelo contrário na estrutura do injusto, o objeto e o subjetivo se relacionam mutuamente, mesmo que os aspectos combinados entre si possam resolver-se ou não”. (NAVARRETE, 2000, p. 111).

¹⁶⁴ “August Hegler enfrenta, entre 1914 e 1930, o estudo dos delitos especiais, desde a singular perspectiva de consideração dos elementos subjetivos consignados na descrição dos tipos legais. A este autor se deve uma das primeiras contribuições doutrinárias dogmáticas à construção da doutrina de autoria e participação nos tipos legais que incorporam singulares características subjetivas. Entende Hegler que é preciso a concorrência das particulares *circunstâncias específicas* de índole anímica, ali onde a lei exige, no concurso para a concretização do tipo no conceito de autor”. (NAVARRETE, 2000, p. 115).

Com a publicação do seu “Tratado de derecho penal” em 1931, Mezger define a sua concepção de delito como “ação tipicamente antijurídica e culpável”. Esta conceituação desautoriza a autonomia do tipo (TAVARES, 2000, p. 139) na definição do crime, tendo em vista que o tipo passa a fundamentar a antijuridicidade, é sua própria *ratio essendi*.¹⁶⁵

3.2.5 Concepção finalista

A concepção finalista do tipo de injusto é originária do conceito de ação¹⁶⁶ desenvolvido principalmente por Welzel com as seguidas contribuições de Maurach, Busch, Stratenwerth, Hirsch,¹⁶⁷ que procura superar as concepções desenvolvidas pelo sistema causal e neokantiano, principalmente quanto ao incremento de um novo modelo metodológico fincado no plano fenomenológico e ontológico,¹⁶⁸ embora mantenha o carácter metafísico da sua formulação. No campo dogmático propõe o finalismo a (re)fundação do conceito analítico

¹⁶⁵ “Puesto que para Mezger no es ya el delito una acción típica, antijuridica, etc., es decir, un conjunto de características independientes, sino que constituye en primer término, una conducta *tipicamente antijuridica*, el estudio de la tipicidad no se hace en sección o capítulo propio, sino que, por el contrario, se incluye en la antijuridicidad, tratada primero como “injusto objetivo” y después como ‘injusto tipificado’.” (ASÚA, 1954, p. 257).

¹⁶⁶ Welzel descreve o conceito de ação da seguinte forma: “Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer “final, no solamente “causal”. La “finalidad” o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos e dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante casual de los componentes causales existentes en cada caso”. (WELZEL, 2002, p. 39)

¹⁶⁷ Ver Tavares, (2000, p. 53) e Wessels (1976).

¹⁶⁸ Juarez Tavares alerta que o sistema finalista como doutrina filosófica implica que o mundo se organiza com uma finalidade e que a explicação de todo acontecimento (fenômeno) do mundo se reduz segundo essa finalidade. A primeira tese se refere a organização ontológica do mundo, e segunda às formas de conhecimento (teoria do conhecimento). Por isto, entende o autor que essas teses podem se confrontar contraditoriamente. O fundamento da sua advertência está em Hegel e Kant, após a dissociação entre o finalismo e a teologia. “Con Hegel está consagrada la separación: el finalismo será un concepto immanente a la propia naturaleza, independientemente del entendimiento extrahumano que lo señale. En Kant hay, con todo, cierto compromiso causal pues, si por un lado se conforma enteramente con la primera tesis de que la organización del mundo es finalista, se niega, por el otro que la explicación de los fenómenos (teoría del conocimiento) pueda ser reducida siempre según esa finalidad. Al contrario, afirma que esa explicación puede ser, a veces, puramente causal. El juicio finalista apenas relaja esa explicación, pero no la determina. Hay, por lo tanto, dos realidades: la de los acontecimientos que se suceden de acuerdo con un fin, y la del conocimiento que, para la aprehensión de los fenómenos, no precisa basarse en que no se puede juzgar acerca de la posibilidad de las cosas y de su producción sin concebirse una causa que obra finalmente. El finalismo funciona pues, como un concepto regulador del entendimiento humano, destinado a complementar la explicación mecánica de los fenómenos”. (TAVARES, 1980, p. 54).

considerando a nova característica da ação, dotada de um caráter ontológico por exprimir a finalidade da conduta humana, como categoria ôntica. A relevante consideração do finalismo a aspectos direcionais e subjetivos da conduta em detrimento do resultado aproxima-se do neokantismo. (TAVARES, 2000, p. 139). Entretanto, segundo Hirsch

una dogmática dirigida unilateralmente al desvalor de resultado no acierta con la esencia de lo ilícito del delito. Tal dogmática conlleva una extensión del tipo carente de contornos y descuida el hecho de que las normas son prescripciones de comportamiento y su transgresión requiere, consecuentemente, un desvalor de la conducta. (HIRSCH, 1998, p. 14).

A abundância do conteúdo normativista do sistema neokantiano rompeu as categorias do *ser* e *dever ser*¹⁶⁹ culminado por atribuir aos conceitos jurídicos sobrelevados valores, desconstituindo as categorias lógico-objetivas estruturais da realidade fenomenológica. Em Welzel a:

exigência da análise do conceito de ação e a dedução deste das conseqüências para a estrutura do delito tinha um interesse metodológico central: a dogmática penal deveria constituir-se a partir dos fenômenos e das estruturas da realidade e não apoiar-se em produtos artificiais puramente jurídico-normativistas. A estrutura da ação não devia resultar de valorações jurídico-penais. Senão da análise da estrutura de ações humanas, já que os comportamentos humanos não se esgotam em condutas penalmente relevantes. (HIRSCH, 1998, 15).

Para a concepção pessoal do injusto o objeto de valoração da norma penal é a conduta humana, isto é, “a atividade ou passividade corporal do homem submetida à capacidade de direção final da vontade” (WELZEL, 1971, p. 38) que constituirá a matéria de proibição ao integrar-se ao tipo. Ao mesmo tempo, é também o tipo através do movimento causal e da direção final da conduta que estabelece o processo de classificação geral dos delitos: a direção subjetiva – interna - da ação fixa as bases para o dolo e para a culpa; os elementos externos estruturais do tipo demandam o modelo de ação que deve realizar o sujeito - ativa ou omissiva.

As modalidades dolosas de ação são constituídas por tipos objetivos e subjetivos. Os tipos objetivos são compostos das características inerentes ao fato, ao sujeito e à vítima, sejam circunstâncias e/ou condições especiais ou normais à configuração do tipo. O tipo subjetivo é

¹⁶⁹ Sobre o fundamento ontológico do finalismo, enquanto categoria real da existência humana diz Welzel “si no hubiera transcendencia, es decir, si la obligatoriedad y el deber ser trascendente a la existencia solo fueran la proyección ilusionista de hechos psicológicos o sociológicos, entonces el hombre se encontrará entregado sin remedio al poder superior. Las fronteras de su entrega total solo podrían subsistir mientras varios bloques de poder se contrabalancearan recíprocamente; pero desde el momento en que una potencia lograra poder ilimitado, el hombre quedaría entregado a ella, no solo de manera física, sino también espiritual. Esta significación realmente ‘existencial’ del problema jurídico la ha llevado a conciencia en todos los tiempos la idea del derecho natural; una idea que ha puesto de manifiesto que la existencia de un deber ser trascendente a la existencia y vinculante es el presupuesto de posibilidad de una existencia humana dotada de sentido”. (WELZEL, 1971, p. 251).

o critério que conduz a realização do tipo objetivo, por isto, a este se integra como sua condição para delimitar o momento subjetivo da conduta. Portanto, o tipo subjetivo se compõe de todas as categorias internas à conduta e subjetivas do sujeito. Nesse contexto ressalta Hirsch que:

deberia tenerse en cuenta que el tipo objetivo no representa una categoría valorativa de carácter autónomo. Por el contrario, una valoración solo es posible a partir de todos los elementos del tipo, incluidos también los subjetivos. Los criterios subjetivos deben uicarse, or consiguiente, allí a donde pertenecen, o sea en el tipo subjetivo, esto es, en el caso del delito doloso, en el dolo del tipo, el cual a su vez pertenece desde un punto de vista sistemático al tipo de lo ilícito. (HIRSCH, 1998, p. 22).¹⁷⁰

A concepção do dolo no finalismo não é uma questão tão pacífica, podendo destacar duas vertentes principais, uma defendida por Welzel, para quem o dolo se identifica com a vontade de realização da ação, o que permite aduzir que até mesmo os dados da causalidade se reportam ao dolo. Uma outra vertente compreende o dolo como “vontade consciente em relação ao tipo objetivo”. Nesta última formulação o processo de causalidade possibilita a solução de situações fáticas originariamente compreendidas no dolo. (TAVARES, 2000, p. 140).¹⁷¹

Os elementos especiais inseridos no tipo subjetivo, por assumir um caráter transcendente na configuração do injusto dificultam sobremaneira a sua compreensão. Entre os finalistas se encontra duas concepções. A posição defendida por Welzel os elementos subjetivos do autor - terminologia empregada pelo autor -, contém uma natureza ético-social e, portanto, integra a estrutura do tipo por condicionarem a ação perfilhada pelo autor, razão pela qual estão, pois, dispostas na autoria. Ressalva Welzel que:

el contenido específico de desvalor ético-social de una acción se determina em muchos casos por la actitud o posición subjetiva del autor, de la cual há surgido la acción. Decimos que se trata de elementos subjetivos de autor de la acción, puesto que es la postura o actitud anímica del autor la que tiñe o anima la acción de un modo específico. (WELZEL, 2002, p. 93).

Finalistas do porte de Maurach (1994, p. 395) e Stratenwert (1999, p. 112-116) entendem que os elementos subjetivos especiais constituem o fato típico. (TAVARES, 2000, p. 141).

¹⁷⁰ Ver também Welzel (1999 p. 75-77); Stratenwert (1999, p. 75-91).

¹⁷¹ Ver também Tavares (1980, p. 65). O autor aponta o exemplo dos autores alemães do sobrinho que “convence seu tio a viajar por uma estrada de ferro, em cujo trajeto, sabidamente perigoso, vem ele a morrer por acidente ferroviário. Welzel aqui exclui o tipo por ausência de dolo, em virtude de não haver vontade de realização, mas mera expectativa da ocorrência da morte do tio. Maurach-Zipf já excluem a causalidade, por entenderem que a ação do sobrinho não configurava causa adequada do resultado morte”. Ver também Welzel (2002, p. 78-86).

Parece evidente que os elementos subjetivos do tipo de injusto devem também integrar as condições estruturais do tipo no finalismo. Primeiro, porque a ação finalista se caracteriza pela direção da vontade dirigida a um fim, o que impõe na sua formulação uma condição real de transformação – constitutiva ou desconstitutiva - do bem jurídico. Esta condição real de transformação se fundamenta no movimento causal da conduta finalista, que se dá com a capacidade de controlar a vontade dirigida ao bem jurídico, com um caráter biocibernético.¹⁷² Segundo, o tipo penal se manifesta como corolário do modelo de ação finalista, tendo em vista que viabiliza as condições lógico-objetivas do injusto.

Sob o enfoque do bem jurídico na direção da vontade entende Jescheck que os elementos subjetivos especiais do tipo são partes integrantes do injusto da ação, na medida em que vem caracterizar mais detalhadamente a vontade de ação do autor. Por isto, se apresentam como modificações da vontade típica da ação que, igual ao dolo, mostram a estrutura da finalidade e estão também, como o dolo, referidos ao bem jurídico protegido, ao objeto da ação, assim como ao modo e forma de sua lesão. (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 339)¹⁷³

A culpa é tratada pelo finalismo, basicamente, como infração ao dever de cuidado objetivo, como produção de ação defeituosa, passível de valoração através de um processo de comparação com um projeto de conduta de um modelo de homem prudente e consciencioso. Na perspectiva do injusto pessoal a consideração de maior relevo situa-se no plano da ação, que será valorada – desvalorada - consoante a forma da sua execução. Para Welzel a autonomia da estrutura do conceito de crime culposo concentra-se nas circunstâncias da ação realizada pelo agente com vistas ao cuidado devido situado no âmbito da relação, sob o ângulo objetivo e normativo. Para a determinação do seu conteúdo – do cuidado – “não interessa que cuidado foi aplicado ou poderia aplicar o autor, senão qual é o cuidado ‘requerido no âmbito da relação’; ademais, não é decisivo o cuidado que é exercido efetivamente no âmbito da relação, senão o que é requerido no âmbito da relação. Aquela conduta que considera com prudência as conseqüências da ação planejada, cognoscível para um juízo fundado na razão, é cuidadosa objetivamente, ou – melhor dizendo – é cuidadosa aquela conduta praticada por um homem mediano e prudente na situação do autor. Logo, o conteúdo do cuidado objetivo se determina no caso concreto a partir de dois pontos de vista: um *intelectivo* e outro *normativo*”. (WELZEL, 2002, p. 158, grifo do autor).

¹⁷² Diz Welzel: “Precisamente la capacidad de la voluntad humana de proponerse cualquier fin y sobre la base de su saber causal, poder realizar estos fines de acuerdo a un plan posibilitan al hombre la peculiaridad específica, la plenitud y vastedad de su existencia histórica, de su cultura e su civilización”. (WELZEL, 2002, p. 38).

¹⁷³ No mesmo sentido Santos (2002, p. 95).

Em outro segmento do finalismo defende Maurach que na culpa o processo causal da ação não se realiza nos moldes da vontade do agente, portanto:

los hechos dolosos y los culposos se distinguen *subjetivamente* en que, en los segundos, el perjuicio del bien jurídico aprehendido en la norma respectiva no es perseguido como objetivo de la acción. La evitabilidad del perjuicio, presente tanto en los hechos dolosos como en los culposos, se encuentra en estos últimos en la ejecución de la acción con infracción del deber de cuidado, respecto del bien jurídico perjudicado; es decir, en el hecho de que el perjuicio del bien jurídico era objetivamente evitable mediante una ejecución diferente de la acción. (MAURACH ; ZIPF, 1994, p. 125).

A omissão é tratada pelo finalismo sob dois aspectos: os crimes de omissão própria e omissão imprópria. O conteúdo normativo da omissão se caracteriza por um comando ou determinação. O comando da omissão própria se dirige ao dever de agir, que se condiciona à possibilidade do agente em proceder de acordo com o mandato. Na omissão imprópria o comando dirigido ao dever de agir e a possibilidade de agir do agente são redimensionados e projetados ao resultado, quer dizer, é necessário que uma condição pessoal do agente especifique sua relação com o bem jurídico para garantir a integridade deste.

Coerente com a postura do injusto pessoal, tocante à natureza ontológica do conceito de ação, o finalismo assume o tipo como indicio da ilicitude, na relação tipo-antijuridicidade.

O caráter pessoal do injusto, principalmente, na vertente welzeliana refina os caracteres das condições pessoais do agente para conduzir ao desvalor da ação, e para isto elege um modelo de padrão ético social como critério de avaliação para estabelecer o substrato jurídico codificado no plano normativo. A feição subjetivista da ação dificulta a compreensão do crime culposos, notadamente de resultado objetivo. De outro lado, percebe-se uma presente inclinação para penalização da figura do tipo de autor. (TAVARES, 2000, p. 144).

3.2.6 Concepção da teoria social

As teorias que tratam da formulação do delito tomam como referência estrutural a construção do conceito de ação, para que uniformizado seu campo teórico adquira aporte universal a todos os matizes do conhecimento.¹⁷⁴ Por este motivo as concepções acerca do

¹⁷⁴ Sobre a universalidade do conceito de ação na teoria do delito ver Roxin (2003, p. 234).

delito demarcam com precisão o seu projeto de ação humana. A teoria ação social¹⁷⁵ na busca de superar conceitos neokantianos (GUARAGNI, 2005, p. 86-116) e finalista da ação propõe um novo modelo que transita desde a concepção causal.¹⁷⁶

Desvelar os enigmas da conduta humana é o instrumento motivador que alicerça o desenvolvimento da teoria do delito, principalmente pela inesgotável fonte de valores que resgata o comportamento – agir e não agir – da pessoa humana, enquanto produção de sentido gerado pelo ato de comunicação. O tangenciamento que se dá ao conteúdo da conduta, pelas mais variadas motivações – ideológicas, políticas, sociais, econômicas, etc – é que fundamenta os aportes teóricos e incrementa a formação de um manancial de tendências e variações conceituais.

Nesta incessante busca de compreensão da conduta humana como fenômeno socialmente valorado, e a partir de variações conceituais já conhecidas – concepções causais e neokantistas – Eberhard Schmidt cunha sua definição de ação como “una conducta arbitraria para com el mundo social externo”. (MAURACH; ZIPF, 1994, p. 261). O autor rechaçava a natureza fisiológica da ação, do ponto de vista das ciências da natureza, considerando-a como fenômeno social em virtude dos seus aspectos relacionados à realidade social ao qual condicionava sua direção. (ROXIN, 2003, 244).¹⁷⁷ Mesmo que Eberhard Schmidt tenha sido o precursor da teoria social é com Jescheck e Wessels que o conceito ganha foros jurídico-criminais no desenvolvimento teórico do delito.

O conceito de ação proposto por Jescheck “é o comportamento humano com relevância social”. Complementa o autor ao considerar comportamento como “toda resposta da pessoa à exigência de uma situação reconhecida ou ao menos reconhecível, através da realização de uma possibilidade de reação que se lhe apresenta tal situação”. (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 239).¹⁷⁸

¹⁷⁵ Segundo Maurach existem várias acepções da teoria causal. (MAURACH; ZIPF, 1994, p. 261). No Brasil ver Guaragni (2005, p. 199).

¹⁷⁶ Segundo Juarez Tavares “originalmente, a teoria social da ação, não foi mais que uma das muitas tentativas de ajustar ou adequar o causalismo às exigências sistemáticas da ordem jurídica, principalmente no tocante a omissão”. (TAVARES, 1980, p. 89).

¹⁷⁷ “El concepto social de acción se remonta en sus comienzos a la época anterior a ala teoría final de la acción, pero sólo en los últimos 20 años ha adquirido su actual significación, de tal modo que históricamente en cuanto a sus efectos debe ordenarse tras el finalismo”. (ROXIN, 2003, p. 244).

¹⁷⁸ Na percepção de Juarez Tavares se reconhece na teoria social da ação outras variantes bem definidas, que se fundamentam, ora na causalidade objetiva ora na finalidade da conduta, ou na estrutura pessoal do atuar, com vinculação no psicologismo. (TAVARES, 1980, p. 90).

Os critérios para conceber uma avaliação dos valores empreendidos na realização da conduta estão implícitos na relevância social¹⁷⁹ da ação, o que já demonstra antecipadamente que o juízo de tipicidade informa as condições de desvalor da ação e do resultado no injusto. Neste sentido diz Jescheck que “a nova teoria do delito parte da consideração de que a antijuridicidade do fato não se esgota na desaprovação do resultado delitivo, senão que também deve ser incluída no juízo de desvalor a forma e o modo em que se origina a situação juridicamente desaprovada”. (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 259).

O tratamento dado por Wessels à ação é também de cunho axiológico ao reconhecer a relevância social do comportamento humano. Sua definição de ação é reconhecida como uma “conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana”. (WESSELS; WESSELS, 1976, p. 22). O autor define seu critério para formular a noção axiológica em que considera o desvalor da conduta humana: o significado de relevância social. Considera, pois, “socialmente relevante toda conduta que afeta a relação do indivíduo para com o seu meio e, segundo suas conseqüências ambicionadas ou não desejadas, constitui, no campo social, elemento de um juízo de valor”. (WESSELS; WESSELS, 1976, p. 22).

Considerando o modelo de ação recomendado por Wessels percebe-se o componente dirigível - finalista - da conduta orientada pelo agente, com o percurso impulsionado pela vontade e definido pela relevância social. Neste perfil o tipo persegue os planos objetivo e subjetivo, haja vista que detém os caracteres portadores do conteúdo do injusto.

A teoria social da ação não se afasta da concepção segundo a qual o tipo indicia o conteúdo da ilicitude, mesmo que a teoria alcance setores subjetivos da ilicitude como condição para assegurar os fundamentos da justificação é o desvalor da ação e do resultado que ampara a ação típica.

3.2.7 Concepção funcionalista

O tratamento que o funcionalismo empreende ao tipo de injusto não se afasta da noção de ação desenvolvida pela sua concepção teórica. Em virtude das variadas concepções

¹⁷⁹ “Percebe-se que a conduta deve transcender a esfera de individualidade, pois só assim afetará a relação do indivíduo com seu entorno. O símbolo deste afetar o mundo circundante consiste na geração de conseqüências que o toquem, isto é, que novamente projetem-se além do indivíduo”. ¹⁷⁹ (GUARAGNI, 2005, p. 208).

do funcionalismo outras várias orientações são procedidas à conduta humana.¹⁸⁰ A variação do conceito de ação do funcionalismo não impede que se atribua sua especificidade orgânica, a *circularidade sistêmica*. Por *circularidade sistêmica* se entende o processo de esvaziamento de sentido do conteúdo individual da conduta, para o desenvolvimento da orientação de sentido no interior do sistema jurídico em face das expectativas geradas por este, no agente, conforme a direção instituída pelas normas jurídicas.

Posição semelhante sobre a noção de ação no funcionalismo sistêmico assume Juarez Tavares ao afirmar que “o fundamento da análise sistêmica reside justamente no fato de que as ações se vêm regidas por expectativas, as quais encontram nos sistemas seus marcos delimitadores, correspondentemente a diversas variáveis, das quais uma delas estaria constituída pelas normas jurídicas”. (TAVARES, 2000, p. 62).¹⁸¹

Mais que definir a ação Jakobs mostra a conjuntura sistêmica onde esta se desenvolve e, por isto mesmo a configura como requisito do sistema de imputação, que detém a função de estabelecer qual a pessoa deve ser punida para garantir a estabilidade do sistema e a validade da norma. (JAKOBS, 1997, p. 156). Nesta fase de demarcação da ação para configuração da imputação Jakobs se reporta ainda à necessidade da identificação do sujeito e da sua ação, ao dizer que “na determinação do conceito de ação não se trata somente de imputar sua ação a um sujeito, mas que ao estabelecer o conceito de ação se determine simultaneamente o que é o sujeito e o que é sua ação”. (JAKOBS, 1997, p. 168). Na verdade, o procedimento de identificação e/ou individualização do sujeito capaz de ação se dá no sentido de revitalização do conteúdo da norma jurídica e de estabilidade da organização sistêmica, conseqüência do processo de neutralização do sujeito.¹⁸² Jakobs (1997, p. 174) define a ação “como causação evitável do resultado”.

¹⁸⁰ Juarez Tavares informa os vários modelos de enfoques da teoria sistêmica. (TAVARES, 2000, p. 62). Também indica as orientações do conceito de ação do funcionalismo. (TAVARES, 2000, p. 156).

¹⁸¹ Nesta condição nega o autor que o “conceito funcional de conduta fosse mera expressão lingüística, mas não o é. A característica básica desse conceito reside em que a ação só pode ser definida em função de sua relação para com o sistema na qual se insere”. (TAVARES, 2003, p. 156).

¹⁸² Ressalta Günther que “La garantía individualizadora tiene por contenido que las normas jurídicas siempre sean el motivo dominante. Lo que aparece en el individuo, sobre la base del motivo dominante, en cuanto a ejecución de acciones, depende de la capacidad individual para dirigir la acción. Si ya no se frustran las posibilidades de la dirección individual de la acción, como ocurre cuando el individuo causa inevitablemente (ni siquiera imprudentemente) un resultado, p. ej., una muerte, falta una expresión de sentido individual de que algo es más importante que respetar con carácter dominante la vida humana; falata, pues, un proyecto no conforme a Derecho y la norma no resulta lesionada. Un acto no llega a ser ‘expresión de sentido individual’ mediante propiedades psíquicas (o de otro tipo) *per se*, sino mediante la intelección de que es un sujeto y cuándo éste es responsable de las consecuencias de su organización”. (JAKOBS, 1997, p. 172).

Por conta do esvaziamento do conteúdo individual da conduta humana se percebe certa obscuridade na elaboração do conceito de tipo em Jakobs, mas não lhe impede de concebê-lo como fase do processo de imputação. O tipo de injusto se caracteriza pela intolerabilidade social de uma conduta não permitida pelo sistema jurídico. Para o autor o tipo constitui indício da antijuridicidade e, embora contrarie a sua unidade admite como condição da intolerabilidade social a ausência de causa de justificação. Conclui que:

tipo e injusto (o, formalmente:antijuricidad) sólo serán escalones (separadso) del delito, si el esaclón de la antijuricidad añade algo al escalón del tipo. Este es el caso cuando concurre justificación, dado que entonces al tipo de injusto se añade el tipo de justificación. Sin embargo, cuando está ausente la justificación, esta ausencia ha de verificarse en un paso mental distinto a ala averiguación de la realización del tipo, y en esa medida se puede hablar de un escalón de la *comprobación* del delito, pero la ausencia de jsutificación no es ninguún escalón del delito mismo; *más bien, el tipo realizado constituye el injsuto enc aso de ausencia de causas de justificación.* (JABOKS,.1997, p. 195).

Este sistema se equaciona na circularidade sistêmica do processo de imputação, haja vista que o injusto é construído em torno de si mesmo, onde as condições das suas fases são autônomas, mas se constituem pelo critério da justificação. (TAVARES, 2000, p. 146)¹⁸³

Na busca de um supraconceito de ação concebe Roxin sua teoria no plano pessoal e a define como “manifestação da personalidade”. Evidentemente que a manifestação da personalidade¹⁸⁴ se projeta no espaço exterior convivencial. A amplitude e generalidade¹⁸⁵ da teoria pessoal da ação objetiva atribuir ao traço humano da conduta um caráter anímico-espiritual, como expressão do seu centro psíquico, o que impõe, desde já, a exclusão de qualquer atividade exclusiva da esfera corporal do homem, ou do âmbito animal, como categoria vital ou material, que não se submeta ao controle do “eu”, da instância anímico-espiritual de direção humana.¹⁸⁶ De outro lado, é evidente que os pensamentos e os impulsos

¹⁸³ Ver também Schünemann (1996).

¹⁸⁴ Sobre a casuística da personalidade no conceito de ação roxiano ver Guaragni (2005, p. 259). Também Santos (2002, p. 27). Sobre o conceito de personalidade consultar Abbagnanao (2000, p. 758).

¹⁸⁵ “A ação como *manifestação da personalidade* constitui a *mais geral* e, por isso mesmo, a *menos específica* definição do conceito de ação, capaz de apreender todas as modalidades de *objetivações da personalidade* – para usar a fórmula e Arthur Kaufmann -, mas parece excluir o traço humano *específico* que distingue a ação de qualquer outro fenômeno natural ou social: a realização do propósito; em outras palavras, a *manifestação da personalidade*, como mera relação entre pensamentos/emoções e acontecimentos exteriores, parece negligenciar a natureza *constitutiva* dos *atos psíquicos* para a estrutura da ação humana, conhecimento já incorporado à teoria científica da ação”. (SANTOS, 2002, p. 26, grifos do autor).

¹⁸⁶ Como exemplo de exclusão de ação no seu conceito pessoal diz Roxin: “Si un sujeto es empujado com fuerza irresistible contra la luna de una ventana, o si durante el sueño, o em um delírio o en un ataque convulsivo, el mismo golpea em torno suyo, o si reacciona de modo puramente reflejo, todas éstas son manifestaciones que no son dominadas ou dominables por la voluntad y la conciencia y por tanto no pueden ser calificadas como manifestaciones de la personalidad, ni imputadas a al capa anímico-espiritual de la ‘persona’”. (ROXIN, 2002, p. 252).

da vontade pertencem a esfera espiritual-anímica da pessoa, no entanto estão guardados em seu íntimo e não se põem em relação com o mundo exterior convivencial, por isso não são manifestações da personalidade e portanto não são ações. (ROXIN, 2002, p. 252).

Roxin parte da premissa que todos os conceitos estruturais do direito penal constituem-se a partir de suas respectivas significações, da mesma forma propõe uma análise do tipo estruturada sistematicamente em três perspectivas de sentidos: sistemático, político criminal e dogmático. A sistematização do seu modelo de tipo representa funções distintas deduzidas dos seus sentidos. Dessa forma, o sentido sistemático decorre da função precípua do conceito analítico do delito, compreendido pelo conjunto da conduta típica, antijurídica e culpável. O político-criminal esbarra no sistema de garantia que o tipo representa em razão do principio da legalidade penal; enquanto o sentido dogmático se deduz da forma sistemática do tipo, porquanto se estabelece pela diferenciação do erro sobre os elementos constitutivos do tipo, como critério de exclusão do dolo. (ROXIN, 2002, p. 277).

Embora Roxin mantenha a disposição sistemática do tipo em objetivo e subjetivo¹⁸⁷ acolhidos pelo finalismo, desta concepção se afasta na relação do tipo com a antijuricidade, porque entende que ao tipo cabe a função positiva de desenhar as características da conduta delituosa e à antijuricidade a função negativa de excluir as condições que conformam o tipo quando concorrer qualquer causa que elimine a sua positividade. Escorado na teoria dos elementos negativos do tipo Roxin defende que o tipo é substância essencial da antijuricidade, é sua *ratio essendi*. (ROXIN, 2002, p. 283)¹⁸⁸

¹⁸⁷ “Desde el descubrimiento y reconocimiento de los elementos subjetivos del tipo se ha impuesto de modo general en la ciencia alemana la separación de tipo objetivo y subjetivo, en la que también se basa esta exposición. Sin embargo, hay que tener claro que acción típica constituye una unidad de factores internos y externos, que no se puede romper, pero sí que se puede tener presentes sus momentos particulares (tanto objetivos como subjetivos) en sus peculiaridades. Conclui o autor que “La separación entre exterior e interior sólo sirve para el orden externo y ha de resultar improcedente cuando contradiga el sentido de un concepto”. (ROXIN, 2002, p. 303).

¹⁸⁸ “Esta teoría llega a la conclusión de que las causas de justificación excluyen no sólo la antijuricidad, sino ya el propio tipo. Tipo y antijuricidad se funden en un tipo global (o total) de injusto, que incluye dentro de sí la totalidad de los elementos sustanciales para el juicio de injusto (elementos positivos y negativos, escritos y no escritos, relevantes para la comisión y para la omisión”. (ROXIN, 2002, p. 284).

3.3 ANÁLISE DO CONCEITO DE ILICITUDE

O exame de uma conduta no estrito campo do direito penal para determinação de sua qualificação delituosa passa pelo processo de imputação na esfera do tipo e da ilicitude. Quer dizer que, numa perspectiva democrática do injusto penal em que o direito é um instrumento de garantia do sujeito em face das intervenções estatais o juízo de afirmação de uma conduta delituosa não se reduz à constatação – formal - negativa da ilicitude. A concepção segundo a qual a ilicitude é o que se opõe à licitude, como formação reducionista de regra e exceção é tautológica¹⁸⁹ e neutraliza a condição da conduta humana no plano da realidade convivencial pela exclusão do sujeito. De outro lado, estabelece uma relação universal do código binário lícito/ilícito para simbolizar a unidade e a estabilidade da ordem jurídica.

Juarez Tavares pontifica que “como condições de solução dos conflitos sociais, as causas de justificação, portanto, não podem ser vistas simplesmente como exceções de comportamentos proibidos, senão como instrumentos de convivência social, onde muitas vezes a justiça deve ceder lugar à conveniência”. (TAVARES, 2000, p. 257).

O processo de imputação como condição de qualificação da conduta no âmbito jurídico-penal está relacionada à autonomia¹⁹⁰ do sujeito. Considerando que a autonomia se caracteriza pelo seu aspecto relacional e por uma liberdade condicionada, em princípio, a prática de uma ação delituosa é relativamente autônoma, ao menos até que não viole o conteúdo de um bem jurídico, conforme as condições reais da conduta. A investigação acerca das condições de realização da conduta é que conformará o processo de tipicidade – ver o quadro onde tratamos da tipicidade - , assim como da ilicitude, como parte do processo de imputação, preservando-se as suas prescrições e formalidades, bem como as suas realidades materiais e autonomias relativas. Nessa perspectiva, são as condições objetivas e subjetivas da conduta ofensiva ao bem jurídico que permitirá a sua defesa. Assim também a defesa ao bem jurídico percorrerá critérios objetivos e subjetivos, somente a partir da violação.

¹⁸⁹ “Analisando o conceito de antijuridicidade, que na teoria geral aparece como sinônimo do delito pode-se concluir que na economia do delito ele é um conceito tautológico. Isto porque na definição analítica do delito afirma-se que o mesmo é uma ação típica, delituosa (antijurídica) e culpável. O que não se explica e nos parece importante ressaltar é e que esta definição tautológica do delito cumpre uma finalidade ideológica, presente em toda teoria do delito – disfarçadamente, mesmo quando se rejeita a concepção jusnaturalista insiste-se em enlaçar a “mala in se” e a “mala prohibita”. A antijuridicidade é um conceito que reitera essa conjunção da qual não abre mão a dogmática penal”. (WARAT, 1994, p. 215).

¹⁹⁰ “A conjugação do respeito à autonomia de decisões e da ponderação de bens parece constituir o filão para se elaborar uma teoria das causas de justificação. Nesse passo, não se deve propugnar por uma solução absolutamente correta, senão por aquela que mias se ajuste a um sistema que faz da liberdade individual o primado das indagações e efeitos da ordem jurídica”. (TAVARES, 2000, p. 262).

Sob a ótica tradicional da política os caracteres de justificação criminal se afirmam numa concepção naturalista de defesa, oriunda de uma liberdade ideal – *absoluta* - de contratar, em vista de o Estado manter o controle social das condutas mediante a cláusula da vontade geral, e por isto a constituição de uma obrigação gera um direito. Uma outra linha entende que em razão do pacto social entre o Estado e a sociedade, quando aquele se ausenta de uma circunstância de proteção individual, delega poderes ao indivíduo para se auto-defender.

Numa política garantista o juízo de permissão da atuação do sujeito se configura na proteção à pessoa humana, assegurada pela estrutura normativa do Estado, seja na ciência jurídico-penal e seus postulados normativos, ou qualquer outro ramo do Direito, sempre sob a filtragem do direito constitucional, tendo como corolário o princípio constitucional da presunção de inocência.

3.3.1 Constituição das causas de justificação

O sistema clássico operava as causas de justificação independentemente de sua perspectiva subjetiva, estreitando lealdade à natureza e características do seu modelo causal-naturalista de ação. A justificação se conforma com os dados objetivos de realização da permissão.

Com o processo de subjetivação do injusto, a partir do neokantismo e do finalismo, se vai notabilizando os elementos subjetivos do tipo e, pois, também dos conteúdos normativos de justificação criminal, por conta do desvalor do resultado e da conduta. A questão, entretanto, passar a ser se o conteúdo de justificação da relação dos elementos objetivos e subjetivos exige uma correspondência linear com o tipo, enquanto requisito para que o ato se justifique. Esta abordagem só interessa se o tipo é compreendido como avaliação da conduta no processo de subsunção.

Entretanto, se o tipo é compreendido como instrumento de delimitação da intervenção estatal na liberdade individual, nos moldes que foi apresentado no quadro sobre tipicidade - supra - “torna-se irrelevante para justificar determinado ato configurado como típico exigir-se que se efetue sobre esse ato uma projeção de circunstâncias objetivas e subjetivas, de forma a que as circunstâncias objetivas eliminariam o desvalor do resultado e as subjetivas o desvalor do ato”. Nesse viés o que condiciona o exame da conduta é o processo de imputação, sendo possível à eliminação do desvalor do ato sem considerar o estrato da conduta como decisão do

agente. O que se pretende é demonstrar a imprescindibilidade da ordem dogmática para uma prévia avaliação dos elementos subjetivos de justificação, admitindo-se, portanto, em casos reais para verificação das condições de atuação do agente. (TAVARES, 2000, p. 251).

Portanto, na concepção defendida por Juarez Tavares os elementos subjetivos da justificação se afirmam no processo de imputação, tendo como base a teoria do risco permitido, como critério de avaliação após a realização da conduta. “Somente dessa forma é que se poderá afirmar que no caso concreto se torna necessária uma ponderação acerca de sua incidência ou não, para dirimir as questões ainda pendentes”. (TAVARES, 2000, p. 255).

Admitindo-se que as causas de justificação possuem características semelhantes às constitutivas do tipo, portanto detém uma face objetiva e outra subjetiva, é prudente que o procedimento de sua constituição também se configure em duas fases. A primeira fase far-se-á mediante o fundamento do processo de imputação, e na segunda fase a investigação incidirá sobre a ‘situação justificante’, excepcionalmente, em casos reais.

A concepção teórica que abarca o tema que consiste na construção das causas de justificação permite o desdobramento da análise dos seus elementos subjetivos em dois momentos: do conhecimento da “situação justificante” e o (re)conhecimento da vontade sobre a situação justificante.

Não é pacífico o entendimento sobre a situação justificante e a vontade justificante, permitindo apontar que a tendência de autores como Welzel, Maurach/Zipf, Jescheck/Weigend e Günther, é no sentido do conhecimento prévio da situação justificante e da vontade sobre o atuar justificante, como requisitos para constituição da justificação. (WELZEL, 2002, p. 100; MAURACH; ZIPF, 1994, p. 432; JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 352; JAKOBS, 1997, p. 431-438) Por outro lado, satisfeito com o conhecimento da situação justificante está Roxin, para quem não é necessário que o sujeito obre além da finalidade da justificação. (ROXIN, 2002, p. 597).¹⁹¹

3.3.1.1 Concepção causal

Mesmo que Jhering tenha revelado a noção de contrariedade normativa com fundamento na responsabilidade pessoal de uma relação jurídica privada, com o fim de avaliar a prática de um ato ilícito e de um ato culpável, esta sua concepção delimitou a área do ilícito

¹⁹¹.Assim também, no Brasil Santos, (2002, p. 155).

e contribuiu de forma relevante para o desenvolvimento do conceito de ilicitude criminal. Daí surge o conceito de uma antijuridicidade objetiva, que significa o juízo de relação entre a ação causal, posta em marcha pelo impulso volitivo e identificada no tipo, e a proibição ou determinação da ordem jurídica, prevista na norma. (TAVARES, 1980, p. 23).¹⁹² Mais tarde Jhering define o crime como “uma ação punível publicamente ou contrária à lei penal”. (JHERING, 2002, p. 320, grifo do autor).

Entretanto, é com Liszt que a noção de ilicitude adquire conteúdo jurídico-penal e se constitui como elemento autônomo do conceito de crime. A sua definição de crime aponta o traço da ilicitude penal com o caráter de contradição e de justificação: “Como injusto, o crime, do mesmo modo que o delito civil é *illegal*, ou por outros termos é a transgressão de uma norma do Estado, de um preceito proibitivo ou imperativo da ordem jurídica”. Complementa o autor que “só excepcionalmente e por *causas especiais* é lícita à lesão de interesses juridicamente protegidos. A doutrina sobre a ilegalidade do crime não é mais do que a exposição das causas que por exceção tiram ao crime o caráter da ilegalidade”. (LISZT, 2003, p. 236-239).

Os demais precursores da teoria causal não dispensaram maior atenção ao desenvolvimento teórico da ilicitude, coerentes, pois, com a natureza mecânica da noção de ação refletida no tipo como matéria de proibição. O tipo e a ilicitude são elementos do injusto penal com distintas autonomias.

3.3.1.2 Concepção neokantista

O projeto de universalidade da ordem jurídica unguida pela institucionalização da ilicitude se sedimenta no direito penal a partir da concepção neokantista que a fundamenta como pressuposto da punibilidade. Por isto que se diz que a ilicitude da ação é um pressuposto essencial da punibilidade. Essa perspectiva teleológica do direito penal já aparece manifestamente nos preceitos penais, porém só se expõe seu significado junto com as funções que se atribui aos preceitos penais, por se tratar da própria essência do injusto. (MAYER, 2007, p. 11).

¹⁹² “A comprovação da antijuridicidade é feita pela comprovação objetiva entre as normas jurídicas e o fato típico. O fato típico é antijurídico quando contradiz as normas jurídicas”. (TAVARES, 1980, p. 23).

Esta concepção da ilicitude como fundamento da punibilidade pela realização da conduta típica que atravessa a historiografia da ciência jurídica, e que ganha foros sistemáticos, dogmáticos e metodológicos (MAYER, 2007, p. 11/16). na teoria neokantista se apóia na concepção sistêmica de culpa e responsabilidade pessoal do sujeito – abstrato – que exige a investigação das reais circunstâncias da prática social. Para o sistema funcionar é necessário que a causa da sua disfunção – a conduta criminosa - seja identificada e situada na culpa pessoal do sujeito responsável. A responsabilidade do sujeito está fundamentada na liberdade absoluta, de contratar. (ZIZEK, 1996, p. 10-14).

Neste viés Mayer propõe o conceito de ilicitude que se caracteriza por um juízo negativo, marcada pela conduta violadora do tipo, e um juízo positivo com a afirmação da ilicitude pela ausência de justificação, determinante da responsabilidade pessoal. Assim, se constrói a relação tipo/ilicitude, de forma que este código binário siga suas funções, o tipo como forma indiciária da ilicitude. Juarez Tavares também alerta que a posição do tipo como indicio da ilicitude – antijuridicidade para o autor – demonstra o caráter sistêmico da relação tipo/ilicitude de forma a configurar o binômio regra/exceção. (TAVARES, 2000, p. 151).

A posição tomada por Mezger referente à formulação do injusto, da mesma forma que Mayer, refere à ilicitude como fundamento da punibilidade, cravada na responsabilidade pessoal. Por isto, “a antijuridicidade ou, como se costuma dizer na atualidade, o injusto, é o pressuposto imprescindível de todo fato punível”. (MEZGER, 2004, p. 89). Dessa forma, Mezger trata da formulação do injusto como fato punível e antijurídico, quer dizer, ação tipicamente antijurídica e culpável. Deduzem-se dessa concepção um aspecto externo (injusto objetivo), e outro interno (elementos subjetivos do injusto), que se apresenta com caráter de exceção. A teoria da antijuridicidade trata da sua fundamentação e da exclusão. Quanto à fundamentação da antijuridicidade, se refere aos princípios gerais que lhe informam e à estrutura típica dos fatos puníveis, enquanto a exclusão se ocupa da exclusão do injusto de acordo com os princípios da sua ausência e do direito predominante. (MEZGER, 2004, p. 54).¹⁹³ “O injusto aqui é, assim, deduzido da violação a uma norma de valoração que se dirigem a todos, diversamente da culpabilidade, que está associada a uma norma de dever, que se vincula somente a quem esteja pessoalmente obrigado ao seu cumprimento”. (TAVARES, 2000, p. 151).

¹⁹³ “La teoría del hecho punible comprende: a) las formas generales de aparición del hecho punible. Muestran lo que es común a todos los hechos punibles. Por ello, son a la vez, la teoría de los elementos comunes a todo delito. La “tipicidad” no constituye, en esta correlación, un elemento independiente (substancial) del hecho punible, sino solamente un agragado adjetival a dichos elementos fundamentales: ‘acción típica’, ‘antijuridicidad típica’, ‘culpabilidad típica’. (MEZGER, 2004, p. 53).

Embora Mezger altere a posição sistemática da relação em torno do tipo/ilicitude especificando ao primeiro a condição essencial do segundo, ou seja, sua *ratio essendi*, não afeta a composição dogmática ou metodológica do injusto penal, perdurando o mesmo fundamento de Mayer.

3.3.1.3 Concepção finalista

A concepção do tipo de injusto desenvolvida pela teoria finalista imprime um giro metodológico na formulação do conceito de delito em vista do desenvolvimento ontológico da natureza da ação. O injusto é formulado em torno do conceito de ação que refletirá no tipo e na ilicitude. Assim, o injusto adquire um caráter pessoal e subjetivo, subjetivando, por consequência os contornos da ilicitude.

Apesar do processo de subjetivação do conteúdo do tipo de injusto em face da apreensão ontológica da ação estabelecendo um acentuado desvalor do ato, preserva o finalismo o caráter indiciário do tipo em sua relação com a ilicitude, quando ausentes às causas de justificação. Diz Welzel que “se o autor realizou objetiva e subjetivamente a conduta típica de uma norma proibitiva, atuou de forma antinormativa. A tipicidade e, por conseguinte a antinormatividade é um indício de antijuridicidade”. (WELZEL, 2002, p. 96).

O caráter pessoal do tipo de injusto que irradiou um modelo de ação universal dimanou também distorções em vários setores do delito e, na ilicitude, é possível identificar com transparência nas causas de justificação a necessidade da presença do elemento subjetivo, mesmo quando presentes os elementos objetivos.¹⁹⁴ Neste caso é indispensável uma observação: a concepção finalista aponta que para a ocorrência da causa de justificação necessita que o atuar do agente detenha um conhecimento sobre os seus elementos objetivos e os subjetivos. Significa que o agente deve operar sob o pálio da causa de justificação com o conhecimento sobre os seus dados objetivos, por exemplo, conhecer que está agindo em conformidade com os elementos da legítima defesa e, ainda que sua vontade se dirija

¹⁹⁴ “La antijuridicidad es un juicio de valor “objetivo”, en tanto se pronuncia sobre la conducta típica, a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico. El objeto que es estimado como antijurídico, es decir, la conducta típica de un hombre, constituye una unidad de momentos del mundo externo (objetivos) y anímico (subjetivos). Debido a la ambigüedad del concepto “objetivo” ha surgido el equívoco de que la antijuridicidad sólo podría referirse el aspecto objetivo (del mundo externo) de la acción, por ser un juicio de valor “objetivo”. En realidad, el empleo de la palabra “objetivo”, en ambos casos, no tiene nada en común. La antijuridicidad es objetiva sólo en el sentido de un juicio de valor general; su objetivo, la acción, en cambio, es una unidad de elementos objetivos (del mundo externo) y subjetivos”. (WELZEL, 2002, p. 61).

exclusivamente a esta defesa “(consciência da agressão ou vontade de se defender?)”. (TAVARES, 2000, p. 154). Se identifica mais dois problemas gerados em consequência desta visão do finalismo: “primeiro, solucionar os efeitos da eximente incompleta, se o autor é punido por crime consumado ou por crime tentado; segundo, se isto também vale para os crimes culposos”. Estas questões ainda padecem de solução no âmbito da teoria do injusto. (TAVARES, 2000, p. 154)

3.3.1.4 Concepção funcionalista

A teoria funcionalista desenvolve uma concepção coerente com o fundamento que lhe empresta ao tipo de injusto, razão pela qual a disfunção sistêmica se regula com o propósito que incumbe ao direito penal na tarefa da regulação social através da pena: o funcionalismo teleológico. Em regra geral o funcionalismo segue o entendimento segundo o qual uma conduta típica é, ou conforme ao direito ou ilícita, seguindo-se, pois, o critério adotado pelo finalismo em que o tipo é uma forma indiciária da ilicitude.¹⁹⁵

3.3.1.5 O processo de imputação

A imputação se caracteriza em demarcar os parâmetros pelos quais se procede a incidência do conteúdo normativo do direito penal com assento nos elementos integrantes do conceito analítico de crime a partir da realização da conduta humana. O processo de imputação conduz à identificação dos delitos dolosos, culposos e omissivos, considerando-se em um primeiro plano a perseguição ao objeto de referência da conduta representado pela especificação do bem jurídico. Em um segundo estágio permite a imputação individualizar a pessoa que efetivamente praticou a conduta. E um terceiro estágio, que se projeta sobre todas as circunstâncias que se relacionam com a substância da conduta, como causas pessoais de inexigibilidade de conduta, inconstitucionalidades, condições objetivas de punibilidade,

¹⁹⁵ Diz Roxin que “Los conceptos sistemáticos penales de la “antijuridicidad” y del “injusto” se distinguen en que la antijuridicidad designa una propiedad de la acción típica, a saber, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho penal, mientras que por injusto se entiende la propia acción típica y antijurídica, o sea el objeto de valoración de la antijuridicidad junto con su predicado de valor. Así pues, en el concepto del injusto se reúnen las tres categorías delictivas de la acción, tipicidad y antijuridicidad. El injusto penal, dado que presupone un tipo penal, es siempre una materia específicamente jurídicopenal”. (ROXIN, 2003, p. 557).

onde numa perspectiva empírica seja possível identificar formas constitutivas do direito do agente ao tempo da ação.

Tradicionalmente o código penal brasileiro e a doutrina tratam do processo de imputação reduzindo-o à condição da causalidade física dos crimes resultado naturalístico, tendo em vista que a própria natureza e características desses crimes se atribuem por um procedimento de subsunção formal, oriundo da mecânica clássica, a identificação da subscrição legal da proibição ao agente.

Em fidelidade à postura assumida quanto à emancipação do sujeito no injusto criminal pela configuração do bem jurídico como uma condição da pessoa humana, para de pronto afastar as demais concepções voluntaristas da ação, seja no plano ontológico ou funcional, o processo de imputação assume uma vertente de garantia da contenção de intervenção estatal na liberdade individual, exceto quando não se exigir outra intervenção.

Juarez Tavares propõe que a imputação se oriente sobre uma base pessoal do agente, quando identificar-se, inexoravelmente, o injusto como obra do agente. Segundo o autor, isto não implica o acolhimento da tese neohegeliana de que o fato deve ser visto como uma exteriorização da própria vontade. Aqui a vontade se afirma como “modalidade de medição da intensidade da agressão ao bem jurídico”. Dessa forma, o processo de imputação se desenvolve objetiva e subjetivamente, como forma de medição dessa intensidade, em dois planos. O primeiro ocorre com a precisão da relação física entre a conduta incriminada e o sujeito. O segundo, se dá com a individualização da própria conduta, onde se proceda a uma depuração empírica da ação do sujeito na execução do ato. Dessa forma a imputação obedece a duas ordens: “uma imputação objetiva, no âmbito puramente objetivo, à ação proibida e ao seu objeto, bem como ao resultado e uma imputação subjetiva, que diz respeito à configuração do dolo e seu alcance, bem como aos elementos de sua diferenciação com a culpa”. (TAVARES, 2000, p. 205)

CAPÍTULO IV – A NOÇÃO DE BEM JURÍDICO NO TIPO DE INJUSTO: PERSPECTIVA EMANCIPATÓRIA DO SUJEITO

4.1 PERSPECTIVAS CONCEITUAIS DO BEM JURÍDICO

Antes de conceituar o bem jurídico,¹⁹⁶ a tarefa mais complexa é estratificar o sentido que se lhe incorpora na matéria de proibição para estabelecer a relação entre o sujeito, autor da ação delituosa, e o conteúdo normativo instituído pelo tipo. Numa dimensão democrática de institucionalização do poder estatal, o direito penal é um instrumento de garantia na defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana. Nesse modelo institucional o tipo penal se caracteriza pela descrição de um comportamento humano – ação ou omissão – dirigido a um objeto definido, valorado pela conduta ofensiva a um específico bem jurídico. Consequentemente, o tipo como corolário da ação indica que a norma jurídica que define o injusto é uma norma de conduta¹⁹⁷ e, como tal deve estar imbricada à determinada finalidade. Assim, o fim da norma é a delimitação da intervenção do Estado na liberdade individual, para a qual o pressuposto material é a lesão de um bem jurídico. (TAVARES, 2000, p. 175).

Há uma tradição na doutrina em tratar o bem jurídico como objeto de proteção da norma, caracterizando-se numa lesão a um direito. Na verdade é uma concepção originária do contrato social, visto que a cláusula que estabelece a liberdade de contratar é infringida em razão de um dever geral, fruto de uma vontade abstrata representada por valores éticos universais. Averte Malarée que:

a consideração material do delito como uma lesão de um direito não é mais que a expressão da teoria do contrato social no direito penal: os homens diante da insegurança que supõe viverem isolados, decidem organizar-se em sociedade e confiar ao Estado a conservação da nova ordem criada. O Estado surge como garantia das condições de vida em comum. (HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 13).

¹⁹⁶ “A impressão que a história do bem jurídico deixa é a de um processo em espiral ao longo do qual se sucederam fenómenos de revolução no sentido etimológico (*revolutio*), de retorno ao que se julgava já irrepetivelmente abandonado. Não menos vincada é a impressão de extrema liquidez e mimetismo do conceito, capaz de assumir aos conteúdos e desempenhar os papéis aparentemente mais irreconciliáveis e antinómicos”. (ANDRADE, 1985, p. 76).

¹⁹⁷ Hart trata de um modelo de norma de reconhecimento assim definida: “Esta especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce. A existência de uma tal regra de reconhecimento pode tomar uma qualquer de entre uma vasta variedade de formas, simples ou complexas”. (HART, 2001, p. 104).

Com outra argumentação Juarez Tavares nega a qualidade de objeto de proteção do bem jurídico colocado como pressuposto do tipo, por duas razões: primeira, porque essa falaciosa proteção não possui conteúdo real, tendo em vista que inexistente possibilidade de demonstração que a construção típica de uma conduta delituosa, efetivamente, proteja o bem jurídico; segunda, essa suposta proteção só existe no plano formal sem qualquer lastro material que lhe fundamente. Por outro lado, essa pressuposição protetiva traduz uma opção por uma política criminal exclusivamente sistêmica, transformando o tipo em instrumento de “manutenção e reprodução da ordem” (TAVARES, 2000, p. 176) legal, destituindo, dessa forma, seu caráter de garantia individual em desfavor das intervenções autoritárias do Estado.¹⁹⁸

Inicialmente se percebe a complexidade de nomeação definitiva de um conceito de bem jurídico,¹⁹⁹ haja vista a percepção político/ideológica que atravessa o processo de incriminação da conduta realizada pelo poder político na elaboração do tipo penal. O processo de seleção do bem jurídico empreendido pelo Estado reflete no propósito de construção de um direito penal democrático, que deve estabelecer de forma objetiva e segura o limite da esfera de proibição. Na tarefa de democratização do direito penal na configuração do tipo de injusto, independente do projeto de política criminal das correntes teleológicas, é imprescindível que o tipo – instrumento que molda o modo-de-ser do sujeito, segundo a concepção contratual do direito penal – como instrumento revelador do bem jurídico se mantenha na qualidade de veículo de “comunicação normativa” (TAVARES, 2004, p. 16)²⁰⁰ entre a sociedade e o

¹⁹⁸ “Aqueles que entendem que o homem existe para o Estado se utilizarão de um conceito transcendente do direito – o direito não existe para o homem, e sim o homem para o direito – e o conceito de bem jurídico desaparecerá, ou então se sustentará que o único titular dos bens jurídicos é o Estado e que o próprio homem é um bem jurídico do Estado. O homicídio e o aborto não serão punidos porque destroem um ente único em sua individualidade, e que deve ser tratado como um fim em si mesmo e respeitado como tal na autonomia de sua consciência, mas porque priva o Estado de um soldado, de uma fonte de mão-de-obra, de um contribuinte. Este direito penal autoritário é completamente alheio a nosso sistema jurídico vigente e aos princípios que tradicionalmente o regem”. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999, p. 463).

¹⁹⁹ A dificuldade de determinar-se um conceito de bem jurídico é manifesta na doutrina jurídico-penal. Assim, Figueiredo Dias: “A noção de bem jurídico (seja ela embora, como já se vê, uma noção fulcral de toda a nossa disciplina) não pôde, até o momento presente, ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que a permita converter em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado”. (DIAS, 1999, p. 62). Prado também ressalta a sua casuística em delimitar dois aspectos do bem jurídico: o conceito e o processo seletivo dos bens para configuração do conteúdo normativo. Por isto, destaca “a ausência de contornos precisos e do questionamento a que tem sido submetido”. Demonstra também, com maior ênfase, que o problema mais grave “é o de fixar concretamente os critérios pelos quais se deve proceder à seleção dos bens e valores fundamentais da sociedade”. (PRADO, 1997, p. 17-19).

²⁰⁰ Expressão cunhada de Juarez Tavares (2004, p. 16).

Estado para gerar o processo de legitimidade normativa, com a manutenção dos limites da incriminação.

Mesmo antes da árdua tarefa de estabelecer um conceito de bem jurídico é necessário fixarmos os parâmetros instituintes da sua evolução histórica.

4.2 ESCORÇO SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NOÇÃO DE BEM JURÍDICO

A concepção teórica do bem jurídico se institucionaliza com o advento do iluminismo, porque é a partir deste momento histórico que se traça os contornos dogmáticos do conceito laico de crime. O que se percebe nas correntes iluministas do discurso jurídico-penal é a afirmação do processo de legitimação do caráter punitivo do sistema penal. Vale ressaltar que essa legitimação ocorre em função da legalidade penal que se assenta ao longo do século XVIII, com o desenvolvimento do denominado direito penal liberal moderno.²⁰¹ Significa dizer que a característica do direito penal moderno, corolário da ilustração, é a fundamentação do direito de punir do Estado, em vista não só do processo de massificação da positivação do direito penal, mas principalmente por este motivo e pela caracterização do conceito material de crime, arrimado na definição do bem jurídico.

Nos antecedentes do marco histórico da ilustração o direito penal permaneceu envolto em duas marcantes características: a perspectiva privada do crime, atrelada ao pecado e a “responsabilidade penal flutuante”.²⁰² No período antigo e na idade média, não se pode negar a presença da violação pública de um dever, característico da atividade delituosa, mas não simbolizava a sua marca predominante. Dessa forma, o crime sublinha uma natureza privada, no sentido específico da legitimidade de poder para a imposição da pena. A

²⁰¹ “A lo largo del desarrollo experimentado em el siglo XVIII por el pensamiento penal, em el cual se sientan las bases de lo que podríamos denominar precedentes de la construcción científica y moderna del Derecho penal, se advierten los preliminares de la delimitación del concepto de bien jurídico, configurándose una “*prehistoria*” de la formulación de esta teoría, sobre la que ha de gravitar el centro del sistema penal. La fundamentación de la pena se reconoce en la desvaloración de una previa lesión jurídica, para cuya delimitación positiva Montesquieu, Rousseau y Voltaire reivindicaron el reconocimiento de los presupuestos ideológicas liberales propios de la “época de las luces” más allá de los principios jurídico-filosóficos del pensamiento kantiano, que cristaliza en la obra de Beccaria, símbolo del inicio del moderno Derecho penal liberal europeo”. (NAVARRETE, 2000, p. 330). Assim também: “La legislación penal de nuestros días corresponde a la idea legislativa que inspiró la codificación del derecho penal con posterioridad a la Revolución Francesa de 1789. Concretamente se puede decir que el derecho penal moderno está edificado sobre la herencia del Iluminismo o la Ilustración y se presenta en la actualidad como la condensación de diferentes corrientes intelectuales de signos opuestos que se han ido superponiendo a lo largo de su desarrollo”. (BACIGALUPO, 1999, p. 79).

²⁰² Expressão cunhada de Aníbal Bruno. (BRUNO, 1984, p. 69).

característica privada do crime não se dá em razão da natureza da tutela penal, mas tão somente em função da “titularidade” para imposição da pena. Se a pena é aplicada pelo soberano, sacerdote, chefe da tribo ou clã, *pater familiae*, etc., é que o crime será classificado como natureza pública ou privado. Aqui já se verifica os primórdios da preocupação ascendente com a punição, a relevância da pena.

É possível afirmar ainda, que o caráter privado da punição e por conseqüência também do crime é também um produto do modelo de organização social que predominava até o desfecho da sociedade feudal do ocidente, estritamente grupal.²⁰³ Nesses modelos incipientes e primários de comunidade, marcada pela ausência de um órgão que exerce o manto da autoridade de forma coletiva, a vigência do seu conjunto normativo é produto do costume, enquanto a relação de obrigatoriedade se apresenta no temor religioso ou através da magia, sobretudo no que concerne ao culto dos antepassados, fiéis ao respeito das normas, principalmente quando afeta a instituições de cunho religioso ou ligada à magia. (BRUNO, 1984, p. 68).

Na história pré-moderna do direito penal não se vislumbra uma real preocupação com a definição de crime, haja vista o caráter impessoal da atividade criminosa, condicionada, notadamente, pela configuração da ação neste modelo de organização social: grupal. Por isto, a ação se caracteriza pelo exercício de uma atividade do grupo e não do indivíduo. Em razão da formação social dessas comunidades se colhe o grau de coesão e solidariedade que se experimenta nas suas relações convivenciais, o que motiva ser a expulsão do grupo uma das punições mais graves.

Entretanto, se um crime é realizado, há duas possibilidades de sanção, uma restitutiva e outra retributiva.

Quando o ato contrário à norma pode ser reparado e não ofende as condições existenciais da sociedade, basta a sanção restitutiva, que anula o ato e torna a pena sem objeto. Mas, se a agressão é mais profunda, ou se o mal é irreparável, há, então, que atingir o crime, e como o crime é coisa abstrata, punir o crime no seu suporte material, o criminoso, ou alguém por ele. (BRUNO, 1984, p. 69).

²⁰³ “Por força do impulso de associação, que marca de maneira tão profunda o destino dos homens, o que encontramos na história e na pré-história da humanidade são grupos humanos e não indivíduos isolados, e dentro desses grupos, desde logo, normas de comportamento social. Grupos que se formam natural e precocemente e conjunto de normas de limitação das atividades de cada *socius*, dos seus interesses e apetite, no sentido da paz social. E a esse conjunto normativo se poderia dar por extensão o nome de Direito, segundo a velha fórmula *ubi societas ibi jus*, embora não apresente as notas essenciais que a ciência moderna atribui ao jurídico e seja ainda um complexo indiferenciado, no qual só mais tarde irão definir-se, como corpos distintos, a Moral, o Direito, a Religião, apoiadas todas essas normas, de caráter costumeiro, anônimas, criadas e crescidas por impulso espontâneo da consciência coletiva, na religião e na magia. Por essas normas, ajusta-se a conduta dos *socii* a um padrão comum, o padrão que convém à unidade e coesão do grupo”. (BRUNO, 1984, p. 67).

Na sociedade pré-moderna, bem como na contemporânea, o objeto da sanção é atingir o sujeito para simbolizar a destruição do crime, no dizer de Bruno: “A punição do homem é a destruição simbólica do crime”. (BRUNO, 1984, p. 69).

De outro lado, a manifestação do poder na regulação das condutas sobre as ações grupais era regida pela lei eterna ou divina. Dessa forma, o poder secular se caracterizava pela emanção de uma ordem divina.²⁰⁴ O exercício de poder sobre as ações humanas simbolizavam a representação natural de Deus na terra, o que leva a concluir que o crime se confunde com o pecado, porque imprime uma ofensa à lei divina, que é eterna²⁰⁵ e atemporal. Na pré-modernidade a figura do crime é representada por uma falta a um dever emanado das leis divinas.

O modelo de punição da pré-modernidade caracteriza uma forma de “responsabilidade flutuante” que se estabelece, a rigor, na busca da purificação da comunidade, independentemente, da imputação penal incidir sobre o autor do delito. Para Aníbal Bruno a exigência da punição é tão significativa e imperiosa que, mesmo que desconhecido o verdadeiro autor do crime, o ato punitivo, vai, muitas vezes incidir sobre qualquer outra pessoa, “a quem seja atribuído o fato pela própria vítima ou seus parentes, ou por processo de natureza mágica”. Conclui o autor, “é a responsabilidade flutuante, em busca de um responsável para a pena, que libertará o clã da impureza que o crime o contaminou”. (BRUNO, 1984, p. 69).

Na perspectiva do direito natural teológico inexistente a concepção de bem jurídico, seja como fundamento da incriminação ou da aplicação da punição, haja vista que o crime –

²⁰⁴ “O pensamento social medieval adotou assim a forma de um pensamento teológico. Está <<ancorado na tradição>>. Sua idéia básica é uma concepção da *ordem*: o universo é visto como criação de um Deus, que o governa pessoal e diretamente e que atribui a cada ser – também, portanto, aos seres humanos – um lugar determinado nele. Esta <<ordem>> é produto da razão divina. Uma série de conceitos resultará chave pra todo tipo de disputas sociopolíticas (desde a delimitação dos poderes das autoridades religiosas e as civis, ao princípio do período, até a legitimação da conquista da América, o colonialismo e a escravidão, ao final): trata-se dos conceitos de *lei eterna* ou *lei divina*, *lei natural* e *lei positiva* (ou seus correlatos: direito divino direito natural e direito positivo). Os três são conceitos teológicos”. (CAPELLA, 2002, p. 85).

²⁰⁵ “Por lei *eterna* se entende a lógica mediante a qual este Deus da escolástica medieval governa a criação. O conceito, em suas origens alexandrinas, foi acunhado de acordo com uma matriz platônica, ideal. Segundo Santo Agostinho, a lei divina <<é a razão ou a vontade de Deus que ordena guardar a ordem natural e proíbe perturbá-la>>. Foi, desde o princípio, um conceito problemático. Se cria poder conhecer com clareza só algum elemento de tal lei; por exemplo, os mandamentos da *primeira* tábua do Decálogo (na que figuravam os deveres dos seres humanos para com Deus), que sempre foram considerados uma *lei divina*. Mas como podiam os seres humanos adentrar-se nada menos que *na mente de Deus*? Não havia ordenado o próprio Deus bíblico sacrifícios humanos e assassinatos em massa? As mentes dos homens só podiam fazer *suposições* acerca da <<lei eterna>>”. (CAPELLA, 2002, p.86).

ou pecado – tem uma origem determinada, expressa na evidência da natureza divina.²⁰⁶ Portanto, o crime detém um caráter universal e imutável, porque é fruto da lei eterna, divina e natural e, assim, universal e imutável.²⁰⁷

A civilização helênica concentra sua concepção do direito e, pois, do crime numa perspectiva cosmológica para adequar a norma à natureza das coisas.²⁰⁸ Neste viés, o homem é destituído de sua individualidade, se compreendendo no todo da natureza das coisas, provenientes de uma lei natural, que, afinal, também encontra Deus. Na percepção grega não há configuração de bem jurídico.

²⁰⁶ “A lei positiva, ou lei humana, resulta ser também na concepção da escolástica tomista um conceito teológico. Pois só se consideram leis as promulgadas pelas autoridades e <<dirigidas ao bem comum>> em congruência com a lei natural: os mandatos seculares que não o sejam não podem considerar-se leis no interior desta teorização”. (CAPELLA, 2002, p. 87).

²⁰⁷ Ao tratar da imutabilidade do direito natural – jusnaturalismo – Tércio Sampaio, como configuração cósmica assina que “o homem se coloca diante do cosmos enquanto totalidade perfeita e acabada, por isto que idéias como a de mudança irreversível, desenvolvimento, evolução, inovação não cabem dentro da substância que fundamenta o direito. O importante é a fixação de invariantes, fixação que exclui outras possibilidades e despreza eventuais variáveis. O autor destaca que esse período histórico é marcado pela condição de integrar ou conceber o homem como parte de uma totalidade hierárquica que o envolve. Dessa forma, conclui que não há lugar para os direitos do homem como problema, porque em termos de correlação entre a parte e o todo, num universo hierarquizado e estático, a sociedade é resultado da integração de partes complementares ou concorrentes”. (FERRAZ JÚNIOR, 1974, p. 401).

²⁰⁸ Segundo a classificação adotada por Lyra Filho, “o direito natural apresenta-se, fundamentalmente, sob três formas, todas elas procurando estabelecer o padrão jurídico, destinado a validar as normas eventualmente produzidas, ou explicar porque elas não são válidas. As três formas são: a) o direito natural cosmológico; b) o direito natural teológico; c) o direito natural antropológico. A primeira liga-se ao cosmo, o universo físico; a segunda volta-se para Deus; a terceira gira em torno do homem. Dizem que o direito natural tem origem na própria “natureza das coisas”, na ordem cósmica, do universo; e daí vem a expressão direito natural, isto é buscado na natureza. Entretanto, se nos aproximarmos das concepções do que é tomado como “natureza das coisas”, verificamos que esta é apenas invocada para justificar uma determinada ordem social estabelecida, ou revelar o choque de duas ordens também sociais. Notemos, por exemplo, no primeiro caso, a atribuição ao direito natural, isto é, à “natureza das coisas” da escravidão, naquelas sociedades em que o escravagismo é o modo de produção econômica e, portanto, a base da estrutura assente. No segundo caso, temos, por exemplo, o conflito entre os costumes tradicionais religiosos, invocados por Antígona na tragédia grega de Sófocles, e a lei da Cidade-Estado, representada por Creonte”. (LYRA FILHO, 1999, p. 39).

4.3 VERSÃO ILUMINISTA DA NOÇÃO DE BEM JURÍDICO

Com a eclosão do iluminismo²⁰⁹ há uma virada de paradigma da razão de cunho teológico ou natural para a razão humana, tendo em vista a mudança de objeto da nova concepção teórica, o homem individualmente. Já frisamos no item anterior que as correntes do pensamento criminal se debruçam com maior relevância no processo de legitimação da punição (FEUERBACH , 1989, p. 62; LISZT , 2003, p. 193; ROXIN, 2003, p. 51; MAURACH; ZIPF, 1999, p. 65; NAVARRETE, 2000, p. 329; JESCHECK; WEIGEND. 2002, p. 54). – ou mais precisamente, se busca a legitimação do procedimento para o processo de aplicação da pena -, assim também se comporta a concepção iluminista que objetiva fundamentar a pena criminal na satisfação dos direitos subjetivos da pessoa humana, oriundos do contrato social.

O advento da revolução burguesa de 1789 faz surgir novas concepções acerca de valores dos bens de consumo e da propriedade privada. Com a idéia de contrato, originária de uma concepção da propriedade privada, fundada, principalmente, na noção de bem e interesse das relações de consumo, o espaço público da comunidade em que as pessoas desenvolvem suas relações é visto pelas lentes do poder dominante como um ambiente capaz de insuflar a natureza humana a agressões à propriedade e aos bens de consumo dos seus detentores.²¹⁰ A hostilização do ambiente comunitário imprime a necessidade de sua regulação, de forma abstrata, genérica, impessoal e coercitiva, através de uma ótica utilitarista e de um método empírico.²¹¹ A regulação das atividades realizadas na sociedade passa a ser concentrada

²⁰⁹ Diz Jescheck que “el lastre espiritual de la Edad Media fue definitivamente sacudido por la Ilustración, que con la fundación de una **Política criminal racional** introdujo la época moderna de la Administración de Justicia. El pensamiento racional del Derecho natural condujo a la pregunta acerca del sentido y finalidad del Derecho criminal, el ideal humanitario al triunfo de la pena de prisión (cuyas imperfecciones en la ejecución han sido siempre visibles), la secularización del Derecho penal a la división entre el Derecho y la religión, y la vinculación entre el poder punitivo con la teoría del contrato del Estado al principio de legalidad”. (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p 102, grifos do autor).

²¹⁰ Lyra Filho assevera que “a contestação burguesa da ordem aristocrático-feudal, internamente, assim como do sistema internacional montado, recorreu, então, à forma de direito natural, que denominamos antropológico, isto é, do homem, que extraía os princípios supremos de sua própria razão, de sua inteligência. Estes princípios, e de novo não por mera coincidência, eram, evidentemente, os que favoreciam as posições e reivindicações da classe em ascensão – a burguesia – e das nações em que capitalismo e protestantismo davam as mãos para a conquista do seu ‘lugar ao sol’.” (LYRA FILHO, 1999, p. 42).

²¹¹ Ao referir-se ao método empregado pela ilustração Zaffaroni, com apoio em Cassirer, entende que há uma combinação do cartesianismo com o empirismo, com ascendência deste. “Así, oponía en cuanto a método el de Newton al de Descartes. En tanto que a filosofía anterior había deducido sistemas partiendo de principios generales, los iluministas quieren partir de la fáctico para llegar a los principios generales. Es así que su método es de análisis e inducción: los fenómenos son lo dado y los principios lo inquirido”. (ZAFFARONI, 1999, p. 76).

formalmente na reserva de legalidade penal – na lei²¹² – a partir da noção material do valor do bem, que normatizado adquire a denominação bem jurídico. A norma simboliza a paridade dos valores sociais atribuídos à propriedade e aos bens de consumo e o Estado o órgão garantidor da sua aplicação.²¹³ O contrato social se constitui da instituição imaginária que caracteriza e classifica as ações praticadas pela pessoa humana e sua relação com o Estado.²¹⁴

A elaboração racional do conceito de bem jurídico a partir da ilustração²¹⁵ conforma aspectos políticos e econômicos, oriundo da ascensão de classes sociais e do poder político. Hassemer e Juarez Tavares alertam para influência e relevância política na formação dogmática do conceito de bem jurídico, e admitem a sua impureza jurídica. Se pensarmos corretamente sobre a origem e criação do conceito de bem jurídico, veremos que os impulsos de política criminal e do próprio direito estatal desempenham na solução de seus problemas um papel tão significativo quanto às considerações de ordem dogmática, de tal modo que nem

²¹² Para Beccaria, precursor do contratualismo na ciência penal, “as leis representam as condições sob as quais homens independentes e separados se uniram em sociedade, cansados de viver em um contínuo estado de beligerância e de gozar de uma liberdade que resultava inútil diante da incerteza de poder conservá-la. Dessa mesma liberdade sacrificaram uma parte, para poder gozar o resto com segurança e tranqüilidade. A soma de todas essas porções de liberdade sacrificadas ao bem de cada um, constitui a soberania de um povo, e o seu soberano é o depositário e legítimo administrador. Porém, não era suficiente estabelecer esse depósito; tornava-se necessário também defendê-lo das usurpações privadas de cada um dos homens em particular, os quais procuram sempre, não apenas retirar do depósito seu quinhão pessoal, como também se apoderar da parte que cabe aos demais. Havia necessidade de razões sensíveis, suficientes para desviar a intenção despótica de cada um dos indivíduos de voltar a submergir no antigo caos as leis da sociedade. Essas razões sensíveis são representadas pelas penas estabelecidas contra os infratores das leis”. (BECCARIA, 1978, p. 106).

²¹³ Jescheck afirma que a base histórica do princípio da legalidade reside na teoria do contrato social da ilustração e que “sus raíces se cimentan sobre la idea de una razón común a todas las personas que há encontrado su expresión decisiva en la Ley y que excluye a la arbitrariedad estatal como una “perturbación” irracional, sobre el postulado del reconocimiento para toda persona de derechos y libertades naturales de carácter inviolable, sobre la limitación de la misión del Estado a la protección jurídica y sobre la exigencia de seguridad e certeza del Derecho a favor de una burguesía cada vez más influyente”. (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 140).

²¹⁴ “Fundamentando a existência do Estado e seu poder no contrato social, ou seja, na necessidade que os homens sentiram (para poderem coexistir de forma tanto quanto possível pacífica) de delegar parte (na formulação de Locke) do seu poder, dos seus direitos inatos, da sua vontade, no Estado, para que este pudesse ordenar a sociedade, também aqui residiria o fundamento do direito de punir. Mas essa delegação só terá sido feita para, e na medida indispensável, a defesa da sociedade; quer dizer, para proteção da liberdade e direitos subjetivos de cada indivíduo e da própria comunidade, para se prevenirem de danos sociais, mas já não para se alcançarem fins transcendentais, para se conseguir o progresso, a moralidade ou o caminho da perfeição”. (CUNHA, 1995, p. 32).

²¹⁵ Garcia Martin define que o direito penal da ilustração “é a manifestação jurídica da definição da criminalidade através do discurso de uma determinada doutrina política sobre a sociedade – o liberalismo – e sobre a forma e os fins do Estado – o Estado liberal -, o que permite explicar os enunciados do modelo como princípios (ou garantias) que ao limitar o campo *do que* pode ser castigado, e definir os limites dentro dos quais se pode chegar a punir, são determinadores não só daquilo que finalmente resulta passível de inclusão na definição jurídica (formal) de criminalidade, mas também, e, sobretudo, de qual criminalidade (material) resultará excluída da definição jurídica”. (GAQRICIA MARTÍN, 2005, p. 42, grifos do autor).

sempre se poderá diferenciar com absoluta precisão o bem jurídico do objeto da ação. Na verdade, se pode dizer, também, que nem sempre se poderá diferenciar o bem jurídico dos próprios fins da norma incriminadora. Esse argumento é por demais relevante, porque através da evolução do conceito de bem jurídico se apode apreciar que sua criação não é somente produto de uma elaboração jurídica pura, senão também produto de um contexto político e econômico. (TAVARES, 2004, p. 16).

O processo que consolida o projeto da ilustração, no plano jurídico, intenta procedimentalizar as relações sociais através da perspectiva contratual, de forma a materializar os direitos subjetivos. Os direitos subjetivos se afirmam como as condições abstratas do exercício de contratar do sujeito. As coisas são também objetos do contrato e de tutela do Estado por conta da possibilidade de se estabelecer uma relação de interesse, que por sua vez se revela como possibilidade real de domínio do bem – propriedade –, enquanto condição de sua disponibilidade.²¹⁶ As coisas e as atividades de consumo adquirem valores quantificáveis razão pela qual se pode prever e apreciar o dano sofrido, com implicações sociais. Daí o surgimento da idéia de danosidade social e, conseqüentemente, do conceito material de crime. A liberdade de contratar também consiste na possibilidade de aquisição dos bens materiais, que se estabelece como processo que alimenta a sensação de igualdade – abstrata –, de poder adquirir.

A expressão bem jurídico foi cunhada do movimento da ilustração, num primeiro momento, sob duas noções: primeiro como objetivação dos direitos subjetivos na configuração do dano social; segundo, como projeção material das coisas e bens de consumo, caracterizando-se pela infração de um dever, consoante demonstra a concepção defendida por seus principais precursores.

²¹⁶ Juarez Tavares de forma peculiar anota que “a noção de bem jurídico como interesse juridicamente protegido é produto da idéia privatística dominante no século passado, que se intrometeu na formulação da teoria do injusto desde Von Jhering. Aqui o marco penal encontra suas delimitações no momento subjetivo, quer dizer, na materialização do exercício da capacidade de contratar por parte do sujeito, de modo que, protegendo-se o interesse, se concebe a vida social como uma resultante de pretensões individuais, as quais dependendo de sua importância se vêm amparadas pela norma de direito público. Há aqui, se bem que ingênua, uma idéia utilitarista da norma penal sobre a base de uma realidade. O interesse não é algo imaginário, é algo perceptível, assim, por exemplo, a manutenção da vida, da integridade corporal, do patrimônio e sua possibilidade de transmissão, da reputação como expressão da própria individualidade no seio da comunidade”. (TAVARES, 2000, p. 177).

4.4 FEUERBACH

Apesar da complexidade metodológica da ilustração, até por sua característica “revolucionária”, porque promovida em um ambiente fértil de idéias, senão renovadoras,²¹⁷ constituídas de novos significados e de novos paradigmas para compreensão da razão humana, é inegável a sua influência na identificação de categorias estruturais para o desenvolvimento do conceito de bem jurídico da ciência criminal.²¹⁸ Assim, o iluminismo criminal elabora os mecanismos para se auferir os parâmetros da ofensa aos direitos subjetivos e no mesmo viés estabelecer o dano social, como referência material tutelada pelas regras do contrato social.

Nessa perspectiva teórica Feuerbach formula sua concepção acerca do conceito de crime para defini-lo como “uma injúria contida na lei penal, ou uma ação contrária ao direito do outro, cominada em uma lei penal”. (FEUERBACH, 1989, p. 64). A definição de crime exposta por Feuerbach se fundamenta em sua teoria dos direitos subjetivos, que se instala como objeto de proteção do ordenamento punitivo. Os direitos subjetivos significam “o conjunto dos direitos privados ou individuais dos singulares titulares de direito”. (NAVARRETE, 2000, p. 331).²¹⁹

Portanto, para Feuerbach o fundamento da prática de uma conduta delituosa está na lesão aos direitos subjetivos, pretendendo, com tal formulação afastar e/ou excluir qualquer pretensão punitiva acoimada na violação de um simples dever – que está no plano da moral, e, pois, expurgado da relação jurídica. Por isto, exige como condição para infração de direito subjetivo a realização de um dano, apreciável consoante a dimensão da ofensa individual ao direito do sujeito. (TAVARES, 2004, p. 17).²²⁰

²¹⁷ Para Bachelard “mesmo na mente lúcida, há zonas obscuras, cavernas onde ainda vivem sombras. Mesmo no novo homem, permanecem vestígios do homem velho”. (BACHELARD, 1996, p. 10).

²¹⁸ Exclama Cunha que “embora a paternidade do conceito de ‘bem jurídico’ tenha sido atribuída pela historiografia a Bernbaum, há quem entenda que as raízes deste conceito se podem encontrar no período do Iluminismo Criminal”. (CUNHA, 1995, p. 30).

²¹⁹ Ao confrontar a teoria dos direitos subjetivos de Feuerbach e Kant, o argentino ZAFFARONI defende que “para *Feuerbach*, os nossos direitos subjetivos não são reconhecidos pela razão prática daquele que é obrigado a respeitar-nos - como em Kant -, mas encontram-se na própria razão prática do titular dos direitos subjetivos. Para isso, Feuerbach sustenta que, ao lado da razão prática moral, existe uma razão prática jurídica e, enquanto a primeira indica quais são os deveres morais, a segunda nos aponta quais são nossos direitos subjetivos”. (ZAFFARONI; PIRANGELI, 1999, p. 266, grifo do autor).

²²⁰ Prado que “o fundamental não é que a conduta lesiva se dirija contra uma coisa do mundo real. O objeto de proteção, integrado por uma faculdade jurídica privada ou uma atribuição externa e individual constitutivas de direito subjetivo, representa o núcleo essencial do fato punível, sobre o qual se deve configurar o conceito jurídico de delito”. (PRADO, 1997, p. 27).

Coerente com a versão contratual Feuerbach arma sua arquitetura jurídico-penal partindo do princípio da igualdade formal, enquanto exercício da liberdade de ação na paridade de armas entre os sujeitos, de forma que o delito representa a ruptura dessa igualdade, tendo em vista afrontar, impossibilitar ou excluir o direito ao exercício individual da liberdade do outro, no caso o ofendido. (TAVARES , 2004, p. 17). O direito subjetivo se situa como manipulação real e objetiva dos bens materiais que condicionam a liberdade de agir, pactuada no contrato. Então, igualdade significa a liberdade de operar os direitos subjetivos.²²¹

A noção de direito subjetivo na concepção feuerbachiana é o diafragma que purifica a relação entre moral e direito, de modo a caracterizar o crime como a ação que inflige um dano quantificável a bens materiais, confiando-se ao Estado a garantia da liberdade individual, independentemente dos seus fins políticos.

O conceito de delito constituído por Feuerbach imprime uma forma de delimitação da incriminação ao arbítrio estatal na configuração dos tipos criminais, visto representar, no campo jurídico, uma preocupação de retratar o direito subjetivo como símbolo de demarcação do dano social ao referir-se a conduta criminal. (TAVARES , 2004, p. 18).

É inegável a contribuição de Feuerbach na construção do conceito material de delito, a partir da perspectiva contratual do liberalismo estatal, fornecendo elementos para afiançar a garantia da liberdade individual em detrimento de intervenções arbitrárias do Estado na incriminação. Entretanto, a configuração da lesão a partir da sua teoria dos direitos subjetivos, não preenche a lacuna do conceito de bem jurídico. Cabe ressaltar que não está clara na obra de Feuerbach a preocupação com o processo de demarcação da imputação a partir do objeto da incriminação da conduta humana, mas sim com a forma de legitimação da aplicação da punição.

²²¹ Para Maurach na época da ilustração de do racionalismo, na versão adstrita ao contrato social, só se via o delito como ataque contra os direitos subjetivos (assim Kleinschord, Feuerbach e depois Loening), seja que se tratasse dos direitos naturais do indivíduo, anteriores ao contrato social, ou dos direitos individuais ou estatais, fundados precisamente no mencionado contrato social. “A liberdade individual, obtida como produto de um enfrentamento com o estado e permanentemente restringida ao campo do direito, não permitia o sacrificio do claro conceito de direito subjetivo, em benefício daquele outro mais difuso, o do interesse”. (MAURACH; ZIPF, 1999, p. 333).

4.5 BIRNBAUM

A concepção desenvolvida por Birnbaum sobre a construção conceitual de delito é também produto da ilustração, mesmo que se contraponha à teoria dos direitos subjetivos de Feuerbach. Salientamos anteriormente que o momento histórico em que se desenvolve o iluminismo possui um caráter de revolução e, também por isto congrega em seu processo, correntes e tendências diversas de cunho científico, filosófico e político. Este processo alinhou correntes do pensamento que embora se contraponham, selaram compromissos para construção de um novo projeto, para análise das relações do homem na sociedade. Dessa forma, o iluminismo criminal ao tratar do conceito material de crime e, por conseguinte da noção de bem jurídico fincou suas bases no mesmo movimento, porém com fundamentos distintos: enquanto Feuerbach fundamenta a teoria dos direitos subjetivos no contrato social, Birnbaum fundamenta o seu conceito de bem na natureza das coisas. (TAVARES , 2004, p. 20).²²²

Birnbaum é também um precursor da moderna e contemporânea teoria do bem jurídico, embora sua contribuição não esboce uma teoria do bem jurídico que fundamente os modelos incriminadores do presente. Birnbaum extrai sua noção de bem da natureza das coisas, reciclando um conceito imanente ao direito natural cosmológico (LYRA FILHO , 1999, p. 39). para se contrapor ao contratualismo de Feuerbach, aduzindo que a lesão causada pela conduta humana atinge “bens”, preservando os direitos subjetivos.²²³

²²² O debate acerca da ruptura ou continuidade do discurso iluminista na tese defendida por Birnbaum na configuração do seu conceito de bem, mesmo que tenha sua importância histórica, não exclui a devida importância e valor da tese de Feuerbach acerca dos direitos subjetivos. Da mesma forma, não afasta a importância da concepção de Birnbaum. Portanto, somente como referência histórica que oportunizamos demonstrá-lo. A análise de Figueiredo Dias é esclarecedora: “Razoavelmente seguro parece ser que o autor que pela primeira vez apelou para esta noção, Birnbaum, visava com ela abranger um conjunto de substratos, de conteúdo eminentemente *liberal*, que oferecessem base suficiente à punibilidade dos comportamentos que os ofendessem. Assim se compreendendo que a noção tenha primeiramente assumido um *conteúdo individualista*, identificador do bem jurídico com os interesses primordiais do indivíduo na sociedade, nomeadamente a sua vida, o seu corpo, a sua liberdade e o seu patrimônio. Daqui até a identificação tendencial da noção de bem jurídico com a dos *direitos subjetivos fundamentais* do indivíduo – que já Feuerbach havia utilizado num contexto análogo e prenunciador – foi só um passo; um passo que a generalidade da doutrina penalista liberal deu e aplaudiu e se consubstancia na feliz expressão de Rupp, quando afirma que a concepção exasperadamente liberal (e positivista, como é claro) do bem jurídico faz dele um “*monolito jurídico corporizado*”. Mas já é menos segura a conexão (histórica) da noção com os propósitos funcionais que animavam o direito penal iluminista, nomeadamente o de reduzir a mancha da punibilidade às condutas que se apresentassem feridas de *danosidade social*. (DIAS, 1999, p. 63). Ver também Cunha (1999, p. 50).

²²³ “Lastreado na realidade da aplicação do direito penal alemão, de modo a evitar cair em posições de princípio ou absolutas, Birnbaum desenvolve uma argumentação no âmbito dos delitos contra a religião e bons costumes: opondo-se à aceitação de constituir-se o delito em uma lesão de um direito, assevera que um direito não pode ser diminuído ou subtraído, o que pode ocorrer apenas com relação ao que é objeto desse direito, ou seja, ‘um bem que juridicamente nos pertence’.” (SILVA, 2000, p. 314).

Na teoria do bem jurídico transita a concepção segundo a qual se deve a Birnbaum a sua criação e que o conteúdo do bem é concebido da realidade imanente à coisa e do âmbito social em que se desenvolve. A imutabilidade do conteúdo do bem, em face do seu conhecimento pela natureza das coisas, não permite que seja valorado pelo legislador, mas tão somente reconhecido. Isto significa que o bem tem uma origem, a natureza das próprias coisas. Portanto, o bem não é construído, mas apenas revelado pela norma.²²⁴

Entretanto, há outra perspectiva doutrinária acerca da concepção de bem desenvolvida por Birnbaum, admitindo sua valoração pelo Estado, o que, a princípio afronta – se não nega! – a sua noção de bem adstrita à natureza das coisas. Segundo a interpretação de Hormazábal Malarée, é possível ao Estado estabelecer juízos de valoração ao bem. (HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 31). Dessa forma, o processo de seleção do bem para qualificação de tutela jurídico-penal é função que o Estado detém. Conclui-se, que detendo o Estado a função de valoração e seleção dos bens dignos de tutela penal, é manifesta a possibilidade de incriminação de condutas perturbadoras da “ordem” social. Nesse contexto, segundo Hormazábal Malarée, a teoria do bem de Birnbaum se estabelece como “instrumento restaurativo” do Estado. (HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 32).²²⁵

Na verdade Birnbaum fixa um marco no conceito material de delito ao definir a noção de bem e configurá-lo como objeto de tutela penal.²²⁶ Dessa forma, o autor distingue a noção de bem - como categoria objetiva no plano das relações sociais, demonstrando sua concepção empírica da natureza -, da noção de direito subjetivo, enquanto objeto de tutela, originário do direito positivo.²²⁷

²²⁴ Neste sentido ressalta Costa Andrade que “Em vez de apelar para a disfuncionalidade das perturbações ou frustrações a nível da intersubjetividade, privilegiada pela compreensão do crime como lesão de um direito subjetivo, a lesão do bem jurídico aponta antes para o mundo exterior e objetivo de que preferentemente relevam as “coisas” valoradas como bem jurídico”. (ANDRADE, 1991, p. 51).

²²⁵ Jescheck entende que Birnbaum não reconheceu direito algum no bem jurídico, **senão um bem material garantido pelo poder de Estado** que podia corresponder ao indivíduo ou a coletividade e que foi concebido como algo suscetível de ser lesionado em um sentido natural. (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p 274, grifo nosso)..

²²⁶ É importante ressaltar que na obra de Birnbaum há fecundo silêncio quanto a uma definição clara e taxativa do sentido de bem como objeto de uma ofensa humana. (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 1989, p 106).

²²⁷ Diz Conceição Cunha que: “Para os autores que valorizam as discrepâncias entre o conceito de crime do iluminismo e o início da teoria do bem jurídico, outros pontos de conflito haveria a assinalar. No fundo, o pensamento de Birnbaum teria operado mais que uma viragem, uma verdadeira ruptura com os postulados anteriores: ao pensamento individualista contrapõe-se a referência sistêmico-social e uma referência espiritual, uma outra, empírico-naturalista; ao jusnaturalismo e jusracionalismo, o positivismo e, assim, a uma função crítica do direito existente, uma função legitimadora das leis”. (CUNHA, 1999, p. 44).

A formulação do conceito material de bem jurídico que fundamenta o processo de incriminação das condutas que prevalece na contemporaneidade diverge a proposição material da noção de bem de Birnbaum. (TAVARES, 2004, p. 20). Adverte Juarez Tavares que o propósito da elaboração birnbauniana era adequar a teoria jurídica do delito às normas do direito penal vigente, as que conflitavam com a idéia de violação de direito subjetivo, principalmente as relacionadas com os denominados delitos contra a religião, o Estado ou a comunidade. Tavares prossegue, aduzindo que:

a introdução do conceito de violação ao bem jurídico, em substituição do conceito de violação de direito subjetivo, como fundamento do delito, desde que se pudesse reconhecer que, igualmente, interesses comunitários ou religiosos fossem contemplados como espécies de bens jurídicos, enquanto se ganhava em transparência, enquanto incriminação das respectivas condutas se perdia – e de fato se perdeu - a vinculação dessa incriminação com os pressupostos próprios de legitimidade, que estavam de qualquer modo presentes na estrutura idealizada por Feuerbach. (TAVARES, 2004, p. 20).

Afinal, a elaboração de Birnbaum sobre a noção de bem constitui um corpo doutrinário afeto ao fundamento do exercício estatal da punição.²²⁸ Nisto não diverge da doutrina dos direitos subjetivos de Feuerbach.

4.6 A ELABORAÇÃO DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO

Há uma diversidade de especulações conceituais em torno do bem jurídico, e em sua maioria buscam estabelecer uma satisfação e completude para o objeto de tutela penal do Estado. Significa dizer que o foco dessas especulações se dirige ao processo de positivação do direito penal, de modo que o conceito de bem jurídico apresente, taxativamente, ou enumere os bens que valorados sejam dignos de tutela e, por isto, fundamente a estrutura da norma penal incriminadora. Além de várias indagações sobre os critérios para demandar o processo de seleção dos bens e o procedimento que, efetivamente, legitime a valoração, constitui uma tarefa que ultrapassa os limites do bom senso e do possível.²²⁹

²²⁸ Afirma Costa Andrade que a concepção doutrinária de Birnbaum está “mais virada para a aplicação da lei do que para a respectiva produção legiferante”. (ANDRADE, 1991, p. 53).

²²⁹ Sob o enfoque da justificação do ato punitivo, Ferrajoli constata que “na realidade, não se pode alcançar uma definição exclusiva e exaustiva da noção de bem jurídico. O que significa que uma teoria do bem jurídico dificilmente pode nos dizer positivamente – e não adiantaria nada que nos dissesse – que uma determinada proposição penal é justa enquanto protege um determinado bem jurídico. Pode nos oferecer, unicamente, uma série de critérios negativos de deslegitimação ... para afirmar que uma determinada proibição penal ou punição de uma concreta conduta proibida carecem de justificação, ou a tem escassamente”. (FERRAJOLI, 2002, p. 377).

As correntes doutrinárias que perfilham o entendimento segundo o qual o conceito que abarca a noção de bem jurídico deve comportar todos os bens sociais dignos de tutela penal pressupõem um caráter imutável²³⁰ desse bem, classificando-o como equivalente à natureza das coisas. São concepções que atribuem ao contrato social sua inalterabilidade, mas segundo Dahrendorf “o contrato nunca é definitivo”. (DAHRENDORF, 1987, p. 88). Afinal, são considerações cunhadas da concepção universal da teoria científica emprestada ao direito penal, na modernidade.

No entanto, mesmo que se considere o bem jurídico como elemento imanente à condição da pessoa humana e do seu *status* político/social enquanto parâmetro de garantia da sua dignidade e desenvolvimento das suas potencialidades no ambiente comunitário, que se incorpora ao conteúdo da norma para delimitar a intervenção estatal, terá como característica a sua mutabilidade.²³¹ O sujeito sofre influências das intempéries do tempo e do fluxo das relações sociais.

Os conteúdos dos conceitos também se diversificam, entre noções ético-sociais, políticas, normativas, existencialistas e até concepções que não atribuem qualquer natureza contudística ao bem jurídico. O discurso jurídico-penal contemporâneo trata o bem jurídico como medida da pena, isto é, instrumento para quantificar o ato da sua aplicação e justificá-la. Por isto, a maioria das especulações teóricas gravita ao redor da legitimação do poder punitivo, com divergências ou inflexões apenas quanto ao aporte ideológico que conforma a orientação perseguida por seus autores.²³²

Em qualquer perspectiva teórica – exceto a funcionalista-sistêmica de Jakobs Günther - o bem jurídico se caracteriza por conceber as condições materiais que estruturam a elaboração da norma incriminadora. Condições materiais, que são extratos das relações

²³⁰ Na mesma linha de raciocínio se encontra Nilo Batista, para quem “não há um catálogo de bens jurídicos imutáveis à espera do legislador, mas há relações sociais complexas que o legislador se interessa em preservar e reproduzir. São múltiplos e irreduzíveis os aspectos dessas relações sociais, as quais pode o legislador outorgar proteção penal, convertendo-os em bens jurídicos”. (BATISTA, 1990, p. 95).

²³¹ “O crime, é sempre, um desvalor jurídico (antes, objetivo; depois, objetivo-subjetivo); e esse desvalor jurídico varia espacial e temporalmente em consequência da mutação dos conceitos culturais, filosóficos e políticos”. (MACHADO, 1987, p. 77).

²³² Ferrajoli demonstra interesse pelo processo de justificação da aplicação da pena, mas preocupa-se com as justificações externas à política criminal. O autor trata do tema em quatro níveis: “a) se as proibições penais devem tutelar um bem jurídico para não ficar sem justificação moral e política; b) se um determinado ordenamento oferece a garantia de lesividade, isto é, as proibições legais e as sanções concretas são legítimas juridicamente se produz um ataque a um bem jurídico; c) quais bens, ou não bens, tutelam normativamente as leis penais; d) quais bens, ou não bens, tutelam, de fato, as mesmas leis, e quais bens, ou não bens, são atacados pelas condutas que elas proíbem. A primeira destas quatro questões é ético-política; a segunda, jurídico-constitucional; a terceira, jurídico-penal; e a quarta, sociológico-empírica”. (FERRAJOLI, 2002, p. 376).

sociais e, que, portanto, no fundo, significam o equilíbrio da convivência – harmônica e conflituosa - na sociedade. Dessa forma, a norma aglutina valores que absorvem a harmonia e o conflito, mas, no entanto, representa segurança jurídica na relação que se compreende entre o Estado e a sociedade. Diante desses fatores, a consequência imediata que a norma projeta no imaginário é de controle da atividade humana na contenção e/ou punição da prática de atos criminosos. Então, a norma penal incriminadora produz um processo de expectativa de sua eficácia.²³³ Como meta de controle social na sociedade de classes e/ou de risco – que fundamenta o direito penal pela aplicação da pena - é suficiente que a eficácia normativa seja apenas sentida, para que, assim – a pena -, (re)produza os seus efeitos dissuasórios. Com isto há uma destruição simbólica do crime. Afinal, o discurso jurídico-penal estatal necessita da eficácia simbólica para conduzir o processo de legitimidade da norma e de proteção e controle seletivo do bem jurídico.²³⁴

De qualquer modo, o conceito de bem jurídico sob o manto de uma autêntica ordem democrática a qual conforma o injusto criminal deve se apresentar como fundamento limitativo da incriminação e não somente com propósitos punitivos. Daí decorre a imperiosa “necessidade de sua formulação dentro de um sentido de linguagem que expresse, em sua própria origem e elaboração, os contornos exatos das ‘zonas’ de intervenção do Estado”, constituindo-se, a partir de uma perspectiva crítica do processo dessa mesma intervenção, bem como, “sobre os pressupostos de sua legitimidade”. (TAVARES, 2004, p. 20).

A evolução histórica do conceito de bem jurídico culmina com a demonstração do seu aspecto material, concepção que reflete a expressiva influência do paradigma que ascende ao movimento da ilustração, com o capitalismo industrial e as relações de consumo. Adverte Juarez Tavares que a noção de bem jurídico nasce de uma evolução do processo histórico no contexto de grande produção e do incremento do consumo, sem desconsiderar as ingerências de ordem política, sofreu influência da ordem econômica.

Neste sentido, prossegue o autor, é importante também observar, conforme a crítica de Marx, quanto à chamada fetichização, bem como à metamorfose da mercadoria, inserida na evolução do capitalismo, para observar as alterações que posteriormente se procedem no conceito de bem jurídico, visto que, gradualmente, “perde sua substância material (deixando de ser, portanto, uma “mercadoria” real) até o ponto de incluir-se como mero pressuposto

²³³ Dahrendorf entende por anomia a ausência de eficácia das normas. (DAHRENDORF, 1987).

²³⁴ Sobre a condição de merecimento e necessidade de tutela do bem jurídico ver Bianchini, 2002. Beccaria suscitou o princípio da necessidade. (BECCARIA, 1978, p.105).

formal da norma incriminadora, na teoria de Binding”, correspondendo, pois, “ao capitalismo financeiro – os títulos de crédito são, por si mesmos, mercadorias -, a ponto de chegar a confundir-se com a noção de função, agora no capitalismo de serviços”. (TAVARES, 2004, p. 21).

Dessa forma, segundo sustenta Juarez Tavares, podemos identificar quatro principais correntes do pensamento criminal que tratam do conceito de bem jurídico: positivismo, neokantismo, ontologismo e o funcionalismo. Entre os mais destacados representantes dessas variantes podemos citar:

Von Liszt²³⁵ que define o bem jurídico como interesses da vida juridicamente protegidos; Welzel²³⁶ o conceitua sob duas óticas: primeiramente, como um bem vital da comunidade ou do indivíduo, depois, como parte de um estado social desejável, atributo este que recolheu de Mezger.²³⁷ Muñoz Conde concebe-o inserido no âmbito da necessidade de convivência, daí como pressuposto existencial de utilidade. Dessas diretrizes, com exceção a de Jakobs²³⁸ que nega importância ao bem jurídico e chega a substituí-lo pelo critério de validade da norma, resultam não apenas divergências ou perplexidades dogmáticas, senão também posições ideológicas enquanto a suas diversas finalidades. (TAVARES, 2004, p. 16).

²³⁵ “Convertendo os interesses da vida humana em bens jurídicos, isto é, interesses juridicamente protegidos, o Direito proíbe, sem que se faça mister uma declaração expressa, toda lesão ou ofensa de tais interesses”. (LISZT, 2003, p. 237).

²³⁶ “Bien jurídico es un bien vital de la comunidad o del individuo, que por significación social es protegido juridicamente. De acuerdo al substrato puede aparecer en las más diferentes formas: como objeto psicofísico o espiritual-ideal (por ejemplo, aquél, la vida – éste, el honor), o como estado real (p. ej., la tranquilidad del hogar), o como relación vital (p. ej., el matrimonio o el parentesco), o como relación jurídica (p. ej., la propiedad, el derecho de caza), o aun como conducta de un tercero (p. ej., deber de fidelidad del empleado público, bien jurídico protegido contra el soborno). Luego, bien jurídico es todo estado social de seable que el Derecho quiere resguardar de lesiones. La suma de los bienes jurídicos no constituye un montón atomizado, sino el orden social, y, pro eso, la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente en relación a él mismo, sino sólo en conexión con todo el orden social”. (WELZEL, 2002, p. 5).

²³⁷, “El bien jurídico (objeto de protección, objeto de ataque) no es, como el “objeto de la acción”, un objeto concreto del mundo exterior. Es una figura ideológica, la valoración objetiva en su forma más sencilla, que el bien jurídico protegido lleva en sí o la síntesis realizada en ideas de lo que el tipo abarca en conjunto de acuerdo con su sentido. El “bien jurídico” evidencia, con ello, el valor que posee para el individuo, como su portador directo, y para la sociedad como tal. Por consiguiente, no hay que quedar atados a ideas materialistas o negar una “espiritualización” de este concepto de bien jurídico. Del mismo modo, significa desconocer esta importante teoría, investigada muy especialmente por Birnbaum en lo que respecta a su utilidad y necesidad, el reprocharle un enfoque “individualista”; en efecto, es fundamental para el bien jurídico de los tipos jurídico-penales, el que no sea solamente un bien del individuo, sino de la sociedad, un “bien del derecho”. (MEZGER, 2004, p. 107).

²³⁸ “Un bien es una situación o hecho valorado positivamente. El concepto de situación se entiende, en este contexto, en sentido amplio, comprendiendo no sólo objetos (corporales y otros), sino también estados y procesos. Un bien llega a ser bien jurídico por el hecho de gozar de protección jurídica. Sin embargo, podría argumentarse que la protección jurídica constituye prueba suficiente y decisiva de la valoración positiva de la situación. El bien jurídico se determina entonces de modo positivista y el concepto abarca “todo lo que a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad jurídica, es valioso para esta”. LA concreción de esta determinación conduce a una “enumeración un tanto desordenada de los “activos del ordenamiento jurídico”, é decir, como fruto de la enumeración no cabe extraer teoría alguna de la sociedad, sino sólo las oscilaciones y compromisos en la práctica”. (JAKOBS, 1997, p. 50).

4.6.1 Positivismo

O positivismo é “a corrente do pensamento que pretende interpretar o mundo unicamente com base na experiência”. (ZAFFARONI, 1999, p. 294).²³⁹ Na ciência jurídico-penal possui variadas ramificações, as quais não suscitaremos qualquer exame, interessando, primordialmente, para análise do bem jurídico o aspecto fundamental do seu modelo metodológico, a concepção causal da norma incriminadora. Toda norma incriminadora detém um antecedente causal que explique sua relação. “Este antecedente causal poderá ser a vontade do Estado ou da autoridade – como no positivismo jurídico propriamente dito – ou as condições da vida – como no positivismo sociológico”. (TAVARES, 2004, p. 23).

O paradigma positivista sob a ótica do jurisdicção penal deposita na lei o fundamento da sua incriminação. Portanto, para o segmento do positivismo jurídico, a lei é a causa única que expressa o conteúdo dos seus objetivos jurídicos, tendo em vista transportar a explícita vontade do Estado. Neste caso, o bem jurídico se reduz a um elemento da própria norma, que tanto pode ser sua finalidade quanto a razão do seu sistema. (TAVARES, 2004, p. 23).

A ciência jurídico-penal encontra em Binding o precursor da direção metodológica empreendida pelo positivismo. Para Binding, crime é o que determina a lei, enquanto lesão a um direito subjetivo do Estado, por seu imperioso poder de dizer o que ofende ao interesse estatal.²⁴⁰ A visão reducionista do positivismo jurídico ao caracterizar o crime como lesão a um direito subjetivo estatal confunde-o com infrações de mero conteúdo administrativo. Para equacionar o problema do elemento material da tutela penal busca seu fundamento no fim das normas. Assinala, então, que o legislador deve buscar esse elemento material “nas condições concretas para uma sã vida em comum”, dirigindo seu foco “às pessoas, objetos e estados”. Assim, “encontrou o objeto da imediata necessidade da pena: Este se transforma em objeto da

²³⁹ O método positivista das ciências sociais foi emprestado às ciências sociais, operando uma virada no objeto da ciência penal – a matéria passa a ser o objeto, a idéia é descartada. A realidade é dada, por isto diz Hormazábal Malarée que o “pensamento é acrítico, isento de toda valoração. Os fenômenos são pura e simplesmente aceitos como realidade e já não se trata de questioná-los, senão explicá-los”. (HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 35).

²⁴⁰ Quanto ao debate sobre os fins do Estado na concepção do positivismo diz Costa Andrade que “o horizonte do pensamento jurídico-penal deixa de ser, assim, povoado por representações arquetípicas da realidade e da sociedade, a partir das quais seria possível equacionar criticamente e responder ao problema dos fins do Estado. Uma das características da teoria positivista do Estado reside precisamente na perda de relevo – se não mesmo no silenciamento – do problema dos fins do Estado”. (ANDRADE, 1991, p. 63).

norma e sua lesão se cunhará como fato punível”. São estes objetos que Binding os denomina bens jurídicos. (HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 41).

Por bem jurídico entende:

tudo o que em si mesmo não é um direito, mas que aos olhos do legislador é de valor como condição da vida da comunidade jurídica, em cuja manutenção incólume e livre de perturbações tem ela, segundo seu pensamento, interesse, de forma que procura com suas normas defender-se da não desejada lesão ou perigo. (BINDING, MCMXXVII, p. 198).

A concepção de bem jurídico desenvolvida por Binding se afirma em um fundamento intra-sistemático, porque é a autoridade do legislador que estabelece a seleção do bem, diante do merecimento e da necessidade que lhe revela a relação ente o objeto e o sujeito. A motivação para o processo de constituição do bem jurídico se encontra na vontade do legislador, conseqüentemente, o autor não aponta quais as condições que permitem identificar os elementos para legitimar o poder punitivo.²⁴¹

Na esteira do positivismo sociológico ou naturalista, o direito diversifica a sua fonte, não é mais somente a lei, mas principalmente os costumes, o espírito do povo, representando uma síntese da vontade geral,²⁴² ao estilo contratualista ou organicista.²⁴³ “A noção de bem jurídico protegido, tal como a proposta de Von Liszt, é um produto dessa idéia privatista dominante no século passado, que se intrometeu na formulação da teoria do injusto”. (TAVARES, 2004, p. 24).²⁴⁴

Portanto, para Liszt bens jurídicos são os interesses que o direito protege.

Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do Poder Público. A necessidade origina a proteção e,

²⁴¹ “Aqui, abrem-se os caminhos para a construção de teorias imanentistas do bem jurídico, entre as quais sobressaem, por seu aspecto radical, a de Binding e as dos neokantianos, onde, em definitivo, o conceito de bem jurídico, suas manifestações e conseqüências dependem da vontade do legislador e, portanto, o objeto de proteção da norma não é exclusivamente um direito, mas sim, principalmente, o dever de respeito à própria norma”. (CASTILHO, 1996, p. 23).

²⁴² “A vontade geral, que paira acima da vontade individual, toma a si a missão, e a desempenha estabelecendo a *ordem jurídica*, isto é, discriminando os interesses legítimos e autorizados dos que não o são”. (LISZT, 2003, p. 141, grifo do autor). O autor emprega a expressão vontade geral como vontade do Estado. V. nota do tradutor.

²⁴³ O organicismo como concepção idealista, a partir de Hegel, ver Zaffaroni; Pierangeli (1999, p. 282).

²⁴⁴ Liszt formula a noção de bem jurídico influenciado pela idéia privada de “fim” e “interesse” da obra de Jhering. Para Juarez Tavares, “aqui, o marco penal encontra suas delimitações no momento subjetivo, ou seja, na materialização do exercício da capacidade de contratar por parte do sujeito, de modo que, protegendo seus interesses, se concebe a vida social como uma resultante das pretensões individuais, as quais, dependendo de sua importância, se vêem garantidas pela norma do Poder Público”. (TAVARES, 2004, p. 24)

variando os interesses, variam também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero. (LISZT, 2003, p. 140, grifo do autor).

O objetivo de Liszt mais que superar o formalismo legalista de Binding ao inserir elementos materiais – interesses vitais para sociedade²⁴⁵ - em seu conceito de bem jurídico está em estabelecer limites à atividade institucional do legislador penal. A sua formulação teórica deve ser apreciada com uma perspectiva crítica no sentido positivo da caracterização do bem jurídico como um “conceito-limite”, o qual:

não é somente fruto da construção da dogmática penal nem mero instrumento funcional da política criminal. Pelo contrário, o bem jurídico deve ser entendido “como uma noção que consta de um substrato substancial que preexiste ao legislador, porém cuja configuração valorativa é normativamente determinada pela lei”. (NAVARRETE, 2000, 335).

Apesar de Liszt tratar do bem jurídico sob um enfoque utilitarista/naturalista e outro organicista,²⁴⁶ e, portanto, fundamentar sua teoria na concepção extra-sistemática, não esclarece o autor em que consiste o processo para seleção dos bens jurídicos dignos de tutela penal.

Mesmo que diante dessas duas possibilidades de interpretar a teoria do bem jurídico de Liszt, não se vislumbra um mecanismo para legitimação da incriminação. Assim também Juarez Tavares:

Tal pensamento considera duas situações. 1) quanto a origem do bem jurídico, isto é, do interesse. 2) quanto às razões da própria incriminação. Assim, por um lado manifesta Von Liszt o entendimento de que os interesses que darão lugar ao bem jurídico são preexistentes ao conteúdo da norma e, a norma, cabe apenas incluí-los como objeto de proteção, enquanto se trate de uma condição vital da comunidade estatal. Por outro lado, não indica o porquê da escolha por parte do legislador, desse e não de outros interesses como bens jurídicos, sendo, para ele, indiferentes às razões da incriminação. (LISZT, 2002; TAVARES, 2004, p. 23-26).

Portanto, se percebe a ausência de instrumentos que viabilizem as condições para eleição dos interesses extraídos das relações sociais e mereçam a “qualificação” de bem jurídico. Conceição Cunha também alerta para este problema na teoria lisztiana e afirma que:

²⁴⁵ “Os interesses, porém, surgem das relações dos indivíduos entre si e dos indivíduos para com o Estado e a sociedade ou vice-versa. Onde há vida há força que tende a manifestar-se, afeiçoar-se e desenvolver-se livremente. Em pontos inúmeros, os círculos da vontade humana tocam-se e cruzam-se, colidem as esferas em que os homens exercem a sua ação. A essas relações corresponde o interesse de cada um à ação ou inação de outrem, quando a ação ou inação tem importância para a própria eficiência”. (LISZT, 2003, p. 140).

²⁴⁶ Juarez Tavares observa que a teoria do bem jurídico de Liszt transita entre um positivismo naturalista com sede iluminista e outro organicista. A primeira parte de uma visão utilitarista da norma penal com base realista, ao encontrar sua finalidade, por exemplo, na manutenção da vida, da integridade corporal, etc. A segunda se caracteriza quando Liszt define os bens jurídicos como “as condições vitais da comunidade estatal”, as quais se manifestam através da norma jurídica como expressão da vontade geral, se coloca, pois, como um organicista. (TAVARES, 2004, p. 24).

Em relação a Liszt o problema colocar-se-á na falta de apresentação de um critério mais preciso que permita individualizar quais os concretos ‘interesses da vida dos homens’ que deverão ser qualificados como bens jurídico-penais e quais aqueles que não merecem tal qualificação ou não carecem de tal proteção. Assim, a sua concepção fornecerá um critério teoricamente válido, mas carecido de concretização. (CUNHA, 1995, p. 63).

Afinal, sobre o processo de legitimação da incriminação em Liszt diz Costa Andrade:

o que fundamentalmente está em causa na construção de Liszt é a problematização da própria legitimidade da norma penal. Uma questão cuja resposta só poderá, segundo o autor, encontrar-se a partir da dimensão teleológica da norma, do seu fim, isto é, numa sede exterior à própria norma. Uma resposta que, para além disso, terá de estar sempre em consonância com o postulado segundo o qual ‘todo o direito existe por causa do homem’. Compreende-se deste modo que, aos olhos de Liszt, o conceito de bem jurídico não pareça como uma mera categoria da dogmática penal, que esgota a sua valência e fecundidade teórica no contexto duma ‘doutrina geral do direito penal’. (ANDRADE, 1991, p. 66).

4.6.2 Neokantismo

O neokantismo é um movimento filosófico que surge na Escola jurídica sul ocidental alemã ou Escola de Baden (de Windelband, de Rickert, de Lask), (DIAS, 1999, 64).

²⁴⁷ que na ciência jurídico-penal reage aos pressupostos extra-sistemáticos de legitimação do poder punitivo. O neokantismo ou concepção teleológico-metodológica esvazia o conteúdo material do bem jurídico e tratando-o como um valor abstrato acaba por considerá-lo o instrumento de interpretação dos tipos penas e/ou *ratio essendi* da norma. (NAVARRETE, 2000, p. 374). ²⁴⁸

Concebido como fórmula interpretativa dos tipos legais de crime para revelar os valores jurídicos em conformidade com a realidade que se apresenta no mundo jurídico - isolado e absoluto – entende Figueiredo Dias que:

Reagindo decididamente contra a compreensão legalista e positivista do direito, e acentuando nele a vertente *teleológica* imposta pela especificidade do mundo jurídico como entreposto entre os mundos do ser e do dever-ser e, por isso, como entidade referencial da realidade a específicos valores jurídicos, esta concepção faz dos bens jurídicos, meras *fórmulas interpretativas* dos tipos legais de crime, capazes de resumir compreensivamente o seu conteúdo e de exprimir ‘o sentido e o fim dos

²⁴⁷ Para Eduardo Correia é o discípulo de Rickert - Lask (com seu texto *Rechtsphilosophie* de 1905) – quem insere a filosofia dos valores na seara da ciência jurídica. (CORREIA, 2001, p. 206).

²⁴⁸ Para Prado “procura-se vinculá-lo à *ratio legis* da norma jurídica – no sentido teleológico de cada tipo penal – o que acaba por convertê-lo em um simples método interpretativo. A essência da noção de bem jurídico tutelado deriva, de modo necessário, dos limites da descrição legal respectiva e não reside na natureza dos bens e valores que a determinaram”. (PRADO, 1997, p. 35).

preceitos penais singulares’ (Honig), meras ‘abreviaturas do pensamento teleológico’ que os penetra (Grünhut), em suma, expressões da *ratio legis* que lhes preside (Schwingw). (DIAS, 1999, p. 64)

O bem jurídico na perspectiva neokantista adquire um carácter metodológico²⁴⁹ não só porque se afirma como instrumento para o legislador penal adequar o fim da norma ao seu objeto, mas também porque se converte em critério de “não medida” para elaboração do processo de eleição dos bens necessitados de tutela penal. A medida dessa elaboração é simplesmente a vontade da “autoridade”, independentemente, de se questionar a legitimidade do processo legiferante ou da aplicação da norma incriminadora. Nesta formulação o objeto da norma é o próprio fim, mesmo porque o que é relevante é a vontade do legislador.

Cabe salientar que caracterizado o bem jurídico como padrão metodológico do direito penal para fomentar o processo de institucionalização da norma incriminadora a partir de uma perspectiva estritamente jurídica, se submete também como instrumento para sistematizar a classificação e a hierarquia dos delitos elencados no código penal.²⁵⁰

Diante dessa virada metodológica empreendida à noção do bem jurídico pelo neokantismo:

se inaugura outra fase da evolução política, onde o interesse individual cede lugar a posições ou situações preferenciais de coloração cultural. O sujeito é definitivamente eliminado “e se trabalha com a noção de totalidade, proveniente de um juízo normativo puro, aparentemente neutro, porém, em geral, de perfil autoritário, que obtém sua consagração com a substituição definitiva da noção material de bem, pela noção de valor” – atribuído pelo legislador -, porém não de um valor individual, mas sim de um hipotético valor cultural,²⁵¹ que nasce e vive nos imperativos e proibições da norma. (TAVARES, 2004, p. 26).

²⁴⁹ Costa Andrade compreende a noção de bem jurídico do movimento neokantista como um padrão metodológico onicompreensivo, ou seja, com capacidade “divinatória” para revelação dos valores intrinsecamente normativos da factualidade jurídica. Diz o autor: “Sob a influência directa da filosofia neokantiana vai assistir-se ao triunfo duma concepção metodológico-teleológica do bem jurídico, doravante identificado com o *telos* ou a *ratio legis* das normas incriminatórias. O bem jurídico converte-se, assim, numa categoria onicompreensiva, à qual se reconduzem todos os elementos relevantes da factualidade típica, inclusive as modalidades de acção e as atitudes pessoais do agente”. (ANDRADE, 1985, p. 79).

²⁵⁰ “La indagación acerca del bien jurídico en cada uno de los delitos, por lo tanto, que siempre llama la atención en los manuales o en los comentarios del Código Penal, se limita a decir aquello que, en realidad, el legislador quiere proteger o incriminar. Essa metodología garantiza la aplicación de la norma incriminadora sin ningún cuestionamiento de su legitimidad, valiendo el bien jurídico como un merto ejercicio retórico en un marco de referencia clasificatorio, esto es, sólo sirve para posibilitar sistemáticamente la clasificación de los delitos de la parte especial de los códigos penales y proporcionar a los comentaristas el tema para su interpretación, desde que sea respetada la incolumidad del orden jurídico”. (TAVARES, 2004, p. 27).

²⁵¹ Para Mayer “Las prohibiciones y mandatos dirigidos a los súbditos de la ley y que han sido desatendidos por el delincuente se encuentran en las normas de cultura reconocidas por el Estado. Mediante ellas se determina qué conducta es antijurídica. De ahí que la explicación que intentamos aquí del concepto de normas de cultura reconocidas por el Estado sea, a la vez, una declaración acerca del injusto contiene con ello, en los límites que lo consiente un Tratado de Derecho penal, las bases jusfilosóficas de nuestro sistema. Por norma de cultura entiende o autor que “La cultura exige, se dirige al individuo prohibiendo o mandando, crea un complejo de normas, verdaderamente, en cierto sentido, el complejo normativo a que éste queda sometido, ya que todas las normas son producto de la cultura. El concepto de norma de cultura es, por ende, ilimitadamente amplio y en la medida en

Nesse sentido, precursores do neokantismo na ciência penal, Mezger e Honig, mostram, em perfeita sintonia, que o bem jurídico é um valor que contém uma identidade que se confunde com a finalidade da própria norma, permitindo afirmar que a existência da norma depende do valor que lhe suporta, enquanto, “ao mesmo tempo em que se considera como elemento de todos os pressupostos da cultura da qual emana o Direito”. (TAVARES, 2004, p. 27).²⁵² Por isto, se pode afirmar que o fim da norma e o objeto de tutela penal se confundem, porque se funde no mesmo elemento.

Também do ponto de vista político-criminal é discutível e incompatível conceber-se identidade entre o fim da norma e seu objeto de tutela, afinidade que pode causar danos aos – conquistados – direitos fundamentais do sujeito. Moccia defende posição semelhante, ao afirmar que:

também deste ponto de vista político-criminal, a utilização da *ratio* em parâmetros de objeto de tutela não só é inadequada como também perigosa para as garantias individuais. Esta perspectiva resulta inadequada, por sua própria natureza, para oferecer uma noção significativa de bem e, portanto, parece absolutamente não idônea para levar a cabo uma função de delimitação da intervenção estatal em matéria penal. Com efeito, a defesa do *bem-ratio* conduz à incriminação de condutas que podem ser contrárias à *ratio* de uma ou mais disposições, mas que, realmente, está muito longe da efetiva lesão de um bem jurídico que a conduta se propõe em realidade atacar. (MOCCIA, 1997, p. 122).

Cabe um esclarecimento quanto à diferença de postura teórica defendida por Mezger em relação a Mayer, no que se refere à noção de bem jurídico, tendo em vista esses autores partilharem da mesma raiz neokantista. Portanto, entende Mayer, afastando-se de Mezger, que o conceito de bem jurídico não se desvincula da noção de valor. Por isto, não é possível negar que há uma explícita e clara diferença entre o bem jurídico e a finalidade da norma. “Por bem jurídico, até se poderia conceber, como fazia Von Lizst, o interesse juridicamente protegido, porém se deve ressaltar que, mesmo antes que a ordem jurídica incorporara determinada bem como seu objeto de proteção, as normas provenientes da cultura já o haviam feito”. (TAVARES, 2004, p. 27).

Afinal, a clareira aberta pela concepção neokantista ou metodológica na estrutura do injusto criminal com sua noção – vazia – de bem jurídico provocou – ainda se prolonga – o rompimento dos princípios fundamentais para emancipação do sujeito, garantidos pelo Estado

que no señale todas las relaciones correspondientes resulta vacío y sin significado. Las normas de cultura son prohibiciones y mandatos a través de los cuales una sociedad exige una conducta adecuada a sus intereses.” (MAYER, 2007, p. 47 e 55).

²⁵², “Vê-se que essa idéia de fazer derivar o bem jurídico da própria elaboração normativa, que expressa o complexo cultural, coincide com a proposta do positivismo jurídico, de fazê-lo apenas um pressuposto formal da incriminação. Daí que seja compreensível tratar o pensamento neokantiano dentro do ideário positivista, que trabalha com os dados existentes na ordem jurídica, sem questioná-los”. (TAVARES, 2004, p. 27).

democrático de direito, dentre os quais, coibir a proliferação de normas incriminadoras, delimitando o poder de intervenção do Estado na esfera criminal.²⁵³

A opção do neokantismo pela legitimidade intra-sistemática da noção de bem jurídico é autofágica, primeiro porque não admite relação entre valores da ciência jurídico-penal com ramificações sociais, alimentando a idéia de auto-suficiência do direito, segundo porque confere ao legislador poderes ilimitados para o ato de incriminação. O legislador é onisciente e a lei sua representação.

4.6.3 Ontologismo

Na esfera do saber jurídico-penal o ontologismo surge como produto histórico da criação do Estado de bem estar social, correspondendo ao momento em que se introduz o conceito material de crime com uma substância ético-social.²⁵⁴ O conceito material de crime, cuja elaboração se arrima na noção de bem jurídico advinda do ontologismo criminal, corresponde aos princípios do Estado social, “onde o processo de geração de riqueza está associado a um fundamento ético, em sua base material, que cria a expectativa de que é possível repartir a riqueza entre todos, como um bem vital da comunidade”. (TAVARES, 2004, p. 33).

A formação doutrinária de Welzel de fundo jurídico-natural,²⁵⁵ o bem jurídico também conserva seu sentido de proteção da norma, porém, é substituído pelos denominados valores ético-sociais. TAVARES, 2004, p. 28).

²⁵³ Conceição Cunha percebe o processo de deslegitimação do conceito de bem jurídico neokantista da seguinte forma: “Em relação ao plano crítico é clara a sua incapacidade, é nítido o deliberado afastamento desta função. A concepção metodológica não tem, pois, uma finalidade limitadora do poder punitivo estatal; ela aceita a onipotência do legislador e apenas interpreta os dados legais por estes estabelecidos. Também não tem uma intencionalidade limitadora do âmbito das prescrições penais; muito pelo contrário – orientou-se no sentido de uma interpretação extensiva das normas, conferindo-lhes, assim, o âmbito mais lato possível de aplicação”. (CUNHA, 1995, p. 68).

²⁵⁴ Diz Figueiredo Dias que “a passagem do Estado de Direito formal ao Estado de Direito material, correspondeu à introdução no conceito material de crime de um ponto de vista moral (ético)-social que leva a ver na “essência” daquele a violação de deveres ético-sociais elementares”. (DIAS, 1999, p. 59).

²⁵⁵ Ao referir-se à orientação doutrinária de Welzel que se aporta no mínimo ético de fundo jurídico-natural, diz Navarrete que “El pensamiento de los principios jurídico-naturales asume – de este modo – una importancia de primer rango em diversas esferas dogmática del ordenamiento penal. Fundamentos de aquel carácter subyacen em el substrato de numerosos tipos del delito. En la justificación del Derecho penal sustentan relevancia las exigencias ético-sociales concernientes al comportamiento de las personas en la vida human en sociedad. Según Hans Welzel, cometido esencial del Derecho penal es la tutela de los valores elementares de la vida social. Toda conducta humana se halla sujeta a distintos aspectos de valoración positiva o negativa. [...] Los valores del actuar adecuado a al norma que se originan en la conciencia jurídica existente (legal, no necesariamente moral)

Para Welzel “la misión primaria del Derecho Penal no es la protección actual de bienes jurídicos, esto es, la protección de la persona individual, de su propiedad, etc”. Prosegue o autor, “más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica; ellos constituyen el fundamento más sólido que sustenta al Estado e la sociedad”. Ainda segundo Welzel “la mera protección de bienes jurídicos tiene sólo un fin preventivo, de carácter policial y negativo. Por el contrario, la misión más profunda del Derecho Penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo”. Finaliza dizendo que “al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, revela, en la forma más concluyente a disposición del Estado”, para conducir “la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, junto con dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica”. (WELZEL, 2002, p. 3).²⁵⁶

O projeto de Welzel redonda em desenvolver uma concepção teórica que estabeleça critérios para planejar e conduzir o modo-de-ser do sujeito a partir de um modelo pessoal de ação. A consolidação do projeto welzeliano de ação se deu porque o autor não reconhecia que fatores externos à própria condição moral do sujeito pudessem atribuir um ato de proibição ou de mandato. “A origem das determinações ou proibições se encontra em um axiomático dever incondicional transcendente, ao estilo kantiano do imperativo categórico, vinculado ao sentido que se deve dar a ação humana”. (TAVARES, 2004, p. 29). O sentido da ação, é o veículo pelo qual se manifesta o imperativo, é incorporado à consciência de cada um como um verdadeiro projeto sensível, ou um modelo de ação. Valer salientar, que a formula em que se estabelece este projeto não constitui um elemento da ação, mas apenas um depósito de dados sobre o conteúdo do dever, pelos quais o sujeito procura esclarecer o sentido de seu ser-no-mundo e interpretar os fins da sua conduta, consoante as orientações de valor concebidas. (TAVARES, 2004, p. 29).

forman el substrato ético-social positivo de las normas jurídico-penales, cuyo cometido principal reside en el aseguramiento del respeto inviolable de tales valores. En cuanto el Derecho penal sanciona la inobservancia de los valores jurídico espirituales, protege al propio tiempo los bienes jurídicos a que los valores están referidos”. (NAVARRETE, 2000, p. 407).

²⁵⁶ Irresignado com a postura teórica de Welzel na configuração do bem jurídico equiparando-os aos valores ético-sociais se manifesta Figueiredo Dias: “Devemos reconhecer que esta concepção corresponde, além do mais, a uma atitude enraizada no espírito da maioria da população, para quem o direito penal constituiria a tradução, no mundo terreno, das noções de pecado e de castigo vigentes na ordem religiosa, ou de imoralidade e de censura da consciência vigentes na ordem moral. E devemos reconhecer, sem tergiversações, que uma tal concepção tem capacidade para se arvorar em padrão crítico de um ordenamento jurídico-penal positivo constituído ou a constituir”. (DIAS, 1999, p. 59).

A atenção de Welzel não se dirige diretamente ao bem jurídico, que é tratado secundariamente, sob duas perspectivas, natural ou normativa, dos valores ético-sociais, fruto do subjetivismo de sua elaboração teórica. Isto ocorre porque a obediência a um dever de respeito aos valores ético-sociais é condição intrínseca da consciência humana, e a proteção jurídica confunde-se com a moral, sendo desnecessário a identificação dos elementos materiais que constituem o objeto de tutela penal, atrelados como bens jurídicos. (TAVARES, 2004, p. 32).

Figueiredo Dias (1999, p. 60) alerta que:

Não é função do direito penal nem primária, nem secundária tutelar a virtude ou a moral: quer se trate da moral estatalmente imposta, da moral dominante, ou da moral específica de um qualquer grupo social. Para isso não está o direito penal – como ordem terrena que tem de respeitar a liberdade de consciência de cada um e só pode valer como ‘uma triste necessidade num mundo de seres imperfeitos que são os homens’ – de modo algum legitimado.

Conclui Dias: “Uma concepção deste teor é, pois, absolutamente inadequada à estrutura e às exigências (mesmo, ou sobretudo, às exigências éticas!) das sociedades democráticas e pluralistas dos nossos dias”. (DIAS, 1999, p. 60)

Percebe-se que o ontologismo welzeliano representa uma mescla de enunciados neokantianos e da filosofia de valores, sem que assuma uma posição definitiva a favor de uma ou de outra tese. Essa corrente conceitua o bem jurídico como um estado social, ou seja, uma determinada ordem que se impõe como um bem vital do indivíduo e da comunidade. (TAVARES, 2004, p. 32).

Embora a concepção welzeliana de bem jurídico indique filamentos normativos em seu processo de fidelidade jurídica, seu fundamento é extra sistemático, que se estabelece na consciência do sujeito ao conceber os valores ético-sociais. Abala a estrutura fundamental do processo de legitimidade da teoria do bem jurídico em Welzel é “imprimir ao Direito penal um conteúdo programático de orientação de condutas, e deixar de concebê-lo dentro de seus limites e garantias”. (TAVARES, 2004, p. 33). Dessa forma, o direito penal tem o condão de modelar o comportamento social.

4.6.4 Funcionalismo

O funcionalismo ²⁵⁷ é uma corrente do pensamento com absoluta influência na formação da teoria do conhecimento, recepcionada pela ciência jurídico-penal, onde provocou modificações substanciais no conceito de bem jurídico. É um movimento que se agrega a uma postura política de matriz liberal – neoliberalismo -, com as implicações ideológicas do Estado mínimo, cujas tarefas essenciais se encontram, em grande escala, privatizadas. Para enfrentar o debate acerca do conceito de bem jurídico, parte da idéia de que “o fim do direito penal está situado na estabilidade da norma penal como instrumento adequado à manutenção do sistema normativo”. (TAVARES, 2004, p. 34). Não é propósito deste trabalho debater exaustivamente o conteúdo da estrutura do funcionalismo, até pela delimitação do tema, mas pontuar a noção de bem jurídico, sob três aspectos: funcionalismo estrutural, funcional próprio e funcional impróprio. (TAVARES, 2004, p. 34).

Para os funcionalistas estruturais, a norma penal é um instrumento de controle social, pela qual se assegura e se legitima do autocontrole do poder político. “Esta legitimidade, contudo, está condicionada a manutenção de um Estado de estabilidade, que pode corresponder aos fundamentos da convivência ou a simples organização do sistema”. A norma penal tem como propósito exercer o controle do sistema e, por isso deve ser comunicada, conhecida e aceita por todos, como instrumento de imposições/mandatos ou de proibições, para impedir as perturbações do sistema. (TAVARES, 2004, p. 35). O sistema jurídico ²⁵⁸ é integrado por um conjunto de normas que organizam a sua auto-sobrevivência e controlam as ações externas perturbadoras do organismo sistêmico. As perturbações – *in put* - do sistema, entretanto, são necessárias para que possa produzir o processo de reação - *out put* -, que se procede mediante a aplicação de uma pena. A legitimidade do ato punitivo é apenas um dado da esfera dogmática auto-regulador do sistema. (TAVARES, 2004, p. 35).

²⁵⁷ “Antes de tomá-lo como uma teoria procedimental do injusto, deve-se ver o funcionalismo sob a ótica de uma teoria sistêmica. Distintamente, porém, e como procedem as teorias tradicionais de sistema, que o conceituam sob a perspectiva de certa codificação ou unidade dos institutos e regras do direito, o funcionalismo pretende não apenas explicar o sistema social. O objeto do sistema social é evidentemente a ação humana. O fundamento da análise sistêmica reside justamente no fato de que as ações se vêem regidas por expectativas, as quais encontram nos sistemas seus marcos delimitadores, correspondentemente a diversas variáveis, das quais uma delas estaria constituída pelas normas jurídicas”. (TAVARES, 2004, p. 61).

²⁵⁸ “Uma vez que a análise do sistema jurídico independe do sistema social, aquele deve ser visto como um sistema fechado e dinâmico, no qual as noções de justo e injusto se produzem e reproduzem, primeiramente, por força da realidade jurídica, formada da acumulação de informações acerca dos fatos perturbadores (*input*), depois, pela necessidade de decisão fundamentada através da dogmática jurídica, como forma de garantir a estabilidade do processo e, finalmente, pela necessidade interpretativa que nasce da doutrina de base derivada da norma”. (TAVARES, 2004, p. 65).

Assim sendo, segundo o entendimento de Muñoz Conde, alguns pressupostos existenciais, entendidos necessários e úteis para a convivência social, podem ser conceituados como bens jurídicos no sentido de que a pessoa necessita de tais regramentos para sua auto-realização e desenvolvimento da sua personalidade na vida social. (TAVARES, 2004, p. 35).

O denominado funcionalismo próprio, ora representado do Jakobs Günther, parte da premissa que a norma penal só interessa para assegurar a expectativa de uma conduta correta. A conduta correta seria aquela que não implique uma frustração de expectativas. Tal corrente, em vez de considerar os bens jurídicos como interesses ou pressupostos existenciais, identificam-nos com a validade fática das normas, das quais se pode esperar a proteção dos bens jurídicos, as funções e a paz jurídica. (TAVARES, , 2004, p. 36).

Analisando a proposta do funcionalismo de Jakobs para o sistema jurídico-penal entende Andrade que:

Jakobs encara o direito penal como um sistema específico de que se espera a estabilização social, a orientação da ação e a institucionalização das expectativas, pela via da restauração da *confiança* na vigência das normas. Ao reagir à infração, o direito penal visa, sobretudo, ‘uma demonstração da validade da norma violada, à custa do agente’. A disfuncionalidade da infração não reside essencialmente na lesão do bem jurídico, mas antes no seu *significado simbólico*, como denegação da fidelidade ao direito através da problematização da validade e vigência das normas necessárias à orientação da ação e à estabilização das expectativas, sem as quais a interação não é possível. (ANDRADE, 1991, p. 114).

Jakobs define com clareza o conceito com o qual partilha seu entendimento acerca da noção de bem jurídico ao dizer que:

La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso – aun contradiciendo el lenguaje usual – se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico penal. (JAKOBS , 1997, p. 45).

A função da pena em Jakobs congrega os meus pressupostos da incriminação, tendo em vista buscar a estabilidade do sistema e a fidelidade à norma. Não há uma preocupação com as conseqüências derivadas da conduta delituosa, mas com o efeito simbólico da punição. Portanto, “à semelhança da infração, também a pena vale pela sua expressividade simbólica, como reafirmação contrafática da norma violada [...] A tutela que a pena visa assegurar realiza-se pelo reforço da *confiança* que todos aderem às normas”. Dessa forma, para Jakobs:

em conformidade com a localização da violação da norma e da pena no plano do significado e não das conseqüências exteriores da conduta, não deve ver-se a tarefa da pena na prevenção da lesão dos bens jurídicos. A função da pena é antes a

confirmação da vigência da norma, valendo aqui vigência como sinônimo de reconhecimento. (ANDRADE, 1991, p. 114).

Os funcionalistas impróprios - referendados por Roxin ²⁵⁹ -, procuram resgatar o conceito de bem jurídico, (ROXIN, 2003, p. 56) ²⁶⁰ a partir de uma base de política criminal, ancorada nos preceitos constitucionais, como restrições ao poder de punir. (ROXIN, 2003, p. 55). Para esta corrente, o conceito de bem jurídico não pode estar separado do pressuposto de liberdade como valor da pessoa e concluem que o bem jurídico serve para a manutenção do sistema. Bem jurídico são dados da realidade ou determinados objetivos, úteis ao funcionamento do sistema, ou do indivíduo, e seu livre desenvolvimento nos limites de um sistema global, estruturado sobre a base da representação destes fins. (TAVARES, 2004, p. 37).²⁶¹

Na versão de Fiandaca é possível sistematizar a evolução do pensamento de Roxin acerca da natureza da ciência jurídico-penal, da seguinte forma:

A tese se articula segundo a seguinte cadência: 1) as finalidades da tutela do instrumento penalístico vão determinadas em função das esferas de atividades que hoje competem ao Estado; 2) o hodierno Estado democrático de direito, enquanto laico e fundado na soberania popular, não pode perseguir o aperfeiçoamento moral dos cidadãos adultos, mas deve limitar-se a assegurar as condições de uma conveniência pacífica; 3) o direito penal, ao fornecer seu contributo em tal direção, deve antes de tudo garantir os bens jurídicos fundamentais que estão sob os olhos de todos, como a vida, a integridade física, a liberdade, o patrimônio, etc. (FIANDACA, 1982, p. 46).

²⁵⁹ Diz Roxin que “Concretamente, tal significa que em cada situação histórica e social de um grupo humano os pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum se concretizam numa série de condições valiosas, como por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação ou propriedade, as quais todo o mundo conhece; numa palavra, os chamados bens jurídicos; e o direito penal tem que assegurar esses bens jurídicos, punindo a sua violação em determinadas condições. No Estado moderno, junto a esta proteção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário através dos meios do direito penal, o cumprimento das prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado. Com esta dupla função, o direito penal realiza uma das mais importantes das numerosas tarefas do Estado, na medida em que apenas a proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das prestações públicas necessárias para a existência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que a nossa Constituição considera como pressuposto de uma condição digna”. (ROXIN, 2004, p. 27).

²⁶⁰ Acrescenta o autor: “Bien jurídico, por tanto, es el bien idela que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es leionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la cción”. (ROXIN, 2003, p. 63).

²⁶¹ Tavares adverte para a virada de Roxin rumo ao direito penal autoritário: “Sustentando su definición e la Constitución, admite que el concepto de bien jurídico pueda derivar tanto de los datos anteriores a la ley penal – pero no anteriores a la Constitución – como de los deberes nacidos de ésta. Aunque, no obstante, el concepto de Roxin fuera puesto en discusión, porque – al estilo neokantiano – se deja llevar por la normatización globalizada al asignarle una base puramente sistémica, recorre un camino inverso al de la constucións de un sistema de garantías, pues al vincular la protección del bien jurídico a la mera prohibición de conductas inmorales, o a la protección de fines puramente ideológicos y todos los preceptos discriminatorios, buscar limitar el poder de punir en la propia evolución del grado de utilidad de los datos y de los objetivos que sirven de sustrato al bien jurídico”. (TAVARES, 2004, p. 37).

Em um Estado de Direito fundado democraticamente a referência ao bem jurídico deve se apoiar no conteúdo limitativo do texto constitucional que, segundo a concepção roxiana, não permite a adoção de um programa para modelar as condutas pessoais e, por isto “resultaria da já referida necessidade de, num Estado baseado na soberania popular, se respeitarem às opções de vida de cada pessoa e não ser mais pensável encontrar uma fundamentação ‘transcendente’ ao homem, para que um grupo de pessoas pudesse impor a outro grupo determinadas concepções de vida, pretendendo também moldá-lo moralmente”. (CUNHA, 1995, p. 145).

Roxin conclui que o direito penal tem natureza subsidiária. A subsidiariedade do direito penal permite que sejam adotadas, em determinadas circunstâncias, algumas diretrizes atreladas à política criminal: “ao direito penal não incumbe a repressão à infração contra meros regulamentos de ordenação”; não deve o legislador conferir a todas as leis “um cinturão protetor jurídico-penal, decretando no final das mesmas que será castigado quem infrinja as disposições precedentes”; (ROXIN , 2004, p. 29) “a assistência social possui prioridade em importância” quando instrumentalizada para combater específicas infrações, produzindo resultados mais eficazes, deixando para utilizar o direito penal somente na proteção de “bens jurídicos essenciais e assegurar os objetivos das prestações necessárias para a existência, apenas onde não bastem a sua prossecução meios menos gravosos”, (ROXIN , 2004, p. 29) já que “é evidente que nada favorece tanto a criminalidade como a penalização de qualquer bagatela”. (ROXIN , 2004, p. 29)

4.7 CONCEPÇÃO DE JUAREZ TAVARES: UMA PERSPECTIVA CRÍTICA

A idéia de bem jurídico, percorre uma longa trajetória, que se desloca do iluminismo e perpassa todas as correntes do conhecimento jurídico-penal. Do positivismo ao funcionalismo, percebe-se que seu conceito absorve as transformações ocorridas no Estado e nas relações sociais, alterando as perspectivas do poder punitivo, visto sua proximidade com o poder de Estado. “De uma sociedade liberal individualista até a sociedade da comunicação pós-moderna, o que se observa é que a noção de bem jurídico vai diluindo, gradativamente, sua substância material, até culminar praticamente em sua eliminação”. (TAVARES , 2004, p. 38).²⁶²

²⁶² Há preocupação no estágio atual da teoria do bem jurídico, com o esvaziamento do seu conceito. Ver também Zaffaroni; Pierangeli (1999). Tavares (2000). Roxin (2003). Prado (1997). Andrade (1991).

A versão crítica articulada por Juarez Tavares o bem jurídico é distinguido dos interesses juridicamente protegidos, bem como se diferencia da versão social do Estado articulador de uma sociedade eticamente ideal, também se distingue da relação sistêmica, de efeito simbólico, e, afinal não se identifica com uma função, integrada ao fim de proteção da norma penal.

O que procura o autor é formular uma concepção de bem jurídico voltada, em um primeiro plano, para o processo legiferante de incriminação das condutas, de forma a delimitar o poder de intervenção penal do Estado no modo-de-ser do sujeito. Quer nos parecer que num segundo momento é possível que o bem jurídico se afirme como parâmetro “positivo” para o procedimento de imputação. Isto é, o bem jurídico aponta os parâmetros e as circunstâncias imprescindíveis do ato punitivo, como garantia fundamental de não intervenção na liberdade individual do sujeito, consoante os direitos assegurados nos estatutos normativos do Estado Democrático de Direito.

O debate suscitado por Juarez Tavares (2004, 39) empreende um conceito, definindo bem jurídico como:

um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social; neste sentido pode ser entendido como um valor²⁶³ que se incorpora a norma como seu objeto de preferência real e constituir, portanto, um elemento primário da estrutura do tipo, a qual se devem referir a ação típica e todos os demais componentes. Sendo um valor e, portanto, um objeto de preferência real e não simplesmente ideal ou funcional ao sujeito, o bem jurídico condiciona a validade da norma e, ao mesmo tempo, subordina sua eficácia a demonstração real de que o bem jurídico efetivamente tenha sido lesado ou posto em perigo. A existência de um bem jurídico é a demonstração de sua efetiva lesão ou colocação em perigo, que constituem, assim, pressuposto indeclinável do injusto penal.

Conclui o autor:

O bem jurídico é uma qualidade de valor e, conseqüentemente, se acha inserido no amplo aspecto da finalidade do conjunto do ordenamento jurídico, cumpre a função de proteção, não de si mesmo, mas sim da pessoa humana, que é o objeto final de proteção de toda a ordem jurídica. Isto significa que o bem jurídico só vale na medida em que se insere como objeto referencial de proteção da pessoa, pois somente esta condição é a que o inclui na norma como valor. (TAVARES, 2004, p. 39).

²⁶³ Tavares esclarece que ao condicionar o bem jurídico a um valor, não se filia à concepção de Scheler e Hartmann, nem tampouco ao modelo neokantista. Explica o autor: “a identificação do bem jurídico como valor, tomado no sentido de objeto de referência do sujeito, cumpre sua função delimitadora, não querendo significar que o tipo de injusto deva estar vinculado a um sistema material de valores, al estilo de Scheler e Hartmann, que os concebem como referências objetivas e independentes do sujeito, ou ao modelo neokantiano, que identifica valor e norma. Seguindo a definição de Habermas, podemos dizer que norma e valor se diferenciam basicamente em relação com seus pressupostos: a primeira, se vincula a uma situação de dever; a outra, a uma finalidade. Para que se entenda realmente a constituição do bem jurídico, não se pode partir da base de que sua proteção se inicia como um dever, porque então ele estaria sendo confundido com a própria norma, o que retrataria um mero atributo formal e não uma condição material de sua validade”. (TAVARES, 2004, p. 39).

Dolcini e Marinucci também se colocam na vanguarda de uma noção de bem jurídico que congregue em seu conteúdo limites ao ato de incriminação, a partir dos pressupostos normativos assentados no texto constitucional. Posicionam-se também contra um modelo de direito penal modelador do modo-de-ser do sujeito, ao defenderem que:

o direito penal não deve perseguir fins transcendentais ou éticos: “não pode degradar o homem à condição de mero ‘objeto de tratamento’ pelas suas presumíveis tendências anti-sociais, nem pode fazer assentar o crime em meras atitudes interiores ou na vontade pura e simples – de qualquer maneira manifestada – de desobedecer às leis. (DOLCINI; MARINUCCI, 1994, 152).

A consequência prática do conceito de bem jurídico do autor resenhado é reconhecida no Estado de direito democrático, onde se fixa como um limite ao exercício da política de segurança pública, reforçada pela atuação do juiz, como órgão fiscalizador e de controle e não como uma agência seletiva de agentes merecedores de pena, em funcionalidade com a respectiva atuação dos poderes Legislativo e Executivo”. (TAVARES, 2004, p. 42).²⁶⁴

A fixação do conteúdo do injusto diz respeito aos elementos da estrutura do tipo e antijuricidade e aos juízos de valor emitidos sobre a conduta criminosa. Os instrumentos adequados para a decisão jurídica sobre o fato concreto compõem-se de duas partes: - a estrutura e a formação do tipo; - a estrutura da antijuricidade e seus princípios gerais.

O tipo é formado de um núcleo (ação ou omissão) e seu objeto baseado na lesão a um bem jurídico. A norma que define o injusto é uma norma de conduta com a finalidade de delimitar o poder de intervenção do Estado, daí que se estabelece como base da ação típica, a lesão de bem jurídico. A noção de bem jurídico não pode ser posta como legitimação da incriminação, mas como a sua delimitação sendo a garantia do indivíduo de que a sua liberdade não será molestada por mera adoção de políticas públicas. (TAVARES, 2000, p. 175-182).

Para Juarez Tavares: “o importante na elaboração de uma estrutura normativa no âmbito do injusto é que a distinção entre tipos dolosos e culposos ou omissivos se processe como efeito de uma imputação orientada pela gravidade de lesão ou de perigo de lesão ao bem jurídico”. (TAVARES, 2000, p. 184).

²⁶⁴ Posição semelhante adota o autor para a aplicação da pena, no Estado Democrático de Direito, ante ao seu conceito de bem jurídico: “esto no implica, por supuesto, el uso de la pena criminal, pues la función de garantía (impulsada por el ejercicio de a.m. derecho subjetivo del ciudadano hacia la protección jurídica) deber estar de cualquier modo condicionada a la preservación de los derechos humanos, que tienen como principio original la solución pacífica de los conflictos, dando como resultado que la pena no está dotada en sí misma sólo en la medida de su extrema necesidad. Quiere decir que no existe un deber absoluto de punir”. (TAVARES, 2004, p. 43).

A compreensão do bem jurídico, como peculiar objeto de proteção dos tipos criminais e, conseqüentemente, das normas de conduta incriminadoras, não significa reconhecer o substrato social do conteúdo da norma e do direito penal. A condição deste reconhecimento, segundo a posição adotada por Juarez Tavares, “é elevar o bem jurídico a uma outra categoria. Em vez de se tratado como objeto de proteção, deve assumir a posição de objeto de referência necessário da incriminação. (TAVARES , 2003, p. 227).

Por outro lado, alerta o autor, a relação interesse-norma-valor, além de instigar uma investigação mais complexa, pressupõe “a adoção de um princípio construtivista” opondo-se ao positivismo jurídico, visto que este desconsidera indagações que escape ao âmbito exclusivamente legal. (TAVARES , 2003, p. 228).

Para Tavares “Há, portanto, uma relação necessária entre a norma jurídica e o interesse que lhe serve de substrato. Essa relação, por sua vez, tem engendrado uma série de posturas que tratam mais à finalidade das normas do que ao modo como elas se estruturam”. Explica o autor que:

Geralmente, pode-se ver essa relação sob duas perspectivas: a primeira, tomando-se a norma, simplesmente, como instrumento de proteção imediata do interesse; a segunda, subordinando-a a um processo de avaliação. Ao se adotar a primeira perspectiva, a norma seria concebida como a forma estatal de manutenção e proteção de interesses sociais relevantes ou dominantes. Uma vez promulgada, só caberia interpretá-la e fazê-la incidir no caso concreto. Pela segunda, a norma jurídica, em todas as suas fases, estaria submetida a um processo de verificação de legitimidade e validade, de modo que o interesse só pudesse nela se inserir na forma de valor jurídico, cuja lesão ou perigo de lesão condicionaria a intervenção estatal. (TAVARES , 2003, p. 228).

A adoção de qualquer das teses acima, implica, concepções diversas na estrutura da norma penal e na formulação do direito. Entretanto, o que realmente importa é o processo motivador da estrutura normativa, como proibição ou mandato, ou seja, o problema da formação da norma penal. (TAVARES , 2003, p. 228).

4.8 CONCEPÇÃO DE ZAFFARONI

A concepção de bem jurídico desenvolvida por Zaffaroni busca uma perspectiva de garantia no âmbito pessoal da liberdade do sujeito, representada pelo tipo penal. Para o autor o tipo se apresenta como uma situação de garantia patrocinada pelo Estado no momento em que tutela um determinado bem jurídico, possibilitando ao sujeito a liberdade de dispor desse

bem, com os limites que lhes foram condicionados pelo conteúdo da norma.²⁶⁵ Diante dessa postura doutrinária, com o desenvolvimento do conceito de bem jurídico para condicionar os limites do seu modelo de tipicidade, o autor persegue o debate acerca do processo de demarcação das zonas de proibição, delimitando o âmbito da intervenção do Estado na liberdade de agir do sujeito.

A caracterização do tipo é modulada pela perspectiva que se projeta para a noção de bem jurídico sob a tutela criminal. A tutela criminal estatal se vincula a determinados interesses sobre os entes que se apresentam das relações convivenciais na sociedade, gerado pela ordem jurídica, que, assim são elevados à categoria de bens jurídicos. A partir dessas relações sociais e políticas, se evidenciam valores que são intrínsecos e/ou extrínsecos aos entes e que necessitam ser preservados. Os valores que são extraídos dos entes, obviamente, geram interesses e, portanto, necessitam ser preservados. O interesse jurídico brota desse vínculo entre os entes e o sujeito, determinando uma valoração positiva do direito penal, que os eleva à condição de bens jurídicos. (ZAFFARONI, 1999, p. 219).²⁶⁶

Assim, o objeto de interesse jurídico que se manifesta do ente é valorado pelo legislador penal, passando a adquirir a forma de bem jurídico. O processo para se estabelecer a tutela efetiva desse bem jurídico se dá com a constatação real – empírica – de sua afetação pela conduta humana, quando se lhe impõe uma consequência jurídica através da sanção

²⁶⁵ Neste sentido se apresenta a teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni. Para chegar à tipicidade conglobante o autor descreve sua noção de tipo. Para o autor o tipo legal se caracteriza como “a manifestação de uma norma que é gerada para tutelar uma relação de um sujeito com um ente, chamado “bem jurídico”. A norma proibitiva que dá lugar ao tipo (e que permanece anteposta a ele: “não matarás”, “não furtarás” etc.) não está isolada, mas permanece junto com outras normas também proibitivas, formando uma *ordem normativa*, em que não se concebe que uma norma proíba o que outra ordena ou o que outra fomenta. Se isso fosse admitido, não se poderia falar de “ordem normativa”, e sim de um amontoado caprichoso de normas arbitrariamente reunidas. Conclui: “pode ocorrer o fenômeno de que a fórmula legal aparente abarcar hipóteses que são alcançadas pela norma proibitiva considerada isoladamente, mas que de modo algum podem incluir-se na sua proibição quando considerada conglobadamente, isto é, *formando parte de um universo ordenado de normas*. Daí que a *tipicidade penal* não se reduza à *tipicidade legal* (isto é, à adequação à formulação legal), mas que deva evidenciar uma verdadeira proibição com relevância penal, para o que é necessário que esteja proibida à luz da consideração conglobada da norma. “Isto significa que a tipicidade penal implica a tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante, que pode reduzir o âmbito de proibição aparente que surge da consideração isolada da tipicidade legal”. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999, p. 549, grifos do autor).

²⁶⁶ “Puede sostenerse que fuera del interés jurídico estos “entes” no son tales porque no son “objetos”. Ello es tautológico: no serán “objetos de interés jurídico”, pero son “entes”. La valoración no crea el objeto, sino que, por el contrario, la “naturaleza” del objeto condiciona el método de conocimiento y su valoración. La afirmación de que el “objeto” es tan sólo en presencia de un sujeto (en este caso el legislador) es certera pero engañosa. Se torna engañosa cuando olvidamos que es una proposición analítica y no sintética, y por ende, es una proposición a priori que anda nos dice sobre el sujeto ni sobre el objeto. La presencia del sujeto cognoscente no altera al objeto conocido, por ende, éste no es “creado” por el conocimiento: es al margen del conocimiento y de la valoración, con independencia del sujeto y de su valoración. El “ente” que deviene objeto de conocimiento y de valoración es antes de la instancia cognoscitiva y valorativa. En nuestro caso el inerees jurídico hace de esos “entes” *objetos de interés jurídico*”. (ZAFFARONI, 1999, p. 219).

penal, na exata medida da sua tutela penal, ao que o autor denomina “bens jurídicos penalmente tutelados”. (ZAFFARONI , 1981, p. 220). Para demonstrar as razões e fundamentos do seu entendimento o autor diz que ao referirmos o direito patrimonial como bem jurídico penalmente tutelado é em geral incorreto, porque o direito patrimonial é um bem jurídico penalmente tutelado somente em relação a determinadas formas de sua afetação. “O descumprimento de uma obrigação privada pode afetar o patrimônio, não obstante, o direito patrimonial resta como bem jurídico sem tutela penal frente a esta afetação”. (ZAFFARONI , 1981, p. 220).

Na visão de Zaffaroni a valoração do interesse jurídico que incide sobre o ente e que é realizada pelo legislador se dá pela configuração da norma jurídica, que particulariza a tutela penal. Através da norma jurídica se proíbe ações que venham afetar o bem jurídico, lesionando-o ou lhe pondo em perigo:

A norma jurídica não se encontra na lei, particularmente na lei penal, senão que se antepõe logicamente a ela: se a uma conduta se lhe agrega como consequência uma sanção (lei), é porque essa conduta está proibida (norma) e essa proibição obedece a que o direito tenha interesse em proteger ao ente que essa conduta afeta, ou seja, que esse ente é valorado positivamente por ele (é um bem jurídico). (ZAFFARONI , 1981, p. 221).

A consequência “lógica-causal”, portanto, do interesse jurídico como valor positivo gerador de bens jurídicos, é o surgimento de um contrário interesse jurídico como desvalor negativo que incidirá sobre as condutas. Vale salientar, segundo o autor, que o desvalor da conduta, apreciado mediante a valoração formulada pela lei penal é uma figura imaginária que se aloca no tipo, em um processo imaginado pelo legislador, que só se concretizará com a efetiva prática de uma conduta que preencha os elementos integrantes daquele tipo. (ZAFFARONI, 1981, p. 462).

Por influência de uma perspectiva causal que concebe a relação entre o sujeito e o ente no processo de positivação do interesse jurídico para formulação do conteúdo normativo Zaffaroni constrói seu conceito de bem jurídico. Para o autor “bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”. (ZAFFARONI ; PIERANGELI, 1999, p. 220).

Zaffaroni justifica seu conceito dizendo que “o ‘ente’ que a ordem jurídica tutela contra certas condutas que o afetam não é a ‘coisa em si mesma’, e sim a ‘relação de disponibilidade’ do titular com a coisa”. Significa dizer que “os bens jurídicos são os direitos que temos a dispor de certos objetos. Quando uma conduta nos impede ou perturba a disposição desses objetos, esta conduta afeta o bem jurídico, e algumas destas condutas estão

proibidas pela norma que gera o tipo penal.”. (ZAFFARONI ; PIERANGELI, 1999, p. 463).

4.9 CONCEPÇÃO DE DOLCINI E MARINUCCI

O advento do Estado Constitucional de Direito estabelecido democraticamente outorgou relevância normativa às cartas constitucionais, como poder vinculante e dirigente aos órgãos legiferantes.²⁶⁷ A partir dessa referência constitucional, que dispensa reparos, se firmaram posições doutrinárias no campo jurídico-penal acerca da vinculação do legislador ao texto constitucional para processar a eleição do bem jurídico com representação digna de tutela. Dolcini e Marinucci se filiam a esta corrente, por entenderem a força vinculante da constituição na configuração do crime como ofensa a bem jurídico. No entanto, entendem os autores ora examinados, que por força do modelo garantista que caracteriza o direito penal liberal, corolário do princípio da ofensividade:

impede, de fato, o legislador, de antecipar o recurso à sanção penal ao momento em que se manifestam, de qualquer modo, vontade ou personalidade hostis à lei, impondo-lhe que espere a verificação de lesões tangíveis ou ameaças à integridade desta ou daquela realidade ou relação existente no mundo exterior. (DOLCINI ; MARINUCCI, 1994, p. 154).

Apesar do debate sobre o grau de vinculação do legislador penal ao texto constitucional, nomeadamente, quando o conteúdo deste aponta para bens jurídicos prescindíveis para o exercício dos direitos, das garantias fundamentais e da emancipação do sujeito no plano social e político, a posição de Dolcini e Marinucci é no sentido da “autonomia com dependência” do legislador penal. Sustentam, pois que “a Constituição não impõe um limite geral ao legislador ordinário na escolha discricionária dos bens a tutelar penalmente: o legislador não está vinculado nesta escolha ao âmbito dos bens constitucionalmente relevantes”. (DOLCINI ; MARINUCCI, 1994, p. 160).

²⁶⁷ A relação entre a constituição e a lei, ou seja, constituição e pode legiferante é suscitado por Canotilho ao abordar “o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais. Sendo este o cerne do discurso, nem por isso a impositação do problema das relações entre a lei fundamental e as leis ordinárias se reconduz, liminarmente, ao aprofundamento teórico do “esquema relacional” e do “conteúdo referencial” de dois actos normativos. A simples afirmação da prevalência da constituição sobre a lei e a determinação da intensidade da vinculação jurídico-constitucional do legislador inserem-se num complexo problemático muito mais vasto, que vai desde a controvertida conciliabilidade da “lógica da constituição” de um Estado de Direito com a “lógica da democracia” e desde a análise estrutural-material da “densidade” e “abertura” das normas constitucionais até à própria “compreensão” da constituição em si mesma. Com efeito, perguntar pela “força dirigente” e pelo “carácter determinante” de uma lei fundamental implica, de modo necessário, uma indagação alargada, tanto no plano teórico-constitucional da constituição, através de uma *teoria material da constituição* concebida como *teoria social*”. (CANOTILHO, 1994, p. 13).

De outro lado advogam também que a Constituição²⁶⁸ pode impor proibições de incriminação para o legislador penal, quando o objeto da matéria normatizada atacar princípios constitucionais de âmbito geral – a isonomia, por exemplo – ou específicos, como a igualdade conjugal. ”. (DOLCINI; MARINUCCI, 1994, p. 161).

Os autores enfatizam o aspecto social da natureza dos bens jurídicos, como referência para sua respectiva tutela, mas conduzem seus entendimentos no sentido da justificação da pena e do procedimento para seleção do bem jurídico. Nesse desiderato, sustentam que o merecimento da pena,²⁶⁹ como instrumento para resguardar a proteção do bem jurídico, se dá em razão do grau de relevância²⁷⁰ social e constitucional do bem jurídico, mas somente quando constatada a sua estrita necessidade. ”. (DOLCINI; MARINUCCI, 1994, p. 194).

Com relação ao critério de seleção do bem jurídico para aferição de seu valor elegeu a Constituição como filtragem qualitativa, enquanto procedimento para averiguar a sua – do bem jurídico - importância no cenário normativo.

4.10 BEM JURÍDICO E OBJETO DA AÇÃO

A relevância do exame do objeto da ação e sua relação com o bem jurídico são indispensáveis, por dois motivos: primeiro, para diferenciar a coisa ou pessoa do seu valor; segundo, para identificar os bens jurídicos individuais e coletivos – de natureza pública ou privada. Embora a classificação de bens jurídicos privados e públicos seja de controvertida

²⁶⁸ “A Constituição, enquanto ‘lei fundamental’ e expressão do ‘pacto social’ que está na origem da República, vincula os poderes do Estado a atuar com vista a uma série de objetivos. Perante comportamentos que agridem os bens constitucionais, ao legislador cabe a obrigação de utilizar a arma da pena se e enquanto os outros instrumentos de controlo jurídico se revelem destinados ao malogro. As valorações discricionárias do legislador sobre a necessidade de tutela penal dos bens constitucionalmente relevantes representam, portanto, o elo de ligação entre o sistema dos bens constitucionais – de per si merecedores de tutela penal – e o dos bens penalmente protegidos”. (DOLCINI; MARINUCCI, 1994, p. 198).

²⁶⁹ “É ponto assente que o merecimento de tutela penal é um pressuposto necessário, mas nunca suficiente, para legitimar o recurso à pena. Significativo recorde-se, é o caso da repressão penal do aborto: embora estando em jogo um bem constitucional de primeira categoria, renunciou-se, em muitos países, a tutelá-lo com a pena, visto que a repressão penal, além de largamente ineficaz, revelava-se altamente criminógena e, simultaneamente, podiam esperar-se efeitos protetores apreciáveis de outros instrumentos do controlo jurídico”. ”. (DOLCINI; MARINUCCI, 1994, p. 195).

²⁷⁰ Dizem os autores que “o relevo constitucional de um bem é índice seguro da sua importância e, portanto, de um dos dois pressupostos primordiais do recurso à pena: o merecimento de tutela penal”. E, por isto, finalizam: “todos os bens constitucionalmente relevantes são incontestavelmente merecedores de tutela penal”. ”. (DOLCINI; MARINUCCI, 1994, p. 191).

identificação prática – até porque a tutela de qualquer bem jurídico é do Estado - é possível diferenciá-los pela manipulação originária, direta e exclusiva do Estado no controle desse bem: a atribuição de cobrança de tributos, por exemplo, é de exclusiva natureza pública.

Alinhada à posição teórica que temos orientado a noção de bem jurídico – de cunho estritamente pessoal -, posto como delimitação do processo de incriminação, não se concilia o procedimento, segundo o qual, o objeto material da ação detenha a mesma substância jurídica daquele. Significa dizer que a ação afeta a pessoa, coisa e/ou objeto, no plano da factualidade, enquanto o bem jurídico se caracteriza pelo valor que está agregado à pessoa humana ou a coisa, “no sentido de característica dessa pessoa e de suas relações, isto é, como valor decorrente da vida individual e social, indispensável à sua manutenção e ao seu desenvolvimento”. (TAVARES, 2000, p. 181).²⁷¹

O aspecto coletivo de alguns bens jurídicos não descaracteriza a sua natureza personalística. No caso dos bens coletivos privados não há dificuldade em apreciá-los através de um exemplo: a contaminação de água potável de um determinado logradouro pode atingir uma coletividade, mas não se exclui o caráter pessoal/individual da lesão. Quanto aos bens jurídicos coletivos públicos ou do Estado, também não há possibilidade de exclusão da sua pessoalidade. Isto pode se dar em determinadas circunstâncias onde o interesse fiscal do Estado em tributar um interesse fático de uma dada relação, estabeleça uma condição de sobrevivência ou até mesmo uma melhor situação social das pessoas. (TAVARES, 2000, p. 182).

Para Juarez Tavares:

esta necessária vinculação de um bem jurídico estatal à sua origem e finalidade pessoal, é uma garantia do indivíduo de que sua liberdade não será molestada por mera adoção de políticas públicas, no âmbito administrativo, econômico ou social ou finalidades eleitorais. Será preciso demonstrar, para tornar válida a eleição desta categoria de bem jurídico, que sua lesão signifique um dano igualmente à pessoa e às suas condições sociais. (TAVARES, 2000, p. 181).

²⁷¹ O autor ilustra a sua definição com um exemplo: “A vida humana, por exemplo, erigida à condição de bem jurídico fundamental, não apenas para o direito penal, mas também para todos os demais ramos do direito, encerra um valor, não apenas e essencialmente pelo seu lado puramente biológico, material, senão porque está relacionada à pessoa, entendida como categoria primária de todo o sistema jurídico. Assim, a vida humana, mesmo quando apresente deficiências materiais graves ou ainda quando se encontre em formação, independentemente de a quem pertença, se a um homem socialmente valioso ou desvalioso, ao culpado ou ao inocente, ao rico ou ao pobre, constitui um bem jurídico fundamental”. (TAVARES, 2000, p. 181).

4.11 BEM JURÍDICO E INJUSTO CRIMINAL: UMA EMANCIPAÇÃO PROMETIDA

A imprescindibilidade do bem jurídico na estrutura do injusto penal é condição sem a qual o processo de incriminação se fundamenta desde que se estabeleça como seu objeto de referência na efetiva demonstração da lesão ou do perigo desta. Esta função real e normativa do bem jurídico considera, relevantemente, o resultado da conduta, visto que aqui o fundamento do injusto se vincula à lesão ou a evidência do perigo. Entretanto, considerando-se os propósitos garantistas atribuídos pela concepção democrática do injusto forjada no Estado de direito, para proteção real da pessoa humana e seus demais atributos, bem como, considerando-se também que o meio de identificação do bem jurídico se processa discursivamente no âmbito da norma penal, que deve ser “absolutamente clara e extraída da linguagem comum”, não se pode admitir a incriminação somente como resultado da conduta – lesão ou perigo de lesão – mas também quando a incriminação não resulte uma “dessocialização” da pessoa humana. Nesses casos, somente o ato de incriminação, independentemente da resposta causal punitiva, pode produzir efeitos “dessocializador” ou de “etiquetamento”, mesmo que a proibição não produza qualquer dano social, condutas situadas no âmbito do normal desenvolvimento das relações pessoais. (TAVARES, 2000, p. 83).²⁷²

Uma concepção garantista da teoria do injusto implica necessariamente o reconhecimento do bem jurídico como elemento estrutural do tipo enquanto objeto de preferência e valor de referência²⁷³ no ato de incriminação da conduta, de modo a estabelecer o caráter delimitador do processo de intervenção – excluindo do Estado a possibilidade de modelar o modo-de-ser do sujeito. É necessário também que a noção de bem jurídico não só fundamente o efeito causal da sanção punitiva, mas principalmente a deslegitime, para aplicá-la somente subsidiariamente, assim como no processo legiferante. No exame da imputação o bem jurídico pode ser considerado como critério delimitador pré-típico, enquanto critério delimitador pré-típico, para que o juiz possa considerar fatores e/ou categorias jurídicas que

²⁷² “Por ejemplo, ya sea que el honor constituya un bien jurídico, la incriminación de atentados al honor no puede valler exclusivamente bajo este aspecto de lesión de este bien jurídico y nada más; es preciso que la incriminación de esos atentados no implique un etiquetamiento de las personas, en el sentido de prohibirles cualquier comentario sobre los demás, lo que imposibilitaría la vida social y la convivencia. Imaginense cómo sería intolerable la vida social, si se prohibiera, simplemente, cualquier comentario áspero o hasta el mismo desaire a la conducta de los que ejercen autoridad, como los gobernantes, los legisladores, los jueces, los miembros del Ministerio Público o los funcionarios estatales”. (TAVARES, 2000, p. 84).

²⁷³ “Al tomarse el bien jurídico como objeto de preferencia, como valor de referencia, en el plano de su lesión o peligro de lesión, se imposibilita la pretensión de utilizarlo como instrumento de protección de funciones, o someterlo jerárquicamente a aquéllos”. (TAVARES, 2004, p. 82).

excluem o injusto, como a socialização ou dessocialização²⁷⁴ da conduta. Afinal, que o bem jurídico²⁷⁵ seja o parâmetro para a produção de uma eficácia positiva no sentido de assegurar um projeto de emancipação e de proteção à pessoa humana na relação com o Estado, promovedor da liberdade real e não apenas abstrata que não seja apenas o símbolo da possibilidade de contratar.

Conformar essas características singulares do bem jurídico aos princípios democráticos de um Estado de direito não permitirá qualquer incriminação que não considere primordialmente as condições do sujeito e seus projetos, sob pena de violar os fundamentos essenciais desse Estado democrático e ferir a dignidade da pessoa humana. (TAVARES , 2004, p. 84).

²⁷⁴ “La exigência de uma delimitación de la intervención del Estado, igualmente en el ámbito del proceso de socialización, no es solamente para discutir en el ámbito causal de la producción de efectos, sino que fluye de la necesidad de situar el bien jurídico, no sólo, ahora, como objeto de preferencia o de referencia, sino como instrumento de discusión de legitimidad del propio derecho de punir. Es en este sentido que se dice que el bien jurídico cumple, así, un gran papel delimitativo de la prohibición y protege a la persona”. (TAVARES, 2004, p. 84).

²⁷⁵ Prado defende que no conceito material de bem jurídico a realidade ou a experiência social como marca da experiência humana devem informar ao legislador os dados para formulação do conceito. “o conceito material de bem jurídico reside, então, na realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Trata-se de um conceito necessariamente valorado e relativo, isto é, válido para um determinado sistema social e em um dado momento histórico-cultural. Isto porque seus elementos formadores se encontram condicionados por uma gama de circunstâncias variáveis imanentes à própria existência humana”. (PRADO, 1997, p. 86).

CONCLUSÃO

As conclusões que extraímos do objeto dessa investigação não significam o esgotamento do tema, pelo contrário, conduz a reflexões mais específicas sobre várias categorias científicas que se desenvolveram, imprevisivelmente, ao longo da pesquisa, provocando perplexidades e angústias quanto ao objeto do conhecimento. As perplexidades e angústias que alimentaram a pesquisa é a demonstração da natureza mutável do processo científico. A ciência é um processo em desenvolvimento.

Portanto, mesmo que a exposição dos pontos conclusivos que anotamos não signifique restrições a quaisquer outras referências, são as conclusões que salientamos devidas.

- a) Dessa forma, a dogmática penal não é método e, quando instrumentalizada como tal, pode fomentar a criação de uma blindagem ao direito penal que o isola de outras ciências. Isto pode ocorrer por dois motivos: primeiro, porque a dogmática estabelecida como modelo metodológico se configura como um processo para evidenciar os elementos de decidibilidade do conflito e/ou fenômeno, distanciando-se, pois, da sua efetiva solução; segundo, porque remete a um discurso metafísico do objeto do conhecimento, também equidistante do fenômeno, haja vista reproduzir um saber revelado, semelhante ao ato de fé.
- b) O caráter universal do método científico é originário da concepção da natureza, ora com um perfil teológico, ora natural-metafísico, tendo em vista pressupor uma realidade estática, porque é estabelecido a partir de uma análise determinista das propriedades da natureza e do mundo social. Assim, a natureza e a realidade mantêm-se em estado de equilíbrio em razão da perspectiva simétrica entre a realidade e o pensamento. A universalidade do método remete à falsa concepção de uma estabilidade do conhecimento, porque pressupõe um mundo homogêneo.
 - a. Portanto, é possível dizer que a perspectiva universal do método tende a autonomizar as ciências, fechando-as em si, inviabilizando os seus desenvolvimentos em rumo à emancipação concreta do sujeito.
 - b. Ademais, que o modelo metodológico universal construiu um sujeito abstrato, manipulado ou manipulável pelo método.
- c) A verdade e o conhecimento científicos não são absolutos, a partir do advento da teoria do “não equilíbrio”, desenvolvida por Ilya Prigogine. Com essa teoria se desenvolve certa relativização da verdade e o conhecimento passa a ser construído

também na desordem provocada pela realização dos fenômenos. A teoria do “não equilíbrio” supera a universalidade metodológica que se identifica com a estabilidade do conhecimento, para reconhecer que os objetos perquiridos pelas ciências são heterogêneos e que essa heterogeneidade estabelece normatividades para a formação dos conceitos elaborados teoria científica.

- d) Diante dos fundamentos da teoria científica moderna o que se percebe é que a ciência jurídico-penal construiu seus princípios científicos fundamentais colhendo-os das ciências naturais, o que pode motivar dificuldades de aplicação na sociedade, porque manipulam modelos metodológicos distintos e objetos de observação diversos.
- e) Desse modo, e segundo uma reflexão acerca da noção de sujeito constata-se que a autonomia não é fundamento da liberdade, como tradicionalmente se tem defendido isto porque o conceito de autonomia não se extrai de uma liberdade negativa, ora de contratar, ora de agir como imperativo moral, mas fruto da complexidade das relações do sujeito. Assim, a autonomia é construída de forma dependente e comunicativa com o mundo da vida. Por isto, não há autonomia e liberdade absolutas, pois, são conceitos dependentes e se co-relacionam.
- f) Quanto à configuração do conhecimento a partir de um paradigma científico é notoriamente identificada a exclusão da noção de sujeito das suas categorias de saber, objetivando a formação de conceitos neutros, onde a aplicação do método substitui a pessoa. No entanto, a tese caminha do sentido de estabelecer que haja um sujeito real, fruto das relações convencionais, capaz de ação.
- g) A concepção de ciência na modernidade tem negado a noção do tempo na construção do conhecimento desde a formulação filosófica grega. Para Albert Einstein “o tempo é uma ilusão”. Nesta perspectiva, significa dizer que o tempo é uma formulação neutra na análise dos fenômenos, porque estes existem e se reverterem independentemente do movimento temporal. Entretanto, a pesquisa nos conduziu a refletir que o fluxo do tempo é uma realidade e se afirma como elemento que contribui para constituição do conhecimento. A partir de estudos e pesquisas no campo da física se demonstrou que existem fenômenos irreversíveis e que esta irreversibilidade ocorre em razão das condições temporais de seu acontecer. Como se explica, por exemplo, o envelhecimento das pessoas?
- h) A partir da perspectiva desenvolvida pela teoria científica na modernidade, de exclusão da noção de sujeito e da importância do tempo na constituição do conhecimento, a ciência jurídico-penal também desenvolve a mesma compreensão.

Por isto, a concepção “tradicional” – dominante - do injusto penal exclui o sujeito das suas relações conceituais e estabelece a inércia do fluxo do tempo, porque busca demonstrar a neutralidade da ciência na formulação do injusto. Dessa forma, o injusto tende a se afirmar, expressivamente, como modelo de transgressão moral, ora no plano metafísico, como significado do processo racional, ora como apelo divino, representativo do pecado, configurando-se como profissão de fé. Assim, já se constata a atemporalidade do conceito de injusto e a despersonalização do sujeito. O sistema jurídico-penal brasileiro também sustenta a neutralidade do tempo no campo normativo ao admitir a teoria da “*actio libera in causae*”.

- i) A relação tipo-ilicitude é autônoma, mas dependente. Significa que a unidade do injusto ocorre a partir de uma co-relação do conceito de tipo e de ilicitude. No entanto, esta co-relação se estabelece como instrumento de comunicação dos elementos que os constituem. A autonomia dos conceitos de tipo e de ilicitude não implica a individualização ou o isolamento desses institutos, nem tampouco a unidade abstrata e universal. Da mesma forma, considerar a ordem jurídica em unidade universal é manifestar absoluto desprezo pelas especificidades das distintas ordens jurídicas: civil, penal, administrativa, etc. Por isto, a ilicitude penal é distinta da ilicitude civil, porque possuem nas suas respectivas estruturas componentes que os distinguem, mas não impossibilita a comunicação entre ambas.
- j) A constituição do injusto que propomos nesta investigação destaca imprescindivelmente a condição em que se desenvolve o conceito de ação. De outra parte o movimento que processa a ação é uma condição do projeto de inclusão do sujeito a partir da concepção de injusto. Assim, a ação é considerada um veículo de comunicação e nessa condição se afirma na formulação do injusto criminal. Neste viés, a compreensão do conceito de ação é desencadeada em processos espontâneos porque conduzida pela vontade e dirigida a um objeto de referência, e se desenvolve em um fluxo constante no mundo-da-vida, primeiro pela sua condição de imprevisibilidade e depois pela comunicação que estabelece com o sujeito/outro. A imprevisibilidade é um elemento que dá conteúdo à ação tendo em vista que mesmo que haja o controle dos mecanismos, dos meios e/ou dos instrumentos – manifestação causal da vontade -, para alcançar o objeto de referência, interferências, acoplamentos e rupturas, poderão ocorrer na operação do discurso.
- k) O objeto imediato investigado pela pesquisa é a noção de bem jurídico empreendida pela ciência jurídico-penal na perspectiva do injusto. O tratamento que foi incorporado

ao direito sempre se deu considerando-se a natureza científica de seus princípios teóricos para construção dos conceitos. Portanto, para dar conta do tema se fez necessário revisitarmos a estrutura metodológica da teoria científica da qual a ciência jurídica importa seu aporte teórico. Portanto, daí a relevância do tratamento da sistemática da teoria científica, de um modo geral, e especificamente da ciência jurídico-penal, motivo pelo qual revisamos os princípios fundamentais das escolas penais, para então tratar diretamente do objeto da tese.

A concepção contemporânea de bem jurídico dominante na literatura criminal o processa como legitimação da pena. Este fundamento se arrima no fato de compreenderem que o bem jurídico deve comportar todos os bens que seletivamente entendem dignos de tutela pelo direito penal. Esta visão reducionista considera que o bem jurídico possui caracteres imutáveis, porque universais, o que não representa a realidade. Por esta razão o bem jurídico se configura como instrumento de quantificação – ou medida - da aplicação da pena.

- l) Divergindo da posição doutrinária dominante, sustentamos que o bem jurídico é uma condição do sujeito concreto incorporado à norma como valor de referência para delimitar o processo de incriminação em proteção a pessoa humana. A noção de bem jurídico adquire caráter normativo quando a conduta provoque dano efetivo e relevante ou perigo concreto de lesão.
- m) Dessa forma, a norma não tem caráter protetivo, apenas limitativo. A norma deve ser considerada com um instrumento de garantia da pessoa humana em detrimento das intervenções estatais autoritárias.
- n) Podemos, então, consoante este entendimento, concluir que o bem jurídico como condição do sujeito agregado à norma como delimitador da intervenção estatal possibilita o processo de sua emancipação no plano social e político. Isto ocorre porque o desenvolvimento das potencialidades da pessoa ocorre a partir da ação – conduta - na efetiva prática social onde se podem avaliar as condições da sua realização. Não cabe ao Estado modelar o modo-de-ser do sujeito. O dever do Estado é procedimentalizar os mecanismos para o desenvolvimento dessas potencialidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ADEODATO, João Mauricio. **Ética e retórica: pra uma teoria dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANDERY, Maria Amália Pie Adib *et al.* O pensamento exige método, o conhecimento depende dele. In: ANDERY, Maria Amália Pie Adib. (Org.). **Para compreender a ciência: uma perspectiva histórica**. 12. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

ANDRADE, Manoel da Costa. **A nova lei dos crimes contra a economia (dec. Lei 26/84 de 20 de janeiro) à luz do conceito de bem jurídico**. In: Ciclos de estudos de direito penal econômico. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985.

_____. **Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. **As três escolas penais**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ARISTÓTELES. **Os pensadores**. São Paulo: Abril cultural, 1996.

_____. **Política**: livro II. 3. ed. Brasília: Unb, 1977.

ARRUDA JUNIOR, Emundo Lima de. **Direito moderno e mudança social: ensaios de sociologia jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de derecho penal II**. 4. ed. Buenos Aires: Losada, 1964.

_____. **La ley y el delito: principios de derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Hermes, 1954. p. 30.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal. Parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BACON, Francis. **Novo organum**: aforismos sobre a interpretação da natureza e o reino do homem. Livro I. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal.. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica do direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Bushatsky, 1978.

BELING, Ernst von. **Esquema de drecho penal. La doctrina del delito-tipo**. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002.

BERTI, Enrico. **Aristóteles no século XX**.. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

_____. **As razões de aristóteles**. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

_____. **Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. (vol. 3).

_____. **Direito penal: Tomo IV**. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1977.

_____. **Direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. (Vol. 1).

BIANCHINI, Alice. **Pressuposto materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRAGUE, Remi. **O tempo em platão e aristóteles**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

BRONOWSKY, J. MAZLISCH, Bruce. **A tradição intelectual do ocidente**. Lisboa: Edições 70, 1988.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BUGALLO ALVAREZ, Alejandro. **Pressupostos epistemológicos para o estudo científico do direito**. São Paulo: Resenha Universitária, 1976.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Tipo penal e linguagem**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Campinas: LZN Editora, 2002. (Vol. 1)

CASSIRER, Ernest. **A filosofia do iluminismo**. São Paulo: Unicamp, 1992.

CASTILHO, Gerardo Barbosa e PAVAJEAU, Carlo Arturo Gómez. **Bien jurídico y derechos fundamentales**: sobre un concepto de bien jurídico para a colômbia. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1996.

CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?**. 1 ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. Curitiba: Editora Acadêmica, 1988.

CORREIA, Eduardo. **Direito criminal. V**. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Newton Carneiro Afonso da. **Conhecimento científico**. 2. ed. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.

COVENEY, Peter. HIGHFIELD, Roger. **A flecha do tempo**. São Paulo: Siciliano, 1993.

CUNHA, Antônio Henrique Gouveia da. **Superação dos impasses filosóficos e científicos no rumo civilizatório**. Foz do Iguaçu: Pluri-uni, 1998.

CUNHA, José Auri. **Filosofia: iniciação à investigação filosófica**. São Paulo: Atual, 1992.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**. uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DAHRENDORF, Ralf. **A lei e a ordem**. Brasília: Instituto Tancredo Neves e Fundação Friederich Nauman, 1987.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio - «Constituição e escolha dos bens jurídicos». Tradução do italiano de José de Faria Costa. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Lisboa, n. 4, 1994.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. Campinas: Bookseller, 1996.

FEUERBACH, Anselm V. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FIANDACA, Giovanni. Il “bene giuridico” come problema teórico e como critério di politica criminale. **Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale**, 1982.

FLORES, Joaquín Herrera. **Reinvindicación del movimiento de derecho alternativo: propuesta para seguir caminando**. Sevilla: Bernúncia, 2008.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005.

_____. **Microfísica do poder**. 11. reimp.. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

FRAILE, Guillermo. **Historia de la filosofía I**. 5 ed. Madrid: Editorial Católica, 1976.

_____. **Historia de la filosofía**. del humanismo a la ilustracion. III. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, de EDICA, 1966.

GAROFALO, R. **Criminologia**. Campinas: Péritas Editora, 1997.

GAQRICA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da ciência do direito penal**.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOULD, Stephen Jay. **Seta do tempo, ciclo do tempo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. São Paulo: RT, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito de democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; (Vol. 1 e 2).

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1978.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio**. São Paulo: Loyola, 1995.

_____. **Princípios da filosofia do direito**. Lisboa: Guimarães Editores, 1990.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**: parte II. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

HEISENBERG, Werner. **Física e filosofia**. Brasília: Unb, 1981.

HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho penal**: obras completas. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998.

HOOYKAAS, Reyer. Contexto e razões do surgimento da ciência moderna. In: DOMINGUES, Francisco Contento (Org.); BARRETO, Luís Felipe (Org.) **A abertura do mundo. Estudos de história dos descobrimentos europeus**. Lisboa: Presença, 1986. (Vol. 1).

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hermán. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho**: el objeto protegido por la norma penal. Barcelona: PPU, 1991.

HUME, David. **Os pensadores**: vida e obra. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

_____. **Tratado da natureza humana**. São Paulo: UNESP, 2001.

JAKOBS Günther. **Estudios de derecho penal**. Madrid : Civitas, 1997

JAPIASSU, Hilton Ferreira. **Introdução ao pensamento epistemológico**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**. 5. ed. Granda: Editorial Comares, 2002.

JHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito. Tomo I**. Campinas: Bookseller, 2002.

KANT, Emmanuel. **Fundamentación de la metafísica de los costumbres**. 14. ed. Madrid: Espas a Calpe, 1999.

_____. **Crítica da razão pura**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo I. Campinas: Russell Editores, 2003.

LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

LYRA FILHO, Roberto. **Para um direito sem dogmas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1980.

_____. **O que é o direito**. São Paulo: Brasiliense, 1999. p. 39.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MAURACH, Reinhart. ZIPF, Heinz, **Derecho penal: parte general I**. 7. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.

MAYER, Max Ernst. **Derecho penal**. parte general. Montevideo: Ibdef, 2007.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal. Tomo I**. Buenos Aires: Valleta Ediciones, 2004.

MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. Lisboa: Editorial Estampa. 1994.

MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: SANCHES, J. M Silva. **Política criminal y nuevo derecho penal: homenaje a Claus Roxin**. Barcelona: Bosch, 1997.

MONREAL, Eduardo Novoa. **Causalismo y finalismo en derecho penal**. Bogotá: Temis, 1982.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

_____. La noción del sujeto. In: SCHNITMAN, Dora Fried (Org.). **nuevos paradigmas, cultura y subjetividad**. Buenos Aires: Paidós, 2005.

_____. **O método I: a natureza da natureza**. Porto Alegre: Sulina, 2002.

_____. **O método II: a vida da vida**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.

NAVARRETE, Miguel Polaino. **El injusto típico en la teoría del delito**. Corrientes: Mave Editor, 2000.

NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEWTON, Isaac. **Princípios matemáticos da filosofia natural**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

NIETZSCHE, Friedrich **A gaia ciência**. São Paulo: Cia das Letras, 2001.

_____. **Genealogia da moral: uma polêmica**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

ORTEGA Y GASSET. Kant, Hegel e Dilthey. **Revista de Occidente**: Madrid, 1958.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PIAGET, Jean. **Psicologia e epistemologia**: por uma teoria do conhecimento. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 1978.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. **Modernidade, tempo e direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PIRES, Eginardo. A teoria da produção dos conhecimentos. In: ESCOBAR, Carlos Henrique et al. **Epistemologia e teoria da ciência**. Petrópolis: Vozes, 1971.

POPPER, Karl Raimund. **Conjecturas e refutações**. Brasília: UNB, 1982.

_____. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1987.

_____. **A lógica da pesquisa científica**. 10 ed. São Paulo: Cultrix, 2003.

_____. **Sociedade aberta**: universo aberto. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1995.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997.

PRIGOGINE, Ilya. El fin de la ciência? In SCHNITMAN, Dora Fried (Org.). **Nuevos paradigmas, cultura y subjetividad**. Buenos Aires: Paidós, 2005.

_____. **O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza**. São Paulo: Unesp, 1996.

_____. STENGERS, Isabelle. **A nova aliança: metamorfose da ciência**. Brasília: Unb, 1991.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. São Paul: Martins Fontes, 2004.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 135.

_____. **Direito natural/direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Filosofia do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **O direito como experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo: EDIPRO, 2003.

ROSSI, Paolo. **O nascimento da ciência moderna na europa**. Bauru: Edusc, 2001.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Portugal: Vega, 2004.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, fundamentos**. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 2003.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001. (Vol. 1).

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: IBCCrim, 2000.

SCHÜNEMANN, Brend. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOARES, Luiz Carlos. O nascimento da ciência moderna: os caminhos diversos da revolução científica nos séculos XVI e XVII. In: _____ (Org.). **Da revolução científica à big (business) science: cinco ensaios de história da ciência e da tecnologia**. São Paulo: Hucitec, 2001.

SOARES, Tiago de Castilho. **Individualismo e direito: condições simbólicas de eficácia dos direitos humanos**. Florianópolis: IDA, 2004.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “ser e tempo”**. Petrópolis: Vozes, 1988

STENGERS, Isabelle. **A nova aliança: metamorfose da ciência**. Brasília: Unb, 1991.

TAVARES, Juarez. **Bien jurídico y función em derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

_____. **Direito penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **Teorías del delito: variaciones e endencias**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1980.

TÉRCIO SAMPAIO. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **O erro no direito penal**. São Paulo; Saraiva, 1977.

TUGENDHAT, Ernest. **Lições sobre ética**. Petrópolis: Vozes, 1996.

URDANDOZ, Teófilo O. P. **História de lá filosofia. Siglo XIX: Kant, idealismo y espiritualismo**. IV. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1975. (Vol. 4).

URDANOZ, Teofilo O. P. **Historia de la filosofia. IV**. Madrid: La editorial católica , 1975. (Vol. 4).

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito..** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 12 ed. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1997.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. 11 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

_____. **Introducción a la filosofía del derecho**. Madrid: Aguilar Ediciones, 1974.

_____. **Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural e justicia material**. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1971.

WESSELS, Johannes. **Direito penal: aspectos fundamentais, parte geral**. 5, ed. Alemã de 1975. Porto Alegre: Fabris, 1976.

WHITROW, Gerald James. **O tempo na história**: concepções do tempo da pré-história aos nossos dias. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general I. Buenos Aires: Ediar, 1998.

_____. **Tratado de derecho penal**: parte general II. Buenos Aires: Ediar, 1999.

_____. **Tratado de derecho penal**: parte general, tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981

_____; et al.. **Direito penal brasileiro I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZIZEK, Slavo. **O espectro da ideologia**. In um mapa da ideologia. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)