

## **1. INTRODUÇÃO**

Este trabalho busca fazer uma reflexão acerca da relação existente entre o Direito Penal e a política. Tem por objetivo demonstrar que é também por meio da análise do Direito Penal que se identifica a face política do Estado, havendo, por conseguinte, uma estreita vinculação entre política e Direito Penal. Indo mais além, visa revelar que a culpabilidade, notadamente, por meio da admissão de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, constitui uma das formas de expressão desse viés político do Direito Penal.

Possui um objeto delimitado que, por sua vez, é investigado pelo método hipotético dedutivo, no sentido de abordar um tema específico e restrito, como tal se opondo aos estudos panorâmicos que se podem intitular de "enciclopédia de" ou "história do". Os assuntos abordados constituem objeto de pesquisas por meio de instrumentos, isto é, por fontes secundárias do conhecimento.

Transcendendo uma análise puramente formal da culpabilidade, demonstra-se que uma decisão judicial que versa sobre causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa tem por base, de forma marcante, aspectos políticos. Sendo assim, este artigo trata, especificamente, da identificação dessa face política, ou seja, examina a eleição política de valores nos julgamentos, se debruçando também em relação à verificação da presença de critérios, sempre considerando, frise-se, que toda decisão que trata da existência ou inexistência de exigibilidade de conduta diversa em casos concretos elege, politicamente, determinados valores em detrimento de outros.

Para tanto, após a verificação do significado político do Direito Penal nesses termos, é feita uma análise em relação ao método utilizado no Direito Penal, isso, por se entender que é a partir dele que se possibilita, em maior ou menor medida, a interferência política em uma decisão de natureza penal.

Por fim, é apresentada a utilização atual do método entimemático na eleição de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa pelo Poder Judiciário brasileiro e sua significação política, evidenciando, desse modo, a importância do conhecimento preciso da culpabilidade em todo Estado que respeite a Dignidade Humana.

## **2. SOBRE O SIGNIFICADO POLÍTICO DO DIREITO PENAL**

De início, é necessário esclarecer que a definição do significado político da dogmática penal e, conseqüentemente, da culpabilidade, mostra-se, mesmo nos dias atuais, uma tarefa árdua dada a sua complexidade.

Falar de política é falar de poder que, por sua vez, consiste, resumidamente, em condição de mando. Na língua portuguesa, a palavra política indica o “conjunto dos fenômenos e das práticas relativos ao Estado ou a uma sociedade” (FERREIRA, 2014, p. 596).<sup>1</sup>

A violência é algo inerente ao Direito Penal. Está presente no crime e também na pena imposta pelo Estado como reação ao cometimento prévio de uma infração penal (daí a sua legitimidade).

A pena constitui meio de vigência do direito que é, por sua vez, condição de existência do Estado. Nesse diapasão, podemos facilmente concluir que, direito, pena e Estado são instituições imbricadas, entrelaçadas, dependentes entre si.

Acrescente-se que forma de utilização da violência por meio da pena estabelecida pelo Estado é um meio de se constatar o sistema político-social reinante. Dessa concretização do uso estatal da violência através do direito Penal, surge também a necessidade de observar conjuntamente a sua face política e técnica sob pena de instalar-se uma verdadeira crise.

É exatamente nesse sentido que podemos afirmar que identificar significado político da dogmática penal é encontrar os valores considerados pelo Estado, personalizado em um grupo, temporariamente detentor desse poder, como ideais a serem perseguidos, aplicados, concretizados dentro de sua circunscrição.

Uma das mais claras formas de visualizarmos a existência dessa força política é através das decisões do Poder Judiciário. E, dentre todas as suas decisões, aquelas em que a presença política é mais latente são as que o presente trabalho se ocupa, as de natureza criminal.

A afirmação feita no parágrafo anterior se fundamenta no fato do Direito Penal, no Estado brasileiro, ser *ultima ratio*, por ter natureza jurídica eminentemente sancionadora,<sup>2</sup> utilizando de sanções mais incisivas, que restringem bens jurídicos essenciais dos seus cidadãos. A pena é, por isso, a mão mais forte e pesada do Estado, a forma mais evidente de demonstrar a sua presença, força e poder.

O sistema jurídico-penal em si, além de fruto da técnica é também consequência de decisões de natureza política. Ele existe ou é legislado para cumprir objetivos dentro de e para

---

<sup>1</sup> Além disso: ”2. Arte e ciência de bem governar, de cuidar dos negócios públicos. 3. Qualquer modalidade de exercício da política (2). 4. Habilidade no trato das relações humanas. 5. Modo acertado de conduzir uma negociação; estratégia.” (FERREIRA, 2014, p. 596)

<sup>2</sup> Segundo Asúa (1945, p. 17), além de Público, o Direito Penal é normativo, valorativo e finalista, tendo a norma e o bem jurídico como polos e cuja natureza é eminentemente sancionadora.

uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira (BATISTA, 2007, p. 19). A partir da técnica legislativa do Estado, há a pretensão de serem alcançados objetivos políticos. Isso, com a eleição de valores que, de acordo com um julgamento também político, merecem relevo, proteção ou até mesmo concretização.

O Direito Penal é, portanto, sempre criado, alterado, para satisfação de necessidades político-sociais. Apesar de considerarmos que esse não é o caminho mais eficaz, é um verdadeiro instrumento de controle, meio de intervenção. É a forma mais incisiva do Estado tentar alcançar os seus fins político-sociais.<sup>3</sup>

Nesse sentido, podemos chegar à conclusão de que, apesar de comumente inexistir na doutrina jurídico-penal brasileira tal reflexão que, diga-se de passagem, é de suma importância para sua compreensão e crítica, o Direito Penal, como conjunto de normas que estabelecem condutas criminosas cominando as respectivas penas, é permeado de significação política, pois, seja no momento da sua criação, através da técnica legislativa, seja na sua aplicação, por meio da atuação do Poder Judiciário, há eleições políticas. Nessa toada, é correta a afirmação de que todo discurso jurídico penal é político e técnico ao mesmo tempo.

Na realidade, o legislador estabelece a pena à uma determinada ação de acordo com opções político-criminais, sem analisar se essa punição cominada satisfaz, concretamente, a função preventiva da pena. O Poder Judiciário, por sua vez, na tarefa de identificação dessas opções, por não encontrar o legislador histórico, acaba por apelar para um imaginário.

Por isso, a ideia de plenitude, a crença de que as leis podem, *per si*, prever e dar solução uniforme da todos os conflitos de interesse do direito é ilusória. A partir de uma lei, por exemplo, são imaginadas vontades, efeitos, sujeitos, que constituem certa política criminal que, por sua vez, opera em um mundo real que não necessariamente é levado em consideração (omissão do contexto político, cultural, econômico, social).

Quando a realidade não é levada em consideração, há a impossibilidade de vincular o Direito Penal à política, gerando o que Zaffaroni chama de alienação política do discurso

---

<sup>3</sup> Relata Zaffaroni (2005, p. 77 e ss) agora fazendo uma ligação necessária para a exata compreensão dos conceitos, que é a partir da definição do Direito Penal que se chega a definição de Dogmática Penal (resultado de caráter universal da atividade intelectual operada em relação do Direito Penal). Porém, é feito o importante alerta de que para a real compreensão do que é Direito Penal ou Dogmática Penal, devem ser considerados elementos não evidenciados na lei penal, mas que tem importância tão marcante quanto. Em outros termos, poderíamos dizer que para se conhecer o complexo Direito Penal não basta a leitura do seu texto puro e simples (necessidade de compreensão), sem observar o “porquê” e o “para que”, sem visualizá-lo também como instrumento de intervenção Estatal.

técnico, acrescentando, todavia, que é possível ocorrer o inverso, a alienação técnica do discurso político.

Acrescenta o mesmo autor (2005, p. 72) que a desvinculação do discurso jurídico-penal com a política abre caminho à arbitrariedade judicial, pois como o discurso teórico não leva em consideração os efeitos sociais reais o método jurídico não torna previsível as decisões que, por sua vez são motivadas pelos mais diversos fundamentos; esvazia de sentido político a discussão teórica, que busca racionalizar o poder punitivo, o que debilita a vigência do método, criando o risco de cair na irracionalidade.

À propósito, é válido salientar que ao darmos ênfase a característica política do discurso jurídico não queremos demonstrar a possibilidade de desprezo à técnica<sup>4</sup>, ou seja, ao método jurídico. Esse destaque tem apenas a pretensão de alertar para uma característica que, diferente da técnica, comumente é esquecida pela doutrina e pela jurisprudência em suas reflexões, críticas e posicionamentos.

Sobre as causas da ausência de destaque da natureza política dos discursos jurídico penais, Zaffaroni (2005, p. 74) aponta como fatores: o fato de estarmos muito imersos na elaboração das consequências das oposições políticas básicas em que se assentam; são produtos acadêmicos geralmente considerados pela jurisprudência apenas ao fim de uma geração onde sobrevivem discursos anteriores e; os discursos jurídico-penais, por configurarem literatura especializada, se dirigem aos acadêmicos que preferem trabalhar aspectos técnicos.

O método jurídico constitui-se um verdadeiro caminho a ser percorrido pelo direito em seu processo de concretização. Concede a racionalidade necessária ao sistema jurídico-penal. Permite a existência de certa (e não total) previsibilidade às decisões do Poder Judiciário, ao conceder coerência ao sistema. Além disso, evita a prática do intencionalismo<sup>5</sup>. O resultado da sua eliminação é um discurso político puro, clientelista, oportunista, carente de conteúdo racional.

“Um discurso jurídico-penal bem estruturado é um programa político elaborado com precisão. É uma elaboração intelectual que se oferece ao Poder Judiciário como projeto de jurisprudência não contraditória, adequada às leis vigentes” (ZAFFARONI, 2005, p. 73 e 74).

---

<sup>4</sup> Segundo Zaffaroni (2005, p. 76), a alienação técnica não se produz quando o político elabora um discurso com fala de articulação técnica, mas quando elabora um discurso que a despreza. Acrescenta ainda que a combinação da alienação técnica com a alienação política permite dar forma técnica para qualquer discurso político.

<sup>5</sup> Para Zaffaroni (2005, p. 75), o intencionalismo pretende que cada discurso seja elaborado de acordo com o interesse político, com plena consciência do teórico. Além disso, quer ver uma coerência ideológica que quase nunca existe, na maioria das vezes, surreal.

Como visto, apenas de uma forma geral, podemos fazer a clássica e também correta afirmação de que “a função do Direito Penal é assegurar a existência da sociedade, garantir condições fundamentais e indispensáveis para a vida em comum. Que o Direito Penal atua como sistema de limitação às liberdades individuais, com o objetivo de tornar possível a convivência social.” (ANTOLISEI, 1969, p. 03)

Nos pormenores, identificar a real missão do sistema jurídico-penal exige identificar o significado político do mesmo que, por sua vez, é uma tarefa que exige profunda sensibilidade daquele se dispõe a tal propósito. Isso porque o sentido político pode estar implícito em uma decisão ou, até mesmo, aparentemente omissa em função da intenção de resguardar a integridade moral do seu autor, como negação de ter operado como instrumento de poderes concretos (ZAFFARONI, 2005, p. 74), notadamente, quando incompatível com o que a dogmática penal indica.

Identificar exatamente o significado político da dogmática penal é uma tarefa das mais complexas, é, quiçá, impossível de se concluir, uma utopia, algo que devemos perseguir como muito afincado embora, inevitavelmente, inalcançável. Como afirma Zaffaroni (2005, p. 2006), todos nós padecemos de alienação política. Uns mais e outros menos, visto que tal ausência de conhecimento, inevitavelmente, existe, porém de forma gradativa.

O que nos faz concluir que é imprescindível, sob pena de serem gerados todas as consequências já relatadas da existência de alienação política do técnico, a consciência por parte do jurista, da existência dessa face política da dogmática penal a fim de que a concretização do Direito Penal ocorra conforme as necessidades político-sociais atuais.

A referida consciência parte da análise do próprio método de concretização do Direito Penal brasileiro. A via ou abertura sistêmica do Direito Penal para a aparição da sua face política ocorre na própria base de sustentação da técnica: no método atual do Direito Penal.

### **3. DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO PENAL E MÉTODO**

Por método, de uma forma geral, se entende o caminho traçado para investigação de um objeto específico. É, portanto, constituído de um itinerário, uma série de passos esquematicamente predeterminados, a fim de ser eficaz na sua missão de conhecer e, a partir disso, declarar um objeto específico.

O Direito Penal, como parte do sistema jurídico, é constituído de textos, técnicas de interpretação, pessoas com atribuição de participar no seu processo de concretização dentre outros atores e institutos.

À primeira vista, pode aparentar ser simples ou até mesmo óbvio o processo de aplicação do Direito Penal, a questão de relacionar a decisão do caso concreto com a norma previamente fixada. Tal conclusão constitui, inevitavelmente, um grande equívoco.

A causa do deslize comum, apontado no parágrafo anterior passa a ter certo sentido a partir da análise histórica do método utilizado pelo Direito Penal, mais especificadamente, das grandes contribuições trazidas a partir da adoção primeira de um método simplista, até hoje apregoado por alguns, como se verá adiante.

A referida relação é relativamente recente. Isso porque foi apenas a partir do surgimento e adoção do princípio da legalidade que o Direito Penal passou a se constituir um sistema racionalizado.

A exigência de lei escrita, prévia e certa para a constatação de uma conduta como criminosa e, por isso, merecedora de pena (princípio da legalidade) é responsável por conferir harmonia ao sistema jurídico-penal. Constitui um fator condicionante para a estruturação e construção desse sistema. É, por isso, considerado valor fundante para todo desenvolvimento da dogmática penal.

Aponta-se, apesar de tomar por base a dogmática penal, Beccaria como responsável pela criação do princípio da legalidade, no século XVIII, em sua obra “Dos delitos e das penas”. Isso ocorre porque a partir das bases da doutrina do autor, de natureza política e filosófica, a previsão legal dos fatos tidos como crime passou a ser requisito indispensável para a punição. A exigência de previsão anterior em lei escrita dos fatos considerados criminosos foi vista como fiel instrumento de combate à arbitrariedade judicial que reinava até então.

À semelhança de Montesquieu, Beccaria (2005, p. 56) diferencia a função judiciária das demais funções do Estado e com isso, conclui que os magistrados devem limitar-se a constatar se um determinado fato resta provado ou não, os impossibilitando, assim, de realizar qualquer atividade de criação do direito. A ideia de que os juízes são apenas a boca que pronuncia a lei (MONTESQUIEU, 1996, p. 175) é também seguida por Beccaria.

Porém, é com a doutrina de Feuerbach, mais especificadamente com a sua teoria da coação psicológica, que o princípio da legalidade foi sistematizado e trazido, definitivamente, para a dogmática penal. Sua obra, teve o êxito de conciliar princípios ideais com o direito positivo.

Feuerbach cria o famoso brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, preocupando-se sempre em vincular o crime à lei, fazendo com que passasse a predominar o direito positivo e, não mais, o direito natural. “O fundamento jurídico para infligir a pena é a prévia cominação legal” (FEUERBACH, 1989, p. 62).

Acredita o autor que a pena tem função de prevenção geral, colocando como condição teórica um sujeito que é capaz de comparar, por meio da razão, as vantagens do crime com as desvantagens da pena, concluindo que a racional decisão será no sentido de se evitar os males da pena. É nesse que ele cria a sua famosa teoria da coação psicológica que, segundo ele, “se configura mediante a efetividade harmônica dos poderes legislativo e executivo em comum objetivo intimidatório” (FEUERBACH, 1989, p. 61).

Como dito, a forma encontrada por Feuerbach para gerar essa coação psicológica é a lei, o direito positivo. Ele acredita, portanto, que a lei é o instrumento apto à evitar lesões por meio do seu efeito intimidatório.

Concomitantemente a adoção do princípio da legalidade, há a inclusão do método no Direito Penal. É que o fato da lei se constituir instrumento para conter o poder punitivo estatal, sendo por isso, de observação obrigatória, exige e, assim, acaba por gerar um caminho para a solução de casos concretos através da sua verificação, conferindo racionalidade ao sistema punivo de uma dado Estado.

A exigência da previsão da conduta criminosa em lei escrita, portanto, impõe ao julgador a utilização de um método de análise e aplicação do Direito Penal. A lei passa a ser condição para o delito e, conseqüentemente, para a imputação da pena. Nesse diapasão, a lei se afigura como verdadeiro caminho para chegar ao conceito de crime.

Por se acreditar que a lei é capaz de resolver todo e qualquer conflito, que é capaz e conter todo o direito, o método considerado adequado ao alcance dessa pretensão foi o silogismo demonstrativo.

Com ele, realiza-se um processo e subsunção lógica em que a lei é considerada a premissa maior, o caso concreto a premissa menor e a resposta ou conclusão correta a adequação do caso à lei. A conclusão, portanto, se verifica dedutivamente em face da correspondência entre as premissas maior e menor.

Acrescenta Adeodato (2012, pp. 370 e 371), o direito de certas sociedades complexas, que pode ser dito dogmático, se caracteriza como postulados iniciais, por apenas considerar argumentos alegadamente embasados em um texto de norma preexistente no ordenamento jurídico estatal. A interpretação desse direito se apresenta como silogística: a norma geral alegada, expressa pela lei ou jurisprudência, representa a premissa maior, o caso concreto a premissa menor, por um processo de subsunção e a norma individual aplicada ao caso concreto à conclusão. Tal forma dogmática de organizar o direito é apoiada ainda em alguns postulados básicos como a obrigatoriedade de decidir, de interpretar fornecendo alcance e sentido concretos para as normas gerais e ainda, a necessidade de fundamentação e legitimação.

O silogismo, por força do positivismo, ganhou bastante credibilidade, sendo muito presente no século XIX e no início do século XXI, por se apresentar significação extremamente benéfica, notadamente, no início de sua aplicação. A história demonstra vários exemplos pelos quais tornou-se possível comprovar a aplicação do Direito Penal como instrumento para acomodar as situações desagradáveis aos detentores do poder político punitivo, pois com o silogismo, como dito, o que não estivesse previsto em lei como crime seria penalmente irrelevante, não se podendo escapar dessa vedação por meio da utilização da analogia ou da aplicação retroativa do Direito Penal (BRANDÃO, 2005, p. 215).

Como afirma Wieacker (1967, p. 492), o positivismo científico “deduzia as normas jurídicas e a sua aplicação exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica, sem conceder a valores ou objetivos extra-jurídicos (por exemplo, religiosos, sociais ou científicos) a possibilidade de confirmar ou infirmar as soluções jurídicas.”

É, portanto, exigida a plenitude do sistema, a ausência de lacunas. A subsunção lógica em relação a um princípio ou conceito deve ser possível e suficiente em todos os casos pensáveis. Nesse sentido, a constatação da solução pelo julgador limita-se ao ato lógico da subsunção correta.

Nesse sentido, Sobota (1996, p. 251) conclui dizendo que a crença na plenitude da lei para a solução de casos concretos, “é a versão popular de uma concepção teórica que se desenvolveu a partir do espírito do iluminismo e da admiração pelos sucessos da ciência, refletidos no movimento positivista do fim do século XIX e começo do século XX. A ideia subjacente a este movimento era descobrir (ou redescobrir) um sistema razoável que pudesse regular a conduta humana por meio de um ordenamento jurídico unívoco, completo e abrangente, independente da mediação arbitrária dos juízes.”

Como o positivismo científico deduz o direito apenas a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios geralmente conhecidos da sua ciência, algumas consequências são inevitáveis. A ordem jurídica passa a se constituir um sistema fechado (autônomo e coerente) de instituições e normas, independentemente da realidade, das relações concretas reguladas por essas instituições e normas, por isso, torna-se possível decidir corretamente todas as situações jurídicas apenas através de uma operação lógica que aplique a valoração hipotética, contida num princípio geral de caráter dogmático a um caso concreto. Por isso, exige plenitude, ou ao menos há a pretensão de que a mesma exista. (WIEACKER, 1967, pp. 495 e 496).

Com o passar do tempo, progressivamente, houve a percepção de que o silogismo demonstrativo, embora extremamente eficiente quando aplicado nas ciências da natureza,

como, por exemplo, a física, não era satisfatório às ciências culturais, onde a argumentação, a retórica está inevitavelmente presente.

Nas ciências argumentativas, desde os primórdios da filosofia grega, é reconhecido o cabimento do silogismo não demonstrativo, pois, em face da necessidade de argumentar, as ciências culturais, sobretudo o direito, não podem excluir a retórica do seu método (BRANDÃO, 2014, p. 199).

Desde então, a lei passou a ser vista como necessária, mas, no entanto, insuficiente para resolução de todos os casos concretos, dando assim, espaço para o surgimento de outro método.

A tópica, defendida por Theodore Viehweg, em meados do século passado, que prega a total inviabilidade do uso exclusivo da lei escrita para solução de casos concretos e a necessidade de se decidir a partir tão somente desses, de uma interpretação universal da totalidade do acontecer, de uma história compreendida, tendo a retórica como protagonista, também não mais poderia ter lugar depois de vivenciados o progresso trazido, inevitavelmente, pela exigência de lei e pelo silogismo demonstrativo (BRANDÃO, 2005, p. 217).

A convicção de que toda decisão poderia ser precedida de uma norma geral, plena e anterior foi, pouco a pouco, com o passar do tempo, vista como completamente disfuncional. É em um cenário onde há a percepção e reconhecimento da complexidade existente na modernidade e da conseqüente insuficiência do direito positivo que o silogismo retórico é contemplado pelo Direito Penal.

O silogismo geral se apresenta como uma argumentação onde determinados enunciados são pressupostos e algo diferente deste nasce da conclusão sobre os referidos pressupostos, sendo classificados em apodícticos, dialéticos, erísticos e o entimema, chamado de silogismo retórico. Os entimemas são silogismos retóricos por não serem perfeitos do ponto de vista formal uma vez que suas conclusões não decorrem da correspondência exata e lógica de suas premissas, sendo do ponto de vista prático, úteis quando o objetivo é persuadir, quando a referida coerência exata e lógica não é possível ou mesmo perquirida (ADEODATO, 2012, p. 359).

É uma explicação da filosofia para o raciocínio que existe quando há uma conclusão contingente do silogismo, ou seja, que não decorre da simples adequação de premissas (a diferença entre o entimema e o silogismo não se situa na ou na ordem, mas sim, na elipse de uma das premissas). Nesse diapasão, dá-se especial relevo para a argumentação e, conseqüentemente, ao potencial argumentativo do sujeito, em face da existência de uma

premissa elíptica, que determinará a aceitação ou não aceitação da conclusão (BRANDÃO, 2014, pp.199, 202, 203).

A mais evidente característica do entimema é a formulação encurtada. Inicialmente, isso pode até aparentar uma deficiência, do ponto de vista lógico, no entanto, em verdade, essa característica constitui a causa do seu destaque, do despertar do Direito para a necessidade de sua utilização.

Tal conclusão advém da ideia de que o fato de existir uma premissa elíptica, que concede espaço à retórica dentro do método, reconhece, concomitantemente, a importância da argumentação da interpretação das normas jurídicas para solução de casos em uma sociedade complexa. É justamente esse espaço para a retórica dentro do método penal que suprirá as necessidades do direito vigente em uma sociedade reconhecidamente complexa.

Essa abertura metodológica é que abre a possibilidade de adequar o Direito Penal à realidade em que se insere e é exatamente esse hiato inicial no método que, como será analisado ao final deste estudo, viabiliza a necessária apresentação da feição política do Direito Penal.

No direito, o entimema é de primeira ordem uma vez que a premissa menor, ou seja, o caso é conhecida pelo sujeito *cognoscendi* primeiramente, após, há a intuição da solução jurídica (conclusão) e, por último, há a busca de uma premissa maior a fim de justificar a sua argumentação (premissa elíptica, produto da escolha do julgador). (BRANDÃO, 2014, p. 227)

Em relação ao sistema jurídico, no qual está incluído o Direito Penal, pensar diferente, pleiteando a inclusão de todas as premissas, seja alterando a ordem de análise das premissas, constitui uma estratégia falha de conferir racionalidade e segurança jurídica, ou mesmo, mera ilusão.

É nesse sentido que cada vez mais está sendo reconhecido como apto o método entimemático à resolução de casos pertinentes ao Direito Penal, no Brasil. Isso porque ele se apresenta como método capaz de satisfazer as necessidades de uma sociedade complexa como tal e que, ao mesmo tempo não desconstrói toda edificação garantista que ocorreu no Direito Penal com a disseminação dos ideais iluministas.

Esse espaço próprio do método entimemático, ao contrário do que alguns possam pensar, não se contrapõe às exigências da Constituição e do Direito Penal brasileiro por não ocorrer de forma ilimitada, ou mesmo, em contraposição aos passos garantistas dados até então.

A afirmação apresentada anteriormente advém de uma interpretação penal-constitucional que tem por base, como ressaltado, a ideia de legalidade. Nesse sentido, tem-se que para a utilização do método entimemático, no Direito Penal brasileiro, há um limite

negativo, imposto pela constituição e ainda reproduzido pelo Código Penal que é a existência de lei.

A lei é considerada um limite negativo, pois toda e qualquer decisão incriminadora, prejudicial, deve se basear nela, garantindo assim, os cidadãos em relação ao poder de punir do Estado. Essa é a razão central da existência do princípio da legalidade, o motivo desse ser tipo como princípio de princípios, de se constituir a base do sistema penal brasileiro. Por isso, é condição de utilização de qualquer método que respeite a ideia de Estado de Direito exigido pela Constituição Federal de 1988.

Se a lei se apresenta como limite negativo, é no limite positivo que é conferido o espaço necessário à retórica imanente ao direito. Esse limite positivo se situa no caso, a partir de interpretação mais ampla, baseada na apreciação do mesmo em correspondência com os valores político constitucionais vigentes.

O próximo ponto se ocupa justamente em demonstrar o espaço atualmente reconhecido pelo Poder Judiciário brasileiro na definição dos casos de inexigibilidade de conduta diversa em face declarada insuficiência da lei nessa missão e que a utilização do método entimemático nesse processo de identificação, com obediência aos limites antes apresentados, além de ser compatível com o sistema penal constitucional vigente, satisfaz as necessidades político-sociais, evidenciando a face política do Direito Penal.

#### **4. UTILIZAÇÃO DO MÉTODO ENTIMEMÁTICO NA ELEIÇÃO DE CAUSAS SUPRALEGAIS DE INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E SUA SIGNIFICAÇÃO POLÍTICA**

A culpabilidade constitui uma das mais fundamentais garantias presentes no Direito Penal moderno. Com ela há o respeito à pessoa humana e, assim, às suas características mais primitivas. A partir do seu reconhecimento, como elemento indispensável para a existência do crime, a análise do fato, como típico e antijurídico, passa a não ser mais considerada suficiente, tornando-se imprescindível também a reprovação pessoal do seu autor, a partir de uma reflexão que é baseada na essência do ser humano.

O seu conceito foi disseminado ocidentalmente a partir da jurisprudência alemã como um juízo de reprovação pessoal, feito ao autor de um fato típico e antijurídico porque esse, podendo se comportar conforme o direito optou, livremente, por se comportar contrariamente ao direito.

A definição exposta no parágrafo anterior foi reafirmada pela doutrina finalista e, por ter sido acolhida pelo Direito Penal brasileiro atual, será por nós utilizada ao fazermos referência ao vocábulo “culpabilidade”.

Do seu surgimento, apontado majoritariamente como sendo na doutrina de Frank, até os dias atuais, dogmaticamente, a culpabilidade passou por reformulações que tinham por objetivo identificar, a partir do conceito exposto anteriormente, os seus elementos, ou seja, os fatores a serem observados para a constatação da sua existência ou inexistência em um caso concreto.

Foi do termo “livremente”, utilizado em sua definição, que surgiu como pressuposto da culpabilidade a exigibilidade de conduta diversa. Entende-se que a reprovação só deve recair sobre aqueles que tendo a oportunidade de se comportar conforme o direito optam, em detrimento disso, por se comportar contrariamente. Há, portanto, a inexistência da culpabilidade e, conseqüentemente, de crime, quando restar evidente que o agente, mesmo havendo praticado uma conduta típica e antijurídica, assim o fez por não ter liberdade no agir, por faltar-lhe livre-arbítrio, ou seja, juízo livre, capacidade de escolha pela vontade humana entre o bem e o mal, entre o certo e o errado, conscientemente conhecidos.

Considera-se, nesse sentido, que entender como irrelevante a ausência de liberdade no agir é desconsiderar do homem como o é e, conseqüentemente, a Dignidade Humana. Além disso, entende-se que aplicação da pena tem, concretamente, sua finalidade esvaziada uma vez que aquele que pratica um fato típico e antijurídico por não ter tido a opção de agir conforme o direito, não é passível de atender adequadamente a ideia de prevenção especial da pena.

Como se percebe, a culpabilidade surge a partir do reconhecimento da insuficiência da responsabilidade objetiva para constatação do crime, tornando-se imprescindível para tanto a censura do seu autor em face de suas características internas essenciais (a capacidade, a consciência e a liberdade), sendo a exigibilidade de conduta diversa fruto desse objetivo, já que busca garantir que no caso de ausência concreta da liberdade, não haja a constatação do crime.

Ocorre que o direito, inevitavelmente, é incapaz de prever todos os casos em que há a referida ausência de liberdade ou incapacidade de atuar de forma diferente. É de todo ineficaz qualquer tentativa ou até mesmo pretensão no sentido do sistema jurídico penal lograr êxito nesse sentido. Em que pese a existência de previsões acerca das relações humanas pelo direito, há no mundo fenomênico, na realidade, uma complexidade tão intensa na vivência dessas relações que se torna completamente inviável a definição de todos os casos em que inexiste liberdade.

Mesmo sendo possível a regulamentação de hipóteses, a exemplo do sistema jurídico brasileiro que define a obediência hierárquica e a coação moral irresistível como hipóteses de ausência de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, é inevitável a admissão concreta pelo Poder Judiciário de outras causas não legisladas pelo reconhecimento da insuficiência da lei nessa tarefa, em um Estado que tenha a Dignidade Humana como fundamento.

No Brasil, a jurisprudência se posiciona nesse mesmo sentido. Ocorre que não há a percepção por parte de grande parte da doutrina brasileira e do Poder Judiciário acerca do método utilizado para a constatação supralegal da ausência concreta de liberdade no agir, do “poder agir conforme o direito”. Não há a indicação das balizas pelas quais o julgador deverá se nortear na difícil tarefa de identificar a ausência ou a presença de liberdade em um caso concreto. Inexiste, frise-se, um caminho traçado pela doutrina ou mesmo pela jurisprudência para a verificação concreta de uma causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa compatível com a ordem constitucional brasileira.

Resultado disso é a ausência de uma base homogênea em relação à eleição de valores aptos a retirar a liberdade pelo judiciário brasileiro. À título de exemplo, existem decisões em que se considera inexigível conduta diversa daquele que falsifica documento para embarcar para o exterior pelo “sonho de prosperidade”, de “melhores condições de vida” (Rio de Janeiro, Tribunal Regional Federal, 2016). Já foi decidido também que a lesão ao corpo da amante do marido da acusada praticada por esta não é culpável por inexigibilidade de conduta diversa, em face da “humilhação” que era sentida no momento da sua prática (Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça, 2014).

A admissão de causas supraleais de inexigibilidade de conduta diversa de forma alguma se contrapõe ao princípio da legalidade. Como referido em linhas anteriores, a função desse princípio, que se afigura como base do sistema jurídico-penal brasileiro, é limitar o poder de punir do Estado, constituindo indispensável garantia a todos que vivem em um Estado de Direito.

Ao serem admitidas causas supraleais de inexigibilidade, em que pese, frise-se, a inexistência de embasamento na lei para a conclusão da decisão e sim do caso, há o respeito e cumprimento à teleologia do princípio da legalidade.

Isso se justifica porque, em detrimento da possibilidade de punir ante a observação pura e simples da lei, que não prevê como inexigível a conduta do agente nos referidos casos, dá-se preferência à liberdade em face do reconhecimento da insuficiência da lei na tarefa de previsão dos casos onde inexiste a liberdade do agir e da compatibilidade desse raciocínio com

o sistema constitucional penal brasileiro, notadamente, com a sua base: o princípio da legalidade.

A finalidade do princípio da legalidade é atingida exatamente por isso. Opta-se por aumentar o âmbito de liberdade do acusado em face da percepção dos valores político-constitucionais vigentes e do caso concreto. Essa liberdade do cidadão em face do poder de punir do Estado é exatamente o objetivo último da referida garantia.

No processo de análise relacionado a existência de causa supraleais de inexigibilidade de conduta diversa há uma conclusão contingente uma vez que inexiste a simples adequação da premissa “lei” ao caso concreto. O potencial argumentativo do sujeito é que evidenciará a premissa elíptica, que deve ser baseada nos valores políticos constitucionais, determinando a aceitação ou não da conclusão.

Há, portanto, mesmo que, eventualmente, não exista tal reconhecimento na motivação das decisões, isso de forma intencional (a fim de pregar a exata previsibilidade das decisões do Judiciário ou uma simplicidade inexistente) ou não, a adoção do método entimemático em relação à percepção por parte do Judiciário brasileiro acerca das causas supraleais de inexigibilidade de conduta diversa, inclusive, com obediência aos limites (negativo/positivo) impostos pelo sistema constitucional penal atual.

Não há o descumprimento do limite negativo por, como dito, estarmos diante de situações onde há o aumento do âmbito de liberdade do cidadão, contemplando-se o caso (limite positivo) e suas peculiaridades para o alcance de uma decisão justa. É, justamente, nesse limite positivo que a face política do Direito Penal é evidenciada.

Ao mesmo tempo em que reconhece na sua estruturação a complexidade da sociedade atual brasileira, ao consentir à solução jurídica de casos não regulados especificamente pelo Direito Penal, como os que se constituem objeto do presente texto, concede racionalidade e segurança jurídica aos ditos casos por se constituir como um método.

O lugar conferido no método à retórica, à argumentação, confere espaço para que possam ser supridas as lacunas da legislação através da concessão do sentido político às decisões. Nesse diapasão, aproxima-se à legislação “fria” à realidade político-social atual.

Os valores identificados pelo julgador como aptos à retirar a liberdade do agente, independentemente de haver ou não a confissão desse fato na motivação das decisões, partem de uma eleição de natureza política.

Por sua vez, a identificação desses valores, considerados hábeis à retirar a liberdade do agente, por parte do julgador, deve partir da correta interpretação da Carta Política vigente. É a Constituição que contempla e indica os valores merecedores de relevo, que torna possível

a discussão e o controle acerca da legitimidade dos valores selecionados ou não pelos julgadores como hábeis à retirar a liberdade do agente em um dado caso concreto.

Essa é a leitura realista acerca do processo de identificação das causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa. Além de compatível com o princípio da legalidade, com um Estado Democrático de Direito que possui como um dos seus fundamentos a Dignidade da Pessoa Humana, se apresenta como método passível de dar soluções até mesmo com natureza marcadamente política de forma técnica na complexa sociedade brasileira.

## **CONCLUSÃO**

Conhecer a real missão do sistema jurídico-penal exige identificar o significado político do mesmo que, por sua vez, é um mister que exige profunda sensibilidade daquele se dispõe a tal propósito. Essa é uma tarefa das mais complexas, é, quiçá, impossível de se concluir, algo que devemos perseguir como muito afincado embora, inevitavelmente, não alcancemos plenamente.

Para que seja aflorado o imaneente aspecto político do Direito Penal nas decisões com respeito a racionalidade necessária em um Estado Democrático de Direito e sem o desprezo à técnica, faz-se indispensável a utilização de um método que não apenas limite o poder de punir do Estado, mas que também possua um espaço para penetração de aspectos políticos nos julgamentos.

O método entimemático se apresenta nos dias atuais como instrumento eficaz para que a face política do Direito Penal seja, racionalmente, integrada nas decisões, tornando esse saber mais próximo da realidade. O processo de admissão de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa evidencia tal conclusão.

Em tal análise há uma conclusão contingente visto que inexiste a simples adequação da premissa “lei” ao caso concreto. O potencial argumentativo do sujeito é que evidenciará a premissa elíptica, que deve ser baseada nos valores políticos constitucionais, determinando a aceitação ou não da conclusão. Tal admissão, frise-se, não viola o princípio da legalidade uma vez que caminha teleologicamente no mesmo sentido deste.

Há, portanto, mesmo que, eventualmente, não exista tal reconhecimento na motivação das decisões a fim de pregar a exata previsibilidade das decisões do Judiciário ou uma simplicidade inexistente a adoção do método entimemático em relação à análise judicial acerca da existência de causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, inclusive, com obediência aos limites (negativo/positivo) impostos pelo sistema constitucional penal atual.

Os valores identificados pelo julgador como aptos à retirar a liberdade do agente, independentemente de haver ou não a confissão desse fato na motivação das decisões, partem de uma eleição de natureza política. Por sua vez, a identificação desses valores deve sempre partir da correta interpretação da Carta Política vigente que, por sua vez, contempla e indica quais os que merecem relevo, tornando possível a discussão e o controle acerca da legitimidade seleções.

Ter consciência da face política do Direito Penal no processo de admissão das causas supraleais de inexigibilidade de conduta diversa e da necessidade de se trabalhar com um método compatível com sua natureza ante a realidade social é reconhecer importância do conhecimento da culpabilidade e, conseqüentemente, da necessidade de respeito à Dignidade Humana.

## **REFERÊNCIAS**

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: parte generale*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1969.
- ÁSUA, Luis Jiménez. *La ley y el delito: curso de dogmática penal*. Caracas: Editorial “Andrés Bello”, 1945.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hemus, 2005.
- BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2014.
- BRASIL, Tribunal Regional Federal (2. Região). Apelação criminal nº 42.441-RJ (94.05.01629-6). Relator: Des. Manoel Maia. Rio de Janeiro, 4 de março de 2016.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação criminal nº 546.343/9 – Órgão julgador: 5º Câmara. Relator: Geraldo Lucena. Rio de Janeiro, 04 de maio de 2014.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Positivo, 2014.
- FEUERBACH, Anselm V. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma. Trad. João Maurício Adeodato. *Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife*, nº 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 251-273.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2005.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.