

OBSERVAÇÕES SOBRE A TEORIA SOCIAL DA AÇÃO

Fábio Medina Osório()*

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal é a parte do ordenamento jurídico que estabelece e define o fato-crime, dispõe sobre quem deva por ele responder e, por fim, fixa as penas e medidas de segurança a serem aplicadas. É o conjunto de normas jurídicas que regula o exercício do poder punitivo do Estado, associando ao delito, como pressuposto, a pena como consequência¹ (Welzel e Mezger, respectivamente).

O crime, além de fenômeno social, é episódio da vida humana. A ciência penal submete-o a métodos analíticos, pondo em destaque aspectos de um todo que permanece inapreensível. As teorias do delito desintegram a conduta delitiva em uma pluralidade de condutas concretas, as quais são incluídas nos diferentes graus da estrutura do crime e depois reunidas como um mosaico para a formação do fato punível. O crime é um fato humano que lesa ou que expõe a perigo bens jurídicos penalmente protegidos. As três notas fundamentais do fato-crime seriam: ação típica, ilícita e culpável. A punibilidade aparece como consequência do crime.²

A base fundamental de todo o fato-crime é o comportamento humano (ação ou omissão), sendo necessário, depois, submetê-lo a uma tríplice ordem de valoração: tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

(*) Promotor de Justiça e Professor na Escola Superior de Magistratura e na Escola Superior do Ministério Público – ES.

1 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, Ed. Saraiva, p. 1.

2 *Ibidem*, p. 74.

Há, nesse aspecto, quem sustente que a dogmática penal pode, todavia, acompanhar atividades de pessoas jurídicas, prescindindo, pois, da idéia de necessária tutela do comportamento humano.³

Crime é o fato que a lei penal proíbe com ameaça de uma sanção.⁴ O conceito formal de crime parte de um pressuposto do positivismo jurídico de que a mera contrariedade do fato com a norma acarretaria a configuração conceitual do crime. Daí decorre, posteriormente, a idéia de ilicitude formal, na qual a ilicitude se esgotaria na relação existente entre ação e norma.⁵

O conceito material de crime parte da existência de uma ilicitude material como ponto de referência para a criação de tipos legais e sua aplicação ao caso concreto, graduação do injusto e sua influência na dosimetria da pena, bem como sua relevância para interpretação teleológica dos tipos, resultando em uma concepção unitária da ilicitude.⁶

Fica esclarecido que essa classificação não é única e alguns autores visualizam no conceito analítico o ponto de equilíbrio entre os conceitos formal e material, atribuindo a esse último uma natureza mais sociológica e àquele uma conotação legalista estrita.⁷

O fato típico, como exigência do princípio da legalidade no campo penal, o que é direito fundamental da pessoa humana, apresenta-se, pelo menos na dogmática tradicional, composto, inicialmente, pela conduta ou ação humanas, conceito que abrange a omissão ou ação positiva.

Resulta relevante, pois, examinar algumas vertentes teóricas que debatem as chamadas teorias da ação no campo jurídico-penal, eis que isto significa analisar o primeiro requisito ordinariamente exigível para a configuração do fato-crime.

2. AS TEORIAS DA AÇÃO

Várias teorias disputam a primazia pela definição da conduta relevante para o Direito Penal, situando-se o debate, tradicionalmente, em torno da distribuição dos elementos do crime nos diversos setores: tipicidade, ilicitude ou culpabilidade.

A teoria causal da ação decorre das idéias positivistas dominantes nos fins do século XIX, as quais pretendiam transportar para a área das

3 RAMÍREZ, Juan Bustos. "Perspectivas atuais do Direito Penal Econômico", in *Fascículos de Ciências Penais*, trimestral, ano 4, v. 4, nº 2, abril-maio-junho, 1991, p. 11.

4 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, 4ª ed., tomo 1º, Ed. Forense, RJ, 1984, p. 281.

5 TOLEDO. obra citada, p. 150.

6 *Ibidem*, p. 150.

7 BRUNO, Aníbal. obra citada, p. 284.

ciências humanas os métodos e leis das ciências da natureza, caracterizando-se, em linhas gerais, pelas seguintes marcas:

a) divisão da ação humana em dois segmentos distintos: de um lado, o querer interno do agente, e, de outro, o processo causal visível, a conduta corporal do agente e seu efeito e resultado. No tipo, situava-se o encadeamento causal externo e na culpabilidade os elementos subjetivos (Sistema clássico de Von Liszt, Beling e Radbruch);⁸

b) tipo penal meramente descritivo do aspecto externo da conduta humana;

c) conceito puro de ação, isento de todo juízo de valor, de toda referência a elemento próprio de qualquer dos outros componentes conceituais do crime; deve servir de pressuposto de todo o crime, a toda valoração jurídico-criminal, sem que ela própria contenha já uma valoração dessa mesma ordem;⁹

d) reação à figura do tipo total, com a dogmática fixando a visão analítica do crime, reagindo à idéia de que o tipo penal fosse repleto de subjetividade e normatividade, quando a ação era referida ao ilícito e ao culpável; assim, essa concepção causal significa a purificação do tipo penal;

e) a ação tem o seu impulso causal na vontade. Diferencia-se dos movimentos reflexos, que não passam pela zona da consciência e do querer. A coação física absoluta, o estado de inconsciência, não constituem ação;

f) a vontade é apenas aquela necessária para fazer do comportamento um ato próprio do agente, um acontecer que tem por impulso causal um processo interno volitivo e não simples ato reflexo. Não importa qual seja o conteúdo ou o alcance dessa vontade. O doente mental e o imaturo podem agir. A vontade é aquela necessária a produzir o movimento corpóreo, pouco importando aquilo que o agente verdadeiramente quis;¹⁰

g) há controvérsias sobre se toda ação deveria produzir, ainda, alguma modificação no mundo exterior, nem que fosse no espírito alheio.¹¹ O resultado seria elemento do tipo, não da ação (Mayer), mas Beling dizia que o tipo é modelo definidor da conduta proibida. O resultado pertence ao fato e está na ação como alteração necessária no mundo exterior;

h) injusto objetivo e culpabilidade subjetiva, ainda que evoluindo esta, posteriormente, a uma concepção psicológico-normativa;

8 TOLEDO. obra citada, p. 87.

9 CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1971, p. 235.

10 *Ibidem*, p. 236.

11 BRUNO. Aníbal. obra citada, p. 299.

Foram formuladas diversas críticas às correntes causais da ação, destacando-se, dentre outras, as seguintes:

a) descoberta de elementos anímicos, subjetivos, nos tipos penais – os delitos de intenção;

b) na Filosofia, ganhava terreno a reação antipositivista e o neokantismo. O filósofo Franz Brentano, em fins do século XIX, identificava nos fenômenos psíquicos a nota da intencionalidade. Todo ato psíquico aponta para um objeto. Querer é querer algo; sentir, amar ou odiar é sentir, amar ou odiar algo;¹²

c) em certos crimes, não há relação psicológica entre a conduta e o resultado – os delitos de esquecimento – a culpa inconsciente, as omissões;

d) o problema da tentativa delitual nos ilícitos dolosos; fica inviável diferenciar um crime de lesão corporal dolosa de uma tentativa de homicídio no terreno da tipicidade, ainda que estas diferenças devessem se reproduzir na figura típica;

e) impossibilidade de se dividir algo que, ontologicamente, seria indivisível – o conceito de ação;

Daí ganhou terreno a teoria finalista da ação, no início deste século, com a doutrina desenvolvida por Welzel, partindo de alguns pressupostos cuja explicitação parece oportuna, ainda que em breves linhas.

No terreno filosófico, crescem as idéias de Nicolai Hartmann sobre o querer finalístico e a idealização das metas, proposição antecipada de realização de finalidades. O agente visualiza o que quer e elege os meios necessários a sua consecução. Posteriormente, o autor do fato incriminado concretiza o seu plano e procura alcançar a meta proposta. Finalidade é a mentalização dos fins, direção da atividade para alcançar o fim e realização conforme o plano dos fins. A vontade é o fator dirigente que governa o acontecimento externo e o converte em uma ação dirigida a um fim. A atividade final é um operar consciente orientado a um fim. É uma causalidade dirigida.¹³

No campo filosófico, é possível visualizar, ainda, as observações formuladas por Julian Marías, ao tratar da realização da vida humana, quando afirma que “a vida que me é dada e na qual me encontro, não me é dada feita, e sim por fazer, isto é, me é oferecida ou proposta como que fazer ou tarefa e seu ser consiste em realizar-se”.¹⁴

Viver é fundamentalmente efetivar escolhas dentre as inúmeras possibilidades. Escolho entre “os fazeres concretos que se me apresen-

12 TOLEDO. obra citada, p. 88.

13 TOLEDO. obra citada, p. 88.

14 MARIAS, Jullán. *Introdução à Filosofia*, 4ª ed., Livraria Duas Cidades, 1985, p. 301.

tam como possíveis e então executo a minha vida". No caso do homem, quando não é possível fazer alguma coisa, ele faz outra. O homem escolhe sua vida. O homem decide necessitar certas coisas e tudo isso depende de um projeto de vida.¹⁵

A vida do homem baseia-se na capacidade humana de orientar-se na área de sua própria atividade, diferentemente de uma pedra que cai, de um raio que fulmina e de um animal que ataca. A essência do fazer, de todos os humanos fazeres, não está nos instrumentos anímicos e físicos que interferem na atividade, senão na decisão do sujeito, na sua determinação, no puro querer, prévio mesmo ao mecanismo volitivo. Esse puro querer, essa determinação radical e primeira, põe em funcionamento os mecanismos, as atividades de que o homem dispõe. Cada um de nós consiste em um ser que deve decidir-se, que deverá decidir o que vai ser ou quem vai ser no verdadeiro instante. A estrutura do fazer consiste em que se quer fazer o que se faz *por algo* (por um motivo que é uma urgência, uma necessidade) e *para algo* (com uma finalidade, que é o resultado da atividade, isto é, a obra). Assim, a vida humana, vale dizer, o que o homem faz, se qualifica em virtude de possuir um motivo, um porquê (motivo) e para quê (finalidade).¹⁶

A finalidade, nos delitos culposos, reside na causa e não no resultado, ou seja, existem proibições de ações ou omissões evitáveis, residindo o núcleo da culpa na inobservância de um dever de cuidado ou na violação de proibições.¹⁷ A finalidade, aqui, não necessita de ter como objeto a produção de um dano ao bem jurídico. A forma de conseguir o efeito desejado, através das normas penais, de evitar o dano a bens jurídicos, consiste em considerar o objeto das proibições as ações finais como tais. Assim, por exemplo, a ação final de ultrapassar um ciclista a uma distância de 40 cm é relevante, pois culposa é a execução de uma ação final que é descuidada. O tipo dos delitos culposos coincide estruturalmente com o tipo dos dolosos. Para dar um exemplo: "A" passa com seu automóvel pelo ciclista "X" a uma distância de 40 cm. Em virtude de uma reação de medo, "X" cai e morre de uma fratura craniana. Se "A" queria, pois, conduzir ao lado de "X" seu veículo a uma distância de 40 cm, sua conduta configura o tipo culposo. Pelo contrário, se o veículo de "A", de forma inesperada, derrapa e se aproxima demasiado de "X", então falta a ultrapassagem final. Daí seria necessário suscitar a existência de outros tipos culposos: por exemplo, conduzir com velocidade elevada em ruas com o perigo decorrente da neve.¹⁸

15 *Ibidem*, pp. 226-228.

16 TOLEDO, obra citada, p. 94.

17 TOLEDO, obra citada, p. 96.

18 SCHÓNE, Wolfgang. "Ação, Omissão, Conduta". In *Revista de Direito Penal*, v. 27, janeiro/junho de 1980, Ed. Forense, RJ, pp. 27-28.

A culpabilidade, para os finalistas, é composta da potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, tendo por pressuposto a imputabilidade, consagrando-se uma idéia essencialmente normativa. A culpabilidade é um juízo valorativo, um juízo de censura que se faz ao autor de um fato criminoso, residindo esse juízo na cabeça de quem julga. O dolo e a culpa ficam transferidos para o tipo penal, ocupando-se o juízo de culpabilidade a respeito de evitabilidade ou inevitabilidade do fato praticado.¹⁹ Os tipos passam a ser tipos dolosos ou tipos culposos de crime e o dolo é despido da consciência da ilicitude potencial ou atual. Decreta-se a morte do antigo **dolus malus** dos romanos. O dolo fica integrado no tipo com dois elementos: finalidade da ação (elemento volitivo) e previsão do resultado (elemento intelectual).²⁰

Críticas existem contra a teoria finalista da ação, valendo lembrar as seguintes objeções, eis que notórias:

a) parte de uma concepção pré-jurídica de ação, ao passo que a finalidade pode não se encontrar em determinados tipos penais; ademais, a finalidade pode ser complexa e possuir conteúdo demasiado amplo, mormente quando situada fora do tipo penal, dentro de uma concepção ontológica de ação;

b) encontra dificuldades o finalismo para enfrentar os crimes culposos em que a finalidade não desempenha papel relevante, mormente nos delitos de culpa inconsciente, os chamados delitos de esquecimento; aqui, vale lembrar que a construção da finalidade enquanto exigência posta na conduta culposa de modo desvinculado do resultado não resolve o problema, eis que permanece aberta a perspectiva punitiva, desde que, como reconhece Wolfgang Schöné, no exemplo citado, se deslocasse o núcleo da culpa para o agir anterior, ou seja, o emprego de velocidade em pista com risco de derrapagem.²¹ Ora, ocorre que a conduta deve ser vista de um ângulo unitário, e o tipo culposo é essencialmente jurisprudencial, fruto de construções concretas, donde decorre a idéia de que a finalidade acabaria extremamente alargada, com elasticidade intensa, mostrando-se vazio o conceito, ou seja, até mesmo inútil frente a um tipo penal essencialmente normativo;

c) seria por vezes identificável não apenas uma única finalidade na conduta humana, cuja estrutura complexa fica, pois, em verdade, essencialmente reduzida pelo caráter normativo e limitador do Direito, que trabalha no campo das ficções e presunções. Podê-se afirmar que a finalidade não seria fenômeno facilmente identificável em um plano pré-

19 TOLEDO. obra citada, p. 220.

20 *Ibidem*, pp. 215-221.

21 SCHÓNE, Wolfgang. obra citada, p. 27.

jurídico, desdobrando-se em finalidades posteriores não raro relevantes ao agente, sem falar nas finalidades inconscientes, pois a terminologia, no campo psicanalítico, indica a noção de desejo,²² a qual implica a idéia de satisfação que está na base de toda finalidade;

d) dificuldade da teoria no enfrentar o dolo dos loucos na realização de crimes com elementos normativos nos tipos penais. Também fica difícil conceber o dolo do louco que imagina matar uma mosca, um inseto, quando mata um ser humano, eis que a intencionalidade não abrangeria o elemento típico “alguém” do crime de homicídio,²³ não sendo possível desconhecer essa realidade através de uma construção teórica baseada em presunções, eis que se trabalha em um campo pré-jurídico;

e) a doutrina propugna por um esvaziamento exagerado da culpabilidade, quando na verdade existiria uma culpabilidade dolosa e outra culposa, donde seria indevido equiparar a culpabilidade a um conceito unitário equivalente a um juízo de censura e um poder-agir-de outro modo. Aqui, o esforço do finalismo esbarraria na impossibilidade de se construir uma culpabilidade completamente desprovida de elementos subjetivos, dado que a própria individualização do apenamento passa pelo processo de subjetivação do Direito Penal, aproximando-se a norma repressiva dos traços individualizantes do injusto culpável;

f) pelo ângulo dogmático, seria discutível que o legislador pátrio tivesse adotado, na sua integralidade, a teoria finalista da ação, mormente ao tratar o problema do erro nas descriminantes putativas, ou seja, o erro sobre circunstância fática que, se existisse, excluiria o caráter ilícito da conduta. Com efeito, estabelece o legislador, modo expresso, que essa espécie de erro, ainda que vencível, exclui o tipo doloso (o pai que mata o filho pensando tratar-se de um assaltante), apesar da nítida presença do dolo à luz dos postulados finalistas (dolo natural – matar alguém – aperfeiçoado pelo pai que deseja matar aquela pessoa, mas se engana quanto à qualidade de assaltante);²⁴

22 DOR, Joël. *Introdução à leitura de Lacan. O Inconsciente estruturado como linguagem, Série Discurso Psicanalítico*, 2ª ed., Porto Alegre, 1990, Ed. Artes Médicas, pp. 140-141.

23 COSTA (Júnior), Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, v. 1, Parte Geral, Ed. Saraiva, 1991, VIII. O autor refere, de modo explícito, o problema do dolo dos loucos em relação aos elementos normativos do tipo penal.

24 WESSELS, Johannes. *Diralto Penal*, Parte Geral, Fabris Editor, Porto Alegre, 1976, p. 104. O autor, adepto da teoria social da ação, salienta que essa teoria limitada da culpabilidade propugna por uma exclusão, na hipótese em exame, da tipicidade dolosa. “O erro de tipo permissivo evitável faz com que o autor não seja punido por cometimento doloso do fato, mas sim pelo cometimento negligente onde houver à disposição um tipo de negligência correspondente”. É excluída, portanto, em realidade, apenas a culpabilidade dolosa e o apenamento correspondente, não exatamente o dolo do tipo, p. 104.

O próprio Welzel reconhece, posteriormente, algumas dificuldades do finalismo, a começar pela infeliz opção por essa nomenclatura, eis que a idéia de finalidade seria problemática, propondo, então, a chamada teoria cibemética da ação. Assim, estava o autor buscando designar “a ação como fato dirigido e orientado pela vontade”. Aponta-se o inconveniente, todavia, de que o termo “cibernética” teria uma significação mais precisa no campo da matemática,²⁵ além, é claro, de não resolver os problemas fundamentais antes apontados, os quais decorrem da estrutura ôntica da ação e do radicalismo de alguns de seus pressupostos.

Feitas essas breves ponderações, necessário um rápido exame da teoria social da ação.

3. A TEORIA SOCIAL DA AÇÃO

É comum dizer-se que a teoria social da ação pretendeu ser uma ponte ou posição intermediária entre as teorias causal e final da ação, baseando-se na afirmação de que não seria qualquer ação que poderia ser proibida pelo Direito Penal, mas apenas aquelas que se revestissem de um sentido social, vale dizer, que transcendessem o agente e alcançassem terceiros. Somente as ações que fizessem parte da intersubjetividade humana poderiam interessar ao Direito Penal, ficando de fora aquelas ações que dissessem respeito ao âmbito estritamente individual.²⁶

As idéias evoluem no sentido de sustentar que somente podem ser ações jurídico-penais aquelas que perturbam a ordem social, sendo que nesta concepção se movimenta um sentimento liberal (democrático, anti-totalitário), como reconhece Zaffaroni, um dos adversários da teoria em exame.²⁷

Em linhas gerais, parece lícito trazer à tona as observações desenvolvidas por Wessels no que se refere às principais características da teoria social da ação,²⁸ a saber:

a) a relevância social do fazer ou da omissão humanos é o critério conceitual comum a todas as formas de comportamento;

b) engloba o agir como fator sensível da realidade social com todos os seus aspectos sociais, finais, pessoais, causais e normativos;

25 LUNA, Everardo da Cunha. “Teoria Finalista da Ação”. In *Revista de Direito Penal*, v. 26, jul/dez 1979, Ed. Forense, RJ, p. 46.

26 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, primeira reimpressão, Cordenas Editor y Distribuidor, México, 1991, p. 373.

27 *Ibidem*, p. 373.

28 WESSELS, obra citada, pp. 20/22.

c) amplitude com ponto de vista que permite maior espaço a construções que concedem um maior ou menor significado a tendência da ação objetiva, colocação do fim subjetivo e estrutura pessoal do agir;

d) causação voluntária de conseqüências calculáveis e socialmente relevantes;

e) conduta objetivamente controlável pelo homem, dirigida a um resultado social objetivamente previsível ; conduta portadora de vontade que afeta a esfera de vida de seus co-sócios através de seus efeitos e que se apresenta, sob aspectos normativos, como uma unidade de sentido social; conduta humana socialmente relevante que representa a resposta do homem às possibilidades de ação que lhe são exigidas e que lhe permite aparecer em sua função humano-social ;

f) teoria que não exclui, antes inclui os conceitos causal e final de ação;

g) atende ao caráter fragmentário do Direito Penal, pois já no setor da conduta determina o que interessa ao julgamento jurídico-penal.

Salienta Wessels que enquanto os finalistas parecem preocupados em retirar da estrutura ontológica do agir deduções finais coercitivas para a teoria do crime, *“a teoria social evita qualquer assentamento prematuro nesse sentido. Sua reflexão se mostra exatamente em que ela pode compreender o conteúdo de sentido da conduta humana relevante para o Direito Penal em suas variadas formas de aparecimento, sem exigir que se associe a construção da teoria do crime, desde o princípio, a um determinado sistema”*.²⁹

Refutam-se as eventuais críticas dos causalistas, os quais pretendem afastar do conceito de ação qualquer análise valorativa, com a observação de que esses reparos não convencem, mormente diante da necessidade metodológica de “separar o mais prematuramente do círculo de investigação as formas de conduta jurídico-penalmente irrelevantes nas etapas respectivas de valoração”,³⁰ além, é certo, de se repetirem as conhecidas críticas já enunciadas.

São conhecidas as críticas endereçadas a essa construção supostamente científica, para alguns, que embasa os adeptos da teoria social da ação, a começar pelo fato de que não existiria uma homogeneidade teórica autorizadora do reconhecimento de cientificidade à teoria social da ação. O conceito social da conduta, diz Zaffaroni, não é único, pois existem vários. O critério ou denominador comum – relevância social – é insuficiente, eis que demasiadamente vago. As divergências, debaixo

29 *Ibidem*, p. 22.

30 *Ibidem*, p. 22.

desse critério demasiado amplo, acarretariam intolerável nebulosidade, permitindo agasalhar postulados das teorias causalista e finalista.³¹

Não procede, todavia, essa objeção, na medida em que também outras doutrinas permitiram vertentes teóricas dissidentes. Além disso, em suas linhas básicas, a teoria social da ação é enquadrada dentro das teorias finais da ação, guardando grande proximidade com a própria teoria finalista,³² em que pese a posição exposta por Luiz Luisi,³³ sendo que a evolução doutrinária é que permite construção de contornos claros a uma teoria, acompanhando as demandas sociais e influenciando a dogmática.

Também se afirma que outra insuficiência da teoria social da ação residiria no fato de que seria uma teoria da ação típica, razão pela qual não seria propriamente uma teoria da ação.³⁴

Responde-se a essa conhecida objeção com a constatação de que também a finalidade para a teoria finalista da ação acaba tendo de ser considerada nos limites da tipicidade penal.³⁵

Interessante crítica é formulada ainda no sentido de que não haveria um alcance exato para o conceito de “relevância social”. Pergunta a doutrina: seria um conceito jurídico ou um conceito que se antepõe ao próprio tipo penal?³⁶

Não impressiona essa última crítica, eis que parte de um pressuposto reconhecidamente superado na própria doutrina positivista tradicional, qual seja, a tentativa de isolar o fenômeno jurídico da realidade social, como se houvesse o fenômeno puro e matemático da subsunção imaginada pelos teóricos, na medida em que, em verdade, o julgador não é mero servo da lei formal, cabendo-lhe fazer a adequação da norma ao sistema onde está embutida, através do emprego de método empírico-dialético. “Este caminho é percorrido mais de uma vez num ir e vir sempre renovado de nuances antes impressentidas, passando pelo mundo do ser,

31 ZAFFARONI, obra citada, p. 374.

32 LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal*, Parte Geral, Ed. Saraiva, 1985, p. 86.

33 LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, Fabris Editor, 1987, p. 34. O autor sustenta que “a teoria social da ação se aproxima da concepção naturalista enquanto ambas entendem a conduta como produção de um resultado, causado pela vontade do agente. E ainda se aproximam porque em ambas as doutrinas basta a simples voluntariedade, não integrando o contexto da ação o conteúdo do querer do agente, isto é, o que o agente quis no momento da ação. Basta que se tenha querido, não importando, para o conceito de ação, não a integrando, o que se tenha querido”, p. 34. Seria a doutrina exposta por MAURACH no seu *Tratado de Derecho Penal*, v. 1, p. 200.

34 LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal*, Ed. Saraiva, 1985, pp. 84-85.

35 TOLEDO, Francisco de Assis. obra citada, p. 92.

36 LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal*, p. 86.

da normatividade e dos valores até o momento em que a decisão é intuída, surgindo claro na mente o julgamento em esboço".³⁷

Outra notória crítica aos postulados da teoria social da ação está em que abriria amplo espaço ao arbítrio e permitiria a criação de tipos penais ao arpejo da legalidade.

Desmereceria maiores comentários essa crítica abstrata, pois é sabido que Wessels, pelo menos, não propugna utilização de analogia ou costumes para criação de tipos penais, e tampouco sustenta que se deva desprezar o princípio da legalidade penal, até porque se trata, aqui, de direito fundamental da pessoa humana.³⁸

De outro lado, é bom lembrar que também a teoria finalista da ação já foi criticada, por respeitável doutrina, no sentido de que teria agasalhado ou permitido embasamento teórico ao movimento nazista, crítica esta refutada contundentemente por Zaffaroni, o qual salienta que nenhum finalista teria apoiado, debaixo dessa teoria da ação, o ataque aos judeus, inexistindo qualquer vinculação lógica entre essa teoria e o massacre promovido por Hitler.³⁹

Resulta evidente, pois, como reconhece o próprio Zaffaroni, que a teoria social da ação tem origens liberais, descriminalizantes, não haven-

37 AGUIAR (Júnior), Ruy Rosado de. *Ajuris* 45, p. 19. Na decisão, os seus diversos elementos estão reunidos uns em relação aos outros, formando uma estrutura unitária indissolúvel. Desde a escolha do fatos que serão tomados como relevantes, passando pelas regras de prova admitidas para o caso (com o que alguns elementos permanecerão na linha de conta e outros desaparecerão), pelo método interpretativo adotado, até os valores admitidos, tudo formando um conjunto que somente se explica e se compreende em função da solução escolhida.

38 WESSELS. obra citada, pp. 24-25 e 29.

39 ZAFFARONI. obra citada, p. 352. O autor destaca que MEZGER, conhecido causalista, teria sustentado que a dogmática poderia ser útil aos ditames do Direito Penal nacional-socialista, ao passo que, ao revés, nenhum conhecido autor finalista teria participado do movimento nazista. Já a chamada "escola de Klev", composta pelos penalistas nazistas, teria se utilizado de postulados do causalismo. O autor adverte, portanto, que, embora o finalismo tivesse prosperado ao tempo em que vigorava o nacional-socialismo, não se poderia vincular essa teoria àquele movimento. Em sentido diverso parece pensar Winfried HASSEMER, o qual salienta que "*evidentemente, a teoria finalista da ação tem muito a ver com o ideário nazista, assim como na verdade toda a dogmática penal dos incios da República Federal da Alemanha, mas aqui mais acentuadamente*". Isto, para HASSEMER, seria compreensível, na medida em que as bases teóricas do finalismo remontam aos anos trinta e também sofreram os influxos ideológicos do tempo em que se desenvolveu, ainda que reste excluída a idéia de que essa teoria finalista da ação tenha estimulado o nazismo ou engrossado o coro das escolas antiliberais da época nazista. O certo, para o autor, é que a concepção pessoal de ação e de antijuridicidade, como cerne do pensamento penal finalístico, encontrava correspondente, se bem que distorcido, no Direito Penal da vontade, base do pensamento penal nazista, in *Três Temas de Direito Penal*, HASSEMER, Winfried. Publicações Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 1993, p. 20.

do vinculação dos seus postulados a algum movimento ditatorial, totalitário ou que ponha em perigo os direitos fundamentais da pessoa humana.⁴⁰

Pode-se dizer que diferenças fundamentais separam o Direito Penal do século XIX daquele elaborado no final do século XX. Enquanto o primeiro se ocupava de problemas do estilo “Caio envia Tício à floresta na iminência de uma tempestade, na esperança de que este último seja fulminado por um raio”, atualmente, ao contrário, esse Direito Penal tem que se defrontar com problemas do calibre de uma causação de danos decorrente de uma decisão por escassa maioria de um conselho fiscal de uma sociedade anônima ou, ainda, de uma organização desastrosa de uma equipe cirúrgica. Daí dizer-se que a complexibilidade de nosso mundo “desenvolve-se principalmente em complexas cadeias de responsabilidades”. Paradigma disso é que “as mais atuais investigações, com altas pretensões científicas, confessadamente elegem como seu objeto a teoria da responsabilidade objetiva, e geralmente não se acanham em apresentar-se como contribuições para o progresso de um Direito Penal funcional”.⁴¹

Necessária cautela em relação aos possíveis desdobramentos totalitários de uma teoria social da ação, inclusive no que se refere às perspectivas de responsabilização penal objetiva, salvo em se tratando de pessoas jurídicas, haja vista a dogmática diferenciada que, nessa última hipótese, haveria de se desenvolver.

Todavia, esses mesmos riscos também se apresentam para quaisquer outras teorias jurídico-penais, desde que as próprias normas jurídicas possam exercer funções meramente simbólicas, acobertando práticas políticas perversas.

Diga-se, nesse passo, que importante se faz distinguir o campo próprio ao Direito e aquele outro campo que diz respeito ao político, porque não seria um risco inerente apenas à teoria social da ação essa possibilidade de criação de tipos penais perigosos ou injustos.

Vale destacar que a legalidade penal não resultaria afrontada, em princípio, pela teoria social da ação, nos moldes concebidos por Wessels, eis que não se prescinde do tipo penal e de todas demais garantias constitucionalizadas.

40 ZAFFARONI. obra citada, p. 373. O autor destaca que as origens da teoria social da ação estariam em Eberhard SCHMIDT, para quem não haveria ação penalmente relevante na hipótese de inexistir perturbação à ordem social e transcendência daquilo que dissesse respeito exclusivamente ao indivíduo. Tratar-se-la de limite ao legislador, com conotação, portanto, de caráter e natureza liberal, antitotalitária.

41 HASSEMER. obra citada, p. 52.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Norberto Bobbio, ao tratar do futuro da democracia, afirmou que *“entre os muitos efeitos deletérios da politização da vida está a indiferença moral (...), pois a virtude do político nada tem a ver com a virtude de que falam os moralistas. Ela é a capacidade de atingir os efeitos pretendidos. E o que é o poder senão o conjunto dos meios idôneos para se atingir os efeitos pretendidos? (...) Uma vez que aceitamos raciocinar segundo a ética do resultado, o que interessa não é se tal ação foi praticada respeitando ou transgredindo algumas normas consideradas universalmente como normas do bom comportamento, mas apenas se foi coroada de êxito”*.⁴²

No campo da psicanálise, note-se que Rollo May já afirmava que, ainda antes da metade deste século, *“a descrença no poder e na dignidade humanas tornou-se mais abertamente aceita, pois surgiram muitas provas concretas de que o indivíduo era insignificante e a decisão pessoal de cada um não tinha importância. Face aos movimentos totalitários e às descontroladas agitações econômicas, como a grande depressão, a tendência era sentir-se cada vez menor como pessoa. O ser individual ficava diminuído e reduzido a uma posição ineficaz, como o proverbial grão de areia impelido pelas ondas do oceano”*, conforme o relato trazido por W. H. Alden (*The age of anxiety*):

“ Nós nos movemos

Ao sabor da roda; Uma revolução

Tudo registra a ascensão e a queda

De preços e salários”.

“Muita gente encontra hoje em dia, portanto, boas razões externas para se julgar insignificante e impotente como pessoa, pois como agir, indaga, em face dos gigantescos movimentos econômicos, políticos e sociais do nosso tempo? O autoritarismo, na religião e na ciência, para não se falar na política, está se tornando cada vez mais aceito, não porque tantos nele acreditam explicitamente, mas porque se sentem individualmente incapazes e ansiosos”.⁴³

As instituições jurídicas, por seu turno, integram este contexto social devastador para o homem moderno, sendo pertinente lembrar que o próprio Hans Kelsen, fundador da chamada teoria pura do Direito,

42 BOBBIO, Norberto. *As Ideologias e o poder em crise*, Ed. Universidade de Brasília, 3ª ed., 1994, p. 124. O autor invoca a doutrina desenvolvida por MAQUIAVEL, negando a vinculação da Política à Moral, pois “pode haver ações morais que são impolíticas e ações políticas que são imorais ou amorais”. A distinção resulta, também, da separação de Estado e Igreja. Ver *Dicionário de Política*, Ed. UNB, 7ª ed., v. 2, p. 961.

43 MAY, Rollo. *O homem à procura de si mesmo*, 21ª ed., Ed. Vozes, 1995, pp. 48- 49.

respondendo aos seus adversários, apontava sem exitar para as colunas de Hércules de toda a teoria jurídica, identificando a fronteira extrema do Direito, além da qual se abre um mundo diferente: aquilo que está por trás do Direito Positivo não é a verdade absoluta de uma metafísica ou a justiça absoluta do Direito Natural. “Quem levanta esse véu sem fechar os olhos vê-se fixado pelo olhar esbugalhado da Górgona do poder”.⁴⁴

Afirmava Kelsen que “seria um contrasenso presumir que o Direito Positivo pode ser justo mas não pode ser injusto. Se o Direito Positivo não pode ser injusto, também não pode ser justo. Ele apenas pode ser justo ou injusto ou nem justo nem injusto (...) e admitir que a validade de uma norma do Direito Positivo é independente de validade de uma norma de justiça – o que significa que as duas normas não são consideradas como simultaneamente válidas – é justamente o princípio do positivismo jurídico”.⁴⁵

É nesse contexto que, conforme refere Maurice Duverger, o modelo democrático liberal tornou-se a base do sistema oficial dos valores políticos na maior parte das nações do mundo, mesmo quando sujeitas a regimes autoritários. A generalização dos princípios democráticos – como o sufrágio universal e os direitos do homem –, refere o autor, raramente não são formalmente acolhidos pelos regimes políticos. Os fascismos reconheceram a igualdade dos cidadãos e o sufrágio universal, com a ressalva em relação aos povos considerados inferiores por aquela doutrina. Os regimes ditatoriais clássicos, por sua vez, dissimulam-se por detrás da fachada respeitável de uma Constituição democrática, fundada sobre os direitos fundamentais, a igualdade dos cidadãos, as liberdades públicas, eleições, controle jurisdicional etc. Há uma ruptura entre o

44 KELSEN, Hans. *O problema da justiça*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1993, p. XX.

45 *Ibidem*, p. 11. Aqui, cabe lembrar a crítica formulada por Mário G. LOSANO, ao introduzir e prefaciar a edição italiana da mencionada obra de KELSEN, quando afirma que a não-valorização, aplicada ao Direito, permitiu que KELSEN desenvolvesse um discurso estrutural sobre a ordenação jurídica, que pode ter de criticável a estreiteza, mas não certamente a precisão. Aplicada, porém, ao valor de justiça, essa não-valorização conduz a uma vacuidade de posições. A declaração programática de descrever e não prescrever, de enumerar e não escolher, é dirigida a um mundo em que se prescreve e escolhe, porquanto só assim é possível mudar a realidade (apesar de nem toda mudança ser progresso). Quem descreve e enumera simplesmente está delegando a outrem o ato de prescrever e escolher, uma vez que, diante da inércia, prescreve e escolhe quem tem o poder. A teoria pura do Direito apresenta-se, assim, como a doutrina do *status quo* jurídico, KELSEN, na crítica de Mário G. LOSANO, encontra-se na posição de quem quer falar do ovo propondo-se a calar tanto sobre a galinha quanto sobre a gema e a clara. Estaremos mesmo seguros de que a casca é o elemento fundamental para se compreender o ovo? Se não falarmos da galinha, não compreenderemos a origem do ovo, nem sua estrutura, nem sua forma; se não se falar da gema e clara, não se explica a finalidade e nem os possíveis usos do ovo. Por outro lado, para se falar do ovo de modo exaustivo seria necessário também falar da casca, *O Problema da Justiça*, citada, pp. XXI- XXIX.

sistema de valores afirmado e a prática política real. Nessa situação está um grande número de Estados africanos, asiáticos e latino-americanos.⁴⁶

Daí que, ao contrário do que se poderia imaginar, não será a teoria social da ação, a teoria finalista, o causalismo ou qualquer outra teoria que poderiam determinar, de modo garantido, uma prática política vinculada aos valores da sociedade, aos direitos fundamentais da pessoa humana, aos postulados democráticos.

Por isso, imperioso anotar que o Direito Penal – aí incluída a teoria social da ação – busca modernizar-se, ajustar-se ao seu tempo, às novas demandas sociais, à necessidade de combate ao crime organizado, à criminalidade de massa, mas jamais poderia prescindir do constitucionalismo valorativo vigente no Estado Democrático de Direito e muito menos do respeito devido aos direitos fundamentais da pessoa humana.

A discussão sobre a prevalência do político ou do jurídico teria seu lugar mais apropriado no campo do Direito Constitucional, eis que se trata da esfera onde as duas categorias fundamentais se encontram e, nessa medida, se apartam. Trata-se de linha divisória, tanto que o Direito Constitucional é definido como o estatuto jurídico do político.⁴⁷ Parece relevante, no entanto, lembrar que ao Direito Penal também interessa o fenômeno político, bem como é ao Direito Constitucional que compete, no plano positivo, fornecer limites claros aos operadores jurídicos que atuam no campo penalístico.

A filosofia de valores, hoje vigente no moderno constitucionalismo ocidental, não poderia, portanto, deixar de exercer enorme influência no Direito Penal, não sendo admissível conceber esse ramo jurídico fora dos limites impostos pela ordem constitucionalizada.

Vale recordar que, com o aumento do campo de incidência das normas constitucionais, e, especialmente, com o reforço na proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, dos valores superiores, ganha

46 DUVERGER, Maurice. *Os grandes sistemas políticos*, Almedina, Coimbra, 1985, pp. 52-53. Curiosamente, esse autor é criticado por José Joaquim Gomes CANOTILHO pelo fato de que teria desenvolvido uma doutrina constitucional extremamente aberta aos jogos políticos – o duvergerismo – transferindo, de modo ilimitado, a teoria dos jogos para o terreno do Direito. DUVERGER, na obra *Xeque-Mate*, Lisboa, 1978, p. 18, teria comparado as constituições com as regras de um jogo cujas figuras variam consoante a capacidade dos jogadores, a composição das equipes, as suas escolhas estratégicas e os casos da partida. Uma constituição não se limita a delinear um só esquema governamental: desenha vários esquemas cuja aplicação depende do estado das forças em presença”. Esta idéia, segundo CANOTILHO, desprezaria as dimensões normativo-concretizadoras que as jurisprudências constitucionais vêm alicerçando progressivamente, *Direito Constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 50.

47 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, Ed. Coimbra, 4ª ed., 1990, pp. 13-14.

dimensão dramática o próprio problema de se saber da possibilidade de modificação dessas normas constitucionais diante de mudanças históricas relevantes (ou alterações sociais que poderiam ditar maior flexibilidade à teoria social da ação, já transpondo o raciocínio ao terreno especificamente penalístico), porque existem, em muitos diplomas, vedações absolutas às reformas desses dispositivos.

A alteração de valores superiores, por exemplo, como a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político, assim previstos, v.g., na Constituição espanhola de 1978, significaria uma alteração de toda a ordem constitucional, verdadeira substituição da ordem constitucional por outra, pois tais valores são considerados condições de permanência da ordem constituída, conforme refere Luciano Parejo Alfonso.⁴⁸

Aí se concentra, realmente, o problema de se saber quais são os limites jurídicos imponíveis ao poder político, observando-se, de outro lado, que o próprio Direito Penal, mais ainda, não escaparia dos limites impostos pelo Direito Constitucional, o qual assume condição de diploma consagrador das fundamentais garantias penais.

Canotilho sustenta que seria de se afastar a tese da dupla revisão, ou seja, a chamada revisão das normas constitucionais que tratam da revisão, pois estas seriam normas superconstitucionais. Elas atestariam a superioridade da constituição, preservando esse documento. Ademais, “a violação das normas constitucionais que estabelecem a imodificabilidade de outras normas constitucionais deixará de ser um ato constitucional para se situar nos limites de uma ruptura constitucional (...). Por outro lado, a supressão dos limites de revisão através da revisão pode ser um sério indício de fraude à constituição”.⁴⁹

A doutrina e a jurisprudência pátrias têm reconhecido a existência de limites materiais, formais e circunstanciais ao poder de revisão constitucional. Cabe invocar a respeitada palavra de José Néri da Silveira quando afirma, apoiando-se em Gilmar Ferreira Mendes, que mesmo as emendas constitucionais, por via reflexa, podem acabar lesando, topicamente, sem suprimir, princípios fundamentais, deflagrando-se um processo de erosão interna da Constituição, o que tem merecido repúdio. O próprio Supremo Tribunal Federal tem precedente no sentido de controlar o procedimento de revisão constitucional, identificando ofensa a direito fundamental protegido como cláusula pétrea. Em síntese, José Néri da Silveira, agora apoiado nas palavras de Esmein e Carlos Maximiliano, recomenda cautela e garantias contra os exageros revisionais, pois o povo latino, nervoso e sofrido, principalmente, possui uma ânsia de

48 CANOTILHO. obra citada, p. 1.132.

49 CANOTILHO, obra citada, p. 1.132.

modificar tudo, mas esse procedimento acabaria por comprometer a solidez do edifício jurídico-constitucional.⁵⁰

No plano político, a consagração da cláusula de revisão total poderia ser encarada como “válvula de escape” para situações em que o documento constitucional deixasse de ostentar força normativa. Nestes casos, porém, seria mais normal a transição revolucionária (Portugal em 1974) ou a transição por transação (Espanha, Brasil) do que a revisão total da constituição.⁵¹

Observa-se, pois, que a tendência moderna é no sentido de restringir a possibilidade de revisão constitucional, dando-se ênfase à idéia de que somente em situações excepcionais se poderia refazer toda a constituição jurídica, o que parece razoável.

A soberania, embora juridicizada ao máximo no mundo contemporâneo, permanece sendo um problema a ser resolvido e diz respeito, fundamentalmente, aos limites do poder político, hoje intensamente pautado pelo constitucionalismo ocidental, o que também constitui fator de limite ao arbítrio do legislador penal.

Assim, inegavelmente, a adoção da teoria social da ação jamais poderia suprimir os direitos fundamentais da pessoa humana, os valores superiores, a democracia, donde descabida aquela preocupação de que essa teoria poderia conduzir ao arbítrio e ao totalitarismo!

Não se buscou uma análise profunda, neste estreito espaço, acerca da teoria social da ação. Algumas breves observações se fizeram necessárias, o que se espera possa contribuir ao debate travado na doutrina e jurisprudência pátrias.

As palavras de Karl English parecem saudáveis, eis que espancam os mitos e fetiches de suposta ausência de valoração no setor da conduta penal, vícios que marcam o pensamento fundamental de respeitados setores doutrinários, porque o direito, *“enquanto norma determinativa, não é de modo algum pensável sem o direito enquanto norma valoradora – O direito como norma valoradora é um necessário pressuposto lógico do Direito como norma determinativa... Pois quem pretende determinar alguém a fazer algo tem de previamente conhecer aquilo a que o quer determinar: ele tem de valorar aquele algo num determinado sentido positivo. Um plus lógico do Direito como norma de determinação é sempre o Direito como norma de valoração, como ordenação objetiva da vida. Temos de reconhecer como acertadas estas considerações, pelo*

50 SILVEIRA, José Néri da. “A reforma constitucional e o controle de sua constitucionalidade”. In *Boletim Informativo do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, nº 14, jun/1995, tomo I, pp. 15, 38-40.

51 CANOTILHO. obra citada, p. 1.135.

menos quando não vejamos no Direito a expressão da vontade caprichosa de um déspota mas o produto de ponderações racionais".⁵²

Não é sem razão que o constitucionalismo contemporâneo tem evoluído no sentido de consagrar valores superiores, dentro de uma idéia de fundamentar a validade de atuação do poder estatal, pois o poder político não vale por si mesmo, bem como pautar as finalidades do soberano, o qual está submerso na ordem jurídica, construindo-se, assim, uma base substantiva legitimadora e diretora do próprio Estado, emergindo um sistema axiológico material.⁵³

É expectativa fundamental do homem moderno que, na vida em sociedade, não se submeta à vontade arbitrária de outro homem.⁵⁴ O poder político, embora arbitrário em sua origem, exige, cada vez mais, racionalidade material. Não se concebe o exercício de um poder divorciado da ordem constitucional, pois se *"permissividade é liberdade sem destino, sem os limites que são tão essenciais à autêntica liberdade quanto a noite é para o dia (...)"*, também é lícito afirmar que *"a dignidade humana está baseada na liberdade e a liberdade na dignidade humana"*.⁵⁵

Daí porque até mesmo a soberania interna dos Estados parece evoluir no sentido de ajustar-se às modernas exigências axiológicas do contexto internacional. Com razão Dennis Lloyd quando afirma que *"parece razoável sublinhar que o Direito Internacional num mundo civilizado deve reconhecer a capacidade de desenvolvimento e também a existência de algumas formas de atividade que são de caráter tão abominável e ultrajante, e ofendem tão fundamentalmente as normas estabelecidas da sociedade civilizada que o Direito deve estar capacitado para reconhecer sua ilegalidade, mesmo que tais atividades não tenham sido até então colocadas expressamente fora de lei. Alguns podem ver nesse tipo de argumentação uma tentativa de ressuscitar uma espécie de princípio de Direito Natural, e, de fato, alguns dos adeptos dos julgamentos de Nuremberg procuraram estabelecer sua legalidade em bases de Direito Natural. Contudo, o reconhecimento dos padrões morais predominantes numa determinada comunidade ou, na verdade, para alguns fins, na comunidade mundial, numa fase particular do desenvolvimento humano, não tem*

52 ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1983, pp. 46-47.

53 ALFONSO, Luciano Parejo. Obra citada, pp. 125-126, 128-131.

54 AGUIAR (Júnior), Ruy Rosado de. "Interpretação". In *Ajuris* 45, p. 17. Diz o Autor, citando Roscoe POUND e Plauto Faraco de AZEVEDO, *In verbis*: "Há concepções sociais dominantes apreensíveis pelo juiz. Não pode ele, ao decidir, ignorar os padrões ou critérios que delas advêm, em favor de suas concepções pessoais. Sua atitude há de inserir-se no contexto social, cujas idéias, valores e sentimentos não lhe é dado ignorar".

55 MAY, Rollo. *Liberdade e Destino*. pp. 22-23.

por que assentar necessariamente na aceitação de imutáveis fundamentos no Direito Natural', pois "uma abordagem criativa da idéia de lei parece mais imperativa na época atual do que em qualquer época passada".⁵⁶

O Direito Penal, nesse quadro histórico, aparece ligado à idéia de atendimento de demandas sociais. Não se concebem abstrações teóricas em torno de condutas finalisticamente dirigidas a resultados quando se sabe, em contrapartida, não constituir esse o núcleo de inúmeros tipos penais ou de mecanismos descriminalizantes, como ocorre relativamente aos delitos culposos, omissivos impróprios e, ainda, no tocante aos arquivamentos que se sucedem debaixo de cláusulas gerais consagradas de poderes discricionários aos intérpretes.

Impossível deixar de constatar que o Direito Penal somente pode ocupar-se de condutas socialmente relevantes e ofensivas a valores comunitários fundamentais, tanto que essa é a idéia básica norteadora das modernas legislações. Necessário aprofundar as reflexões nesse sentido, acolhendo-se maior liberdade de movimentação aos intérpretes, de modo a possibilitar uma justiça criminal rápida e sintonizada com os anseios comunitários mais relevantes, sem perder de vista, evidentemente, os direitos fundamentais da pessoa humana, os valores superiores da ordem constitucional e o próprio regime democrático.

Daí que a fonte primária de legitimação do Direito Penal, "como instrumento de controle social de um determinado modelo de sociedade, reside na capacidade que este venha dispor de reduzir o mínimo possível o grau de violência – em sentido amplo – que se gera na sociedade". Desta forma, a tendência aponta no sentido de que o Direito Penal, para encontrar-se legitimado, deve sofrer o influxo crítico das regras sociais, importando que "o legislador tome verdadeiramente a sério a imposição de só colocar sob ameaça de pena aquelas condutas que impedem ou põem em perigo, de forma intolerável, a livre realização da personalidade ética do homem na comunidade em que vive".⁵⁷

Por outro lado, a conscientização crítica de que o Direito Penal deve tutelar valores fundamentais da coletividade, a par de produzir fenômeno de limitação do âmbito de incidência das normas penais, também gera a possibilidade, no campo legislativo, de pressão tendente a construir tipos incriminadores ajustados à realidade social, permitindo instrumentalizar a sociedade no combate aos comportamentos verdadeiramente nocivos e patológicos, centrando a atenção penal nos fatos de maior repercussão negativa à sociedade!

56 LLOYD, Dennis. *A Idéia de Lei*. pp. 300-301.

57 LOPES, Maurício Antônio Ribeiro, e FIGUEIRA (Júnior), Joel Dias. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, Ed. RT, 1995, p. 263.

Esse panorama faz recordar a idéia de que a existência do homem é essencialmente social.

Sartre ensina que “não há dos nossos atos um sequer que, ao criar o homem que desejamos ser, não crie ao mesmo tempo uma imagem do homem como julgamos que deve ser. Escolher ser isto ou aquilo é afirmar ao mesmo tempo o valor do que escolhemos (...). Assim sou responsável por mim e por todos, e crio uma certa imagem do homem por mim escolhida; escolhendo-me, escolho o homem (...). O existencialista não tem pejo em declarar que o homem é angústia. Significa isso: o homem ligado por um compromisso e que se dá conta de que não é apenas aquele que escolhe ser, mas que é também um legislador pronto a escolher, ao mesmo tempo que a si próprio, a humanidade inteira, não poderia escapar ao sentimento da sua total e profunda responsabilidade”.⁵⁸

Não se pretende sustentar, aqui, o existencialismo sartreiano, mas apontar que, desde o ângulo filosófico, é sabido que o homem possui profunda responsabilidade perante seu semelhante.

O homem é um animal social, um ser político, destinado a viver na **polis**. Aristóteles já dizia que a natureza não faz nada em vão, razão pela qual o homem é o único animal que possui palavra. A voz é o símbolo da dor e do prazer, e por isso também pertence aos demais animais. Mas a palavra existe para manifestar aquilo que é conveniente ou danoso, justo ou injusto, bom ou mau, e isto é uma faculdade exclusivamente humana, “y la comunidad de estas cosas es que constituye la casa y la ciudad (...) La ciudad es por naturaleza anterior a la casa y a cada uno de nosotros, porque el todo es necesariamente anterior a la parte; en efecto, destruido el todo, no habrá pie ni mano, a no ser equívocamente, como se puede llamar mano a una de piedra: una mano muerta sera algo semejante. (...) Es evidente, pues, que la ciudad es por naturaleza y anterior al individuo, porque sí el individuo separado no se basta a si mismo será semejante a las demás partes en relación con el todo y el que no puede vivir en sociedad, o no necesita nada por su propia suficiencia no es miembro de la ciudad, sino una bestia o un dios”.⁵⁹

O critério da relevância social da conduta é um ponto de partida interessante para o Direito Penal. Pode servir de parâmetro aos operadores jurídicos, de referencial ao intérprete em seu campo de movimentação legítima e legalizada. O mesmo critério, em casos de defasagem do Direito Penal com os valores comunitários, pode servir de interessante mecanismo de descriminalização, autorizando a assertiva de que somen-

58 SARTRE, Jean-Paul. “O Existencialismo é um Humanismo” In *Os Pensadores*, Abril Cultural, editor Victor Civita, 1978, p. 7.

59 ARISTÓTELES. *Política*. edición bilingüe y traducción por Julian Marías y María Araújo, Introducción y notas de Julian Marías, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951, p. 4.

te as condutas socialmente nocivas ou patológicas devem ser objeto de repressão penal. Agasalham-se princípios como o da insignificância ou da adequação social dos fatos como institutos excludentes da tipicidade penal. Finalmente, um critério valorativo, no contexto de uma ordem constitucional axiológica, está sempre presente, inegável e inarredavelmente, pois mesmo a legalidade mais ferrenha, a interpretação literal da lei implica um juízo de valoração, eis que, do ponto de vista epistemológico, a crença na suposta neutralidade da atitude positivista é inviável e discutível,⁶⁰ o que remete o Direito Penal à sua essência crítica, a um debate democrático e ao aperfeiçoamento das leis, instituições e caminhos hermenêuticos!

60 MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*, 2ª ed., Editorial Estampa Lisboa, 1989, pp. 44-45.