

**DIREITOS FUNDAMENTAIS, LIBERDADE E DEMOCRACIA:
APLICANDO A TEORIA DE AMARTYA SEN NA REDEFINIÇÃO DO CON-
CEITO DE CULPABILIDADE, À LUZ DAS EXIGÊNCIAS DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Eliezer Gomes da Silva*

RESUMO

O ensaio propõe a aplicação da teorização de Amartya SEN na delimitação do conteúdo ético-normativo da culpabilidade como reprovabilidade pelo poder agir de modo diverso, que fugindo de suas indemonstráveis conotações metafísicas, procure incorporar ao Direito Penal uma teoria da justiça de base igualitária, solidária e democrática, que leve em consideração central a força das influências sociais, políticas e econômicas sobre o grau e o alcance da liberdade individual de autodeterminação, por agentes formalmente livres e capazes. Assim, partindo da concepção de SEN de que o desenvolvimento humano consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercerem sua condição de agentes, o ensaio propõe que o exame da culpabilidade amplie sua base informacional, de modo a ter em conta as oportunidades sociais, políticas, econômicas e outros vetores de interação pessoal e familiar de relevância para o desenvolvimento humano e diretamente relacionados ao livre exercício da autodeterminação. Trata-se, portanto, de uma proposta de reorientação metodológica do estudo da culpabilidade na teoria geral do crime (retirando do âmbito da culpabilidade considerações relacionadas com a “capacidade” de conhecer e avaliar - imputabilidade e conhecimento do injusto – reputando-as como pressupostos e não elementos do juízo de culpabilidade); de redefinição operacional da fundamentação das decisões judiciais no que concerne ao exame da culpabilidade, com profundos reflexos na individualização da pena; de readequação política de um Direito Penal que se quer comprometido com as exigências de um estado democrático de direito, porque mini-

* Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, Mestre em Criminologia pela Universidade de Cambridge (Inglaterra), Mestre em Linguística pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor de Criminologia e Direito Penal na Graduação e no Mestrado em Direito da UNIBRASIL, em Curitiba, onde integra o NUPECONST (Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional). Promotor de Justiça no Estado do Paraná desde 1990.

mamente cômico da desigual e seletiva distribuição de oportunidades para a plena fruição dos direitos fundamentais e de sua relevância para a formulação de um juízo de reprovabilidade ou censura penal.

PALAVRAS CHAVES

CULPABILIDADE; DIREITOS FUNDAMENTAIS; DEMOCRACIA; DESENVOLVIMENTO HUMANO.

ABSTRACT

The essays aims at applying Amartya Sen's theory in the redefinition of the ethical and normative content of the concept of culpability as the possibility to act otherwise. A concept of culpability that abandons metaphysical considerations in favour of a Criminal Law that incorporates a theory of justice based on equality, solidarity and democracy; that takes as a fundamental concern the social, political and economic inputs on the degree and extension of the individual freedom experienced by responsible agents. Thus, using Sen's conception that human development consists in the gradual elimination of deprivations of freedom, that limit people's choices and opportunities to act as morally responsible persons, the essay claims for the enlargement of an "informational basis" for the judicial assessment of culpability, so that it can take into consideration, social, political and economic factors of relevance to human development and related to the free self-determination. The essay represents, therefore, a proposal of methodological reorientation of culpability in penal theory (excluding from its scope considerations related to the agent's capacity to know or to assess – in reality pre-conditions for the assessment of culpability, not some of its elements); of operational redefinition of sentencing as far as culpability is concerned; of political compromise of a criminal law with the demands of the democratic rule of law; a criminal law that should be aware of the unequal and selective distribution of opportunities for the plain enjoyment of fundamental rights and its relevance for the assessment of a blameworthiness or penal censure.

KEYWORDS

CULPABILITY; FUNDAMENTAL RIGHTS; DEMOCRACY; HUMAN DEVELOPMENT.

INTRODUÇÃO

A doutrina penal contemporânea reconhece a persistente crise do conceito de culpabilidade, no âmbito da teoria geral do crime,¹ ainda que haja consenso quanto à imprescindibilidade do conceito para mediar o injusto penal (fato típico e antijurídico) e a pena, num direito penal que não abdica de sua dimensão humana nem de seus contornos constitucionais num estado democrático de direito.^{2 3} Em verdade, é no momento da culpabilidade que se abre a possibilidade para a emissão de um juízo de valor acerca de quão reprovável se revela o injusto penal perpetrado pelo agente, a iluminar a decisão final sobre o quão merecida se revela a espécie, quantidade e modalidade executória da pena ou de outras formas de censura penal. O assento, na Constituição brasileira, do princípio da individualização da penal (artigo 5º, XLVI), e a referência expressa, na legislação infraconstitucional (artigo 59 do Código Penal) à culpabilidade como necessário elemento analítico para a dosagem da pena realçam a importância do aprofundamento e atualização do conceito de culpabilidade como empreita acadêmica de direta relevância na prática judiciária. Daí a importância de o tema ser revisitado, para propor, em viés teórico e metodológico diferenciado, a retirada do âmbito da culpabilidade dos elementos do fato punível não diretamente relacionados à reprovabilidade subjetiva da conduta, e o aproveitamento de referenciais teóricos de Amartya SEN, em sua concepção de *desenvolvimento como liberdade*,⁴ para uma concretude mínima do juízo de cul-

¹ “O atual conceito *normativo* de culpabilidade é o produto inacabado de mais de um século de controvérsia sobre sua estrutura, que começa com o conceito *psicológico* de culpabilidade do século XIX, evolui para o conceito *psicológico-normativo* no início do século XX, transforma-se em conceito exclusivamente *normativo* durante o século XX e, na passagem para o século XXI, parece imerso em crise insuperável.” (SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal – Parte Geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006).

² La pretensión de prescindir de la culpabilidad y prover una respuesta talional fundada en el injusto sería inconstitucional, por un lado por ser violatoria del principio de igualdad y, por otro, por negar frontalmente la antropología constitucional (el concepto de lo humano que presuponen los principios constitucionales). (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: EDIAR, 2002, p. 650.)

³ Nenhuma categoria do direito penal é tão controvertida quanto a culpabilidade, e nenhuma é tão indispensável. (...) É por isso que não pode existir direito penal sem princípio da culpabilidade. É possível conferir a este outra denominação, mas não se pode eliminá-lo. (ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. Tradução de Luís Greco. In: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 133).

⁴ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

pabilidade, despido de suas intangíveis abstrações metafísicas e comprometido com as exigências de um estado democrático de direito.

1. CULPABILIDADE COMO EXCLUSIVO JUÍZO DE REPROVAÇÃO DO INJUSTO PENAL

Por inevitável a associação do juízo de reprovação penal a uma análise e apreensão do grau de exercício da liberdade individual de um agente capaz de realizar condutas típicas e antijurídicas a partir de suas próprias escolhas (liberdade de autodeterminação), sempre nos pareceu que parâmetros analíticos como a “imputabilidade” ou o “conhecimento do injusto” ocupam inconveniente posição, na dogmática penal contemporânea, como elementos da culpabilidade. Entendemos que o conceito de culpabilidade não se compraz com elementos analíticos que, longe de representar elos constitutivos da culpabilidade, são em verdade pressupostos para a sua própria operação. Afinal, o juízo de culpabilidade, se bem entendido como juízo de reprovação penal, há de pressupor um agente minimamente capaz de ser responsabilizado ou censurado por seus atos, o que exclui, evidentemente os que, por falhas ou defeitos de ordem cognitiva ou psíquica – por doença mental, imaturidade (real ou legalmente presumida) ou por genuíno equívoco – não possuem ou perderam sua capacidade de autodeterminação, sua capacidade de ser agentes, sujeitos da conduta criminosa que lhes é imputada. A capacidade de regularmente reconhecer o que faz e o apropriado discernimento para avaliar que aquilo que faz é eventualmente ilícito melhor se situaria, a nosso ver, no âmbito da própria análise dos elementos subjetivos da conduta, dando-se um segundo e decisivo passo teórico, em continuidade àquele notável gesto, inaugurado com o finalismo, de incluir, no âmbito da tipicidade, a análise do dolo e da culpa, outrora inerentes ao conceito de culpabilidade (“psicológica”). Até porque nos parece incongruente que se tenha alcançado o consenso de que tais aspectos cognitivos e volitivos da conduta humana tenham sido, com o finalismo, alocados no âmbito da tipicidade, embora se admitindo que eventuais defeitos na formação da vontade antijurídica continuem a ser tratados no capítulo da culpabilidade.

Essa aparente contradição da dogmática penal contemporânea talvez possa ser explicada pela convicção (que esperamos ver superada ao final da próxima seção) quanto à absoluta impossibilidade de um mínimo conteúdo empírico ao próprio juízo de reprovabilidade, em sua conotação de “poder agir de modo diverso” (inexigibilidade de

conduta diversa), tida como noção “vazia de conteúdo”⁵, invariavelmente vinculada a uma velha invocação metafísica da noção de livre arbítrio. Daí a formulação, por ROXIN, do conceito de culpabilidade como “realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas e da capacidade de autodeterminação que daí deve decorrer”,⁶ centrando a culpabilidade não em torno da maior ou menor liberdade de ação humana, mas como mera consequência ou efeito de um comportamento realizado por um idôneo destinatário da norma.⁷ O objeto da culpabilidade seria então a investigação dessa própria “idoneidade para ser destinatário de normas” (que prefiro chamar de “capacidade penal”) – o que corresponderia ao próprio poder-agir de modo diverso⁸ - ao que se acrescentariam, no âmbito necessariamente complementar da imputação subjetiva, as exigências político-criminais de prevenção geral ou de necessidade da pena, resultando num conceito mais amplo de “responsabilidade”.⁹

Essa visão de ROXIN eviscera o conceito de culpabilidade, porque se dele excluirmos as questões inerentes à “idoneidade para ser destinatário da norma” (que, como vimos acima, não deveriam estar contidas no conceito de culpabilidade), apenas remanesceriam seus supostos complementos político-criminais, as “razões de estado” (prevenção geral ou necessidade da pena), evidentemente incapazes, por si sós, de servir como fundamentos para a justa individualização da pena, muito menos como garantia contra os abusos no exercício do poder punitivo pelo Estado. Com efeito, o desloca-

⁵ “Primeiramente, o critério da reprovação ou do merecimento de repreensão, que deveria caracterizar o ânimo do autor culpável, não contém qualquer parâmetro de conteúdo par que se possa avaliar o alegado déficit de ânimo. Aquilo que existe de reprovável no ânimo do autor e os motivos para tal reprovação – nada disso está contido no conceito do merecimento de repreensão. Não se vai em nada mais além do que a reprovabilidade, que já chamamos de vazia de conteúdo”.(ROXIN, op. cit. p. 140).

⁶ ROXIN, op. cit., p. 144.

⁷ “Ainda que alguém quisesse recusar a liberdade de ação enquanto convenção normativa, por considerá-la uma ideologia idealista, ele ainda poderia e teria de recorrer ao critério da idoneidade para ser destinatário de normas como o núcleo da culpabilidade, uma vez que ele é o único acessível à comprovação forense. (ROXIN, op. cit., p. 149).

⁸ “A concepção por mim sustentada pode harmonizar-se com esta difundida teoria, mas não depende dela. Vou explicá-lo: se alguém realiza um ilícito típico, inexistindo dúvidas a respeito de sua idoneidade para ser destinatário de normas, então dizemos que ele deveria e poderia ter agido diversamente, sendo, assim, de declarar-se culpável. Somente, porém, a capacidade para ser destinatário de normas é passível de verificação empírica e, apesar das várias dificuldades, em princípio comprovável. (...) Por outro lado, o poder-agir-de-outro modo e o livre-arbítrio são impassíveis de comprovação.” (ROXIN, op. cit., p. 145).

⁹ “Dito positivamente: para a imputação subjetiva da ação injusta devem concorrer a culpabilidade do autor e a necessidade preventiva de pena. Por isso proponho chamar a categoria do delito que sucede ao injusto não de “culpabilidade”, mas de “responsabilidade”. Afinal, na teoria da imputação subjetiva devem ser integradas, ao lado da culpabilidade, aspectos preventivos, de maneira que a culpabilidade representa somente um aspecto – de qualquer maneira essencial – daquilo que denomino “responsabilidade” (ROXIN, op. cit., p. 154).

mento analítico do âmbito da culpabilidade (que aqui propomos) de questões ligadas à “capacidade penal” (imputabilidade e consciência do injusto) desnudaria a única dimensão funcionalista de um conceito de culpabilidade (como o de ROXIN) já despido de qualquer conteúdo ético-valorativo. Caso concordássemos com tal definição de culpabilidade, seríamos forçados a admitir ser mais coerente - o que não quer dizer mais correto, mais aceitável - a própria postura puramente funcionalista de JAKOBS, que ROXIN retoricamente rejeita,¹⁰ mas que no fundo acaba corroborando, se retirados de seu conceito de culpabilidade como “idoneidade para ser destinatário de normas” as inadequadas “bengalas” conceituais da imputabilidade e da consciência do injusto. Retirar tais apoios a um conceito que, nessa ótica, se encontraria privado de sua mais importante função de orientação ético-normativa e vê-lo reduzido à sobrevida de uma espécie de “funcionalismo envergonhado”, parece evidenciar que a reorientação metodológica aqui esboçada constitui-se não num mero exercício de diletantismo acadêmico, mas uma estratégia argumentativa importante inclusive para demonstrar que, sem a confusão de elementos analíticos distintos, o jurista não se vê desobrigado da central necessidade (e possibilidade) de prover um conteúdo (se não empírico, ao menos principiológico) à dimensão ético-normativa da culpabilidade como juízo de reprovação. Para tanto, como nos ensina ZAFFARONI, não será preciso confundir o conceito ético, jurídico e político de “liberdade de autodeterminação” com um intangível e puramente moralista noção de “livre arbítrio”.¹¹ E sem que, intimidados com a complexidade da empreita (princípios

¹⁰ “Como ainda pretendo explicar, não nego que a imputação subjetiva seja influenciada *también* por exigências de prevenção geral. É inaceitável, porém, reduzi-la a esta dimensão, admitindo a culpabilidade e a punição unicamente porque, pra dizê-lo com *Jakobs*, tal pareça socialmente útil para um “exercício de fidelidade ao direito”, pois o indivíduo não é mais tratado segundo a medida de sua própria personalidade, mas unicamente enquanto instrumento dos interesses sociais. Tal instrumentalização viola a dignidade humana, não podendo já por este motivo fornecer uma concepção de culpabilidade bem fundada.” (ROXIN, op. cit.).

¹¹ “La autodeterminación humana no es ningún concepto *inverificable*, a lo que suele agregarse la expresión *metafísico* en forma peyorativa. Todo concepto es *metafísico*, porque incluso la consagración de la verificación como único criterio de verdad también responde a una posición *metafísica*. Pero más allá de esta discusión y de los intentos positivistas y funcionalistas por descalificar, suprimir o reemplazar el concepto de culpabilidad. [...] Esta capacidad existente en la vida de relación cotidiana y su reducción verificable en ciertas circunstancias, poco o nada tienen que ver con un *libre albedrío*, que siempre se rechaza pretendiendo entenderlo como posibilidad invariable e ilimitada de actuar de otro modo, carente de cualquier motivo o razón y, por ende, como un simple *porque sí*. En realidad, nadie ha defendido semejante concepto en el ámbito del discurso jurídico-penal, simplemente porque lo jurídico no puede menos que recoger lo que observa de lo humano y no algo que directamente no es humano. Por ello *el indeterminismo no puede ser entendido antropológicamente de otro modo que como autodeterminación*, y jamás como un ámbito de libertad absoluta, humanamente inconcebible e incluso filosóficamente poco frecuentado fuera de ciertas posiciones románticas radicalizadas e irracionalistas, frecuentemente citadas como curiosidades.” (ZAFFARONI, op. cit., p. 672).

orientadores da liberdade de autodeterminação), reputando-os de ficções metafísicas, não retiremos do direito penal uma de suas faces mais humanas e das mais eloqüentes garantias de um direito penal comprometido com o estado de direito democrático.¹²

Esse debate tão contemporâneo foi abordado há mais de 50 anos atrás por HART, num de seus clássicos estudos em matéria penal, ao historiar a confusão (ou a resignação) dos autores da tradição anglo-americana que, contrastados com as dificuldades de uma demonstração dos elementos analíticos do juízo normativo da culpabilidade, ou abriam mão de qualquer elemento de valoração subjetiva (ampliando-se o os limites da *strict liability*, em alguns aspectos semelhantes à contemporânea noção de “imputação objetiva”) ou se contentavam em fazer corresponder ao plano da culpabilidade eventual investigação (notadamente na área da inimputabilidade por doença mental) elementos passíveis de comprovação empírica (com o que ROXIN parece consentir).¹³ E é curioso que HART, para defender a superioridade do comportamento ético, normativo da culpabilidade, tenha resenhado o pensamento de autores da tradição anglo-americana da época, que procuravam preencher o suposto “vazio” empírico de um conceito ético-normativo de culpabilidade com utilitários fundamentos de ordem político-criminal (“razões de Estado”), baseados, como se refere HART, na “economia das ameaças”, em que o juízo da culpabilidade adquiria contornos muito próximos da solução apontada por ROXIN, quanto à necessidade de “matizes preventivos na exculpação”. Portanto, para preencher o suposto “vazio” empírico de um conceito de culpabilidade que não pretenda passar ao largo de questões associadas ao problema da livre autodeterminação (do tipo “agiu por livre vontade”, “poderia ter evitado fazê-lo” ou “poderia ter feito de outro modo”), ROXIN acaba formulando um juízo de culpabilidade com contornos meramente instrumentais, procedimentalistas, no que tange às garantias do indivíduo frente ao exercício, pelo Estado, do *ius puniendi*.

¹² Pero por sobre todas estas críticas, se imponen la observación de que considerar la libertad y la responsabilidad del ser humano como una ficción, implica afirmar que todo el plano jurídico constitucional y político está asentado sobre una ficción y, más aún, que la conciencia jurídica universal que sustenta esa antropología es producto de una ficción. Es grave considerar que la dignidad del ser humano como persona y, por ende, como ente responsable por su elección y dotado de razón capaz de señalarle lo bueno y lo malo, consagrada en las constituciones y en los documentos universales y regionales de derechos humanos, es una mera ficción y no la vivencia de responsabilidad real y efectiva. La democracia será resultado de una ficción y su diferencia con el totalitarismo se reudicirá también a una ficción, que ésta aceptaría como un mero principio jurídico regulativo, en tanto que el segundo, más realista, la rechazaría.”

¹³ HART, H. L. A. Legal determinism and excuses. In: HOOK, Sidney (org.). *Determinism and freedom*. New York: New York University Press, 1958, p. 91.

Será preciso, portanto, como premissa metodológica importante, despir o conceito de culpabilidade de vestes que não servem à sua anatomia ética (“imputabilidade” e “consciência do injusto”), para que revigoremos nosso ânimo de, sem abandonar sua vinculação a um juízo de reprovabilidade de escolhas (como diria HART,¹⁴ HUDSON¹⁵) exercidas por agentes formalmente livres e capazes, possamos provê-lo de algum garantia concreta (e não apenas procedimentalista), por exigências do estado democrático de direito. Com efeito, a inadequação analítica de se inserir a imputabilidade e a consciência do injusto como “elementos da culpabilidade” é ilustrada na própria necessidade sentida por ZAFFARONI de excepcionar do âmbito de seu conceito de “culpabilidade como vulnerabilidade” agentes inimputáveis ou sem consciência do injusto.¹⁶ Ou no reconhecimento, pelo próprio ROXIN, de que o injusto penal pode abarcar elementos analíticos que tradicionalmente tem sido estudados no âmbito da culpabilidade.¹⁷

2. APLICANDO A TEORIA DE AMARTYA SEN NA CONSOLIDAÇÃO MATERIAL DO CONCEITO ÉTICO-NORMATIVO DE CULPABILIDADE

Situada a questão principal em seu devido lugar (culpabilidade como conceito puramente ético-normativo, despido de elementos analíticos próprios da “capacidade penal” ou de “razões de estado”), premissa metodológica fundamental, sustentada na seção anterior, chegamos a uma importante tensão conceitual, relacionada ao conteúdo material da capacidade do agente de decidir e de valorar, como ser formalmente livre e autônomo. Como vimos, a liberdade de escolha, de decisão, de autodeterminação (por um agente que sabe o que quer e que faz o que tem condições de conhecer ou valorar), porque tida como indemonstrável ou de cunho metafísico, vem sendo simplesmente

¹⁴ HART, op. cit, p. 101.

¹⁵ HUDSON, Barbara A. Mitigation for socially deprived offenders. In: HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew. *Principled sentencing – readings on theory & policy*. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 1998, p.206.[1995]

¹⁶ “Por otro lado, se intentaría medir el esfuerzo por la vulnerabilidad de quienes por definición actúan en situaciones de tan extrema vulnerabilidad que ésta no puede medirse por ser parte de us esencia situacional, como los inimputables o los que se hallan en error invencible de prohibición o en estado de necesidad exculpante.”(ZAFFARONI, p. 655)

¹⁷ “A circunstância de que o princípio da culpabilidade nos forneça a metade de seus frutos – permita-se-me esta quantificação, de caráter eminentemente retórico – já no plano do injusto não pode desorientar-nos. Afinal, o ilícito como um todo encontra-se entre os pressupostos da culpabilidade, isto é, entre os fatos que fundamentam o juízo de culpabilidade, e aquilo que exclui o ilícito exclui, obviamente, também a culpabilidade.” (ROXIN, p. 136)

abandonada por uma visão de âmbito cada vez mais funcionalista, em suas várias matizes, em detrimento do que ZAFFARONI concebe como enfoque “clássico”,¹⁸ incontroversamente comprometido com a proteção à garantia da liberdade individual diante do poder punitivo do Estado. E ainda que se possa argumentar que a moderna dogmática penal contemporânea, notadamente na Alemanha, pretenda substituir o intangível fundamento ontológico da culpabilidade por um comprometimento político-criminal de garantia da liberdade individual diante do poder punitivo do Estado,¹⁹ vimos que a posição teórica marginal, residual da “exigibilidade de conduta diversa” (ou do poder de agir de outro modo) e a desistência da empreita de infundir-lhe um conteúdo ético minimamente concreto – agravada pela discussão, no âmbito da culpabilidade, de questões que, a rigor, não deveriam fazer parte de seu objeto, se redefinida como juízo de reprovabilidade acerca do livre exercício da autodeterminação – torna meramente retórico (como em ROXIN²⁰), o argumento de que se abandona a Ética para proteger o indivíduo do Estado (quando em verdade é precisamente a força dos princípios éticos substantivos a melhor proteção contra a oportunidade e a conveniência das “razões de Estado”).

Como já se tornou explícito, nas considerações anteriores, não estamos nem um pouco convencidos da incapacidade absoluta de se poder estabelecer parâmetros, princípios “não metafísicos” ou empiricamente intangíveis como fundamento material do conceito de culpabilidade como reprovabilidade. O problema maior é encontrá-lo sem trair as exigências de um estado democrático de direito, o que entendemos possa ser alcançado com a aplicação da teoria de Amartya SEN, particularmente em sua obra *Desenvolvimento como liberdade*.²¹

O pioneiro *insight* para a aplicação do pensamento de Amartya SEN, em questões atinentes à teoria do crime e da pena há de ser tributado a HIRSCH e JAREBORG

¹⁸ ZAFFARONI, op. cit., p. 652.

¹⁹ “Hoje, a tese da culpabilidade como *fundamento* da pena foi substituída pela tese da culpabilidade como *limitação* do poder de punir, com a troca de uma função *metafísica* de legitimação da punição por uma *função política* de garantia da liberdade individual. Como se pode observar, essa substituição não representa simples variação terminológica, mas verdadeira *mudança de sinal* do conceito de culpabilidade, como conseqüências político-criminais relevantes: a culpabilidade como *fundamento* da pena legitima o poder do Estado contra o indivíduo; a culpabilidade como *limitação* da pena garante a liberdade do cidadão contra o poder do Estado, porque se não existe culpabilidade não pode existir pena, nem pode existir qualquer intervenção estatal com fins exclusivamente preventivos.” (SANTOS, op. cit. p. 279).

²⁰ “Seguindo-se minha construção, estar-se-á defendendo uma posição liberal-garantística, que impõe ao poder punitivo estatal limites tão estreitos quanto socialmente sustentáveis.” (ROXIN, op. cit., p. 156).

²¹ Op. cit.

²², os quais, na busca de um conteúdo material para um sistema de princípios capaz de avaliar a gravidade objetiva dos crimes efetivamente perpetrados (o que na tradição dos países de *common-law*, especialmente nos Estados Unidos, é importante para orientar as *sentence guidelines*²³), como um dos parâmetros de dosagem da pena – *principled sentencing* – publicaram um artigo em 1991²⁴ em que passaram a utilizar a formulação teórica de “padrão de vida” utilizado por SEN em seu texto de 1987, *The standard of living*.²⁵ Embora o conceito correlacione-se com a noção de “bem-estar” (também correlata à teorização rawlsiana de bens primários²⁶), procura ultrapassá-lo ao enfatizar não apenas a necessidade ou conveniência de alcance desse patamar mínimo de uma existência humana digna, mas sobretudo os meios e potencialidades disponíveis para alcançá-los.²⁷ Com essa moldura teórica e objetivando estabelecer um sistema de princípios capaz de aferir, comparativamente, a lesividade de condutas criminais díspares (lembre-se que nem todos os sistemas legislativos trabalham com penas mínimas ou máximas), SEN e JAREBORGS estabelecem uma escala graduada de lesividade de acordo com o grau em que a conduta criminosa reduziu o “padrão de vida” da vítima. Partindo de uma escala de quatro níveis (1º sobrevivência; 2º bem-estar mínimo; 3º bem-estar adequado; 4º bem-estar melhorado), as associaram às seguintes dimensões genéricas dos componentes de “padrão de vida” violados com a conduta criminosa: 1º) integridade física (saúde, segurança e proteção contra a dor física); 2º) suporte material e amenidade (alimentação, abrigo e outras amenidades básicas); 3º) proteção contra humilhação ou tratamento degradante; 4º) privacidade e autonomia. A gravidade do crime teria por parâmetros a magnitude da lesão a tais componentes de “padrão de vida”, correspondendo o primeiro patamar ao grau mais intenso de gravidade e o último patamar ao grau mais brando. Reafirmando a proposta, embora não aprofundado-a para além de suas premis-

²² HIRSCH, Andre von; JAREBORG, Nils. Gauging criminal harm: a living-standard analysis. *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxford, v. 11, n. 1, p. 1-38, 1991.

²³ Sobre as *sentence guidelines*, ver, entre outros CLARKSON, CHRIS; MORGAN, Rod (org.). *The politics of sentencing reform*. Oxford: Clarendon Press, 1995 e TONRY, Michael. *Sentencing matters*. New York e Oxford: Oxford University Press, 1996.

²⁴ HIRSCH, Andre von; JAREBORG, Nils. Gauging criminal harm: a living-standard analysis. *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxford, v. 11, n. 1, p. 1-38, 1991.

²⁵ SEN, Amartya. *The standard of living: the Tanner Lectures, Clare Hall, Cambridge, 1985*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

²⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 98. [Ed. orig.: 1971].

²⁷ HIRSCH, Andrew. Seriousness, severity and the living standard. In: HIRSCH, Andrew; ASHWORTH. 2. ed. *Principled sentencing – readings on theory and policy*. Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 186.

sas iniciais constantes no artigo de 1991, HIRSCH passou também a defender a proporcional aplicabilidade do enfoque na qualidade, duração ou intensidade das próprias sanções em tese cabíveis, estabelecendo uma espécie de *ranking* de sanções de acordo com o nível ou grau em que afetam o “padrão de vida” do próprio ofensor.^{28 29}

Mesmo com o assumido caráter embrionário e experimental da empreitada teórica, autores como ASHWORTH³⁰ teceram críticas quanto ao fato de o enfoque limitar-se aos crimes com vítimas personificadas e por seu potencial de confundir elementares do próprio tipo, em seu modelo abstrato, com circunstâncias ou conseqüências da própria conduta em sua manifestação empírica. De qualquer forma, é aqui dado crédito a esse importante *insight* de HIRSCH e JAREBORG de aplicar o pensamento de SEN para uma ontologia material de temas fundamentais à teoria do crime e da pena não para replicá-lo nos fins a que se propôs (estabelecer uma escala de gravidade objetiva de crimes em espécie), mas para propor uma aplicação do pensamento teórico de SEN no aprofundamento posterior de suas reflexões em obras posteriores como *Desigualdade reexaminada*³¹ e *Desenvolvimento como liberdade*³² na construção de princípios de forte conteúdo material em torno da culpabilidade, em sua concepção exclusivamente normativa (sinônimo de reprovabilidade). Para tanto, ao invés de enfocarmos, como HIRSCH e JAREBORG, os efeitos da conduta criminosa sobre o “padrão de vida” do agente ou da vítima, como âncora para uma escala de gravidade subjetiva ou concreta do crime, procuraremos adotar um enfoque bem distinto: fundamentar um conteúdo material da concepção normativa de culpabilidade que não seja tão substancialista a ponto de desajustá-la de seu imperativo sócio-político à luz das exigências do estado democrático de direito, e que não seja tão procedimentalista, programática ou “garantista” como simples elemento de limitação do poder punitivo.

Utilizaremos a tese geral de SEN do “desenvolvimento como liberdade” como parâmetro analítico para integrar a teoria dos direitos fundamentais ao conceito de culpabilidade, em seu viés exclusivamente ético-normativo, com profundas aplicações na

²⁸ HIRSCH, Andrew von *Censure and sanctions*. Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 33-35.

²⁹ HIRSCH, Andrew; ASHWORTH. 2. ed. *Principled sentencing – readings on theory and policy*. Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 185-190.

³⁰ ASHWORTH, Andrew. Developing parameters of ordinal proportionality. In: _____. *Sentencing and Criminal Justice*. 2. ed. London: Weidenfeld and Nicolson, 1992, p. 93-100.

³¹ SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Trad. de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001. [Ed. orig.: 1992]

³² Op. cit.

dosimetria da pena por uma trilha teórica, pragmática ou argumentativa, não percorrida por HIRSCH e JAREBORG. É que as conseqüências da conduta criminosa (sobre o próprio agente ou sobre eventuais vítimas), embora de relevância na dosimetria da pena (o nosso artigo 59 determina que tais aspectos sejam levados em consideração, quando alude a conseqüências e circunstâncias do crime) passam ao largo da delimitação que pretendemos dar ao conceito de culpabilidade, embora reconhecendo que seu conteúdo material apenas representará um dos aspectos para a dosagem da pena. Ainda que tenha o condão de excepcionalmente não justificar, como um todo, a própria legitimidade da imposição da sanção criminal, total ou parcialmente, situação que tornaria inaplicável os demais parâmetros dosimétricos. Portanto, apenas da culpabilidade nos ocuparemos, ao propor a aplicação da teoria de SEN, considerando aspectos de relevância ao conceito científico de culpabilidade e de inegáveis aplicações práticas para a sentença criminal.

Ademais, como HIRSCH e JAREBORG estavam preocupados com a construção de uma escala objetiva capaz de parametrizar a gravidade de uma determinada conduta criminosa (e, de modo correlato, a intensidade da sanção correspondente) tendo por base suas conseqüências (respectivamente, para a vítima ou para o próprio réu), essa proeminência conseqüencialista (desvalor do resultado) faz sobressair, na construção do juízo avaliatório, uma base informacional utilitarista que o próprio SEN procurou superar em seus escritos posteriores ao *Standard of Living*, de 1987. Nosso propósito, sendo o de revigorar o conteúdo material com elementos à luz de um juízo exclusivamente ético-normativo da culpabilidade, não terá por norte as conseqüências da conduta criminosa, e nem apenas os “bens primários”, na concepção de RAWLS, como conjunto mínimo de oportunidades em tese formalmente asseguradas para que o indivíduo possa livremente atuar,³³ mas as “disponibilidades” [*capabilities*]³⁴ que concreta e efetivamente concorrem para o pleno exercício da autodeterminação.³⁵ Ocupar-nos-emos, por-

³³ Op. cit, p. 97.

³⁴ Tradução livre do termo *capabilities*, que preferimos a “capacidades”, para não tornar ambíguo o conceito de “capacidade penal” acima esboçado.

³⁵ “Venho procurando demonstrar já há algum tempo que, para muitas finalidades avaliatórias, o “espaço” apropriado não é o das utilidades (como querem os “welfaristas”) nem o dos bens primários (como exigido por Rawls), mas o das liberdades substantivas – as capacidades – de escolher uma vida que se tem razão para valorizar. Se o objetivo é concentrar-se na oportunidade real de o indivíduo promover seus objetivos (como Rawls recomenda explicitamente), então será preciso levar em conta não apenas os bens primários que as pessoas possuem, mas também as características pessoais relevantes que governam a *conversão* de bens primários na capacidade de a pessoa promover seus objetivos. Por exemplo, uma pessoa fisicamente incapacitada pode possuir uma cesta de bens primários maior e ainda assim ter menos chance de levar uma vida normal (ou de promover seus objetivos) do que um indivíduo fisicamente capaz

tanto, de disponibilidades concretas, de cunho sócio-político-econômico (e não moral ou psicológico) que interferem na livre autodeterminação do agente, e que constituem a base informacional (na expressão de SEN) para o juízo da culpabilidade.

A aplicação da teorização de SEN na delimitação do conteúdo ético-normativo da culpabilidade como reprovabilidade procura incorporar o Direito Penal a uma teoria da justiça de base igualitária, solidária e democrática, em que a liberdade individual de autodeterminação da vontade antijurídica, por um agente formalmente livre e capaz, possa levar em consideração central, nas palavras de SEN, “a força das influências sociais sobre o grau e o alcance da liberdade individual” ou, resumidamente, “a liberdade individual como um comprometimento social”.³⁶ Afinal, se “o desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente”,³⁷ o exame da culpabilidade não poderá ignorar uma avaliação personalizada, humanizada das disponibilidades concretas do agente.³⁸ O juízo de culpabilidade que tenha por base informacional as oportunidades sociais, políticas e econômicas para o livre exercício da autodeterminação por pessoa consciente e capaz requer sejam trazidos ao processo penal elementos empíricos mais concretos, não bastando, nesse aspecto, tão-somente a racionalização puramente retórica do importante conceito de “exigibilidade de conduta diversa”. Afinal, sempre poderemos encontrar elementos retóricos, morais, jurídicos ou mesmo éticos para se concluir pela exigibilidade ou evitabilidade da prática de determinada conduta criminosa por indivíduo capaz e formalmente livre, fora das situações de exclusão da antijuridicidade ou de absoluta coerção moral, situação que em nada auxiliaria a resgatar o conceito de culpabilidade da tautologia dogmática em que parece estar circunscrito, sempre apto a legitimar o exercício do *ius puniendi* pelo Estado, quando não é apropriado como sinônimo de *periculosidade*, para o efeito de agravar a pena por um juízo de futurologia (sobre um crime “futuro”), não sobre a conduta realizada, mas pela conduta que se espera ou se preveja venha a ser reiterada. A questão crucial está em

possuidor de uma cesta menor de bens primários. Analogamente, uma pessoa mais idosa ou mais propensa a doenças pode ser mais desfavorecida em um sentido geralmente aceito, mesmo possuindo um pacote de bens primários maior.” (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 94).

³⁶ _____, p. 10.

³⁷ _____, p. 10.

³⁸ Nesse aspecto os resquícios de um chamado “direito penal do autor” não teria as dimensões teratológicas que a tal expressão normalmente se associa, inclusive como obstáculos ao aprofundamento da dimensão subjetiva no conceito de culpabilidade.

ampliar o conteúdo analítico dessa liberdade de autodeterminação à luz do que se deva considerar liberdade como direito fundamental. Nesse aspecto, a contribuição de SEN afigura-se como de largo potencial aplicativo, não apenas no plano teórico como no plano de domínio prático dos operadores do Direito. Vejamos:

Se, com SEN, aprendemos que “a expansão da liberdade é vista, por essa abordagem, como o principal fim e o principal meio do desenvolvimento”, consistindo este “na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente”, sendo a eliminação de privações de liberdades substanciais constitutiva do desenvolvimento,³⁹ eventual reconhecimento de que o agente sempre esteve privado de pressupostos mínimos para seu “desenvolvimento humano sustentável” há de reduzir consideravelmente o grau de censura sobre sua vontade antijurídica. Da mesma forma, reconhecendo a plena atribuição ao ofensor de todas as disponibilidades para o desenvolvimento do exercício de sua liberdade, na dimensão social, política e econômica, o grau de censura sobre sua vontade antijurídica poderia e deveria ser atribuído em seu patamar mais elevado. Nesse aspecto, não estamos convencidos de que a reorientação do conceito de culpabilidade à luz das exigências de um estado democrático de direito, e por isso mesmo levando-se em conta a noção de liberdade como comprometimento social, deva inexoravelmente conduzir, no máximo, a uma atenuação da pena (sempre um sinal negativo), nunca a uma exacerbação, como afirmam CARVALHO⁴⁰ ou mesmo ZAFFARONI.⁴¹ A culpabilidade há de ser o palco central para um acerto de contas, no plano jurídico concreto e vigente (e não meramente filosófico, ideológico, político-criminal ou de *lege ferenda*) entre as preferências e predileções punitivas de um sistema penal, muito cioso na criminalização de condutas concretamente associadas a grupos tradicionalmente marginalizados, no sentido de desprovidos de direitos fundamentais para o exercício da soberania, e as tolerâncias e atos de boa-vontade com os grupos senão elitizados ao menos usufruindo (muitas vezes excessivamente) dos direitos fundamentais a um “padrão de vida” exigível num estado democrático de direito. Disponibilidades sociais, políticas e econômicas para o exercício da liberdade de autodeterminação poderão representar, no plano da culpabilidade, fator de redução (ou mesmo de exclusão) da reprovabilidade da conduta criminosa

³⁹ SEN, op. cit. , p. 10.

⁴⁰ CARVALHO, Amilton; CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 40.

⁴¹ ZAFFARONI, op. cit, p. 656.

(e conseqüentemente da sanção ou censura correspondente) ou mesmo de intensificação (exasperação) mesmo da reprovabilidade da conduta criminosa. Nesse contexto, quanto maior a liberdade de autodeterminação para o exercício da vontade antijurídica maior há de ser o grau de reprovabilidade ou censura, sem que daí seja preciso infundir a teoria ou a prática jurídicas de contornos ideológicos.⁴²

Se culpabilidade há de ser entendida como maior ou menor liberdade de ação (não do ponto de vista moral, intelectual, psicológico ou circunstancial), mas de um conjunto das referidas disponibilidades estruturais – de todo coincidentes com a maior ou menor privação de direitos fundamentais, ao agente, pelo estado de direito democrático), o hipossuficiente e o que exerce enorme parcela de poder deverão ser, no plano da culpabilidade, reprovados de modo distinto. Aos verdadeiramente livres para realizar uma vontade antijurídica, pela plena fruição das prerrogativas e pressupostos para a manifestação individual de sua liberdade (condição absoluta de poder) o compromisso ético de conformação com as regras do jogo sócio-jurídico há de acarretar uma censura, uma reprovação verdadeiramente intensa da conduta típica e antijurídica perpetrada, por uma espécie de “abuso de poder”.

Essa é uma ponderação importante, na medida em que o direito penal é acertadamente taxado de seletivo, discriminatório, preconceituoso, porque que se arma, se estrutura, se aparelha especialmente para a repressão e a punição de pessoas, grupos ou comunidades privadas das garantias de pleno exercício da cidadania, pressuposto número da liberdade. No entanto, tais considerações, muitas vezes carregadas de forte ou exclusivo conteúdo ideológico, surgem mais como constatações, descrições, avaliações no nível do “ser”, sem qualquer pretensão plausível de interferir no mundo do “dever ser”, ante a resignação de absoluta perda de legitimidade do sistema penal, o que inspira uma política meramente reducionista (verdadeira política de “redução de danos”), quando não abolicionista, defendendo-se a constrição cada vez mais acentuada do direito penal, diante da inevitabilidade de continuação de suas injustas premissas seletivas. Agora, quando se traz para o âmbito exclusivo da culpabilidade considerações de tal or-

⁴² “Responsabilidade *requer* liberdade. Assim, o argumento do apoio social para expandir a liberdade das pessoas pode ser considerado um argumento *em favor* da responsabilidade individual, e não contra ela. O caminho entre liberdade e responsabilidade é de mão dupla. Sem a liberdade substantiva e a capacidade para realizar alguma coisa, a pessoa não pode ser responsável por fazê-la. Mas ter efetivamente a liberdade e a capacidade para fazer alguma coisa impõe à pessoa o dever de refletir sobre fazê-la ou não, e isso envolve responsabilidade individual. Nesse sentido, a liberdade é necessária e suficiente para a responsabilidade.” (SEN, op. cit, p. 322).

dem, abre-se a oportunidade de se incorporar ao prático mundo do “dever-ser” uma sincera discussão sobre até que ponto o Estado possui plena legitimidade para impor sua sanção ou sua censura ao ato típico e antijurídico, autorizando-se que esse mesmo Estado, quando do exercício do juízo ético-normativo da culpabilidade, possa compensar ou reforçar a carga penal a partir do reconhecimento do maior ou menor grau de liberdade para a tomada de decisões, pelo agente, diante de um conjunto de disponibilidades materiais, de cunho social, política e econômica que lhe foram concretamente atribuídas em sua história de vida.

A aplicação da teorização de SEN na redefinição material do conceito de culpabilidade revela-se oportuna, necessária e urgente porque, sem depender de qualquer alteração legislativa (na legislação brasileira, a “culpabilidade” acabou sendo considerada como um dos oito parâmetros analíticos que deverão nortear a dosagem da pena, num primeiro momento), permite sobretudo ao Juiz (sob a vigilância das partes e a imprescindível garantia constitucional e democrática da fundamentação) discricionariedade suficiente para com, racionalidade jurídica e sensibilidade ética e político-social, fazer justiça numa sociedade invariavelmente injusta e desigual. A ampliação do conceito de culpabilidade como exclusivamente vinculado à análise do grau de liberdade do agente para a tomada de decisões (e não da capacidade cognitiva ou valorativa) permite que se antecipe, sem lesão ao princípio da legalidade (e sem afronta a importantes contribuições doutrinárias pretéritas, como o conceito de “inexigibilidade de conduta diversa”) aspectos operacionais da própria sentença criminal. A justiça penal, num estado democrático de direito, ao ajustar as contas com o agente cuja conduta se desvia dos imperativos legais ou jurídicos socialmente aceitos, não poderá perder a oportunidade de, ao menos no plano da culpabilidade, eventualmente reconhecer se o Estado que censura, que reprova, que condena, ofereceu condições mínimas para o livre exercício da liberdade de autodeterminação, pressuposto primário para a imposição de sanções ou censuras.

A consideração da liberdade de determinação como agente catalisador (mais forte ou mais fraco) da liberdade de autodeterminação guarda alguma consonância com o conceito de co-culpabilidade, que autores progressistas como ZAFFARONI tem rejeitado, em seus últimos escritos, em prol de um conceito de culpabilidade que leve em

consideração a “vulnerabilidade”.⁴³ Ao contrário do conceito de “vulnerabilidade”, a co-culpabilidade, no entender de ZAFFARONI, estaria vinculada à idéia, revigorada do positivismo sociológico, de que o crime é efeito da pobreza, além de desprezar a própria seletividade do sistema penal nessa falaciosa correlação estatística entre criminalidade e privação (um complicador nos determinismos “sócio-econômicos” que o conceito de co-culpabilidade encerra). A notável formulação teórica de ZAFFARONI, embora sirva de valioso complemento argumentativo à tese aqui esboçada, dela se afasta não quanto à sua finalidade essencial, mas quanto a seus fundamentos e alcances. Em primeiro lugar, a reconsideração da culpabilidade como juízo de reprovabilidade que tem por fundamento a liberdade de autodeterminação para a vontade antijurídica, porque vinculada não apenas a uma política compensatória da maior seletividade do sistema penal, não representa, exclusivamente, um elemento redutor da pena, podendo servir como potencial de agravamento da resposta penal, diante de situações criminosas em que, ao contrário, as *capabilities* (como diriam SEN) sempre abundaram na história de vida do agente. Em segundo lugar, a noção de vulnerabilidade, como maior risco à criminalização, não sinaliza para o aprofundamento de questões relacionadas a diferentes disponibilidades cuja aferição prende-se não apenas a aspectos relacionados a vetores sócio-econômicos, como também a dimensões de gênero, classe, idade, interação familiar, social, etc. Em terceiro lugar, a concepção de SEN de “desenvolvimento humano” como indício de liberdade (que aqui apropriamos como liberdade de autodeterminação da vontade antijurídica) cujos fundamentos analíticos propiciaram a criação, por SEN e sua equipe, quando prestaram assessoria ao Banco Mundial, do hoje célebre “IDH” (índice de desenvolvimento humano) - que parte de um cruzamento amplo de dados, não apenas de natureza econômica, como pobreza e desigualdades de renda, mas de todos os aspectos relacionados às liberdades formais e substantivas (ou condições e oportunidades para usufruí-las).⁴⁴ Ora, se essa heterogeneidade de dados se faz necessária, na formulação

⁴³ “La culpabilidad por la vulnerabilidad no es una alternativa a la culpabilidad como reproche ético, sino un paso superador de ésta, que – como todo proceso dialéctico – la conserva en su síntesis. Afirmada la culpabilidad ética como culpabilidad pura por el hecho - conforme al ámbito de autodeterminación con que el sujeto pudo deliberar y señalado conforme a ella un cierto grado de reproche, la culpabilidad por el esfuerzo del sujeto para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad se le opone, como atenuante de su desconsideración de la selectividad y, en la medida que corresponda, se sintetiza en una culpabilidad normativa que puede reducirlo pero nunca ampliarlo. La culpabilidad normativa resultante de la síntesis traduce el esfuerzo (ético y legítimo) del saber jurídico-penal por reducir (hasta onde se poder alcance) el resultado de la culpabilidad formalmente ética). (ZAFFARONI, op. cit., p. 656).

⁴⁴ “Esta obra salienta a necessidade de uma análise integrada das atividades econômicas, sociais e políticas, envolvendo uma multiplicidade de instituições e muitas condições de agente relacionadas

de um índice de desenvolvimento humano não de grupos ou de pessoas (mas de cidades, estados, países), parece evidente que essa análise multifatorial, no plano individual, como base informacional para o juízo de culpabilidade, transcende, em muito (em grau, sofisticação e escopo), o conceito de vulnerabilidade proposto por ZAFFARONI, embora com ele não perca certas afinidades.⁴⁵

Considerar a “privação de liberdades formais e substantivas” que impedem ou perturbam o desenvolvimento humano e sua correlação com a esperada liberdade de autodeterminação na formação da vontade antijurídica resgata e valoriza, de forma mais inequívoca, o necessário fundamento ético do direito penal, ao vincular um ato individual socialmente hostil a um conjunto eventualmente de direitos negados pelo Estado a seu agente. Afigura-se, portanto, como uma perspectiva muito mais abrangente e promissora do que apenas fazer depender a culpabilidade dos fatores que levam à maior ou menor vulnerabilidade do agente em ser alcançado pelo sistema penal (nem sempre essa correlação é necessária – como parece pressupor o conceito de vulnerabilidade), ou de simplesmente reprovar a sociedade, o Estado como co-responsáveis da conduta criminosa (o que está ínsito na idéia de co-culpabilidade), já que parte de um inexorável determinismo incompatível com o regate da dimensão ética e moral da responsabilidade criminal. Por fim, não precisamos de uma nova teoria da justiça penal de cunho meramente compensatório da ausência ou insuficiência do acesso a “bens primários” (o que impede a simples aplicação da clássica análise de RAWLS, teoria que SEN procurou superar⁴⁶), de “ações afirmativas” às avessas. No exame da culpabilidade, não precisamos de caridade, de comiseração; apenas de justiça (para aumentar, diminuir ou excluir a carga penal). Como diz SEN, “ver o desenvolvimento como expansão de liberdades substantivas dirige a atenção para os fins que o tornam importante, em vez de restringi-la a alguns dos meios que, *inter alia*, desempenham um papel relevante no processo.”⁴⁷

de forma interativa. Concentra-se particularmente nos papéis e inter-relações entre certas liberdades instrumentais cruciais, incluindo oportunidades econômicas, liberdades políticas, facilidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora. As disposições sociais, envolvendo muitas instituições (o Estado, o mercado, o sistema legal, os partidos políticos, a mídia, os grupos de interesse público e os foros de discussão pública, entre outras), são investigadas segundo sua contribuição para a expansão e a garantia das liberdades substantivas dos indivíduos, vistos como agentes ativos de mudança, e não como receptores passivos de benefícios.”(SEN, Des., p. 11).

⁴⁵ “El estado de vulnerabilidad se integra con los datos que hacen a su *status* social, clase, pertenencia laboral o profesional, renta, estereotipo que se aplica, etc., es decir, por su *posición dentro de la escala social*.” (ZAFFARONI, p. 654).

⁴⁶ SEN, op. cit. p. 93.

⁴⁷ _____, p. 18.

Estabelecidas essas premissas sobre o objeto e fins do conceito de culpabilidade, à luz das exigências do estado democrático de direito, e a fundamentação dos princípios informadores de sua materialização na teorização de SEN do desenvolvimento humano como liberdade, abre-se o caminho para a cognição judicial dos elementos acerca da biografia, da famigerada “vida pregressa” do agente sujeito à intervenção penal, não em seu sentido pejorativo, estigmatizador, etiquetador, mas com o fim de ser reconhecerem as oportunidades, disponibilidades e aptidões sociais, políticas e econômicas para que a conduta criminosa possa ser eticamente reprovada no que tange à liberdade concreta de sua autodeterminação. Uma espécie de IDH individualizado, particularizado, tão específico quanto o próprio ser humano. A perspectiva, com todas as complexidades práticas que o princípio informa (não por ser intangível, mas pela intrínseca heterogeneidade das bases informacionais de cada caso – o que não quer dizer da impossibilidade de padronização de métodos para sua dimensão),⁴⁸ confrontará o humano, no direito penal, na posição central que sempre deveu ocupar na teoria do crime, na teoria da pena e na aplicação prática da justiça penal. Rejeitar a instrumentalização do ser humano (nos ensinaria KANT) implica em restaurar a dignidade de considerá-lo como ser autônomo e responsável, ao confrontá-lo diante de seus atos. GARDNER é particularmente feliz em enfatizar essa questão crucial do conceito de responsabilidade.⁴⁹

Por não depender de reformas legais, nada impede que essa base informacional seja provida por relatórios de idôneas equipes interprofissionais (à semelhança do que já sucede, em larga escala, na Justiça da Infância e da Juventude), antes da sentença, exigência aliás já contida na legislação de alguns países (*pre-sentence reports*). À falta desses elementos indicativos, caberá à Defesa, substancialmente, trazer aos autos os elementos informativos no interesse dessa avaliação, cujo sopesamento e valoração fariam necessária parte da fundamentação da sentença criminal, com o resgate da proeminência do conceito de culpabilidade.

Embora a fixação da pena, em nossa legislação penal, não dependa apenas da culpabilidade, esse conceito operacional tem o condão de interferir, de modo central, em sua dosagem, seja para justificar um agravamento, uma atenuação ou uma absolvição. E não deixa de ser uma curiosa e oportuna coincidência que a aproximação da teorização

⁴⁸ _____, p. 97

⁴⁹ GARDNER, John. On the general part of the criminal law. In: DUFF, Anthony. *Philosophy and the criminal law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 237.)

de SEN na operacionalização concreta de um juízo de culpabilidade tenha o condão de eventualmente regular a intensidade de uma pena privativa de liberdade tendo em mira as “formas de privação de liberdade”, muitas vezes autênticos direitos fundamentais de que se ressentiu o agente.⁵⁰ Cada reconhecimento, na esfera penal, de que um injusto penal teve sua reprovação excluída ou reduzida pelo reconhecimento das privações de direitos fundamentais que interferiram no julgamento ético da liberdade exercida pelo agente, revelará uma justiça penal comprometida com a justiça social. Afinal, fazer justiça numa sociedade injusta e desigual significa sinalizar, com humildade e altivez, a sincera consciência dos vínculos sociais, políticos e econômicos que circunscrevem o caso em exame. Humildade porque a seara da justiça não pode e nem deve resolver ou usurpar todas as questões sociais, políticas e econômicas da esfera pública.⁵¹ Altivez porque, ao exercer sua parcela de poder naquilo que lhe compete deliberar – como acerca do conceito de culpabilidade – tem soberania para fundar seu juízo normativo em bases informacionais muito mais amplas e democráticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Confortada com o próprio reconhecimento, por SEN, das dificuldades avaliatórias que sua teoria encerra, com o alargamento extraordinário da “base informacional”, que se pretende pluralista e democrática,⁵² a justiça penal, ao deparar-se com questões afetas à culpabilidade, sob premissas analíticas tão amplas, não precisa ter a pretensão da certeza ou da uniformidade. A pluralidade dos elementos analíticos que informam o conceito de culpabilidade aqui esboçado, aliada a uma transparente exposição das escolhas, hierarquizações e valorações (submetidas ao crivo da fundamentação das decisões judiciais, do contraditório, da ampla defesa, da recorribilidade das decisões) no domínio público e transparente que é a sentença penal encerra, certamente levará em conta premissas reconhecidamente incontroversas ou consensuais (o que nos remete à tópica de ARISTÓTELES, revigorada por PERELMAN e reinventada por HABERMAS) como exigência natural de um sistema penal que se pretenda justo, transparente e democrático e não uma profissão de fé (ou de desesperança) de seus operadores. No entanto, não cabe aqui tecer minúcias sobre questões argumentativas ligadas ao exercício da demo-

⁵⁰ SEN, op. cit., p. 49.

⁵¹ _____, p. 323.

⁵² _____, p. 102.

cracia na prática judicial, embora relevante ao menos o registro dessa conexão. Por ora, esperamos ter convencido o leitor da relevância e oportunidade (para o direito penal, para a liberdade, para a democracia) de se redimensionar, em horizontes exclusivamente sociais, políticos e econômicos o conceito de culpabilidade como liberdade de autodeterminação, ampliando-se (à luz da teorização de Amartya SEN) as “bases informacionais” para a avaliação normativa da culpabilidade e suas profundas implicações na fundamentação das sentenças penais e no resgate do mínimo compromisso do direito penal com a centralidade, em qualquer juízo avaliatório, dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS:

- _____. Seriousness, severity and the living standard. In: HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, 2. ed. *Principled sentencing – readings on theory and policy*. Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 186.
- _____. *The standard of living: the Tanner Lectures, Clare Hall, Cambridge, 1985*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.
- _____. *Desigualdade reexaminada*. Trad. de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001. [Ed. orig.: 1992]
- CARVALHO, Amilton; CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 40.
- CLARKSON, CHRIS; MORGAN, Rod (org.). *The politics of sentencing reform*. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- GARDNER, John. On the general part of the criminal law. In: DUFF, Anthony. *Philosophy and the criminal law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 237.)
- HART, H. L. A. Legal determinism and excuses. In: HOOK, Sidney (org.). *Determinism and freedom*. New York: New York University Press, 1958, p. 91.
- HIRSCH, Andre von; JAREBORG, Nils. Gauging criminal harm: a living-standard analysis. *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxford, v. 11, n. 1, p. 1-38, 1991.
- HIRSCH, Andrew von *Censure and sanctions*. Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 33-35.
- HUDSON, Barbara A. Mitigation for socially deprived offenders. In: HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew. *Principled sentencing – readings on theory & policy*. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 1998, p.206.[Ed. orig. 1995]
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 98. [Ed. orig.: 1971].
- ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. Tradução de Luís Greco. In: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 133).
- SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal – Parte Geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. [Ed. orig. 1999]
- TONRY, Michael. *Sentencing matters*. New York e Oxford: Oxford University Press, 1996.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: EDIAR, 2002, p. 650.