

# A MANIPULAÇÃO DISCURSIVA E A FIGURA DO “HOMEM MÉDIO” NO DIREITO PENAL

Carolina Grant \*

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise crítica do parâmetro objetivo-abstracionista de aferição da culpa imputável, representado pela figura do “homem médio”, no Direito Penal. Para tanto, fará um exame dos pressupostos filosóficos e lingüísticos em que se baseiam (ou dever-se-iam basear) a Ciência Jurídica, com destaque para a consideração do Direito como linguagem e, nesta seara, para a avaliação crítica do discurso jurídico e da forma como este pode ser manipulado, inclusive, para resultar na construção de modelos abstratos e idealistas, dissociados da realidade concreta e social, como é o caso do padrão de conduta do “homem médio”.

Este artigo, ainda, no âmbito da aferição da culpa imputável, proporá uma possível alternativa à utilização do padrão do “homem médio”, mediante a análise das teorias em torno da individualização da capacidade do agente (semelhanças, divergências e críticas), em que se considera, para avaliação da culpa imputável, também os aspectos subjetivos (peculiaridades) pertinentes ao agente. Com isso, o objetivo final é aproximar a dogmática jurídico-penal (historicamente mais preocupada com a idéia de segurança jurídica), por meio de uma hermenêutica crítica e contextual – inserida na virada lingüística e em que se trabalha com uma razão comunicativa –, da realidade social, sendo capaz de abarcar, o máximo possível, a sua dinâmica e plural complexidade.

**PALAVRAS CHAVES:** DIREITO PENAL; “HOMEM MÉDIO”; CRIMES CULPOSOS; LINGUAGEM; DISCURSO; MANIPULAÇÃO DISCURSIVA; HERMENÊUTICA; REALIDADE SOCIAL.

## ABSTRACT

---

\* Graduanda da Faculdade de Direito da UFBA (4º Semestre); membro e vice-presidente do CEPEJ – Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da UFBA.

This paper intends to make a critical study of the objective and abstract standard in the ambit of the attributable guilt rating: “the reasonable man test” or, literally, the “common man”. It will reach its aim by examining the preliminary philosophical and linguistic concepts on which is based (or on which it was supposed to be based) the Juridical Science, emphasizing the perception of Law as language, and, in this ambit, making a critical study of the juridical discourse and of the way it can be manipulated (including the way it could be manipulated to result in the creation of abstract and idealistic standards, distant of the social reality, as the behavior’s model of “common man” – “reasonable man test” – represents).

This work, also, in the ambit of the attributable guilt rating, will propose a possible alternative for the use of the “reasonable man test”, by studying the theories about the individualization of the criminal’s capacity (similarities, divergences and reviews), in which are considered, for the exam of attributable guilt, also the relevant subjective aspects (peculiarities) of the criminal. Therefore, the final purpose of this paper is to make the law (especially the criminal law – historically more concerned about the juridical security) approximates itself of the reality, the social reality, by a critical and contextual hermeneutic – in a “linguistic overturned perception” and working with a “communicative reason”, that deals, the most as possible, with the social, dynamics and plural, complexity.

**KEYWORDS:** CRIMINAL LAW; COMMON MAN (OR REASONABLE MAN TEST); NON-INTENTIONAL CRIMES; LANGUAGE; DISCOURSE; DISCURSIVE MANIPULATION; HERMENEUTIC; SOCIAL REALITY.

“Porque o homem não é do tamanho da sua altura,  
E sim daquilo que pode ver” (Fernando Pessoa <sup>[1]</sup>).

## **1. Introdução:**

O Direito Penal, por ser o ramo do Direito que, em sua represália à conduta ilícita, mais agride bens jurídicos de extrema relevância para a vida humana – como a liberdade –, pode-se dizer que representaria o ramo cuja demanda por segurança jurídica

---

<sup>[1]</sup> Fernando Pessoa, Poemas de Alberto Caeiro – Adaptado.

e objetividade de parâmetros de imputabilidade/responsabilização seria ainda maior que nas demais esferas do Direito.

Tais noções introdutórias justificam o caráter residual, fragmentário e subsidiário do Direito Penal e a repercussão, em termos de hermenêutica penal, de desdobramentos do princípio da legalidade, como o princípio da “lei certa” – isto é, do texto legal claro, *objetivo*, preciso, bem delimitado e *exato* <sup>[2]</sup>.

Esta necessidade de precisão e objetividade legal, em hermenêutica, reflete-se na incumbência atribuída ao juiz de realizar uma interpretação igualmente clara e objetiva, tendo como parâmetros não só a lei, mas também o contexto jurídico, político e social em que se insere, não podendo, entretanto, desvirtuar-se do sentido e alcance delimitados pela norma, tendo em vista, justamente, a preocupação com a *segurança jurídica*. Isto é, em Direito Penal, a norma, mais do que nunca, será o limite da atuação judiciária. Nesse sentido, afirma Cezar Bitencourt:

Na verdade, não se pode perder de vista que a finalidade da interpretação é descobrir o verdadeiro significado ou o melhor sentido da norma jurídica, isto é, **um sentido claro, preciso e certo**, que será o mesmo para todos os casos e para todos os sujeitos que caibam dentro de sua compreensão [...] [a interpretação] não poderá ser [...] severa ou benigna, mas correta ou errada, **conforme traduza ou não, a vontade da lei. De outra forma, não será interpretação, mas deformação dessa vontade** (BITENCOURT, 2007, p.146 – grifo nosso).

É seguindo esta tendência, de busca incessante pela objetividade e segurança, que a doutrina penal – no âmbito da aferição da culpa imputável e partindo da idéia, segundo afirma Selma Santana, de que o caráter normativo da culpa obriga à concretização do cuidado de acordo com *critérios objetivos* – tem buscado, já há alguns anos, modelos médios de comportamento. Nesse contexto, insere-se a figura do “Homem Médio”.

## 2. A figura do “Homem Médio”:

---

<sup>[2]</sup> Quanto aos princípios citados, afirma **Claus Roxin**, em apud de Cezar Bitencourt, fazendo referência a uma das funções deste ramo do Direito: uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara [,] não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo. (BITENCOURT, 2007, p.11).

A Welzel, ainda de acordo com Selma Santana, atribui-se a primeira formulação sistemática da *noção de cuidado objetivo*. Com esse conceito, ele dá seguimento à linha iniciada por Engisch:

O cuidado objetivo, como critério delimitador do ilícito culposo, é aquele que houvera empregado o ‘homem prudente’, **impregnado com um importante componente de previsibilidade e evitabilidade objetivas**, a juízo de um observador imparcial que contasse com os conhecimentos do autor (SANTANA, 2005, p.145 – grifo nosso).

Com efeito, pode-se inferir, do trecho citado e destacado acima, que a origem desta figura, no Direito Penal, está intrinsecamente vinculada às demandas por parâmetros objetivos face à conduta ilícita do agente. Este “homem médio”, portanto, representa uma abstração criada pelo Direito, para que sirva de parâmetro quanto à realização/concretização ou não do dever objetivo de cuidado e quanto à ocorrência ou não da culpa imputável. Caso o indivíduo-agente em questão, numa situação concreta, tenha atendido às expectativas exigidas em virtude deste padrão de conduta imaginário, deste homem diligente ou razoável (objetivo e generalizante), a ele não será imputada culpa; não obstante, do contrário, não atendendo às expectativas tidas como razoáveis, estando a sua conduta concreta – face ao cuidado objetivamente devido e exigido – abaixo daquela correspondente ao padrão médio, será, sim, o indivíduo responsabilizado.

A grande preocupação passar a ser, então, a identificação deste “Homem Médio”, da conduta que será considerada idônea, apta, ideal para servir de parâmetro às demais, de forma objetiva e precisa. Existirá, de fato, este homem médio? Eis a grande questão <sup>[3]</sup>.

Diante desta possível inexistência prático-real da figura do homem médio (e da sua relativa ineficácia, ao desconsiderar as capacidades/habilidades pessoais do indivíduo-agente concreto), embora nascida para solucionar um problema pertinente do Direito Penal (preocupação com a segurança jurídica diante da aferição da culpa imputável e os seus critérios/parâmetros normativos), vale discutir tal abstração sob a ótica da manipulação discursiva, âmbito em que se insere, indiretamente – ou talvez se

---

<sup>[3]</sup> Nesta linha converge o pensamento da autora Selma Santana: [Existem] dificuldades práticas de encontrar essa fórmula do ‘homem médio’ [que] se explicam através da simples constatação de que esse padrão em si é inalcançável; constitui uma medida não realizável, (sic) no caso concreto. **Quem seria, então, o homem razoável? Quem seria o homem consciencioso e prudente?** Que aspectos deveriam ser selecionados para compor esse padrão?. (SANTANA, 2005, p.148 – grifo nosso).

pudesse dizer, até mesmo, inconscientemente –, demais críticas a este padrão objetivista.

Para tanto, faz-se necessária uma rápida e sucinta construção de alguns pressupostos essenciais a esta abordagem.

### 3. Pressupostos para uma abordagem crítica deste padrão normativo:

#### 3.1 Direito como Linguagem:

O primeiro dos referidos pressupostos é a compreensão do *Direito como linguagem*.

Partindo-se da noção de que o Direito é um *objeto cultural*, criado pelo homem (como construção, realização do espírito humano) e dotado de um sentido e conteúdo valorativo (seguindo a linha do egologismo jurídico de Carlos Cossio, fundado no movimento culturalista e na fenomenologia de Edmund Husserl), a forma como ele se expressa e se comunica é através da *linguagem*, na medida em que:

Ao disciplinar a conduta humana, as normas jurídicas usam **palavras, signos lingüísticos** que devem expressar o sentido daquilo que deve ser (FERRAZ JR., 2003, p.255 – grifo nosso).

Ou seja, o Direito, enquanto expressão e manifestação no “mundo vivido” (Husserl, Habermas), é linguagem, é inter-relação de signos, símbolos e significados<sup>[4]</sup>. É objeto que oferece uma pluralidade multifacetária de oportunidades à atividade hermenêutica.

E, como linguagem, o Direito se insere no contexto da *virada lingüística* ou filosófica, na transição do paradigma da filosofia da consciência (em que se pensava a construção do *sentido* como algo que uma consciência produz para si, independentemente de um processo de comunicação, a priori, abstracionista – “metafísico-essencialista” e enquanto produto da consciência de um sujeito isolado)

---

<sup>[4]</sup> Para esta conclusão converge o pensamento do autor Castanheira Neves, citado por Lenio Streck: **o Direito é linguagem e terá de ser considerado em tudo como linguagem e por tudo como uma linguagem**. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o Direito o é numa linguagem e como linguagem, propõe-se sê-lo numa linguagem (nas significações lingüísticas em que se constitui e exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é. (STRECK, 2007, p.64 – grifo nosso).

para uma filosofia da linguagem (em que esta passa a ser compreendida como ação humana, *praxis* interativa, construída através da interação social e intersubjetiva dos indivíduos, com um caráter prático, intersubjetivo e histórico – de acordo com a nova hermenêutica heideggeriana, com origem em Wittgenstein, conjuntamente à noção de “tradição” de Gadamer. A construção do sentido passa a se dar, portanto, num contexto dialético e, acima de tudo, dialógico e interativo).

### 3.2 Da linguagem ao discurso jurídico – a razão comunicativa:

Esse diálogo, que propicia a construção da linguagem e do sentido a ela atribuído, toma forma, se materializa e concretiza a partir do *discurso* (segundo pressuposto considerado). Afinal, como afirma Tercio Sampaio:

**Os símbolos, tomados isoladamente, nada significam. [...] Para que um símbolo se torne tal, ele tem de aparecer num ato humano, o ato de falar.** Falar é atribuir símbolos a algo, falar é predicar [...]. Uma língua, assim, é um repertório de símbolos inter-relacionados [...] [já a fala, é o discurso]. (FERRAZ JR., 2003, p.258 – grifo nosso).

O discurso ora considerado – inserido no paradigma da filosofia da linguagem, dialético e dialógico, como supracitado – apresenta forte relação com a concepção habermasiana de discurso.

Habermas, no contexto da Escola de Frankfurt – Teoria Crítica – constrói o seu conceito de razão comunicativa/*teoria da ação comunicativa* – em que se insere, por sua vez, a concepção ora trabalhada de discurso – em oposição à *razão instrumental*, tecnocrática, a qual, enquanto *dialética da razão*, na proposta de Dialética do Esclarecimento, se propunha emancipatória, como guia à autonomia e autodeterminação, e se transformou justamente no contrário, numa crescente instrumentalização para a dominação e repressão do homem; numa técnica utilizada contra o próprio homem. Fora essa razão instrumental que servira de subsídio para as teorias que resultariam, por exemplo, no Positivismo Jurídico, com a sua pretensão de neutralidade e cientificidade técnica e avaliativa, tão discrepante do modelo atual, dinâmico e complexo, de sociedade.

A *razão comunicativa*, em evidente antítese à razão instrumental, trabalha com a interação dialógica, com a construção interativa – mediante a discussão fundamentada

em argumentos – através do acordo ou consenso, fruto de uma discussão em que vence o melhor argumento, a melhor fundamentação teórica ou prática, numa construção não apenas *dialética* (de questionamento, reconstrução e crítica) – mudança introduzida pela própria Teoria Crítica – mas, agora, também *dialógica*, em total consonância com o que propõe a discutida virada lingüística. A racionalidade, para Habermas e nas palavras de Barbara Freitag: não é uma faculdade abstrata, inerente ao indivíduo isolado, mas um procedimento argumentativo, pelo qual dois ou mais sujeitos se põem em acordo e as verdades antes absolutas e inquestionáveis passam a ser árdua e profundamente discutidas, em que vence não a força impositiva da “verdade”, mas a razão dialógica, convincente, fundamentada e justificada do *discurso* <sup>[5]</sup>.

Não obstante, enquanto linguagem e, principalmente, enquanto discurso, o discurso jurídico pode ser manipulado, tendo em vista a consecução de finalidades específicas. É neste ponto que se insere a discussão acerca da manipulação discursiva.

#### 4. A manipulação discursiva:

Utilizando-se a concepção de Perelman de “auditório relevante”, é possível afirmar-se que, a depender do auditório considerado, o discurso poderá assumir uma determinada forma, visando, com efeito, atingir mais incisivamente e influenciar tal auditório por meio do uso da retórica e da tópica (argumentação persuasiva), por exemplo. Existem vários tipos de auditório; todavia, o que nos interessa no momento é o chamado “auditório universal”. Segundo Boaventura de Sousa Santos:

O **auditório universal** é potencialmente toda a humanidade, é uma construção do orador **sempre que este pretende convencer o auditório de que as razões invocadas são imperativas, auto-evidentes e têm validade absoluta e atemporal**, independentemente das contingências locais ou históricas (SANTOS, 2005, p.100 – grifo nosso).

---

<sup>[5]</sup> A razão comunicativa se constitui socialmente nas interações espontâneas, mas adquire maior rigor através do que Habermas chama de **discurso**. Na ação comunicativa [,] cada interlocutor suscita uma pretensão de validade quando se refere a fatos, normas e vivências, e existe uma expectativa que seu interlocutor possa, se assim o quiser, contestar essa pretensão de validade de uma maneira fundada (*bergründet*), isto é, com argumentos. (FREITAG, 2004, p.59 – grifo nosso).

Tal concepção nos remete às já citadas, inicialmente, abstrações jurídicas, construções objetivistas e generalizantes, que se pretendem universais e absolutas. Dentre elas, destaca-se a figura do “homem médio”, padrão *ideal* de conduta.

As construções idealizantes do Direito dão margem à construção daquilo que Luis Alberto Warat denominou de “sentido comum teórico dos juristas” (conjunto de saberes acumulados, materializado e reproduzido em crenças e convenções a cerca do Direito e da Sociedade – é o “imaginário dos juristas”, segundo Lenio Luiz Streck, citando Warat, o espaço aberto à permeação de ideologias, numa “ciência” que se pretende neutra e imparcial, que permitem, por sua vez, o estabelecimento da finalidade a ser perseguida por intermédio do uso de um dado discurso articulado).

O sentido comum teórico, no âmbito do imaginário dos juristas, permite a estes operadores do Direito um “trabalho fácil”, um mero *habitus* de aplicação, repetição e “rotineirização” do Direito e da *praxis* jurídica, como afirma Lenio, citando Bourdieu:

[...] há, na verdade, um conjunto de crenças e práticas que, mascaradas e ocultadas pela *communis opinio doctorum*, propiciam que os juristas conheçam de modo confortável e acrítico o significado das palavras [lembra-se que Direito é linguagem], das categorias e das próprias atividades jurídicas, **o que faz do exercício do operador jurídico um mero *habitus*, ou seja, um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos**, e converte o seu saber profissional em uma espécie de ‘capital simbólico’, isto é, numa riqueza reprodutiva a partir de uma intrincada combinatória entre conhecimento, reputação, autoridade e graus acadêmicos. (STRECK, 2007, p.68 – grifo nosso).

Enfim, o sentido comum teórico “coisifica” o mundo, traduz uma assunção de convenções como verdades, a serem reproduzidas e não questionadas, a par da realidade, de forma alheia, alienada, *abstrata*. É a expressão de uma faculdade cognoscitiva conformista, um conhecimento axiológico que percebe a sociedade (uma de suas multifacetadas) e a engessa, a abstrai, a traduz para uma outra linguagem que não a dialética social – da razão comunicativa no “mundo vivido” –, mas uma linguagem técnica, objetiva, mediante o uso de formas idealizantes e absolutas, em que se retira toda a carga social e os conflitos não aparecem – configurando um deslocamento discursivo através daquilo que Tercio Sampaio Ferraz Jr. chama de “astúcia da razão dogmática”.

Não se fala em movimentos sociais, fome, miséria, latifúndio; fala-se em autor, réu, partes, “esbulho possessório” e, no máximo, “estado de necessidade” ou “princípio

da insignificância” e “homem médio” (que pretendem demonstrar um “diálogo” com a sociedade, embora demarquem bem até onde vai esse diálogo e até onde esta “sociedade” pode se permitir adentrar na esfera, no “mundo”, jurídico). Eis o perigo do conformismo que, em muitos momentos, inebria os operadores do direito <sup>[6]</sup>.

Isso porque à *praxis* jurídica e aos operadores do Direito, muitas vezes o que interessa, de fato, não é a resolução de um conflito social, mas a realização/concretização de uma “boa hermenêutica” e – como se afirmou, inicialmente – de uma hermenêutica objetiva, clara, precisa e exata, mesmo que, para isso, seja preciso valer-se, de forma quase que *intrinsecamente* dependente, de construções abstratas e figuras-padrões inconcretizáveis/irrealizáveis no mundo concreto e real. Não importa o conteúdo das questões sociais, não importam as capacidades cognitivas, faculdades, contextos econômico, social e cultural específicos do indivíduo-agente em questão; o importante é: “resolver, com competência jurídico-dogmática, de forma “neutra”, as antinomias do sistema”, como afirma Lenio. O que importa é ter-se um padrão que sirva de modelo a todos e demonstre o quanto o sistema é imparcial e não fere o princípio da segurança jurídica <sup>[7]</sup>.

Existe, ainda, no âmbito da manipulação discursiva, o poder da violência simbólica do Direito, sobre a qual afirma Tercio Sampaio:

A uniformização do sentido tem a ver com um *fator normativo de poder, o poder de violência simbólica* [...]. Trata-se do poder capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento da própria força. [...] Não se trata de coação, pois, pelo poder de violência simbólica, o emissor não co-age, isto é, não se substitui ao outro. Quem age é o receptor. Poder aqui é controle. Para que haja controle é preciso que o receptor conserve suas possibilidades de ação, mas aja conforme o sentido, isto é, o esquema de ação do emissor. Por isso, ao controlar, o emissor não elimina as alternativas de ação do receptor, mas as neutraliza. Controlar é neutralizar, fazer com que, embora conservadas como possíveis, certas alternativas não contem, não sejam levadas em consideração (FERRAZ JR., 2003, p.276 – grifo do autor).

---

<sup>[6]</sup> É nesta medida que Lenio Streck afirma: As contradições do Direito e da dogmática jurídica que o instrumentaliza [e aqui acrescento as contradições sociais] não ‘aparecem’ aos olhos do jurista, uma vez que há um processo de justificação/fundamentação da ‘coerência’ do seu próprio discurso [há uma manipulação deste discurso sempre em face de um auditório universal – com justificativas que apresentam, de fato, coerência, mas estão imersas num mundo abstrato que não corresponde ao real] (STRECK, 2007, p.71).

<sup>[7]</sup> Para o magistrado, não se tratava de um conflito social, mas apenas de um problema decidível no âmbito da juridicidade. (STRECK, 2007, p.75).

Isto é, instituindo como legítima e verdadeira determinada construção do sistema jurídico – a conduta padrão do “homem médio”, por exemplo – fundamenta-se um discurso que permite um controle rígido e sutil, uma suposta previsibilidade de conduta, em que o indivíduo comum fica adstrito àquela interpretação, àquele sentido/significado tido e dado como “certo” e “único”, proveniente de um uso competente da língua. Manipula-se, assim, o discurso, pela competência e autoridade do intérprete autorizado/competente, para a realização de um fim ideologicamente pensado: seja a noção de controle – concretizando uma violência simbólica; seja a manutenção do *status quo* social; seja a vontade de permanência e em se dar continuidade à rotina abstracionista e ilusória do discurso jurídico em geral (ao sentido comum teórico dos juristas).

## **5. Critérios de aferição da culpa imputável – o homem médio e as teorias sobre a individualização da capacidade do agente:**

Nesse contexto, feitas tais explanações acerca da manipulação discursiva, retoma-se, aprofundada e especificamente, a figura do “*homem médio*” no Direito Penal.

### **5.1 Considerações gerais – três pontos relevantes que desconstroem a eficácia da figura do “Homem Médio” como critério objetivo de imputação:**

Além das críticas já atribuídas a esse padrão imaginário de conduta, tem-se três pontos relevantes destacados pela doutrina contemporânea que rechaça ou, ao menos, relativiza tal parâmetro.

O primeiro ponto corresponde à *possibilidade de diminuição da proteção conferida pelo Direito Penal aos bens jurídicos por ele tutelados*, na medida em que se considera como parâmetro de aferição da culpa imputável uma conduta exigida da maioria e não aquela especificamente exigida face à situação concreta. Um exemplo desse risco é a hipótese da conduta realizada por um médico especialista em determinada área da Medicina que, por exemplo, agindo conforme agiria o “médico médio” – e não como o especialista que, de fato, é – lesiona um paciente e não é

responsabilizado por tal resultado, uma vez que, ao atuar de acordo com o padrão médio exigido, estaria observando o dever objetivo de cuidado; isto é, realizaria a conduta que dele *dever-se-ia esperar* (tendo em vista o padrão médio), mas não aquela *esperada* em face do caso concreto.

A referida hipótese nos remete a um outro ponto de discordância na doutrina quanto à figura do “homem médio”. Trata-se da *conduta “plus” e da conduta “minus”*, não abarcadas pelo padrão médio comportamental. A conduta “plus” refere-se ao “indivíduo inteligente” – àquele cujas capacidades técnico-intelectuais estão acima da média, como no caso do médico especialista. Considerando-se como parâmetro o homem médio face ao indivíduo inteligente, ter-se-ia para este um privilégio, um benefício, na medida em que dele se exigiria menos do que pode, de fato, oferecer, estando, portanto, dispensado de delegar ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal o cuidado que merece e que lhe poderia ser dado (diminuindo-se, com efeito, a proteção legal a esse bem jurídico). A conduta “minus”, por sua vez, relaciona-se com o indivíduo cujas capacidades intelectuais estão abaixo da média – àquele que não teve oportunidade de acesso à informação e ao conhecimento, por exemplo, estando em desvantagem com relação ao homem médio e demandando esforço redobrado para atingir a esse padrão, nem sempre obtendo êxito em suas tentativas. Para este indivíduo, em oposição ao que ocorre face ao “indivíduo inteligente”, ter-se-ia um prejuízo, na medida em que se estaria exigindo dele mais do que poderia, de fato, oferecer.

Para aqueles que defendem a utilização do padrão “homem médio”, essa possibilidade – entenda-se necessidade – de tratamento diferenciado quanto à conduta “plus” e a conduta “minus” representaria um atentado ao *princípio da igualdade*. Tal igualdade defendida, não obstante, não passa de mais uma idealização do Direito – uma igualdade *formal*, fruto de uma razão instrumental (cuja origem remonta ao Iluminismo e à Revolução Francesa) – para legitimar desigualdades materiais (e mais uma vez percebe-se a atuante manipulação discursiva). Com efeito, a verdadeira igualdade é a igualdade *material*, fundamentada na máxima aristotélica de que se deve tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida da sua desigualdade. Ou seja, deve-

se tratar cada um de acordo com suas especificidades/singularidades, face à conduta e circunstâncias concretas do indivíduo-agente <sup>[8]</sup>.

## 5.2 A individualização da capacidade do agente:

Um interessante debate que tem sido travado na doutrina penal tem se mostrado relevante enquanto contraponto e possível alternativa à construção abstrata e generalista do homem médio: trata-se das teorias em torno da *individualização da capacidade do agente*. A discussão ocasionada por essa idéia tem sido alvo de polêmica (principalmente na doutrina estrangeira) ao envolver a consideração de *critérios/aspectos subjetivos* na aferição da culpa imputável, além daqueles objetivo-normativos já previstos.

Sobre este ponto, afirma Selma Santana, citando CARRARA:

CARRARA já enfrentava essa questão ao considerar que **surge gravíssima dificuldade, quanto a se determinar se, nos casos concretos, o grau de culpa de um acusado deve medir-se com um critério subjetivo e individual, ou com um critério geral e abstrato**: ‘compreende-se, facilmente, que um mesmo fato possa representar uma desculpável culpa por parte de um roceiro ignorante e inculto e uma imperdoável e fortemente reprovável culpa no homem instruído e civilizado. Deverá o juiz, em cada caso concreto, ponderar essas condições individuais ao determinar o grau da culpabilidade dos acusados? [...] E como negar um influxo das condições subjetivas sobre a imputabilidade do agente? (SANTANA, 2005, p.149 – grifo nosso).

Três correntes têm se destacado quanto à questão da presença, ou não, de critérios subjetivos na aferição da culpa típica.

## 5.3 Correntes Doutrinárias:

### 5.3.1 A teoria da dupla posição:

---

<sup>[8]</sup> É nesse sentido que converge o pensamento do autor Juarez Tavares: Segundo TAVARES, [...] na aferição da tipicidade da conduta não se deve, em hipótese alguma, ter por base a figura do homem prudente, consciencioso e diligente, com cuja conduta imaginária deveria-se (sic) comparar à conduta realizada pelo agente. A figura do homem prudente nada mais é do que uma sofisticação do conceito do *homo medius* da teoria causal, que tantos problemas já apresentou, e que não possui qualquer fundamento científico. (SANTANA, 2005, p.148).

A teoria da dupla posição subdivide os aspectos a serem considerados para aferição da culpa imputável, enquanto entidade tão complexa quanto o dolo, posicionando-os no “degrau” – primeiro – da *tipicidade* e no “degrau” – terceiro – da *culpabilidade* (conceito analítico-finalista de delito).

O prof. Jorge de Figueiredo Dias, segundo Selma Santana, ao defender tal pensamento:

Figueiredo Dias, considerando ser essa a forma teleologicamente mais correta e funcionalmente mais adequada, **sustenta que a culpa – da mesma forma que o dolo – constitui entidade complexa**, englobadora de um conjunto de elementos, dos quais **uns revelam[-se] ‘ao nível do tipo ilícito subjetivo’, e outros, ‘ao nível do tipo de culpabilidade**. (SANTANA, 2005, p.151 – grifo nosso).

Para a aferição da culpa típica, avaliar-se-iam apenas os *aspectos objetivos*, considerando-se a *violação não dolosa do dever objetivo de cuidado* como elemento do ilícito subjetivo culposo. Relegar-se-ia, portanto, a totalidade dos *aspectos subjetivos*, a atitude interior do indivíduo, a perspectiva pessoal de análise (ou seja, aqueles aspectos referentes à capacidade individualizada do agente) para a apreciação da culpabilidade.

O argumento que justifica o exame dos aspectos subjetivos no âmbito da culpabilidade e não da tipicidade é o fato de que, do contrário, promover-se-ia a constante infração ao dever objetivo de cuidado, ao se permitir que aquele que não tem capacidade para tanto realizasse a conduta para ele “perigosa”, sem que esta fosse considerada ilícita. É preciso, para os que defendem esta primeira corrente, que esse indivíduo considerado incapaz, ainda assim, saiba o mínimo que dele (ou de qualquer outra pessoa, já que a norma se dirige à coletividade) se exige ou espera (previsão objetiva da modalidade culposa).

### 5.3.2 A teoria da individualização da capacidade do agente:

Para essa corrente doutrinária (minoritária, porém em expansão), tanto os elementos objetivos, quantos os subjetivos devem ser analisados no âmbito da tipicidade; no âmbito da constituição do *fato típico culposo*. Ou seja, daquele indivíduo, cujas capacidades técnico-intelectuais estão acima da média, se exige mais para que se considere realizado/atendido o dever objetivo de cuidado; enquanto que, daquele

indivíduo cujas capacidades individuais estão abaixo da média, se exige menos, isto é, descaracteriza-se a sua conduta (teoricamente ilícita e culposa) como ilícita, como fato típico penal.

Não obstante, tendo este “agente incapaz” como prever a sua incapacidade (isto é, sabendo ele que não tem condições de realizar a conduta, ainda assim, acredita que poderá realizá-la), por assunção, será ele, de fato, responsabilizado. A ele será imputada a conduta culposa.

### **5.3.3 Semelhanças, divergências e críticas às duas teorias/correntes apresentadas:**

#### **a. Semelhanças:**

Ambas as teorias até então apresentadas convergem no sentido de considerarem a “culpa” imputável como instituto complexo, não contemplado apenas pelos aspectos objetivo-normativos previamente estabelecidos <sup>[9]</sup>.

Além disso, ambas acreditam que não seria, portanto, válido ou eficaz trabalhar-se com um modelo-padrão, abstrato e objetivo, de conduta (a exemplo da figura do “homem médio”), ao levarem em conta a relevância da análise das peculiaridades do caso concreto (aspectos subjetivos), avaliando-as seja na tipicidade (2ª corrente), seja na culpabilidade (1ª corrente).

#### **b. Divergências:**

O ponto sensível que difere, de fato, essas duas teorias diz respeito à conduta do “homem inteligente”, aquele cujas capacidades técnico-intelectuais, como supracitado, estão acima da média.

---

<sup>[9]</sup> Nesse contexto, vale ressaltar o pensamento esclarecedor de Eduardo H. da S. Correia, citado por Selma Santana: [...] É que a omissão do dever objectivo de cuidado, adequado a evitar a realização do tipo legal de crime, não justifica só por si, efectivamente, a *censura* a título de negligência [entenda-se culpa]. É ainda necessário que o agente *possa* ou *seja capaz*, segundo as circunstâncias do caso e as suas capacidades pessoais, de prever ou de prever correctamente a realização do tipo legal do crime. (SANTANA, 2005, p.151 – grifo da autora).

Com relação ao indivíduo cujas capacidades pessoais estão aquém da média, ambas as correntes estão de acordo quanto ao fato de que este não irá responder pelo ilícito culposo, ao se avaliar a sua situação particular (aspectos subjetivos) quer na tipicidade (2ª corrente), quer na culpabilidade (1ª corrente) – como já exposto.

Todavia, com relação ao “indivíduo inteligente”, segundo a *teoria da dupla posição*, ao se considerar as habilidades especiais do indivíduo-agente apenas no “degrau” da culpabilidade, ter-se-ia excluído, no seu caso específico, a tipicidade do fato, uma vez que o dever objetivo de cuidado previsto teria sido atingido numa avaliação estritamente objetiva (concretizou-se a *violação não dolosa do dever objetivo de cuidado*). Por outro lado, de acordo com a 2ª corrente, tal indivíduo seria, sim, responsabilizado, na medida em que suas habilidades (aspectos subjetivos) seriam avaliadas no âmbito da própria tipicidade, o que não o deixaria impune.

### c. Críticas:

A principal crítica que se faz à primeira corrente (*teoria da dupla posição*) é, de fato, a possibilidade de não se punir aquele indivíduo que poderia ter agido de forma a evitar o resultado, em virtude de suas habilidades pessoais (capacidade individualizada), e não o fez, atendendo, no entanto, ao modelo médio de comportamento.

Já quanto a segunda corrente (*teoria da individualização da capacidade do agente*), há dois argumentos contrários a serem considerados. O primeiro deles é o perigo de se realizar uma individualização excessiva. Sobre tal, afirma a profª. Selma Santana:

Na esteira de Figueiredo Dias, não é exato admitir que a norma de ilicitude não se dirija, também, àqueles que não estão em condições pessoais de a cumprir; que ela possa, em suma, **ser uma norma puramente individualizada**, de tal modo que o Direito nunca poderia exigir, senão aquilo que cada um, segundo as suas capacidades pessoais, está em condições de prestar. (SANTANA, 2005, p.157 – grifo nosso).

O segundo argumento refere-se a um possível “esvaziamento do relevo da culpa na esfera da culpabilidade”, ainda nas palavras da referida professora, sendo que, nesta esfera, passar-se-ia a uma análise formal: “puro juízo de censura” – atitude própria da

doutrina mais ortodoxa do *finalismo* (enquanto corrente teórica penal), em detrimento da análise material dos aspectos da culpa (aspectos subjetivos).

### 5.3.4 A teoria mista – uma possível solução para esse impasse:

Diante dos avanços e falhas das duas primeiras correntes, surge uma terceira via: a *teoria mista*, que tem no doutrinador alemão Claus Roxin o seu mais destacado representante. Para essa teoria, dever-se-ia avaliar os aspectos subjetivos do agente no âmbito da tipicidade tão somente quando se tratasse do “indivíduo inteligente”, para que este não permanecesse impune injustamente. Quanto ao “indivíduo incapaz”, manter-se-ia o padrão objetivo, para evitar a individualização excessiva da norma (que não pode, também, perder um mínimo de abstração, ao se referir a toda uma coletividade e não a indivíduos isolados, podendo perder, inclusive, o seu caráter prescriptivo e anterior); e, ao se avaliar, neste caso, os aspectos subjetivos do agente na esfera da culpabilidade, esta não remanesceria de todo “esvaziada”, além de que o indivíduo cujas capacidades estão aquém do esperado permaneceria, de qualquer modo, livre da imputação, ao lhe ser desconfigurado o caráter ilícito de sua ação face à exclusão da culpabilidade <sup>[10]</sup>.

## 6. Conclusão:

Enfim, diante do exposto, compreendendo-se o Direito como linguagem, inserido num contexto de virada lingüística, de razão comunicativa, e percebendo-se a figura do “homem médio” como um padrão ideal (idealizante), figura imaginária e abstrata, criada com a finalidade de atender à demanda por objetividade e de concretização/realização de uma “boa hermenêutica” (também objetiva, clara e precisa) – que, no entanto, acaba por servir de instrumento (razão instrumental) à efetivação de uma manipulação/deslocamento discursivo(a), como *astúcia da razão dogmática* e *poder simbólico* – desprovida de toda carga social –, eis comprovada a ineficácia da aplicação deste parâmetro jurídico-penal – conjuntamente às críticas doutrinárias à

---

[10] Finalmente, conclui, com razão, o autor [Claus Roxin] que, em matéria de tipo ilícito culposo, vale um critério *generalizador*, referentemente aos indivíduos possuidores de capacidades iguais ou inferiores à média, e um critério *individualizador*, relativamente aqueles outros indivíduos dotados de especiais capacidades, superiores à média. (SANTANA, 2005, p.156 – grifo da autora).

aplicação prática e técnica deste padrão, supracitadas e de evidente relevância e pertinência.

Com efeito, o melhor e mais adequado parâmetro para a aferição da culpa imputável – ou diante de qualquer outra necessidade de parametricidade objetiva no Direito – é o caso/situação/circunstâncias concreto(a)s, é o contexto sócio-político-econômico-cultural concreto do indivíduo-agente (vide *teoria mista* quanto à individualização da capacidade do agente, em que as peculiaridades individuais são respeitadas e consideradas para efeitos de aferição da culpa imputável, sem, contudo recair-se numa individualização excessiva).

Afinal, como já dizia, em sua vasta sensibilidade e sabedoria poética, Fernando Pessoa: “o homem não é da medida da sua altura [medida/parâmetro objetivo], mas da medida daquilo que pode ver”; e aquilo que se pode ver, a ótica de análise, observação e interpretação de um indivíduo, só pode ser aferida e considerada quando em face do contexto em que ele se insere – respeitando-se as suas particularidades.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, vol. 1. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAG, Barbara. *A teoria crítica: ontem e hoje*. 1ª reimpr. da 5ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.

MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1997.

SANTANA, Selma Pereira de. *A Culpa Temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos*. São Paulo: RT, 1985.

\_\_\_\_\_. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: Epistemologia Jurídica da Modernidade*, vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.