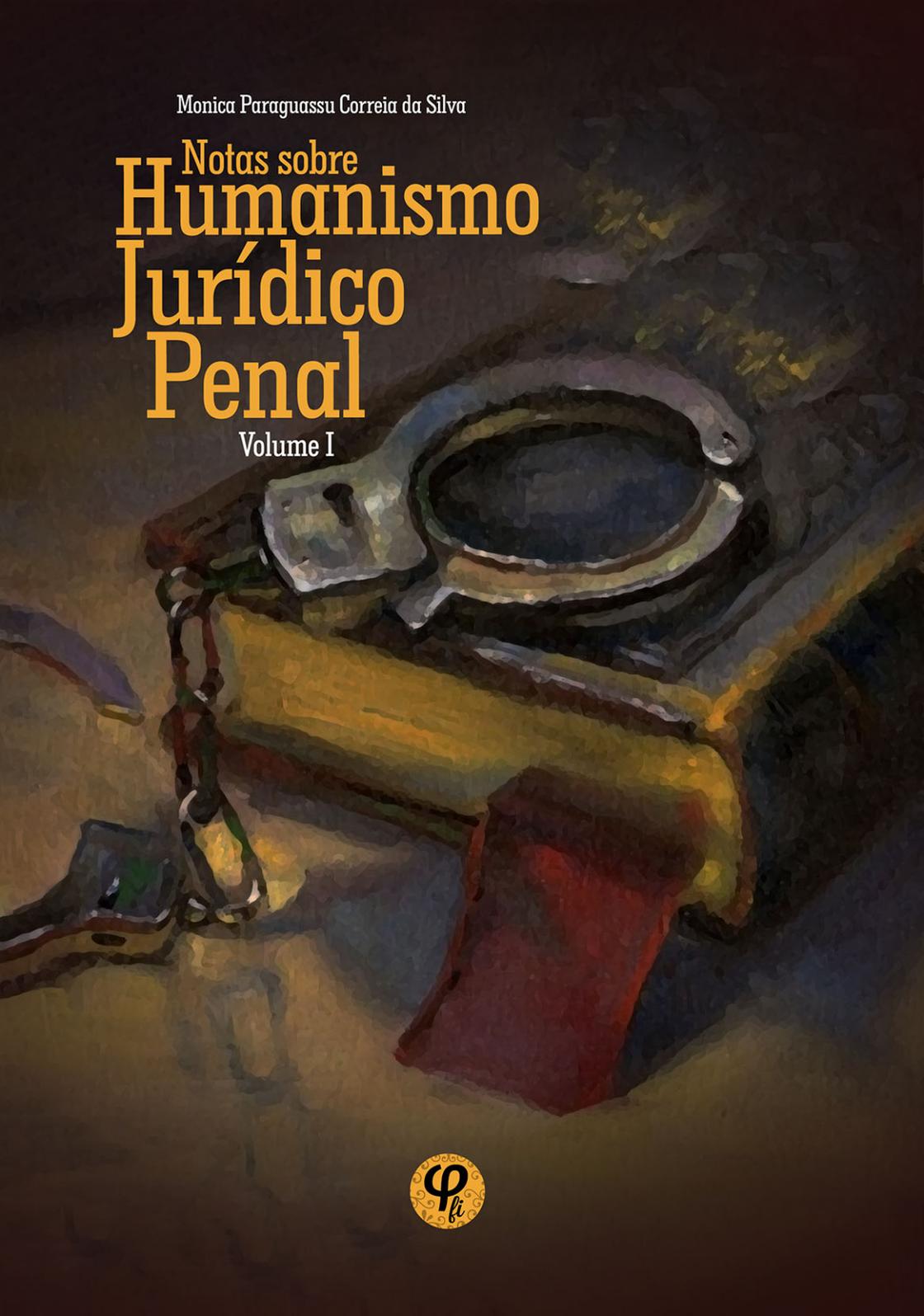


Monica Paraguassu Correia da Silva

Notas sobre
**Humanismo
Jurídico
Penal**

Volume I



O presente livro tem por objeto, conforme o próprio título, apresentar algumas notas sobre referências que precisam ser consideradas no estudo do humanismo jurídico vinculado ao âmbito penal. Para isso, procura chamar a atenção do aspecto da liberdade, segundo a perspectiva do liberalismo, que está no cerne das disciplinas da teoria do direito penal e da política criminal, haja vista que a normatividade penal se dirige ao estabelecimento de limites da conduta humana, condicionada pelo livre arbítrio. Considerando que o humanismo jurídico é fruto do liberalismo, a análise das referências de sua emergência se faz a partir do Estado Democrático e de Direito. Conforme dito, o conteúdo do trabalho aqui desenvolvido é exposto na forma de notas apenas, procurando salientar alguns dos aspectos que são, então, considerados como importantes para a compreensão das referidas disciplinas, sempre em consonância e vinculação com o próprio humanismo jurídico.



Notas sobre
Humanismo Jurídico Penal

Notas sobre
Humanismo Jurídico Penal

Volume I

Monica Paraguassu Correia da Silva



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SILVA, Monica Paraguassu Correia da.

Notas sobre Humanismo Jurídico Penal: volume I [recurso eletrônico] / Monica Paraguassu Correia da Silva -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

87 p.

ISBN - 978-85-5696-551-6

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito; 2. Humanismo; 3. Direito Penal; 4. Liberalismo; 5. História; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

*A todos os meus ancestrais,
ao meu pai Geraldo e à minha mãe Lurdinha (in memoriam de amor e saudade),
aos meus filhos Júlio César e José Matheus
e aos meus irmãos.*

Sumário

Apresentação.....	11
--------------------------	-----------

1	13
----------------	-----------

Notas sobre liberalismo e humanismo jurídico no âmbito penal

1. 1 - Liberalismo, humanismo jurídico e conduta penal	13
1.1 - 1 - Liberdade, democracia e humanismo jurídico	13
1.1 - 2 - Livre arbítrio nas perspectivas dos liberalismos e dos socialismos	17
1.1 - 3 - Juízos morais, religião, razão ou experiência: a necessidade na liberdade	20
1.1 - 4 - A resistência do indivíduo ao cumprimento da lei e a resposta penal.....	24
1.1 - 5 - Gerações, ciclos ou dimensões do humanismo jurídico.....	28
Referências bibliográficas indicadas para leitura:.....	30
1.2 - Considerações sobre modelos de política criminal e conduta penal	32
1.2 - 1 - Princípios da legalidade e da irretroatibilidade da lei penal ou retroatividade da lei mais benéfica	32
1.2 - 2 - Modelos de Política Penal: escolhas de infração e sanção	36
Referências bibliográficas indicadas para leitura:.....	38

2.....	41
---------------	-----------

Notas sobre referências históricas e da técnica penal relativas ao humanismo jurídico

2.1 - Considerações sobre referências históricas relativas ao campo penal:	41
2.1 - 1 - Referências do direito penal na Grécia Antiga.....	41
2.1 - 2 - Referências do humanismo teológico medieval da Igreja Católica na perspectiva penal	45
2.1 - 3 - A Política Criminal das Perseguições Religiosas na Idade Média e na Renascença.....	51
2.1 - 4 - Humanismo na Renascença.....	58
Referências bibliográficas para leitura:.....	62
2.2 - Notas sobre problemas do direito penal, condutas e excludentes.....	64
2.2 - 1 - Direito penal ocidental contemporâneo: significação, finalidade e funções	64
2.2 - 2 - Conduta criminosa	68
2.2 - 3 - A conduta no âmbito penal e algumas teorias.....	70
2.2 - 4 - Exemplos de relações entre as excludentes de ilicitude e de culpabilidade..	73
Referências bibliográficas para leitura:.....	78

Referências bibliográficas gerais.....	81
---	-----------

Apresentação

O presente trabalho *Notas sobre humanismo jurídico penal: volume I* tem por objeto, conforme o próprio título, apresentar algumas notas sobre referências que precisam ser consideradas no estudo do humanismo jurídico vinculado ao âmbito penal. Para isso, procura chamar a atenção do aspecto da liberdade, segundo a perspectiva do liberalismo, que está no cerne das disciplinas da teoria do direito penal e da política criminal, haja vista que a normatividade penal se dirige ao estabelecimento de limites da conduta humana, condicionada pelo livre arbítrio.

Considerando que o humanismo jurídico é fruto do liberalismo, a análise das referências de sua emergência se faz a partir do Estado Democrático e de Direito. Conforme dito, o conteúdo do trabalho aqui desenvolvido é exposto na forma de notas apenas, procurando salientar alguns dos aspectos que são, então, considerados como importantes para a compreensão das referidas disciplinas, sempre em consonância e vinculação com o próprio humanismo jurídico.

O trabalho é exposto em duas partes, a saber: parte 1 - Notas sobre liberalismo e humanismo jurídico no âmbito penal e parte 2 - Notas sobre referências históricas e da técnica penal relativas ao humanismo jurídico. A parte 1 foi estruturada em duas sub partes da seguinte forma, com respectivos itens: 1. 1 - Liberalismo, humanismo jurídico e conduta penal:1.1 - 1 - Liberdade, democracia e humanismo jurídico;1.1 - 2 - Livre arbítrio nas perspectivas dos liberalismos e dos socialismos;1.1 - 3 - Juízos morais, religião, razão ou experiência: a necessidade na liberdade;1.1 - 4 - A resistência do indivíduo ao cumprimento da lei e a resposta penal;1.1 - 5 - Gerações, ciclos ou dimensões do humanismo; Referências

bibliográficas indicadas para leitura e 1.2 - Considerações sobre modelos de política criminal e conduta penal: 1.2 - 1 - Princípios da legalidade e da irretroatibilidade da lei penal ou retroatividade da lei mais benéfica; 1.2 - 2 - Modelos de Política Penal: escolhas de infração e sanção e Referências bibliográficas indicadas para leitura. Por sua vez, a parte 2 também foi estruturada em duas subpartes da seguinte forma: 2.1 - Considerações sobre referências históricas relativas ao campo penal: 2.1 - 1 - Referências do direito penal na Grécia Antiga; 2.1 - 2 - Referências do humanismo teológico medieval da Igreja Católica na perspectiva penal ; 2.1 - 3 - A Política Criminal das Perseguições Religiosas na Idade Média e na Renascença; 2.1 - 4 - Humanismo na Renascença; Referências bibliográficas para leitura e 2. 2 - Notas sobre problemas do direito penal, condutas e excludentes: 2.2 - 1 - Direito penal ocidental contemporâneo: significação, finalidade e funções; 2.2 - 2 - Conduta criminosa; 2.2 - 3 - A conduta no âmbito penal e algumas teorias; 2.2 - 4 - Exemplos de relações entre as excludentes de ilicitude e de culpabilidade.

Por fim, referências bibliográficas para leitura.

Notas sobre liberalismo e humanismo jurídico no âmbito penal

1. 1 - Liberalismo, humanismo jurídico e conduta penal

1.1 - 1 - Liberdade, democracia e humanismo jurídico

Os direitos humanos são instrumentos da democracia e portanto, frutos do liberalismo, que se caracteriza com vieses jurídico, político e econômico, ideologia que preconiza a liberdade do indivíduo, o livre arbítrio. O liberalismo é construído no ocidente e se fortalece no Estado Moderno.

O Renascimento representa o período em que se desponta o humanismo com viés jurídico, com o homem valorizado no centro da reflexão, tal como entendido por Giovanni Pico, conde de Mirandola, em seu livro *A dignidade do homem* (Mirandola, 1486). Esse filósofo tratou o homem como ser livre, com plenitude de direitos, a partir de referências da teologia cristã e da filosofia grega, considerando que o homem, em sendo um ser inacabado tem plena liberdade para se construir. É importante destacar esse pensador, não só em atenção ao aspecto cronológico, como também considerando a sua perspectiva antropocêntrica que guarda tanto a filosofia grega quanto a cristã.

Além da ideia da liberdade do homem para fazer suas escolhas, também faz parte da mesma experiência reflexiva a possibilidade do homem invocar em juízo a efetivação dos seus direitos, e portanto, de suas liberdades, inclusive contra o próprio

Estado. Estes elementos estão no cerne do Estado Moderno, logo o Estado Democrático e de Direito (David, 2002).

É, portanto, o Estado Democrático e de Direito o Estado que tem como valores os direitos humanos. O humanismo jurídico, portanto, só pode ser efetivado na democracia. A questão crítica subliminar, na atualidade, é que existem problemas, tais como: um, decorrente da utilização da democracia e outro, dos direitos humanos que são utilizados como ideologia para a expansão da mundialização, mas que, dadas as contradições, se identifica aqui como globalismo. Atualmente, contraditoriamente a democracia é por alguns considerada como existente em meio a estruturas ideológicas, que para se manterem no poder, criam diversas situações de eleições e plebiscitos, como simulacro da verdadeira expressão de democracia, assim como os direitos humanos são em muitas situações utilizados como ideologia de expansão do globalismo. Esse quadro de contradições coloca a democracia em xeque, haja vista representar genuinamente às liberdades de expressão, opinião e pensamento do indivíduo, cuja vontade, o livre arbítrio, ocupa lugar de destaque.

O direito penal no Estado Democrático e de Direito é uma política pública para proteção de direitos e liberdades, e por conseguinte, para garantia da vigência do império da lei. Antes da institucionalização dos DHs impondo limites ao poder, o direito penal foi utilizado, ainda que de forma contraditória, incompleta, violenta ou desequilibrada, como instrumento de organização das sociedades. Os poderes que organizaram as sociedades, antes mesmo da criação da instituição que conhecemos como Estado Moderno, chamaram para si a solução de conflitos, com respostas que atingiam os corpos ou os bens dos indivíduos. O direito penal aparece no jogo de forças, isto é, entre a força do autor do delito e a parte que se identificava como lesada. Portanto, o direito penal aparece estabelecendo uma descontinuidade entre a força do delito e a força da vingança, como um esforço para minimizar a vingança, conter a violência ou prevenir sua continuidade. O chamado

garantismo (Ferrajoli, 2005, pp333-336) hoje pretende tutelar valores ou direitos fundamentais de modo a fazer face a arbitrariedades ou castigos, estabelecendo um equilíbrio entre forças dos vários setores a que o indivíduo pertence na sociedade. Entretanto, criticamente, pode ser dito que no fundo não houve a negação da vingança, mas a institucionalização da reciprocidade, transformando a vingança concreta em vingança abstrata, simbolizadas na passagem de uma pretensa justiça concreta a uma justiça abstrata. Um modo de expressão da vingança abstrata, como tentativa de por fim à violência, sem contudo, estar a mesma dirigida ao responsável direto pelo problema já havia nas sociedades primitivas, como tal identificada por Girard (Girard,1990).

O liberalismo jurídico se caracteriza pelo individualismo e pela judicialização (David,2002). O individualismo representa a condição do homem no centro da proteção em relação ao Estado e desse modo, portanto, lhe são reconhecidos direitos, liberdades, salvaguardas garantidos pelo Estado, assim como tem o homem deveres em contrapartida, ainda que estes sejam pouco lembrados, atualmente, num mundo em que as pessoas estão sufocadas nos seus desejos narcísicos, ainda que desejo não seja ordem, como explicava o médico psiquiatra Gikovate (Gikovate, 2010,p 27). A judicialização, por sua vez, representa a possibilidade do indivíduo invocar diante do Estado tais direitos contra o próprio Estado. A proteção pode ser de forma negativa e de forma positiva (Bobbio, 1992). Negativa, no sentido de impedir que o Estado atue restringindo a liberdade do indivíduo, assegurada por lei, e positiva, na medida em que o Estado realize as políticas públicas necessárias à efetivação de direitos e liberdades individuais. O direito penal é mais uma política pública dentre tantas.

Na emergência da proteção relativa à relação entre homem-natureza é possível considerar uma síntese de vertentes, da seguinte forma. O cartesianismo significou a representação do homem no centro da proteção e o meio/natureza na periferia, portanto uma perspectiva antropocêntrica do humanismo jurídico. O homem é o

sujeito da produção do conhecimento. O liberalismo concebe o homem no centro da proteção sendo a conduta humana um ato de vontade, movido pela razão, portanto a natureza humana é livre. Melhor seria identificá-lo no plural como liberalismos, considerando que também existe um viés de posicionamento da natureza dentro de um quadro de proteção jurídica, ainda que dentro de uma perspectiva antropocêntrica, porém também o homem como expoente da natureza. No naturalismo, a natureza passa por diversas etapas no processo de identificação da relação homem-natureza, e culmina no ecocentrismo da corrente da ecologia profunda. A natureza, a partir de orientações específicas como a ecologia profunda, passa a ser considerada como um ente de sensibilidade, e como tal com interesses que devem ser protegidos, uma vez que à natureza é reconhecida a capacidade de sofrimento e prazer. As três referências (Ferry, 1994) resumem a relação homem-natureza que vem sendo construída, dentro de um espectro de correntes que atuam pela ênfase no antropocentrismo, com alguns matizes mais específicos voltados ao ecocentrismo. Cabe ressaltar que, no antropocentrismo o homem também é natureza e nela experimenta a sua existência.

Assim sendo, o cartesianismo expõe o humanismo, estando o homem no centro da produção de conhecimento por conta da razão e o meio na periferia do homem: animais, natureza. O humanismo - iluminista ressalta a conduta humana como ato de vontade, liberdade, e no campo jurídico, o homem é a fonte da legalidade. O naturalismo, que começa a aparecer a partir do século XIX, tem os seguintes aspectos que expõem a relevância da natureza: determinismo; passa a ser reivindicada como sujeito de proteção como ente de interesses que tem capacidade de sofrimento e prazer; o meio ambiente passa a ser considerado como relevante na formação da subjetividade humana; fim da escravidão; a natureza, a realidade, o meio são considerados dentro da perspectiva do determinismo, segundo o estudo das ciências que tem por objeto a natureza, o meio, como a história, a antropologia, a botânica, o

clima, a sociologia. Sob o viés do pensamento naturalista, o homem está condicionado ao cumprimento do determinismo, sem livre escolha, segundo ideias como raça, tradição, cultura, antropologia, sociologia.

1.1 - 2 - Livre arbítrio nas perspectivas dos liberalismos e dos socialismos

Os direitos humanos são expressão da democracia, portanto só num ambiente de liberdade podem ser identificados e realizados, haja vista que são concebidos pelo livre arbítrio do homem. A liberdade é o valor que fundamenta e se constitui como o núcleo duro dos liberalismos, enquanto que a igualdade está em perspectiva nos socialismos. Evidentemente que aqui se fala da liberdade em tese, ainda que os liberalismos possam ter vários níveis de efetivação, considerando sua expressão multidimensionada, pois, de qualquer modo, é factível apesar das dificuldades, ao passo que os socialismos em todas as suas formas, não tendo como foco a liberdade, tem tido experiências que demonstraram a deriva para governos totalitários. Enquanto que o liberalismo econômico, expressado como vertente econômica pelo capitalismo, considera o homem em todas as suas dimensões, ainda que problemas não tenham sido superados, toma o homem real com seu livre arbítrio. Os socialismos excluem o homem e focam em ideias dentro de uma perspectiva que pode ser entendida como delirante ao serem analisadas as experiências vivenciadas, na medida em que reduzem o homem a sua dimensão da materialidade. A realidade dentro da visão dos socialismos é idealizada, pertencendo ao campo da imaginação, dissociada do que é inerente ao homem, portanto do seu livre arbítrio. A fundamentação dos socialismos está na teoria crítica da escola de Frankfurt que precisa de autocrítica. A despeito dos diversos exemplos de fracasso nas suas diversas formas de aplicação, a perspectiva socialista é mantida aprisionada no passado anacrônico, enquanto que o homem real vibra por suas necessidades

cada vez mais complexas, em busca de tecnologia e ciência, que são financiadas pelo empreendimento liberal.

O liberalismo, dividido em jurídico, político e econômico, é o campo de fundamentação e de realização dos direitos humanos, na medida do Estado Democrático e de Direito. O liberalismo jurídico que fundamenta o humanismo jurídico se constitui em dois vieses. Um desses vieses é o de ser centrado no individualismo que coloca o indivíduo no núcleo da proteção do direito como sujeito de direitos, liberdades, garantias e não nos esqueçamos, também dos deveres, pois a partir da perspectiva dos próprios ideólogos do iluminismo, como Rousseau, que pariram tais ideias que vão dar as bases do Estado Moderno, compreende-se que é na relação com o outro que o indivíduo se torna sujeito de direitos, logo assumindo deveres. Os deveres, estão, entretanto, omitidos ou esquecidos na pós-modernidade, pois se vive a angústia de se acreditar que a felicidade de todos os seres possa ser alcançada e de forma igualitária, felicidade esta calcada na perspectiva de liberdade plena, logo, dos direitos. O que só pode ser um truísmo enlouquecedor, promotor de angústia, o acreditar que todos possam ter igualmente suas liberdades diversas exercidas dentro de uma perspectiva de igualdade, ainda que desejáveis como expressão de equidade. Isto considerando que o exercício de um direito esbarra em outro de outrem.

Tentando identificar os pilares que fundam o liberalismo e o socialismo, pode ser apresentada uma estrutura de ideias que ajudam a um mínimo de compreensão. Várias vertentes de cada um desses movimentos políticos ou ideológicos são encontradas e por isso, são aqui apresentadas as respectivas estruturas no plural. Nesse sentido, o que é dito na sequência deve ser compreendido dentro de um quadro de variantes de maior a menor intensidade, como se tivesse sendo acionado um botão de volume. Assim sendo, no caso dos liberalismos, o maior nível é representado pela proteção da liberdade do indivíduo e o menor nível, o campo do Estado, enquanto que no caso dos socialismos o quadro deve ser o oposto

daquele, ou seja, o maior nível é representado pelo campo do Estado de modo a dar relevância à coletivização dos desejos e no nível menor estaria o indivíduo.

Os liberalismos tem como valor principal a liberdade do indivíduo e em o considerando o senhor de sua vontade, de seus desejos, identifica-o como sujeito em exercício de seu livre arbítrio. Em decorrência disso, estão consideradas as diferenças dos indivíduos, posto que o livre arbítrio move o indivíduo em direção de suas escolhas. Essas escolhas potencialmente são geridas na esfera privada, espaço em que o homem promove os seus desejos, empreende as condições para resolver seus problemas. O indivíduo tende a construir o controle social e resolver conflitos no campo da liberdade de expressão, da individualização e do controle societal. Infração e desvios são separados, havendo resposta estatal apenas para alguns comportamentos tidos como infração. Os indivíduos nos liberalismos são iguais no exercício do direito à liberdade, portanto, igualmente livres. Em termos psicológicos, o indivíduo está no seu estado adulto (Hellinger,2012), pois é o responsável pela gestão de sua vida e da sociedade, portanto, exerce sua cidadania. Os liberalismos, em priorizando a liberdade do indivíduo, não se ocupam de estabelecer o controle estatal de costumes. O homossexualismo, por exemplo, um comportamento presente na história das humanidades, como tal passa a ser observado pela crítica societal no século XIX, podendo, então, se dizer que não existia antes disso (Foucault,2017). Assim, os liberalismos não tem, em essência, razão para normatizar tal comportamento, exatamente por compreender que comportamentos específicos da intimidade pertencem à esfera da vida privada. Outro exemplo, em outra área, o do cumprimento de um curso na academia, por exemplo, se impõe por meio de regras definidas numa programação prévia, de maneira que haja um tratamento igualitário, porém o resultado individual de sucesso ou fracasso nas avaliações depende da atuação de cada indivíduo segundo o seu livre arbítrio.

Por seu turno, os socialismos tem como valor principal a igualdade, sendo o homem submetido à coletivização da vontade, dos desejos, do pensamento, não estando, por isso, no exercício de seu livre arbítrio. Sem liberdade de expressão e dessa forma, sem a possibilidade de escolhas sem que haja a tutela estatal, não há livre arbítrio, logo não há a consideração das diferenças. Não há o indivíduo, não há escolhas a serem feitas como direitos individuais e morais, não há o nível da consciência moral. Isto porque as pessoas são agregadas em função de coletivo, massa, grupos, comunidades, logo há a desindividualização do sujeito. O controle social é construído pelo Estado, por meio da socialização dos bens e meios de produção, sendo os conflitos e expressões do homem tratados no campo da esfera pública. A liberdade de expressão é tutelada pelo Estado através de diversos setores de controle institucional. Em termos psicológicos, o indivíduo é mantido no estado criança sem poder assumir a responsabilidade sobre a gestão da sua vida, ficando na dependência do partido ou grupo, que toma o poder do Estado.

1.1 - 3 - Juízos morais, religião, razão ou experiência: a necessidade na liberdade

O direito penal compreende um conjunto de normas que devem pautar o comportamento humano, segundo juízos morais e éticos, que definem não só o comportamento individual, mas a relação entre os homens. As normas não só são definidas pela ética, mas também a partir da razão tomada pelo poder. Há julgamentos morais (Tugendhat, 2012) nesse processo de avaliação e escolha de normas a serem seguidas, que expressam culpa, vergonha, indignação, desprezo, raiva, rancor.

Conceitos como democracia, direitos humanos e justiça revelam ambiguidade ou incompletude, pois são tomados por juízos morais que os desdobram em várias vertentes, considerando que democracia pode ser refletida em termos formais ou materiais. Assim como os direitos humanos possuem dimensões civis, políticas, sociais,

culturais e econômicas, bem como a justiça pode ser entendida por diversas perspectivas, tais como distributiva, social, comutativa ou corretiva, como já apontava Aristóteles, em sua *Ética de Nicômaco*. A partir disso, pode ser compreendido que tais conceitos são construídos não só por meio da filosofia, mas também pela política.

A sociedade pós-moderna precisa enfrentar uma série de questões complexas, colocadas por posições e por grupos diversos, equivalentes, distintos, opostos ou contraditórios, que reivindicam direitos relacionados a saber com: eutanásia, aborto, imigração, animais, crianças, sexualidade, asilo, estrangeiros, ecologia, gerações, indígenas, necessidades especiais, personalidade, imagem, informação, comunicação, tecnologia...

O que fundamenta a norma jurídica: religião, razão/a priori ou experiência? (Tugendhat, 2012) A Revolução Francesa (Hunt, 2009) se autoproclamou portadora de ideais que, sob seu ângulo, seriam novos e que representariam uma ruptura com o passado, vivenciado pelo Cristianismo, mormente o católico. Este é pela RF identificado como expressão do obscurantismo. A Revolução Francesa pretendeu ser portadora de ideais laicos. Há uma insistência em se considerar tal revolução como marco da construção dos direitos humanos, a despeito de ter sido a expressão de delírio democida, em que alucinados pelo poder mataram sua própria população, e principalmente, sua tradição e sua história pela morte de seu rei. Todo esse quadro de terror que marcou tal revolução foi criticado pelos ingleses, como Edmund Burke (Burke, 1790:2014). Na verdade, as bases modernas do Estado Democrático e de Direito estão nas referências inglesas das *rules of law*. Breve, ambos contextos consolidam a preeminência do direito pela conjugação entre as tradições jurídicas romano-germânica e *common law*, bem como pela tradição judaico-cristã.

Em vias disso, cabe distinguir entre laicidade e laicismo, considerando que a primeira não exclui a religião do meio social, na medida em que cada indivíduo pode exercer aquela com a qual se identifica. Há, entretanto, um equívoco quando se pensa que Estado

laico é Estado sem religião, pois este entendimento é o do laicismo de regimes totalitários.

A ideia de laicidade está na construção do humanismo jurídico, quando o Estado é defensor das liberdades negativas, logo quando ele garante que a liberdade religiosa, dentro do contexto de liberdades de opinião e expressão, encontre espaço e condições para o seu exercício. Sendo assim, Estado laico não significa ausência de religiões, ao contrário, o Estado garante o exercício de cada uma delas, segundo a livre expressão do indivíduo. Essa questão continua atual e pode ser dita como uma questão pós-moderna, considerando que laicidade não impõe certezas, verdades, porém apenas permite o desenvolvimento de olhares distintos e a partir disso, se optará por aquela ou aquelas que conseguirem um desempenho melhor.

Pelo momento, o que se pretende refletir é sobre o fundamento da norma jurídica, tendo a religião sido criticada como tal, mormente a partir das pretensões iluministas constantes da dita Revolução Francesa. A religião foi considerada, desde então, como um elemento ultrapassado, envelhecido, obscuro, simplista ou insuficiente. Isto, seja em função das demandas da contemporaneidade (elencadas mais acima), seja porque as religiões, em sendo várias, tem suas posições convergentes, como divergentes entre si, e portanto, demonstram insuficiência para encarar o momento atual.

Como desdobramento foi a religião substituída por outro imaginário social (Ansart, 1997), portanto, pela ideologia. Se a moral não deixou de ser referência para basear as normas, a ideologia se impõe como um risco de deriva ao humanismo jurídico, ao se considerar a perspectiva de Trotsky, ao escrever “Sua moral e a nossa”.

O cientificismo consolidou a razão, a lógica e o empirismo, que passaram a ser as referências à fundamentação das normas, numa pretensão de laicidade. A sociedade moderna preconizou a metodologia científica como a única capaz de fundamentar o conhecimento, considerando que a razão é que pode revelar a verdade. Outros juízos, entretanto, ressaltam que a verdade só pode

ser encontrada empiricamente na experiência da tradição, da realidade social e histórica. O bom, aquilo que é permitido e o mau, o que é proibido, são definidos por correntes universalistas e realistas. As universalistas, definem a norma pela razão, a partir de utopias e as realistas, pela experiência humana, pela realidade histórica. O humanismo jurídico pode ser encarado dentro dessas correntes universalista e realista e aí está o cerne de toda a discussão contemporânea sobre os direitos humanos. Se o homem tem direitos que são universais, valores comuns, se a universalidade significa, na verdade, um sentido de que todos tem direitos, isto estabelece a situação da condição humana. Porém, não é forçoso considera serem os direitos exercidos de forma uniforme, como é a pretensão de regimes totalitários. Por outro lado, a harmonia da experiência dos direitos os situa numa perspectiva relativista, de maneira a que possam ser considerados os movimentos históricos e sociais de cada Estado. Neste sentido, cabe ressaltar a interface do jurídico com o político e o econômico. Esse processo de busca está no pensamento de Delmas-Marty chamado de *pluralisme ordonné*.

A exemplificar o dito, está a dignidade da pessoa humana que é compreendida como um valor universal. Não obstante, há desdobramentos em relação ao conceito de dignidade. Por exemplo, no que concerne à vida, que por si mesma é um valor relativo. A tortura, o homicídio, então, merecem crítica por juízos morais com base na razão, num a priori, ou na experiência. Onde está a fundamentação para a proibição de tais condutas? A liberdade de ação do indivíduo está calcada na necessidade, nos mostra um dos filósofos do momento do iluminismo, David Hume (Hume, século XVIII). O comportamento humano pode ser entendido como sendo padronizado, mediante a observação da realidade. Existe o elemento necessidade que deve ser considerado na ação humana, que tem uma causa que a direciona. A ação humana é motivada, logo a sociedade escolhe as motivações que podem ser admitidas, segundo suas necessidades para sua sobrevivência, e portanto, o entendimento da ação humana não se limite à escolha individual em detrimento das

escolhas determinadas pela ética que permite o convívio em sociedade, capaz de preservar exatamente o livre arbítrio.

Não é só a partir da experimentação que se encontra fundamentação para a proibição da tortura, do homicídio, da lesão corporal, mas também a priori. Entretanto, este, calcado num dever ser, aponta uma metodologia transcendente, o que o mergulha numa concepção metafísica, pseudo-religiosa. Ser laico já é então um juízo moral. Ao se buscar justificar a crítica às normas jurídicas que não levariam em conta o perfil do mais pobre que pratica um crime, como uma atenuante da sua conduta, está sendo afirmada a criminalização da pobreza a que se quer combater, e portanto, a estigmatização de um grupo social. Não se pode universalizar um perfil como responsável por crime. Não se pode justificar a conduta delituosa, e, portanto, exonera-la de sua responsabilidade em nome da materialidade do social.

Ninguém se escusa pelo desconhecimento da lei, mas, ainda assim, complicado é pensar que se possa ter a mesma dimensão de responsabilidade penal. Nesse sentido, na análise do comportamento no âmbito do direito penal, cabem as excludentes e a aferição judicial da pena de forma mais atenta à experiência, o que, em contrapartida permite considerar um nível menor de condescendência para indivíduos com recursos para acesso à compreensão da realidade e da legalidade. Daí ser, então, a sociedade mais atuante de forma a celebrar coerente e permanentemente o quadro de normatividade e normalidade necessários ao convívio social.

1.1 - 4 - A resistência do indivíduo ao cumprimento da lei e a resposta penal

Sendo a lei considerada válida, é possível admitir que o indivíduo possa violá-la, ou deve obedecê-la a despeito de sua consciência? A questão deve ser tomada verificando outras duas questões, portanto, se todos os direitos individuais morais dos cidadãos são reconhecidos e no caso de não serem, se o cidadão tem

o dever de obedecer à lei que infringe seus direitos. Situações de reflexão extraídas do livro *Levando os direitos a sério*, de Dworkin (2002, pp283-314). Essas questões só podem ser enfrentadas a partir de parâmetros liberais, porque tem como cerne o livre arbítrio, já encontrado na relação entre liberdade e necessidade da perspectiva de Hume.

O indivíduo que acredita no sistema cumpre a lei, buscando a judicialização de suas demandas de modo a satisfazer o seu entendimento de que seus direitos não sejam violados. Admitir que a vida em sociedade permite que os direitos sejam absolutamente respeitados, diante do ponto de vista do entendimento dos direitos morais individuais, beira ao delírio. Sendo assim, há limites para expressão de direitos e liberdades exatamente por conta da necessidade de cumprimento de deveres, sob pena de a sociedade ser jogada à desordem e à insegurança. Por outro lado, pode ser também admitido que o indivíduo considere que o não atendimento de seus direitos morais individuais o exponha ao cometimento de crime, como contrapartida do descumprimento por parte da sociedade. Tal perspectiva certamente está no âmbito do seu livre arbítrio, que deve colocar na balança o seu direito de resistir ao cumprimento da lei e as consequências penais advindas, como resposta da sociedade.

Outra situação, que deve ser suscitada, é a de que, ainda que todos os direitos estivessem reconhecidos pela lei, a efetivação desta não depende apenas dela, porém de escolhas de política pública, que estão a cargo da sociedade e das condições econômicas que dispõe. A constituição brasileira foi elaborada para ser um sucesso teórico, mas que não consegue atender à realidade da sociedade, havendo defasagem entre o que é escrito e o que pode ser efetivamente vivido. Isto porque é um instrumento fruto de transposição ideológica, ou seja, foi construída a partir de referências de outros ordenamentos jurídicos, portanto, de outros Estados e não pela própria experiência nacional. Até porque, para que seja a constituição efetivada, tornada realidade, é preciso também que seu conteúdo tenha paralelo com o

produto interno bruto, do contrário é mera retórica falaciosa. Isso porque foi basicamente feita a partir de referências internacionais e não a partir das consequências da própria experiência da sociedade.

O indivíduo que pratica um crime contra o patrimônio, portanto um furto ou um roubo, por exemplo, poderia alegar que, dado que o Estado descumpriu políticas públicas, direitos humanos fundamentais constitucionais, ao não fazer chegar saneamento básico onde mora, ele estaria legitimado na sua resistência em não agir de acordo com a norma penal? Não, pois do contrário se estaria desconsiderando o seu livre arbítrio. A autonomia da vontade é uma questão de consciência do indivíduo de agir segundo o seu entendimento, seus valores, seus interesses, ao mesmo tempo em que também representa a consequência de assumir responsabilidade sobre suas ações. Pode se interrogar se o Estado e a sociedade como um todo desencorajam o indivíduo, desse modo a agir de acordo com a sua consciência, de estar de acordo com o que entende como seus direitos morais individuais. Não obstante, isso seria dar asas ao narcisismo, atestando que os egos podem se expressar sem qualquer trato social, dentro de um individualismo exacerbado.

A seguinte questão é colocada por Dworkin(2002, p 288): *se uma pessoa tem o direito de fazer o que sua consciência lhe ordena, como justificar que o Estado a desencoraje de agir assim?*. A partir também da reflexão do autor, existem situações em que o indivíduo tem o direito de fazer alguma coisa, mas não ser esta a coisa certa a fazer, enquanto que há aquelas situações em que, embora não seja direito seja a coisa certa a fazer. É preciso considerar, também, que necessidade individual, ou a vontade, não é direito e mais, desejo não é ordem (Gikovate).

Um exemplo de um direito que não necessariamente constitui a coisa certa, que retiramos da realidade próxima, é o de ter o direito de ficar calado, de acordo com o código de processo penal, mas não ser evidente o silêncio a coisa certa, tal como nas situações de delação premiada contidas na política criminal de combate à

corrupção, ao crime organizado e à lavagem de dinheiro. O sentido da expressão do silêncio merece, nos casos dessas situações, ser posto em questão, como sendo, de fato, ou na prática, sua oposição um dever, considerando o ônus ou a lesão provocada à sociedade brasileira por aqueles crimes, inclusive, no seu patrimônio empresarial e nos desdobramentos sociais, dentre os quais, o da gama de desemprego, em meio a uma economia deixada em frangalhos por um governo obscenamente corrupto e incompetente.

Um outro exemplo está no caso em que também é possível dizer que não se cobra o dever de uma mãe entregar o filho à polícia, sendo algo da esfera do compreensível. Ou, ainda, outro exemplo, em que embora exista o direito de se expressar, algo pode ser entendido como ofensivo, ainda que não seja propriamente uma difamação ou injúria.

Quanto à alegação como um direito do campo da consciência individual o de drogar-se com substâncias ilícitas, considerando que as substâncias colocadas no campo da licitude são mais danosas e prejudiciais à saúde que as primeiras, é preciso dizer, contudo, que o caminho da ciência tem mostrado um descortinar incessante de novos conhecimentos que não se tinha anteriormente, como no caso do cigarro e do álcool. Afinal, foi o passado que liberou tais drogas sem os conhecimentos atuais da sua nocividade, ainda que, em princípio, haja impedimento para que se consiga reverter a situação. O que é fato é que hoje se conhecem os efeitos nocivos de drogas ilícitas. No caso da maconha, planta *cannabis sativa*, que encabeça a bandeira de demanda da liberação das drogas, apenas um dos quase tantos compostos que a contém foi estudado, e os estudos, na área de saúde pública, apontam os problemas sobre a saúde do usuário pelo uso da substância com efeitos psicóticos, tais como esquizofrenias e paranoias. A questão da demanda do uso de drogas ilícitas é contraditória ou controvertida, na medida em que os que argumentam que deve haver a descriminalização, em nome de um pretense direito de exercício da liberdade, consideram o livre arbítrio do indivíduo em si drogar, portanto, dentro de uma

perspectiva liberal, porém, apesar disso, a autonomia da vontade é esquecida ao afirmar que o tratamento da dependência deve ficar a cargo do Estado, o que situa a questão no prisma do socialismo. Breve, contraditoriamente, os que demandam o direito de exercer a liberdade de escolha para se drogar, também demandam que o Estado venha em socorro das consequências do exercício de tal liberdade, portanto que os indivíduos que em sua maioria não defendem tal direito tem que pagar a conta.

Uma questão indicada por Dworkin, que adaptada ao Brasil compreende a situação do indivíduo se considerar no direito de recusar a pagar o imposto de renda, parcialmente, por exemplo, também demonstra o vínculo entre liberdade e necessidade. Ainda que fazendo a declaração, aquele alega o direito de resistência ao pagamento do imposto como ato cívico: por considerar ser algo injusto o emprego dos recursos financeiros para projetos públicos de benefícios que considera mal empregados, como no caso do bolsa-família ou da previdência social.

Cabe considerar que, a solução dessas questões está na via da democracia, com a possibilidade de reconversão no campo político das políticas públicas, mormente, por meio estatal, legislativo e sob controle do judiciário e do ministério público, bem como societal, tal como da imprensa livre.

1.1 - 5 - Gerações, ciclos ou dimensões do humanismo jurídico

Os direitos humanos são uma criação do liberalismo, mormente por meio das ideias construídas por autores clássicos, dentre os quais os que representavam os chamados "Les Lumières" ou Iluministas e correntes religiosas diversas, como a Reforma e a Contra-reforma, dentre as quais o Jansenismo. Apesar disso, é preciso que se diga que já no período medieval se via os germes do liberalismo político, na construção do Reino Unido, com a Carta de *João sem terra*, (do século XIII), até a formação do Estado Moderno, no século XVII, com a Declaração de Direitos, de 1689.

As gerações ou ciclos de direitos não podem ser definidos de forma cristalizada, sem se considerar os processos históricos e culturais de cada país. Bobbio elencou as gerações dos DHs, do ponto de vista do aparecimento na Europa. Em primeiro plano, estão as liberdades do indivíduo e definidas como negativas, porque se colocaram contra o Estado, de modo que este tivesse seu poder fragilizado em relação ao do indivíduo. Liberdades negativas para que a expressão do indivíduo pudesse ser exercida de forma íntegra. John Milton é um clássico do século XVII que defende a liberdade de expressão. Já na sequência das gerações, hoje chamadas ou consideradas como dimensões ou ciclos, apareceram os direitos civis e políticos, seguidos de direitos sociais, direitos de minorias e direitos difusos. Como referências da primeira geração de direitos, portanto, das liberdades negativas: opinião, expressão, pensamento, religião; Édito de Nantes, 1594 – liberdade religiosa na Europa, liberdade de expressão, liberdade de opinião; Revolução Gloriosa na Inglaterra, 1689; Revolução Francesa séculos XVIII/XIX. Como referência da segunda geração: direitos civis e políticos, séculos XIX/XX. Como terceira geração: direitos sociais e econômicos. Na quarta geração estão os direitos das minorias, especiais, ex: mulheres, crianças, negros, depois identificados como afrodescendentes. Na quinta geração estão os direitos difusos, ex: questões do meio ambiente.

Do ponto de vista do Brasil, segundo J-M de Carvalho, tal sequência é desconstruída, pois os direitos sociais tomam à frente no quadro da hierarquia cronológica dos direitos. Isto bem demonstra a transposição ideológica, pois importamos as referências das conquistas da Europa e dos Estados Unidos e depois colocamos no ordenamento jurídico esperando que, magicamente, tornem-se realidade. É o problema de não encontrar paralelo com o produto interno bruto, conforme dito mais acima. Bobbio já salientou que fundamentados já estão os direitos humanos, mas precisam ser efetivados.

A impunidade demonstra que existe um grau de seletividade e desigualdade, o que leva alguns indivíduos a serem colocados em situação diferenciada em relação aos demais membros da sociedade. O indivíduo ao ver a prática da impunidade, trata este problema como um exemplo de desigualdade e que, portanto, o faz sentir desobrigado de cumprir sacrifícios que não lhe reportem benefícios; e assim, desconsiderando-se como pertencente à sociedade.

A impunidade demonstra o fracasso da garantia da vigência da norma, que salvaguarda liberdade e igualdade. O sistema da administração da justiça criminal atua como resposta estatal. A resposta estatal é prevista no cumprimento da pena imposta em razão da conduta lesiva ou ameaçadora de lesão à sociedade, aplicada em razão da fragilização de bens jurídicos, cuja pretensão de proteção está na norma. Não obstante, a impunidade demonstra a falha desse sistema.

Referências bibliográficas indicadas para leitura:

ARISTÓTELES. *A ética de Nicômaco*. SP:Atena, 1944.

ANSART, Pierre. *Ideologia, conflito e poder*. Cap. I, São Paulo: Zahar, 1997.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro:Revan, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

_____. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar,Eds.2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 1992.

_____. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução na França*.(1790). SP:Edipro, 2014.

CAPELATTO, Ivan. *O amor na era da sobrecarga*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=WJsH6gwez2c>>. Acesso em: 15 jun. 2010.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. 17^a.ed. RJ:Civilização Brasileira, 2013.

CASTRO, Lola Anyiar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. SP: Martins Fontes, 2002.

DONNICI, Virgílio. *A criminologia na administração da justiça criminal*. São Paulo:Saraiva, 1992.

DWORKIN Ronald. *Levando os direitos a sério*. SP: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. SP: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón - teoría del garantismo penal*. Espanha: Ed Trotta, 2005.

FERRY, Luc. *A nova ordem ecológica*. SP: Ensaio, 1994.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I - A vontade de saber*. 6^a.ed. SP: Paz e Terra, 2017.

GIKOVATE, Flávio. *Sexo*. 4. ed. São Paulo: MG, 2010. p. 27.

GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. SP: Unesp, 1990.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Fabris Eds, 20002.

HELLINGER, Bert. *A fonte não precisa perguntar pelo caminho*. 3^a edição. Goiânia/GO: Atman, 2012.

HULSMAN, Louk. *Pernas perdidas*. Rio de Janeiro: Luam, 1995

HUME, David. *Investigação acerca do entendimento humano*. Os pensadores. SP: Ed. Nova Cultural, 1999.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos – uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Barueri: Manole, 2005.

LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1986.

MIRANDOLA, Pico della. *A dignidade do homem*. 1486. SP: Ed. Escala.

TROTSKY, León. *Su moral y la nuestra*. Argentina: Ed. El Yunque, 1983.

TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. 9. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

VISCOTT, David. *A linguagem dos sentimentos*. 13ª. Ed. São Paulo: Summus, 1982.

1.2 - Considerações sobre modelos de política criminal e conduta penal

1.2 - 1 - Princípios da legalidade e da irretroatibilidade da lei penal ou retroatividade da lei mais benéfica

O princípio da legalidade ganha a dimensão do humanismo jurídico, portanto representa um rigor no tratamento da definição de crime e da pena, dentro dos limites do tempo e do espaço. É, então, compreendido nos seguintes termos: *não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal*. Tem, portanto, como corolário o princípio da anterioridade da lei penal. Isto porque, é preciso que o crime e a pena tenham sido definidos antes do cometimento da conduta lesiva, exatamente para que o homem tenha consciência de quais são as condutas lesivas para a sociedade, assim consideradas a ponto que mereçam uma resposta pedagogicamente coercitiva, repressiva, retributiva, preventiva ou reparativa.

O princípio da legalidade é uma referência de grande relevância aportada pela *rule of law* e pela Declaração de Direitos (Bill of Rights de 1689) dos ingleses, pela Declaração de Direitos de Virgínia (Bill of Rights de 1776), pela Declaração de Direitos dos Estados Unidos (Bill of Rights de 1791) e que foram inspiração para a Revolução Francesa, sendo inserido na Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, *la Déclaration de Droit de l'Homme et du citoyen*. Teve a pretensão de acabar com o poder da monarquia, uma disputa encabeçada pela burguesia, que vinha de longa data, representada pelo arbítrio do Parlamento francês, mormente do Parlamento de Paris. O Absolutismo, na verdade, era encarnado por tal instituição, que controlava o poder real em favor de seus próprios interesses, pois todo ato do rei tinha que ser registrado pelos magistrados do parlamento, por meio da *remontrance préalable* (Sigaut). A legalidade era, à época, adaptada à posição do indivíduo na sociedade, logo tinha a característica da personalidade em relevo, diferentemente do que se tem hoje, ou seja, a conduta passou a ter relevância sobre o status do indivíduo.

Nestes termos, o princípio da irretroatividade da lei penal é um instrumento de defesa dos direitos humanos da maior importância, de garantia contra o arbítrio, razão da sua instituição. Segundo a Convenção Europeia de Direitos Humanos, a lei penal não-benéfica não é passível de retroatividade, nem em situação de guerra.

Considerando que o monopólio da força é restrito ao Estado, por força da lei, qualquer forma de constrangimento do indivíduo e de cerceamento dos direitos e garantias que lhes são atribuídos, segundo os preceitos da legalidade, só podem advir ou serem definidos pelo Estado Democrático e de Direito. O campo teleológico da penalidade jurídica atende aos parâmetros da disciplina ou método da política criminal, que se impõe de maneira generalizada a todas as formas de aplicação da sanção. Sendo assim, verifica-se que na aplicação de sanção, seja ela penal, mas também disciplinar, administrativa, tributária, civil, as finalidades estão presentes.

São as finalidades da sanção: prevenção geral ou especial, retribuição, composição, reparação, compensação, ressocialização e reinserção. Observa-se presente o caráter utilitarista na finalidade da sanção, conforme proposição de Beccaria, considerando-se a necessidade de uma atuação pelo Estado anterior à causa do fato típico, bem como de uma atuação no transcórre-la, portanto, no decorrer da aplicação da pena, assim como de uma presença no controle da reinserção do indivíduo. Sendo assim, estão presentes o tempo passado, o presente e o futuro nas finalidades da pena (Ost).

Infere-se que pode ser entendido que a sanção em termos retributivos, tem o aspecto primitivo relativo ao passado. A reparação ou indenização aparece dentro dessa perspectiva relativa ao presente. O Estado Democrático e de Direito deve orientar a vida em sociedade coibindo ou inibindo desvios e crimes. Tal presença deve assim ser demandada pelos diversos setores que formam o Estado democrático, diversos sistemas de controle social, sendo aqui isso compreendido segundo a interpretação estrutural, mas não ideológica proposta por Althusser. Assim, o indivíduo está sob controle desde a família, sendo o mesmo considerado pelas escolas, igrejas, clubes, associações, mídias. Durante toda a vida e em todos os setores e dimensões da expressão da vida social, o indivíduo segue regras ou deve a elas se submeter, na forma de sanção quando da infração de regras de convívio, uma vez constatados desvios. Aparecem na forma de sanção disciplinar, cível, administrativa, e, no limite, penal (Delmas-Marty, 1992a). Esta, então, aparece de forma subsidiária como *ultima ratio*, uma vez falhado o sistema dos diversos controles sociais.

Não obstante, o principal controle social está na introjeção dos valores jurídicos no indivíduo na forma de valores morais e sociais, presentes nos diversos setores do controle social. Tais valores são passados aos indivíduos pelos princípios, cujo cerne da questão da efetividade da introjeção dos mesmos está na certeza da não-impunidade. Não é o rigor da pena que enquadra o indivíduo à vida em sociedade, mas, a partir do dito por Rousseau, deve ser

interpretado que o indivíduo embora nasça livre, na vida da sociedade política está “condenado a ferros” (Rousseau). Não adianta uma pena que em si guarda uma violência por tudo que representa e impõe, uma vez que em sendo aplicada pelo Estado, ao invés de reforçar os laços de solidariedade, mostra a fragilidade que une seus elos, aflorando a violência natural ou intrínseca ao homem, que deve ser contida pelo Estado.

Tal rumo expõe o indivíduo a sua violência e a do grupo fazendo o sangue ser derramado por um dos elos, tendo sobre si a violência projetada, criando uma falsa impressão de pacificação ou apaziguamento. Não passa de um ritual momentâneo facilmente esquecido, que precisará ser periodicamente revivido para dar a falsa impressão de que o sistema, moral e juridicamente, funciona. Isto já era visto nas sociedades primitivas ou arcaicas que utilizavam sacrifícios de certos bodes expiatórios (Girard), o outro, aquele não-reconhecido como membro: mulher, criança, estrangeiro. Havia relação com a pureza ou a necessidade de purificação, a fragilidade deles em relação ao grupo, seu não pertencimento.

A impunidade é a verdadeira chaga da sociedade, pois mostra a fragilidade do sistema de controle social, formal e material. Não atua de forma democrática, permite privilégios, contradições na aplicação e distribuição de justiça, ressalta a existência de distorções de valores conforme os grupos, as contradições do regime político, do liberalismo jurídico, do político, ou do econômico. Na sociedade do ter e não do ser da meritocracia, a impunidade forja suas bases, devidamente facilitado, contraditoriamente, pelo próprio sistema do liberalismo jurídico, que facultando e assegurando garantias e liberdades, afasta ou posterga uma resposta estatal sancionadora, para um outro momento; este se torna perdido no tempo, e assim ineficaz, por sair do imaginário social da população que representa a geração de fato criminoso, entregando quando muito à sociedade, mas em tempo futuro, suficientemente distanciado da visão da geração concernente, que precisaria da punição de forma a inculcar os valores sociais.

Isto tanto tem repercussões em crimes graves, como de morte ou corrupções, como nos desvios do dia a dia, o famoso “jeitinho brasileiro”, que permite que se fure filas e outras práticas tais como falar ao telefone dirigindo, escondido por vidros escurecidos que impedem a percepção clara do agente público e uma possível multa. E isto está nas entranhas da sociedade, pois não mede diferenciações sociais e ocorre, independentemente de grupo cultural, ou seja, pessoas com nível de educação mais alto não se absterem dessa prática.

Existem ainda outros princípios penais constitucionais internacionais do humanismo jurídico penal: não-culpabilidade ou presunção de inocência, intervenção mínima, humanidade ou dignidade da pessoa humana, individualização da pena, pessoalidade da pena, bagatela ou insignificância, lesividade, territorialidade, extraterritorialidade, prevenção, intimidade e *non bis in idem*.

1.2 - 2 - Modelos de Política Penal: escolhas de infração e sanção

As soluções para sanar as dificuldades da vida em sociedade não devem ser entendidas como sendo as de direito penal. Quanto mais uma sociedade se desenvolve, em termos de capacidade de aplicar seus princípios e valores morais e éticos, menos acredita que o direito penal possa ser a panaceia de problemas sociais, econômicos, culturais, políticos. A paz social precisa ser buscada como sendo um valor em si mesmo do corpo social.

Medidas administrativas, disciplinares, civis, por exemplo, devem ser buscadas como solução dos conflitos, além das medidas elementares já construídas pela humanidade, como marco civilizatório, necessárias ao bom convívio entre as pessoas. Os métodos de solução dos conflitos, por sua vez, devem ser no sentido da autocomposição, deixando a heterocomposição para as situações limite.

Tomando as seguintes identificações: I (infração: penal, administrativa, civil, mediação, segundo a normatividade); D (desvio: irregularidades, correntes artísticas, comportamentos fora

da normalidade da sociedade); R (resposta: RE resposta estatal e RS resposta societal).

Nos modelos de Política Criminal no Estado Democrático e de Direito, os princípios penais construídos, com base nos DHs, são respeitados, tais como legalidade, irretroatividade, do devido processo legal, dentre outros.

Exemplos de modelo de política criminal:

A) Modelos de PC de sociedades democráticas:

a) - Modelo de PC Estado-Sociedade Liberal: I diferente de D; I ---RE+; I --RS-; D--RE-; D--RS+

b) - Modelo de PC Autoritário: I ---RE+; I ---RS-; D--RE+; D--RS-

A imigração, fortemente presente em países da Europa e nos Estados Unidos, pode ser tratada como infração penal, segundo a compreensão sobre a necessidade conjuntural, enquanto que em outros momentos, a mesma sociedade considera meramente uma questão de desvio (irregularidade).

c) - Modelo de PC Totalitário: I ---RE+; I ---RS- ; D--RE+; D--RS+

O terrorismo é reivindicado por certos grupos sociais como tendo uma razão/intenção política ou político-religiosa, e desse modo, por esses grupos, não é aceito como infração e no caso, penal. Este é o caso, por exemplo do ISIS/DAESH/Estado Islâmico, do Boko Haram, Al Qaeda, do Hamas, das FARC, TupacAmaro, das guerrilhas no Brasil durante o regime civil-militar. Uma das bases teóricas para compreender tal modelo é a do Direito Penal do Inimigo de Gunther Jacobs.

d) - Modelo de PC Estado-Sociedade médico-social: I diferente de D; I ---RE+; I ---RS-; D--RE-; D--RS+. Outra hipótese: D(I) com RE- e RS+.

Neste caso, o quadro de saúde sai do campo penal e é enfrentado pela sociedade como desvio. Ex: liberação das drogas;

descriminalização da transmissão do Hiv/Aids; medicalização da pedofilia e da homofobia.

B) Modelo PC Estatal: I=D; I ---RE+ e RS+; D--RE+.

Totalitarismos: nacional-socialismo, comunismos bolchevista, chinês e cubano; milícias (Haiti, Venezuela); teocracias como a da Arábia Saudita. Ex: adultério feminino; homossexualismo; pequenos crimes com penas severas.

C) Modelos Societais:

a) - Clássico: I ---RS+; I ---RE-; D --RE-; D --RS+.

b) - Comunitário: D(I) ---RS+; D(I) ---RE-.

ex: as próprias infrações dos grupos sociais (comunidade) são compreendidas por eles mesmos como meros desvios ou até mesmo como direitos.

c) - Vigilância Permanente (Sociedade Vindicativa): I (D) ---RS+; I (D) ---RE-.

As condutas dos grupos criminosos são tratadas de forma severa. Ex: os justicamentos ou punições cometidas pelos grupos guerrilheiros entre membros dos próprios grupos durante o regime civil-militar do Brasil, pois os desvios de dissidentes dos grupos sociais ou de seus opositores são tratados como infrações:terroristas, milícias ou guerrilhas: das FARC's da Colômbia, da República Democrática do Congo, da Venezuela, do Boko Haram da Nigéria e outros como AlQaeda,ISIS, Hamas; Blacksblocs; práticas de certos movimentos sociais e coletivos; práticas de traficantes do Rio de Janeiro.

Referências bibliográficas indicadas para leitura:

ALTHUSSER, Louis. Aparelhos ideológicos do Estado. in: *Posições* 2. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hermes Livraria e Editora.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 1992a.

_____. *Les grands systèmes de politique criminelle*. Paris: Puf, 1992b.

_____. *Le flou du droit*. Paris: Puf, 1986.

_____. *Cours: Sens et non-sens de l'humanisme juridique - Humanisme et humanisme juridique: naissance et métamorphoses du mythe da cátedra Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*. Collège de France, Paris 2010/2011. Disponível em: <<http://www.college-de-france.fr/site/mireille-delmas-marty/course-2011-01-05-14h00.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. São Paulo: Editora Unesp, 1990.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MENDES, Gilmar F. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – Estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro:Saraiva, 2004

MESTIERI, João. Conceito, princípios e fontes de direito penal. In: MEDINA, Rafael (Org.). *Direito penal acadêmico*. Rio de Janeiro: Ferreira e Morgado, 2008. cap. 1.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008. 805 p.

OST, François. *O tempo do direito*. São Paulo: EDUSC, 2005. p. 120-130.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris:Puf.

SIGAUT, Marion. *IV-Le jansénisme au Grand siècle*. In: De la centralisation monarchique à la Révolution bourgeoise. Egalité et Réconciliation. www.egaliteetreconciliation.fr

Notas sobre referências históricas e da técnica penal relativas ao humanismo jurídico

2.1 - Considerações sobre referências históricas relativas ao campo penal:

2.1 - 1 - Referências do direito penal na Grécia Antiga

Características gerais do Direito Ático (Atenas) características gerais: justiça transcendente, divina, simbolismo religioso; vontade divina; vingança privada; política no centro da solução de conflitos, poder pertencente ao grupo, autoridade privada, pessoal, tratamento privilegiado, ordálias na punição. Reformar pela punição, dissipação, evitar injustiça, ato de necessidade. Punição proporcional à gravidade. Justiça distributiva e justiça corretiva.

Relação entre Direito e Religião: - delitos no interior da cidade atentado contra a ordem estabelecida pela divindade; - a religião força a sociedade a intervir nos assuntos de sangue interfamiliares; - mácula - miasma vinculado ao crime vira objeto de terror: ameaça de contágio, homicídio está proibido de habitar sob o mesmo teto e de participar da mesma refeição, sua presença deixava a cidade vulnerável à maldição dos deuses.

Estado autônomo soberano, polis - cidadania dos varões livres; não havia a mesma condição para mulheres, estrangeiros, crianças e escravos; cidadania vinculada à ideia de pertencimento à cidade. - cidadania - parte vinculada ao todo - participação do indivíduo nas atividades da cidade.

Fontes: tragédias de Homero, Leis e República de Platão, Política e Ética de Nicômaco de Aristóteles e Apologia de Sócrates-Platão.

Sobre o delito - ato sacrílego, com duas perspectivas: mal ou violência (atentado à honra e à prosperidade, ato ilícito religioso contra a segurança geral, traição à cidade, contra a cultura que tinha como valores vergonha, honra, harmonia geral, cidadania, heróis); injustiça - como violação das normas de conduta pelo desejo desmesurado. Delito provoca a ira dos deuses, violação de uns vinculando todos pelo castigo.

Sobre a ofensa (norma) - ato contra a harmonia geral e não contra o corpo de leis: fragilidade entre político e jurídico - pode ser que o comportamento não seja reprovado; na condenação por atimia, traição, homicídio, corrupção, tendo como sanção a condenação da família, exílio, escárnio físico, casa confiscada, derrubada, corpo não podia ser enterrado nem os ossos, perda da cidadania, humilhação, degradação, proibição dos exercícios dos direitos parcial ou total.

Sobre a sanção - juízo de reprovação da opinião pública sobre o ato (participação público-privada); proporcionalidade, justo meio, juízo de reprovação da opinião pública sobre o ato; perspectivas com a punição: correção, reparação, intimidação, defesa social, utilitarismo, prevenção, dissuasão, punição e devolver a ofensa; penas: lapidação, cegueira, petrificação, proscricção, privação de sepultura, precipitação em abismos, envenenamento, cárcere e multas, exílio.

Exemplos de períodos e algumas de suas características. Século XaC - Aspectos: cultura: honra, vergonha, harmonia geral, cidadania, heróis (salvação da cidade pela ira divina); referência: Ilíada de Homero. Século VIIaC - leis de Dracon - Aspectos: sistema reivindicatório - modalidade de vingança de sangue, aidesis - concessão por parte do grupo da vítima ao homicida para voltar à pátria após o exílio ou para evitar a pena de morte (participação público-privada), desenvolvimento das instituições jurídicas, Estado, direito de punir do Estado, delito e crime como

comportamento proibido, sancionado por órgão institucional competente, substituição do regime de vingança privada pela repressão social estatal (freio ao derramamento de sangue), poder de família, lei grega sobre o homicídio (tem raízes mais profundas na religião - culto de Apolo, oráculo de Delfos, homicida como impuro, direito de vingança ao membro da família lesada, invenção da retórica como técnica do discurso público (a justiça decidida através de argumentos apresentados pelos cidadãos representantes da comunidade), leis-Estado (padrões fixos a que todos tinham que se submeter, o que é identificado como regra draconiana), homicídio - premeditado ou involuntário. O magistrado: -no dia do julgamento, o magistrado tinha por escrito os nomes das partes, a exposição dos fatos, os objetos da demanda, as testemunhas; -exame da lex pelo magistrado: se o acusador tinha direito de apresentar a demanda, se o acusado tinha capacidade de se defender pessoalmente, se a lex era regular, se o magistrado era competente. O magistrado podia indicar possibilidades como: reconhecimento da demanda como legítima, aceitar a acusação e fazer cumprir as exigências, na falta de contestação das faltas alegadas podia paralisar a demanda por uma exceção, admitir em princípios as reclamações, apresentar contradições dos demandante, estando as partes sob juramento, comprometendo os deuses. Século VI aC - Aspectos: sistema democrático, abolição da escravidão por dívida, redistribuição de terras, riqueza como critério para atribuição do poder público, ações privadas e públicas, qualquer cidadão que desejasse poderia propor ação a favor dos agravados, direito de apelação a um tribunal popular contra a decisão de um magistrado, direito de vingança estendido a todo cidadão, introdução do ostracismo, desterro dos cidadãos considerados perigosos para a democracia, fomento da ideia de defesa dos próprios direitos.

No século IV aC, Sócrates, uma figura que teria sido mestre de Platão, e personagem que aparece em suas obras, foi um contestador da sociedade de sua época, dirigindo suas críticas às crenças e portanto, aos costumes. Para ele, as pessoas precisavam ser

libertadas de um sistema de poder e para isso elegia a virtude real como algo que deveria ser considerado como acima de tal sistema. Este combate o levou a ser preso, processado e por fim à condenação, cujo quadro de todos esses procedimentos são narrados no texto intitulado Apologia. A acusação foi feita a pretexto de agir para corromper a juventude, por defender o monoteísmo, por criticar as diversas seitas, crenças. Considerava que o sistema de poder condicionava o homem à realidade, afastando-o da verdadeira liberdade e do verdadeiro conhecimento. Para ele, corpo e alma se distinguem, sendo o corpo controlado pela alma, pelo espírito e este seria livre, disposto ao progresso moral, bem como ao intelectual.

Breve, no mundo ocidental antigo, a jurisdição das cidades gregas e do Império Romano atende ao princípio da territorialidade. Vigoram como regra da territorialidade os usos e os costumes também de outros povos, e assim, a perspectiva da personalidade, que permite que os indivíduos tenham o direito de seus povos respeitados. Isto é visto em plena baixa Idade Média. Nesse sentido, os direitos da vítima e do acusado, do credor e do devedor, ou do noivo e da noiva coexistiam. Podemos considerar que coexistiam jus e lex, percepções de justiça ao mesmo tempo em que há previsões legais.

A cidadania correspondia ao vínculo do homem com a cidade. Numa sociedade politeísta, ou na Roma ainda não convertida ao cristianismo, o homem tem um papel definido na sociedade, na medida em que deve participar da cidade, como forma de compromissos e de respeito com os deuses que fazem a gestão da mesma. Vários deuses, vários propósitos definidos ao homem, O ato que rompe com os compromissos com a cidade é ato sacrílego e precisa ter uma resposta à altura, para aplacar a ira dos deuses, sob pena de toda a cidade pagar pelos erros do mau cidadão. A cidadania, ou essa exigência para com a cidade era digna de apenas alguns homens, uma vez que estavam excluídos os estrangeiros, os escravos e as crianças, bem como a mulher, que estavam sob o jugo daquele que sobre eles exercia o pátrio poder. Neste sentido, havia legislação específica para cada grupo. É o caso da diferenciação do

nível de cidadania para as várias classes, grupos, status de cidadania de que fala Aristóteles, na Política.

O sistema jurídico adotava, em linhas gerais, a forma do contraditório no sistema acusatório, em que as partes se dispõem ao confronto de acusações e desculpas. Há uma espécie de jogo, como se vê Homero em *Iliada*, como foi apontado por Foucault, jogo em que não juiz para dar uma decisão sobre com quem está a verdadeiro debate, mas árbitro para verificar se as regras adequadas estão sendo cumpridas de forma satisfatória.

A justiça estava na perspectiva da transcendência. Era revelada ao homem, seja em governo politeísta, como no governo monoteísta, como no caso de Constantino, já no Império Romano, no período depois de Cristo. Roma sofre diversas invasões até que cai sob o poder de povos ditos bárbaros, tal como ocorreu em 476, nas mãos do rei visigodo Alarico, o que se chamou de Queda do Império Romano do ocidente.

A partir desse momento, ocorre o que será identificado com sendo início da Idade Média, que se estenderá até o final do século XV, quando então começou o período chamado de Renascimento ou Renascença.

2.1 - 2 - Referências do humanismo teológico medieval da Igreja Católica na perspectiva penal

Agostino de Hipona

No período compreendido entre os séculos IV e V, viveu aquele que é considerado um dos doutores da Igreja Católica, portanto, Agostino de Hipona, conhecido como Santo Agostinho. O Império Romano permitiu, com seu período de expansão, a convivência, a oposição e a confusão entre diversas expressões religiosas, seitas, doutrinas e teses, propiciando a aproximação do helenismo com cristianismo e o judaísmo.

O conhecimento através dos sentidos sobre as coisas é uma forma imperfeita de compreender a realidade. A realidade para ser compreendida e para ser perfeita precisa do mundo das ideias, que é o mundo perfeito. A partir de uma perspectiva platônica do mundo das ideias, Agostinho concebe o mundo divino, o mundo perfeito. A realidade é imperfeita, portanto, já que não expõe a verdadeira essência do mundo que é perfeita, a do mundo divino. O mundo divino é a única realidade, a verdade a ser alcançada por um processo pedagógico, constituído pela vontade do homem. Pela fé o homem chega à verdade, ao conhecimento de Deus e rompendo com o erro, com o pecado, chega a Deus.

A guerra é, então, necessária à conversão do homem. O *bellum justus* medieval, que entendia como guerra justa as cruzadas, busca a conversão do homem ao cristianismo. E a partir desse pensamento de Agostino, se pode compreender que o entendimento de crime seria o de que o homem pode romper com o pecado, o do crime, através da fé na busca pela verdade, ou seja, a busca por conhecer Deus.

Agostinho substituiu a concepção platônica do mundo das ideias pelo mundo divindade cristã. O conhecimento para ele representa o esforço espiritual fruto de um processo pedagógico que é a iluminação. Esta compõe uma teoria traduzida na fé como elemento principal para chegar à verdade. Esta precisa ser aceita pela fé.

Agostinho é representante da filosofia patrística, aquela que fora escrita pelos padres pais cristãos, na alta idade média. Foi seguidor do maniqueísmo e do zoroastrismo, mas por pressão de sua mãe e influência do bispo Ambrósio, teria se convertido ao cristianismo. Foi orador do rei, portanto era um homem culto que vai aplicar seu estudo e inteligência para fundar as bases teológicas do cristianismo. Sua teologia influenciou as teses, seitas e doutrinas existentes, tais como a dos chamados hereges, pondo em questão, desse modo, os dogmas existentes, que compunham as diversas vertentes filosóficas e teológicas, num período da história em crise,

considerando que era exatamente o período da queda do Império Romano e das invasões dos chamados bárbaros.

A teologia entendida por Agostinho tinha a preocupação de explicar a supremacia da alma sobre o corpo para a prática do bem. Neste sentido, o homem, a partir de seu livre arbítrio, pode reconhecer o que é o pecado e romper com o erro. E este é o momento da aplicação da teoria da iluminação, pois por meio de um esforço de busca pela verdade através da fé pode romper com o erro, com o pecado, o que representa da verdadeira liberdade.

Em sua obra *Confissões*, Agostinho diz:

A causa do mal;

(...)Esforçava-me por entender (a questão) _ que ouvia declarar _ acerca de o livre arbítrio da vontade ser a causa de praticarmos o mal, e o vosso reto juízo o motivo de o sofrermos. Mas era incapaz de compreender isso nitidamente.

Onde reside o mal:

Senti e experimentei não ser para admirar que o pão, tão saboroso ao paladar saudável, seja enjoativo ao paladar enfermo, e que a luz, amável aos olhos límpidos, seja odiosa aos olhos doentes. Se a vossa justiça desagrada aos maus, com muito mais razão lhes desagradam a víbora e o caruncho que criastes bons e adaptados às partes inferiores dos seres criados, às quais os próprios malvados são tanto mais semelhantes quanto são mais diferentes de Vós. Do mesmo modo são os maus tanto mais parecidos com os elementos superiores da criação quanto mais se tornam semelhantes a Vós. Procurei o que era a maldade e não encontrei uma substância, mas sim uma perversão da vontade desviada da substância suprema _ de Vós, ó Deus _ e tendendo para as coisas baixas; vontade que derrama as suas entranhas e se levanta com intumescência. (p190)

Tomás de Aquino

O momento de Tomás Aquino é o do ressurgimento das cidades com as rotas comerciais, período de guerras entre príncipes e entre estes e o papado. Viveu no século XIII, sendo um dos pais da

teologia cristã e um representante da filosofia escolástica, existente entre o século IX e XVI, divulgando o que era ensinado nas escolas, mosteiros, catedrais, universidades. Buscou provas da existência de Deus na realidade para explicar a fé.

Aquino voltava-se à compreensão da realidade, em perspectiva aristotélica, e neste sentido, o mundo em que o homem vive é o da natureza criada por Deus e este é um conceito ou uma ideia universal, que para ser compreendido é necessário um processo de conhecimento, uma pedagogia essencialista, uma pedagogia da ação. A educação é a via para a ação, sendo esta compreendida como sendo dotada de intenção de promover o bem. Não é suficiente o agir, pois a ação humana não pode ser mecânica, mas sendo dotada de vontade livre deve ser intencionada para a promoção do bem. A educação é o processo de conhecimento do bem, que dota a ação deste valor.

Há no seu pensamento a compatibilidade entre fé e razão, que estão presentes no processo pedagógico, haja vista que a razão leva ao entendimento da existência de Deus, podendo a fé ser explicada na busca pelo bem. Pelos sentidos, podemos conhecer os conceitos que expressam a essência das coisas, dos objetos, independentemente da interferência divina. O homem por sua vontade livre deve agir buscando o conhecimento para ser pleno, humano, cristão. O homem por sua vontade se projeta no processo de conhecimento da sua essência.

Essa filosofia servirá de base à guerra justa presente no processo de colonização, sendo este justificado para que houvesse a expressão do direito do homem de se comunicar, de modo a que a palavra de Deus fosse levada ao mundo. Não há a predeterminação do homem, ao contrário, o homem é essencialmente livre para realizar o autoconhecimento, para ser um ser humano pleno, sinônimo de ser cristão, que faz a escolha pelo bem.

Em sua *Suma Teológica*, Tomás Aquino, na Questão número 95 trata da lei humana, considerando sobre seu sentido e significado,

em seguida sobre seu poder, além de sua mutabilidade. Na sequência os aspectos principais desse texto são aqui apresentados.

O autor analisa, no artigo 1 desta questão, se é útil terem os homens estabelecido leis, apresentando algumas discussões e as soluções que delas resultam. Partindo da consideração sobre a intenção da lei como sendo a de tornar os homens bons, apresenta, entretanto, algumas das objeções sobre sua necessidade: os homens deveriam por sua própria vontade se submeterem por advertências, sem que fossem coagidos por leis, que representam a justiça inanimada, ou por meio da justiça animada pelo arbítrio dos juízes. Isto porque em considerando que os atos humanos versam sobre situações particulares e por isso infinitas, devem ser dirigidos pelo arbítrio dos prudentes. As respostas às duas objeções à lei estão, de um lado, na consideração de que os homens precisam estar dispostos à virtude através de advertências de modo a que não necessitem da coação das leis. Por sua vez, a submissão ao arbítrio dos juízes também se sujeita a críticas por três razões: considera que seja mais fácil encontrar poucos prudentes para fazer as leis do muitos para julgar bem; considera que os legisladores com precedência consideram sobre o que é preciso em termos de legislação dado que pode ser refletido o que é reto, enquanto que os casos para julgamento são nascidos de forma súbita. A terceira razão que sustenta a crítica aos juízes:

terceiro, porque os legisladores julgam em geral e para o futuro; ao passo que os homens, que presidem ao júízo, julgam do presente, apaixonados pelo amor ou pelo ódio, ou por qualquer cobiça; o que lhes deprava o júízo. Portanto, como, a justiça animada do juiz não se encontra em muitos e é flexível, é necessário, sempre que for possível, seja determinado por lei como se deva julgar, deixando pouquíssima margem ao arbítrio humano.

Nesse quadro de concepção da prudência como referência do arbítrio dos homens considera seus atos como consequência da condução pelo bem. A crítica é apresentada considerando que os

maus e sua capacidade de fazer o mal devem ser freados por leis, tendo o medo delas considerado no temor do suplício.

A solução apresentada é a da concepção de um homem com aptidão natural para a virtude, cuja perfeição se dá por meio da disciplina, conforme se faz necessário em toda indústria humana, em todo o fazer do homem. O homem tem inclinação aos prazeres proibidos, mas por meio da disciplina que seria ensinada pode conseguir a virtude. No caso dos jovens, bastaria a disciplina paterna, que se dá advertências. Entretanto, aos protervos inclinados aos vícios não bastam palavras, devendo, então ser coibidos do mal pela força e pelo medo da lei, até que voluntariamente sejam levados à disciplina da virtude. *Pois, como diz o filósofo, o homem se, aperfeiçoado pela virtude, é o melhor dos animais, afastado da lei e da justiça, é o pior de todos. Porque tem as armas da razão, para satisfazer as suas paixões e crueldades, que os outros animais não tem.*

No artigo 2, se toda lei feita pelos homens é derivada da lei natural. Os princípios gerais da lei da natureza não tem aplicação a todos os povos, isto porque é preciso considerar a diversidade dos mesmos, da variedade das coisas humanas, segundo Aquino. No artigo 3, está a questão sob o subtítulo se Isidoro expõe convenientemente a qualidade da lei positiva.

A forma de um ser, que tende para um fim, há de necessariamente ser determinada por proporção com esse fim.(...) Ora, o fim da lei humana é a utilidade dos homens, como também o diz o jurisperito. Por isso Isidoro discriminou, em primeiro lugar, três condições da lei: ser concorde com a religião, enquanto proporcionada à lei divina; conveniente a disciplina, enquanto proporcionada à lei da natureza; aproveitar à salvação enquanto; proporcionada à utilidade humana.

As condições acima são reduzidas em outras, e portanto, fazendo referência com: primeiro, com a religião; segundo, com a faculdade do agente e terceiro, com as circunstâncias de lugar e tempo.

E a estas três se reduzem todas as outras condições, referidas em seguida. Assim, a denominação de honesta se refere a ser concorde com a religião; o que acrescenta – justa, possível, natural, conforme aos costumes, conveniente ao lugar e ao tempo, tudo se reduz a ser conveniente à disciplina. Pois, a disciplina humana se refere, primeiro, à ordem da razão, que está incluída na palavra _ justa. Segundo, à faculdade do agente. Pois, a disciplina deve convir a cada um, segundo a sua possibilidade, observada a possibilidade da natureza. Assim, não se pode impor às crianças o mesmo que se impõe aos homens perfeitos. E deve ela ser conforme aos costumes humanos, pois, o homem não pode, só, viver em sociedade, sem conformar os seus costumes com os dos outros. Terceiro quanto às circunstâncias devidas, Isidoro diz _ conveniente ao lugar e ao tempo. E o que acrescenta _ necessária, útil, etc. _ se refere ao que importa à salvação. De modo que a necessidade se refere à remoção dos males; a utilidade, à consecução dos bens; a clareza acautela contra danos que poderiam provir da própria lei. E, ordenando-se a lei para o bem comum, como já dissemos, esta mesma condição está exposta na última parte da enumeração.

No artigo 4, a questão que se coloca é se Isidoro estabelece convenientemente a divisão das leis humanas ou do direito humano.

O direito das gentes estaria contido no direito natural, comum a todas as nações, não contido no direito positivo humano. Este, as leis humanas são suscetíveis de serem ordenadas ao bem comum da cidade, aos regimes políticos, dos atos humanos, conforme aos assuntos diversos.

2.1 - 3 - A Política Criminal das Perseguições Religiosas na Idade Média e na Renascença

Questão: Há confusão na utilização do termo Inquisição com as práticas medievais e da Renascença da Reforma e da Contra-reforma, nos períodos entre a Idade Média até início do século XIX. A Inquisição foi prática da Igreja Católica com referências jurídicas a partir do século XIII, mas a partir do século XV as perseguições a certos grupos tem explicação nas práticas de certos grupos que professavam a Reforma,

como os jansenistas, luteranos, calvinistas e huguenotes, bem como dos humanistas renascentistas e Iluministas.

Questão 2: O *Malleus Maleficarum* teve repercussão para além da Igreja. Por que teve autoridade de dizer o direito por tanto tempo? De onde vem seu poder de persuasão?

Aspectos Gerais:

- 1 - objeto - prática de perseguição de grupos religiosos por motivação religiosa e/ou política
- 2 - objetivo - paz cristã, universal e perpétua; demonização por conveniência política e econômica, controle social para possuir o monopólio da interpretação do cristianismo, de Deus
- 3 - sujeitos:
 - ativos - grupos religiosos politicamente com poder para controle social
 - passivos - grupos religiosos/políticos minoritários críticos ao monopólio da verdade religiosa/cristã, mulheres (sexualidade), praticantes de religiões pagãs diferentes e mais antigas, com ritos distintos do cristianismo, cristãos dissidentes: cátaros, burgomilos, albineses
- 4 - várias ondas, em vários períodos:
 - Igreja Católica, (séculos XII/XIX): perseguição de heréticos
 - Reforma protestante e jansenistas (XVI/XIX): perseguição por parte dos eleitos pela graça/ pecado, sexualidade
- 5 - contexto histórico:
 - recriação da imprensa com caracteres móveis em chumbo por Gutemberg no final do século XV, com a produção em escala da Bíblia,
 - período de medo do fim do mundo, da caça às bruxas, das rebeliões populares, de conflitos entre Igreja, Reforma e Contra-reforma e de conflitos e disputas políticas e comerciais entre príncipes, monarcas e Igreja

Aspectos jurídicos-penais:

- 1 - Bula Papal, século XIII:
 - separação entre direito e religião

- ruptura com os tribunais pagãos: Julgamento de Deus e práticas das ordálias
 - presunção de inocência: modo de prova e tratamento do réu
 - determinação da confissão como a rainha das provas
 - juiz perde o monopólio de dizer o direito/da íntima convicção
 - tormentos, torturas e suplícios como meios de extração da confissão (direito romano)
 - morte na fogueira para purificação da alma
 - documentação dos atos
 - delação, confisco de bens
 - quanto mais perto de Roma, menos julgamentos e mais tolerância
- 2 - *Malleus Maleficarum* / Martelo ou Martírio das Feiticeiras:
- principal instrumento de perseguição, editado no século XV (séculos depois do início da Inquisição da Igreja)

Malleus Maleficarum

- 1 - *Malleus Maleficarum* / Martelo ou Martírio das Feiticeiras:
- principal instrumento de perseguição, editado no século XV (séculos depois do início da Inquisição da Igreja)
 - autoria: monge dominicano H.Kramer (J.Sprengler era mais conhecido havendo dúvidas sobre sua participação)
 - instrumento jurídico para servir de código penal, não redigido dentro da forma do direito canônico, mas contendo três partes: demônio, feiticeiras e feitiçaria; métodos e meios; procedimentos judiciais
 - principais condutas identificadas: atos de feitiçaria, sequestro de recém-nascidos, imposição de doença, cura de doença, atos de canibalismo, destruição de colheitas, poder de adivinhação, provocação de catástrofes na natureza
 - principal questão presente no livro é a sexualidade em relação às mulheres
 - suspeição ligada à pobreza: a camponeses, ao campo, doentes mentais, mendigos, mulheres
 - século XVI - jansenismo e a graça de Deus
- 2 - caso das Bruxas de Salem/EUA:
- século XVII, 1692
 - crianças foram consideradas vítimas de feiticeiras
 - suspeitos todos os que defenderam sua honra, colocando em dúvida o poder dos juízes

Inquisição

A Inquisição corresponde a um modelo de política criminal que se edificou na Alta Idade Média até a Modernidade. São identificadas práticas, na América Latina, por exemplo, até o século XIX (Baigent; Leigh). Cabe ressaltar, contudo, que a Inquisição que nos interessa, por ter vinculação com a identificação do homem no centro de medidas e procedimentos que vão contribuir para o processo de humanização do processo penal, é a da Igreja Católica, que teve forte presença no século XIII, por meio de registros papais. Houve, contudo, a Inquisição reformista, que não nos serve de referência na identificação da construção de uma política criminal consistente, que tenha de algum modo trazido procedimentos e medidas no campo do processo penal (Paraguassu, 2011). Aquela Inquisição caracterizou-se pela perseguição aos hereges, mormente aos dissidentes de Igreja católica em termos políticos, de não sujeição à doutrina cristã, praticantes de religiões pagãs, diferentes, mais antigas, com ritos distintos do Cristianismo. O tribunal eclesiástico, durante a Alta Idade Média, vai buscar punir aqueles que tinham uma postura contrária aos dogmas da Igreja, de resistência ao poder político e econômico, muito mais do que propriamente o viés religioso, que mais se identifica à Inquisição reformista (Sigaut).

Em termos ideológicos, a Inquisição representava a perseguição aos não cristãos, dentro de uma doutrina que tem uma visão de que o mundo é divino, governado por Deus. A realidade deve representar o mundo das ideias, divino, que só pode ser acessado pela fé, só pode ser compreendido pela fé. E nesse sentido, o homem que a professa é o cristão, que expressa a vontade divina. O crime, o erro, o pecado, existem na ausência da presença de Deus, uma vez que Deus só havia feito o bem, o acerto, o correto. O indivíduo, o homem que está no erro, assim está por vontade própria. Precisa, então, ser educado para compreender a verdade. Neste enquadramento estavam, na Alta Idade Média, os cátaros,

uma espécie de grupo de dissidência, que professava um certo purismo como a verdadeira expressão do Cristo, que era pobre. Rechaçavam a riqueza e o poder da Igreja. Assim como os cátaros, também estavam os burgomilos e os albineses, que foram perseguidos e mortos, sendo estes representantes da cidade de Albi na França, exemplo que teve sua população condenada (Baigent; Leigh). Em termos de expressão política, pode-se dizer que esta é também a razão pela perseguição que sofreram, uma vez que sua oposição à Igreja, de menor conotação teológica, implicava numa resistência política.

A Bula Papal de 1215, de Inocêncio III, sistematizava a perseguição aos hereges, porém pode ser entendido que havia toda uma estrutura teórica que embasava tais práticas, representando e configurando o princípio de presunção de inocência (Paraguassu, 2011). Esse princípio é identificado porque havia um quadro teórico que o construía como modo de prova e tratamento do acusado. Isto porque tal Bula determinava que a confissão era a "rainha das provas" e para tanto, o juiz precisava garantir um processo justo por meio da presunção de inocência como um tratamento que representava modo de prova. O juiz não podia ter a íntima convicção sobre a culpa do acusado, precisando, portanto que a prova fosse demonstrada, num contexto em que a justiça era transcendente ao homem e que ele precisava ser posto livre do pecado. Sendo assim, era exatamente em nome da presunção de inocência que era preciso ter a prova, posto que o juiz não podia ter a íntima convicção e a prova por excelência era a confissão. Uma confissão libertadora dos pecados do homem, numa perspectiva de uma justiça transcendente. Portanto, a "Questão" é o nome do procedimento para extração da verdade, ou seja, modo de prova e tratamento do acusado, que na prática se fazia por meio da tortura, uma vez que o homem gozava do princípio da presunção de inocência (Hunt)

A presunção de inocência, que pode ser encontrada no brocardo jurídico *in dubio pro reo* de Ambrósio (século IV), representa tanto modo de prova, quanto tratamento do acusado. Em

sistemas jurídicos anteriores, se pode dizer que o princípio já existia. No sistema acusatório da vingança privada na forma do “Tribunal de Deus”, com a aplicação das ordálias, também a inocência era um princípio posto em que acusado e vítima gozavam desse benefício (Foucault, 2005). Ambos passavam por tal sistema de prova.

No sistema inquisitivo da Igreja católica era exatamente porque a inocência era presumida que o juiz não tinha juízo antes da coleta das provas, cujo método eram os tormentos ou a “Questão” para que o indivíduo fosse salvo, tivesse sua libertação da escravidão a que estava sujeito pelo pecado, pelo erro, que uma vez confesso estaria o indivíduo liberto. Este sistema sofrerá declínio, na medida em que se caminha para a Renascença. Já a perseguição ou a caça às bruxas ou feiticeiras terá seu auge, principalmente, entre os séculos XVI-XVII atingindo milhares de pessoas, em grande maioria de mulheres (Sigaut, 2013). Não obstante, tal perseguição foi feita pelos reformadores. Dissidência da Igreja, a Reforma será orientada por diversos grupos, sendo os mais conhecidos os luteranos, calvinistas e huguenotes.

Um grupo de forte atuação na França entre os séculos XVII e XVIII foi o jansenismo, idealizado por teólogo, com o nome que deu origem, Cornelius Jansenius (Jansenius), que durará até o século XIX. Desse grupo, faziam parte vários iluministas, humanistas e juristas. Jean Bodin, Cesare Beccaria, Pascal, teriam feito parte de tal grupo. O jansenismo, diferentemente do catolicismo, acreditava que apenas um grupo era tomado pela graça divina. O catolicismo, entretanto, porque considerava que qualquer um podia ser convertido à fé cristã, aplicava o pagamento de indulgência para a salvação da alma.

As figuras mais perseguidas eram mulheres e por bruxaria, posto que era um mundo em transformação em pleno Renascimento ainda às vésperas da Modernidade, que se avizinhava, com o surgimento da imprensa, com a tradução e a publicação da Bíblia por Lutero. Cidades estavam surgindo no encontro entre caminhos dos mercadores, conflitos entre religiões que buscavam o

reconhecimento do poder de dizer, de definir Deus. Mulheres do campo, que tinham uma vida menos pré-determinada que as mulheres das cidades (Muchembled, 2007) que estavam surgindo, eram as principais atingidas pela acusação de bruxaria. O aumento da caça às bruxas por tribunais seculares mostra que havia confusão entre religioso e político: "sem a mobilização desse poder secular, a grande caça às bruxas teria sido uma sombra do que foi" (Levack, 1998, p80). No final do século XV, Sprenger e Kramer, este um padre alemão atormentado pela ideia de pecado, muito possivelmente, preso em psicose, elaborou um manuscrito para servir de base à perseguição principalmente dessas mulheres, mormente pela preocupação com a sexualidade, o *malleus maleficarum* (Sprenger e Kramer, 1494), que foi criticado pela própria Igreja.

O jansenismo foi uma das expressões do iluminismo, que mostra a ascendência ou emergência de uma perspectiva de mundo que vai se projetar na Revolução Francesa, uma revolução liberal, que teve como principal referência o homem em seus direitos, sem que os que ensinam sobre tal período deixassem mais em evidência a perspectiva da relevância do mercado como contexto de veiculação de tais direitos, como já havia sido apontado pelo ministro Turgot do reinado de Luis XV (Sigaut).

O jansenismo foi um movimento cultural, político e social, fazendo parte da elite intelectual e econômica francesa, bastante presente no Parlamento de Paris (Sigaut). Representa uma crítica à estrutura mundana, tendo um olhar negativo sobre o mundo, olhar pessimista sobre o homem. Deus estaria no centro do processo de salvação, sendo o homem secundário, pois só faz o mau. Isto porque só é capaz de fazer o bem, segundo tal doutrina, o homem que é escolhido por Deus que lhe faz recair a graça, como um predestinado. Sendo assim, havia uma concepção de determinismo, em oposição a uma percepção de que o homem fosse capaz de exercer o livre arbítrio.

Trata-se de uma doutrina anti-humanista, para a qual o homem está predestinado ao mal. Corresponde a uma visão

narcísica negativa, afastando o homem do mundo da vida, da política, retido em um moralismo purista, permitindo, em contrapartida, o entendimento de que o homem nunca está pronto, e assim, a espera de um salvador, um libertador, do populismo que se impõe pelo medo. O Marquês de Pombal repercutiu tal doutrina no Brasil (Melo, 2014) do século XVIII, com consequências importantes num país que foi dirigido pelas Ordenações Filipinas até 1830, portanto o mesmo instrumento jurídico que se estendeu desde 1603.

A doutrina jansenista criou uma mentalidade no país que permite até hoje a gestão do desejo da população pelo que é ditado de fora, por uma certa aceitação de um determinismo que desqualifica o homem em dirigir seu próprio destino. Vigora uma certa perspectiva de que virá um salvador, um certo medo, uma autoestima baixa, um sentimento de incapacidade. O que permite, por sua vez, doutrinas, como as que vemos hoje de vieses marxistas, sob o título de socialismo, com grande aceitação. Não obstante, *en revanche*, parece que o país está voltando seu olhar para fora da caverna, como o fizeram os homens presos na caverna de Platão, em sua *República*.

2.1 - 4 - Humanismo na Renascença

O primeiro a escrever sobre a dignidade do homem foi Pico della Mirandola, título do seu livro, no ano de 1486. Aqui são identificados dois autores que escreveram a relação do homem com o poder.

Maquiavel e a relação entre lei e força/guerra

(...)para conhecer a natureza dos povos é mister ser príncipe, e para conhecer a dos príncipes é mister ser povo.

Maquiavel viveu entre o final da Idade Média e no início da Renascença, logo entre o final do século XV e início do século XVI, tendo tido a experiência do homem no poder, razão pela qual voltou-se a escrever sobre a tese do conflito na relação entre natureza humana e violência. Neste sentido, buscou o que considerava a verdade efetiva, numa perspectiva realista. Esta teria a pretensão de representar uma ruptura com a filosofia cristã, com a volta da tradição greco-helênica.

No capítulo XVIII do seu livro *O Príncipe*, Maquiavel apresenta uma reflexão sobre a necessidade do governante respeitar os acordos, o que nos aponta a importância ao respeito à lei e no campo das relações entre os governantes, dos então reinos e cidades, e mais à frente dos Estados, do respeito ao Direito. O homem respeita a lei, enquanto o animal age em função da força, escreve o autor. Considera que o homem prudente vai buscar o equilíbrio entre ambos e fará uso da força, quando necessário. Nesse caso, estará agindo o homem, o governante, que age segundo o que chamava de *virtù*, ou seja, a capacidade de lidar com as necessidades que o poder exige para bem governar e segundo suas chances, oportunidades ou o que chamava de *fortuna*.

Os Estados divididos entre repúblicas e principados:
Principados:- hereditários, mistos

os homens devem ser ou mimados ou exterminados, pois se podem vingar-se de ofensas leves, das graves não conseguem fazê-lo. Dessa maneira, a ofensa deve ser de tal ordem que não se tema a vingança. (p 43)

todo príncipe prudente deve agir: não apenas prover o presente, mas antecipar casos futuros e premunir-se com muita perícia, de modo que se possa facilmente lhes dar corretivo, e não permitir que os fatos se esbocem, pois se assim for o remédio não chega a tempo, e a doença torna-se incurável (p 45).

o tempo leva consigo todas as coisas, e pode transformar o bem em mal e o mal em bem. (p 45).

Três maneiras de preservar a posse de Estados acostumados a governar por leis próprias: devastá-los, morar neles ou permitir que vivam com suas leis (p 53):

nas repúblicas, há mais vida, o ódio é maior, como maior é a vontade de vingança. Não permitem, nem podem permitir, que a memória da antiga liberdade descanse. Para preservar uma república, então, o melhor caminho é destruí-la ou habitá-la pessoalmente.(p54)

quem se torna príncipe apenas pela fortuna pouco se esforça, evidentemente, mas a preservação é muito penosa. Nenhuma dificuldade enfrenta para chegar ao posto, porque voa até ele; depois da chegada é que sucede toda espécie de dificuldade.(p59)

Dos que conquistaram o principado pelo crime - há dois modos de tornar-se príncipe, os quais não podem ser atribuídos inteiramente à fortuna ou ao valor. (...) São esses os dois modos: ascender ao principado pela perversidade, por meios criminosos, contrários às leis humanas e divinas; e vir a ser príncipe pelo favor dos compatriotas.(p 67)

"Aquele que se faz príncipe pelo favor do povo deve permanecer amigo dele, o que não oferece dificuldade, pois este quer simplesmente não receber opressão. Mas o que ascender ao principado contra a vontade do povo, por favor dos poderosos, deve, em primeiro lugar, conquistar o povo(p 75)

Concluirei apenas que, a um príncipe, é necessário que o povo devote amizade; senão, irá fracassar nas adversidade. (p 75)

Das espécies de milícia e dos soldados mercenários - E os principais fundamentos dos Estados, sejam eles novos, velhos ou mistos, são boas leis e boas armas. E, como não é possível haver boas leis onde não há armas boas, e onde existem boas armas é conveniente que existam boas leis, falarei apenas das armas (p 85).

Um dos pais do Humanismo Jurídico, talvez o principal deles, Étienne de la Boétie viveu no século XVI, no Renascimento, uma vida curta, mas marcada pelo brilhantismo, representado no seu Discurso da Servidão Voluntária ou Contra Um, escrito entre 16 e 18 anos de idade.

Tema instigante, pois como podemos entender ser uma servidão voluntária, se somos inculcados com uma estrutura mental que anula os conceitos de ambos vocábulos, quando em relação?

Boétie descreve seu contexto histórico, porém indiretamente, referindo-se à antiguidade clássica. Em pleno período de conflitos político-religiosos entre disputas de poder entre grupos religiosos católicos e protestantes, prega a resistência contra a tirania sem violência, mas não só pregou como teve uma postura neste sentido, pois, como conselheiro do Parlamento de Bordeaux, intercedeu na mediação de tais conflitos. Viveu na era dos Médicis, de Carlos V e Francisco I, período complicado por perseguições, mortes e regras discriminatórias, como o Édito de Fontainebleau, com pena de morte para os considerados heréticos protestantes, ou a Câmara Ardente de Henrique II, que atuava como um tribunal especial para julgamento com morte para os hereges huguenotes, protestantes em França.

Em linhas gerais, considerava que a tirania só existe porque o povo se submete. Ressalta que a submissão é entendida de três formas, a saber, por hábito, preguiça ou interesse, formas estas relacionadas a três tipos de tirania, portanto, por guerra, hereditariedade e eleição.

Para compreender Boétie é necessário estudar o Renascimento, o conflito entre católicos e protestantes, que vai culminar com o Pacto de Westphalia, como também os aspectos políticos presentes na formação do Estado Nação. E compreender seu trabalho permite trazer, para a atualidade, o entendimento dos conflitos hoje relativos ao Estado Democrático de Direito.

A desobediência civil e demais formas de resistência ao poder totalitário tem suas bases em Boétie.

Referências bibliográficas para leitura:

- AQUINO, Tomas. *Suma teológica*. http://www.totustuusmariae.com.br/upload/suma_teologica.pdf
- ARISTÓTELES, *Ética de Nicômaco*. SP:Atena, 1944
- ARISTÓTELES. *Política*. Os pensadores. SP: Nova Cultural.
- BAIGENT, Michel; LEIGH, Richard. *A Inquisição*. Rio de Janeiro: Imago, 2001.
- BART, Jean. *Histoire du droit*. Paris:Dalloz,1999.
- BOÉTIE, Etienne de la.*Discurso da servidão voluntária*. SP: Martin Clairet,2009.
- CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Paris: Puf, 2000.
- CEREJEIRA, Manuel Gonçalves. *Idade Média*. Coimbra: Coimbra Editora, 1936.
- COHN, Norman. *Démonolâtrie et sorcellerie au Moyen Âge*.https://www.hommes-et-faits.com/Livres/lb_Cohn_01.htm
- DEL PRIORE, Mary. *Histórias íntimas – sexualidade e erotismo na história do Brasil*.2ª.ed. São Paulo:Planeta, 2014.
- DOUAIS. *L'Inquisition - ses origines, sa procédure*. Paris: Librairie Plon, 1906. Bibliothèque Saint Libère. www.liberius.net
- DUBY,George. *An 1000,An 2000 sur les traces de nos peurs*.Paris:France Loisirs, 2001.
- FOUCAULT, Michel. *As verdades e as formas jurídicas*. RJ:Ed. Nau, 2005.
- GASTALDI, Viviana. *Direito penal na Grécia Antiga*. Florianópolis:Fundação Boiteaux,2006.
- GIORDANI, Mario Curtis. *História do direito penal - entre os povos antigos do Oriente Próximo*. RJ: Lumen Juris, 2004.

- GODMAN, Peter.. *Histoire secrète de l'inquisition*. Paris: Ed.Perrin.
- HUNT, L. *A invenção dos direitos humanos – uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- JANSENIUS, Cornelius. *Discurso da reforma do homem interior*. SP:Filocalia, 2016.
- KRAMER, Heirich & SPRENGLER, Jacob. *Malleus maleficarum. (O Martelo das Feiticeiras) de 1484*. 7^a.ed.SP: Ed Rosa dos Tempos, 1991.
- LEVACK, Brian. *A caça às bruxas na Europa moderna*. RJ: Campus, 1988.
- MANDROU, Robert. *Magistrat et sorciers en France au XVIIIè siècle*. Paris: Puf.
- MELO, Amarildo José de. *Jansenismo no Brasil – traços históricos de uma Moral rigorosista*. SP: Ed. Santuário, 2014.
- MAQUIAVEL. *O Príncipe*. Os pensadores. SP: Ed. Nova Cultural.
- MUCHEMBLED, Robert. *O orgasmo e o ocidente: uma história do prazer do século XVI a nossos dias*. São Paulo: M. Fontes, 2007.
- SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia – secularização e crise no pensamento jurídico*. Belo Horizonte: DelRey, 1993.
- SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. Os pensadores. SP: Ed. Nova Cultural, 1999.
- SIGAUT, Marion. *La marche rouge – les enfants perdus de l'Hôpital Général*. Essai. France: Babel, Actes Sud, 2008.
- _____. *La chasse aux sorcières et l'Inquisition*. Conferência em 2013. https://www.youtube.com/watch?v=dD_J-dSG9_4. Acesso em março, 2018.
- _____. *IV- Le jansénisme au Grand siècle*. In: De la centralisation monarchique à la Révolution bourgeoise. Egalité et Réconciliation. www.egaliteetreconciliation.fr
- _____. *V- La chasse aux sorcières*. In: De la centralisation monarchique à la Révolution bourgeoise. Egalité et Réconciliation. www.egaliteetreconciliation.fr
- PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. SP: Nova Cultural.

_____. *República. O mito da caverna.*

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito.* SP: Martis Fontes, 2003.

SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia - secularização e crise no pensamento jurídico.* Belo Horizonte: DelRey, 1993.

2.2 - Notas sobre problemas do direito penal, condutas e excludentes

2.2 - 1 - Direito penal ocidental contemporâneo: significação, finalidade e funções

O direito é um fenômeno cultural, sendo forjado dentro da relação tempo-espço. Não obstante, existe uma estrutura comum em todas as sociedades composta por infrações, desvios e sanções, portanto, as invariantes.

O direito penal faz parte das entranhas das sociedades, forjado pelos seus imaginários sociais (mito, ideologia e religião). A Revolução Francesa se inscreveu no cenário da história como ruptura entre duas ordens jurídicas, rompendo com aquela que era fundada em princípios teológicos de pensadores como Agostinho e Tomás de Aquino. O Iluminismo, uma das principais correntes filosóficas que está no cerne da RF, compreendia que o conhecimento é produzido por meio da razão, despidendo-o do elemento religioso. Não obstante, em sua pretensão de tirar a religião e os desígnios do Deus do cristianismo católico da ordem jurídica, terminou por inaugurar pretensamente uma fase laica, que, por sua vez, aportou outro imaginário, a ideologia, assim como os desígnios dos deuses da dita laicidade, dentre os quais Rousseau, Voltaire, Kant, Marx, Lênin, Trotsky, Foucault...e tantos outros.

Aqui é apenas citada a ordem jurídica ocidental, considerando a incapacidade do autor de abordar legitimamente sobre a hermenêutica dos princípios fundamentais das demais tradições

jurídicas, como a do islamismo, muito embora saiba que tal tradição possua valores como liberdade, igualdade e fraternidade. De todo modo, cabe considerar que a ordem jurídica ocidental se construiu hegemonicamente. A contemporaneidade ocidental da ordem jurídica se reconhece detentora da legitimidade, haja vista estar presente nos instrumentos jurídicos que se inscrevem no cenário internacional no pós-II Guerra Mundial, mormente tomando por base a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Contudo, isso não significa que seja constituída de forma legítima, uma vez que a ONU, produtora desses instrumentos jurídicos, não tem uma estrutura interna que permita considerar uma produção normativa democrática. Pelo contrário, fora o próprio discurso, tem cada vez mais se configurado como instância de poderes políticos e econômicos hegemônicos transnacionais. Volta-se à criação de um quadro normativo, não raro intervindo das nações impondo seus próprios padrões morais, segundo seus interesses e portanto, de lobbies econômicos não claramente identificados, mas na prática, em termos da resolução de conflitos, mormente os bélicos, tem tido um desempenho questionável, gerindo apenas tais conflitos através de empresas internacionais desses mesmos grupos hegemônicos. Esse quadro se configura num problema conhecido como globalismo, que não será aqui analisado. O humanismo jurídico nessa realidade é fragmentado.

O direito penal visa atender às necessidades do passado, do presente e do futuro, de modo a coibir, evitar, conter condutas que tornem inviável a vida em sociedade. Por sua vez, medidas de política criminal devem atuar no tempo e no espaço, de modo a evitar que o direito penal seja adotado fora da compreensão de que seja uma medida de *ultima ratio*. Neste sentido, medidas outras devem ser buscadas, estudadas e aplicadas, de modo a que o direito penal seja apenas lembrado subsidiariamente àquelas, ou no máximo de forma complementar.

A prevenção, uma das finalidades do direito penal, no cerne das razões e fundamentos da pena, deve ser identificada dentro da

perspectiva das diversas medidas que contribuem para demover o indivíduo do intento de cometimento da conduta ilícita.

O enquadramento de forma preventiva da conduta humana se dirige em respeito às regras, enquanto que, em sentido oposto, a conduta se divide entre desvio e crime. O desvio está em contradição com a normalidade e o crime se opõe à normatividade. O conhecido "jeitinho brasileiro", que em termos de manifestações artísticas pode ser uma expressão do desvio próprio da criatividade, do entusiasmo para manifestação de novas experiências, não obstante pode também se manifestar como certas permissividades, nada criativas, que vão agindo no corpo social como verdadeira infiltração, minando os valores da sociedade até que a estrutura se fragiliza ou desmorona. Neste caso, o risco de tornar-se a expressão de um individualismo oportunista, violento, egoísta, é potencial.

O jeitinho é uma expressão relativista, enquanto que o respeito às regras sociais é expressão do universalismo, encontrado em toda ordem jurídica social. Uma das expressões relativistas está no "discurso da vítima", que contemporaneamente, em nossa sociedade, tem sido a válvula de escape para que indivíduos e grupos sociais tirem de si mesmos qualquer responsabilidade sobre seus atos que se contrapõem às regras definidas no ordenamento jurídico. Neste sentido, a primeira postura daquele que busca exercer sua cidadania é a de se por contrário à vitimização, e então, cambiando sua compreensão para a não aceitação da mesma e reforçando o discurso da responsabilidade.

A assunção da responsabilidade está no cerne da filosofia liberal, considerando que o humanismo Iluminista enfatizou a centralidade do homem como sujeito na construção do conhecimento por meio da razão. A capacidade de pensamento, de construção do conhecimento, de fazer escolhas é próprio do homem, como ato de vontade, de exercício da liberdade. A humanidade tem a capacidade do exercício da liberdade, inclusive, de fazer escolhas, seja no sentido de respeito às regras, seja pela prática do desvio, seja pela prática do crime.

São exemplos do jeitinho na sociedade brasileira: obter vantagens nas filas, não exigir nota fiscal, dirigir automóvel falando ao celular, parar na vaga do portador de necessidade especial, consertar a lataria do carro na oficina não-autorizada, comprar em camelôs produtos importados(não-regulares). Evidentemente, isso é apenas uma mínima expressão de práticas sociais bastante criticáveis, se quisermos pautar uma sociedade ética. Os jeitinhos forjam nos indivíduos a falsa ideia de que sempre é possível resolver seu problema burlando regras, os direitos dos demais membros da sociedade. Neste sentido, a sociedade é jogada em uma série de problemas, conflitos que não precisavam ter sido criados. O judiciário está abarrotado de processos, considerando que a sociedade, ao invés de buscar a autocomposição, ou seja a conciliação e a mediação, termina por criar tensões que, dada a dimensão tomada, resta a heterocomposição.

Na década de 1980 se falava na necessária luta contra o crime do colarinho branco. Hoje, se pode ver que isso já é uma realidade. Não obstante, não é a aplicação da pena mais severa que inibe ou previne o crime de forma geral, mas a certeza da punição. A luta de todos deve ser contra a impunidade. Perspectiva que está inscrita como referência da ordem jurídica das "nações civilizadas"(artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça).

O direito penal aponta duas funções básicas, que possuem dimensões que permitem desdobramentos para a sua compreensão. Sendo assim, a pena tem a função retributiva, dentro de uma perspectiva de uma justiça corretiva ou comutativa de Aristóteles, bem como a função preventiva, de forma a ser consubstanciado o justo meio. Como desdobramento dessas funções, deve ser considerada a da reinserção ou ressocialização, que possui potencial contradição.

A função preventiva, por sua vez, desdobra-se de forma geral ou especial. A geral deve ser entendida no sentido de servir de referência a todos na sociedade, enquanto que a especial é destinada ao próprio condenado.

Para que a pena cumpra tal papel preventivo, em nível geral, necessário é que não só ocorra dentro do momento social em que o crime foi feito, digamos, dentro da mesma geração, mas que tenha uma repercussão social suficiente e necessária, de forma a que sirva de paradigma para as condutas da população.

Neste sentido, é preciso que a pena sirva de referência para mudança de comportamentos. A população não deve considerar, em meio aos processos de socialização assim como os meios formadores de opinião, que certos comportamentos devem ser tolerados como se fizessem parte da cultura, como é o caso do tal "jeitinho brasileiro". Este é aquele que justifica que podemos fazer quaisquer "coisinhas" para obtermos "vantagens", sendo consideradas estas como "inofensivas". Na medida do tempo, o indivíduo perde a noção do que eticamente deva ser considerado, por atender à perspectiva do bem comum.

2.2 - 2 - Conduta criminosa

A questão se o homem é o ser do desejo, ou se é o ser da necessidade está na ordem do dia. Dissertando sobre violência, desejo e cidadania, Jorge Forbes, médico psiquiatra, em seu livro "Você quer o que deseja?", ensina o seguinte:

Na tentativa de refletir sobre a barbárie, e talvez buscar uma resposta, eu diria que existem duas teses fundamentais, as quais disputam a explicação da base da violência: a tese da harmonia e a tese do conflito. Os que defendem a primeira tese, a da harmonia, entendem que o homem tende naturalmente à harmonia. Se há violência, é por um desequilíbrio dessa harmonia natural. A segunda tese diz que o homem tende ao conflito e que, se há violência, é por uma falha na administração do conflito. A primeira tese, a harmônica, é sustentada por uma ideia de compatibilidade possível entre o homem e a civilização. A segunda tese, a conflituosa, sustenta-se na ideia de que há sempre um "resto" na relação do homem com a civilização. Resta sempre alguma coisa para o homem desejar. É um resto promotor do desejo. A tese do

conflito é a tese do desejo. A tese harmônica, por sua vez, é a da necessidade, contrapõe-se à do desejo. É utilitarista.

O delito também é identificado como crime ou tipo penal. O delito ou crime é analisado a partir de três elementos: fato típico, ilícito ou antijurídico e culpável. A culpabilidade ao integrar o conceito de crime, identifica o elemento culpável como pressuposto do crime. Ao não ser encontrada a ilicitude, também não estará presente o elemento culpável. Sendo o delito analisado apenas a partir de dois elementos, portanto, como fato típico e ilícito, a culpabilidade passa a ser considerada na aplicação da pena.

Vejam no caso em que uma conduta é feita por indivíduo com capacidade penal, portanto, com discernimento, mas que na situação concreta não estava em condições de agir conforme o seu discernimento, em razão de uma coação irresistível. A situação sendo descrita como típica e ilícita, não merece a imposição de pena.

A conduta criminosa atinge a bens, direitos e liberdades criando um desvalor e um injusto, além de colocar em questão a vigência do sistema legal, e portanto, toda a sociedade.

É preciso considerar que até que se tenha demonstrada, durante o processo penal, a culpabilidade do acusado, por sentença judicial, o acusado goza do status de inocência, que se configura em princípio que estabelece modo de prova e tratamento do dito acusado. De tal forma, a vítima só tem a condição como tal definida a partir da mesma sentença, pois do contrário não se poderia constituir um princípio da presunção de inocência. O que se tem, portanto, é o casal penal, que deve ser entendido contendo as partes no processo e devendo ser considerado que o artigo 59 do CP afirma que o juiz, para aferir a culpabilidade e aplicar a pena deverá levar em conta diversos fatores: personalidade e antecedentes do agente, motivos e condições do crime, bem como a participação da vítima no crime.

A responsabilidade penal corresponde à imputabilidade penal - (artigo 26). Para que o indivíduo sofra as consequências da aferição

da culpabilidade e por conseguinte, seja passível de pena ou sanção penal, logo de responsabilidade penal, o que necessariamente implica em ser alguém que tenha capacidade penal. A capacidade penal é constituída por dois elementos: o indivíduo precisa ter discernimento e agir conforme o discernimento. Imputabilidade envolve questões como a capacidade de compreender a ilicitude de seu ato e a de ajustá-lo de acordo com esta compreensão.

a) indivíduo - capacidade penal - imputável:

- discernimento

- ação conforme o discernimento

obs: emoção e paixão - artigo 28 I (vide:homicídio privilegiado)

obs: zona cinzenta - portadores de transtornos de personalidade antissocial, borderline, bipolar

b)inimputável - ausência de capacidade penal:

- o menor de 18 anos (artigo 27)

- os doentes mentais - psicoses (incluindo os dependentes químicos disfuncionais)

- os indígenas que não tem conhecimento básico do idioma nacional

c)semi-imputável

doentes mentais (retardamento incompleto, temporário)

(dependentes químicos funcionais - artigo 28 II)

2.2 - 3 - A conduta no âmbito penal e algumas teorias

1 - Causalista _

a) O observador/pesquisador ocupa uma posição de neutralidade, sua vontade não é compreendida na conduta. A escola penal clássica posiciona o observador em relação à lei dentro de uma compreensão de que a lei produzida pela razão é objetiva, clara e neutra. O positivismo cientificista que inscreve a perspectiva causalista concebe o real atingido pela razão, descrevendo o objeto como ele é (pretensão de objetividade)

b) O autor do crime, da mesma forma que o observador, tem a vontade objetivamente constatada. A conduta idealizada a partir de um livre arbítrio considerado objetivamente e em abstrato.

- c) O livre arbítrio conduz-se pelo respeito às leis, representando que o indivíduo tem uma natureza boa - idealizada. Por sua vez, o crime /criminoso tem natureza ruim - idealizada.
- d) O naturalismo científico do século XIX produziu a escola positiva do direito penal, e outros saberes que contribuíram e contribuem para estudar crime e criminoso, isto é, antropologia, psicologia, medicina, história, botânica, climatologia. O crime é uma doença social e o criminoso é visto como doente social, a ser tratado pelo direito. Medidas de segurança foram criadas para enfrentar a periculosidade e a vadiagem era vista como uma ameaça que impunha perigo em relação a certos agentes, sem serem considerados os problemas da revolução industrial, da mobilidade social do campo para as cidades.

2 - Finalista _

- a) O observador/pesquisador não ocupa uma posição neutra. A vontade consciente sendo considerada na construção da conduta e do saber. O real é atingido pela razão do observador que interfere no objeto com sua subjetividade. O objeto interage com o objeto e dessa forma, o observador constrói o objeto, forja o que é identificado como construtivismo.
- b) autor do crime - a finalidade da conduta do agente é considerada; vontade subjetivamente constatada em relação à conduta idealizada (valores sociais); livre arbítrio considerado objetivamente e em abstrato (lei) e em concreto (o fim); conduta real do caso concreto, porém analisada segundo um padrão, pois não é o padrão moral do criminoso que é considerado, mas o da sociedade.
- c) o crime obedece ao fim de conduta realizada segundo a vontade consciente e livre do agente de forma contrária ao comando da norma. O comportamento de Robin Wood não justifica a ação.
- d) Exemplos para a análise do finalismo: o núcleo do tipo penal é o verbo, ponto de partida para análise da vontade expressa na conduta. No furto (artigo 155 CP) a subtração aparece como elemento equivalente ao roubo (artigo 157 CP), que, porém se distingue daquele, na medida em que o agente pratica a conduta mediante violência ou grave ameaça. A extorsão (artigo 158 CP), por sua vez, é feita também por meio de violência ou grave ameaça, porém a conduta se dá na forma de constrangimento. O estelionato (artigo 171 CP) se configura pela obtenção de coisa por meio da

fraude, enquanto que a apropriação indébita (artigo 168) implica na não-devolução de coisa de que o autor tem posse.

3 - Adequação social _

- a) a conduta do agente é resultado da vontade livre e consciente, com o fim de não obedecer à norma, mas há que provocar uma lesão ou ameaça de lesão - relevância social analisada no caso concreto ex: corrupção, cujo autor devolve o dinheiro, seria desconsiderada a sua punição
- b) justiça, humanidade, prazer, sofrimento não são valores universais, cada povo pode fazer sua avaliação. Em consequência, a possibilidade de criar "naturezas" humanas melhores que outras é um problema que nos remeteria ao século XIX, quando a natureza criminosa estava no âmago dos estudos.

Normatividade

Estando o dolo no tipo penal, a consciência da ilicitude está ligada à culpabilidade e assim, à aferição da pena. Isto reflete a capacidade do indivíduo de estar no estado adulto, capacidade de se conduzir socialmente. A sociedade estabelece limites para o indivíduo, que deve ter conhecimento do caráter ilícito de determinadas condutas, que são definidas como crimes. A consciência da ilicitude é potencial, portanto, aquela que possa ser exigida do indivíduo médio, não um santo ou um herói virtuoso.

Teoria da Acessoriedade Limitada

Posição 1) acessoriedade limitada - O indivíduo menor de 18 anos, inimputável, portanto, não comete crime, mas ato infracional, ainda que a definição da conduta esteja no rol dos crimes ou tipos penais. A conduta tipificada penalmente, cometida por menor, como no caso do furto e sendo a coisa fruto de tal furto entregue ao receptador (receptação), terá como desdobramento uma situação secundária, que é a responsabilização penal do indivíduo maior de

idade de 18 anos que tiver recepcionado tal coisa. Sendo assim, a entrega da coisa furtada, como tal assim tipificada para o caso de imputável, não assimila a extensão entre a situação do menor e a do maior, e portanto, o maior é o receptor como tal discriminado pelo artigo 18o do Código Penal.

Conforme a teoria finalista, estão presentes a consciência, a vontade, o discernimento e a capacidade de agir conforme este discernimento, compreendendo que a procedência é ilícita - relevância social, para efeito da conduta do indivíduo maior de 18 anos.

Posição 2) acessoriedade absoluta - Esta perspectiva desqualifica os elementos da posição 1, considerando que objeto do tipo penal, por exemplo do furto, sendo executado por inimputável, logo por quem não comete conduta criminosa, ao ser passado para a posse ou recebido por outrem, guarda a condição do autor que seria transmitida, portanto, ao receptor. A condição de ato infracional cometido por inimputável, portanto, por menor de 18 anos, termina sendo um acessório na configuração da conduta. ex: artigo 18o CP: "produto do crime" ; ex: compra de peças em oficina não autorizada/irregular, cuja procedência das mesmas seja desconhecida (sem nota fiscal), presumidamente ilícita.

2.2 - 4 - Exemplos de relações entre as excludentes de ilicitude e de culpabilidade

Excludentes de Ilicitude

As excludentes elencadas no artigo 23 Código Penal são: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito.

Legítima defesa: está em legítima defesa de um direito, seu ou de outrem, quem repele agressão, que é injusta porque não provocou, e o faz por uso moderado de meios necessários, repulsa que deve ser atual ou iminente. Neste sentido, tal instituto não se

configura em situação fora de todos os parâmetros presentes no dispositivo legal, tomando, então, por conduta aquela dentro de um tempo real.

Estado de necessidade: está em estado de necessidade e portanto, numa situação de defesa de um direito de necessidade, quem busca salvar de perigo atual, que não provocou e portanto, não podia evitar. O direito de necessidade é próprio ou alheio, interesse legítimo, cujo sacrifício não lhe poderia ser exigido.

Um exemplo de Assis Toledo é a tábua de salvação, em que só podendo ser útil para um dos agentes, que se encontram numa situação de verdadeira disputa, pois ambos tem legitimidade para dela fazerem uso, e de ambos não se pode exigir sacrifício.

Mas o que é sacrifício? O direito penal considera o homem médio, e não o herói do cinema ou dos romances literários. É o comportamento que se encontra em Aristóteles, quando ao referir-se a uma ética, cuja tradução se dá em termos de uma justiça comutativa, aponta a necessidade de se encontrar um justo-meio.

O direito penal, portanto, espera, um comportamento mediano sem arroubos heroicos. Aliás, não podia ser diferente, pois a sociedade pós-moderna, mormente aqui ao sul do equador, matou a etiqueta, como vem matando a ética. Até a gentileza não está na moda. E, ironicamente, certo tipo de feminismo que anda por aí contribuiu pra isso, forçando uma igualdade que leva à eliminação de direitos, que beneficiavam a mulher. Lembremos que a rule of law tinha como premissa a igualdade perante a lei. Hoje, corrente sectária do feminismo elimina a possibilidade de gentileza considerando que ela fragiliza a mulher, mas, então, para que sua tese se realize de forma integral é preciso que o serviço militar seja obrigatório aqui no Brasil também para as mulheres, por uma questão de coerência. No caso do Titanic, lá em 1912, houve uma questão que foi levantada posteriormente para explicar o porquê das mulheres terem tido preferência (dentre aqueles indivíduos que tiveram acesso aos botes) e só mesmo numa sociedade que tinha

valores como honra, que não compõem o pano de fundo da pós-modernidade, que tal poderia ter acontecido.

Por sua vez, quem tem dever legal de enfrentar o perigo não pode alegar que faz um sacrifício: o legislador estimou que aquele que tinha o dever legal de enfrentamento de perigo não poderá alegar estado de necessidade, cf art 24 §1º. O sacrifício, em sua forma relativa. Já quando o sacrifício é plausível, a pena poderá ser atenuada, cf o §2º. Para que seja o sacrifício de um direito ou de um bem exigível, é preciso que seja tal situação razoável.

No caso de busca da efetivação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade: bens diferentes, qual o valor? Tomando alguns crimes e a respectiva afetação a bens jurídicos, que são postos em tensão, encontrados no ordenamento jurídico penal:

- homicídios: vida X vida (integridade física x integridade física)
- vida X patrimônio
- aborto: expectativa de vida (feto tem direitos tais como o da lei 11804/2008 dos alimentos gravídicos) X corpo/ exercício da sexualidade (demanda de certos grupos feministas)
- aborto: vida familiar (direito do homem) X corpo/exercício da sexualidade (demanda de certos grupos feministas)
- aborto: dificuldades financeiras da mulher X expectativa de vida do feto
- roubo, furto, etc: patrimônio X patrimônio (justificativa da pobreza, que quer ter acesso a bens)
- vida X patrimônio (casa x plantação ex: incêndio provocado por invasão feita pelo MST)
- vida (homem - antropocentrismo) X vida (animal - ecocentrismo)
- desenvolvimento (erga omnes - antropocentrismo) X subdesenvolvimento (globalismo - ecocentrismo)
- ordem pública X liberdade individual
- direito à informação X direito à imagem
- liberdade religiosa X direito ao silêncio

Estado de necessidade e inexigibilidade de conduta diversa:

No cerne do estado de necessidade está o direito de necessidade, e portanto, o indivíduo está no exercício de um direito.

O furto famélico pode ser entendido a partir do viés do estado de necessidade. Desse modo, não se pode exigir que sacrifique um direito, tal como o direito à vida, para salvar a vida de outrem, sem ter sido o responsável por tal risco. Se o seu bem jurídico é de valor superior àquele, mas própria tal compreensão.

O estado de necessidade pode ser entendido como defensivo e agressivo. O defensivo - atinge coisa que provocou a situação. Exemplo: indivíduo bate em carro que está em vias de causar um atropelamento. O agressivo - atinge coisa diversa. Exemplo: furto de veículo para salvar a vida de outrem, prestação de socorro.

A inexigibilidade de conduta diversa é um instituto jurídico que coloca em relevo a conjuntura social que intervém na capacidade penal do agente, dificultando a ação dentro dos limites da licitude. Assim como no estado de necessidade, o risco não foi provocado pelo agente, que não podia evitá-lo.

Prevalência da excludente de ilicitude: situações de estado de necessidade são específicas do instituto do rol das excludentes de ilicitude. Duplicidade de excludentes: segundo essa vertente, uma situação que poderia ser interpretada como sendo equivalente ao estado de necessidade, poderia também ser entendida como sendo uma forma relativa ao instituto da inexigibilidade de conduta diversa. Neste sentido, a primeira situação seria uma causa que justifica, enquanto que a segunda seria uma causa que exclui a culpabilidade. Esta última possui amparo doutrinário, diferentemente daquela que tem previsão legal.

Estrito cumprimento do dever legal e potencial consciência da ilicitude

Estrito cumprimento do dever legal:

Está no estrito cumprimento do dever legal, portanto, atuando de acordo com ordem ou estatuto ou lei, país, agente público tal como policiais e militares, como também testemunhas e

empregados. Suas ações definidas em razão das condições próprias e específicas estão portanto, consubstanciadas em valores legítimos, tem em seu fim o cumprimento da lei e a obediência de ordem legal. Em paralelo às demais causas de exclusão da ilicitude, deve ser compreendida, por analogia, dentro de tempo atual ou iminente.

Os excessos, culposos ou dolosos, não são tolerados. Art 23 parágrafo único: o agente responde pelo excesso. Quem tem dever legal de enfrentar o perigo não pode alegar ser um sacrifício. O legislador estimou que aquele que tinha o dever legal de enfrentamento de perigo não poderá alegar estado de necessidade, cf art 24 §1º.

Teoria do domínio do fato

A posição hierárquica é causa necessária mas não suficiente para caracterizar, que numa cadeia de comando haja responsabilidade penal de quem foi o oficial que deu a ordem originária. Há que se ter dirigido e comandado, na posição de destaque na cena da conduta em questão, portanto ter dado a ordem no caso concreto. A autoria não permite a presunção, assim como não há presunção de culpa, pois a autoria deve identificar-se com o comando da ordem, portanto o domínio do fato. Nesse sentido, o domínio do fato se configura em regimes autoritários, em que não há possibilidade sobre o conhecimento sobre a responsabilidade e o ilícito da ordem.

Potencial consciência da ilicitude

O erro de tipo está definido no artigo 20 do CP. O dolo ausente, exclui a ilicitude. A punição ocorre no caso de crime culposos (o tipo penal culposos precisa ser previsto pelo legislador, considerando que o princípio da legalidade, com seu corolário, o princípio da anterioridade, exige que a forma culposa conste do ordenamento jurídico).

O erro de proibição está definido no artigo 21 do CP. O erro sobre a ilicitude do fato, sobre os elementos que constituem a excludente de ilicitude: erro inevitável = isenta de pena; erro evitável = diminui a pena de 1/6 a 1/3. De acordo com o artigo 21 do CP, parágrafo único: evitável é o erro sobre a consciência da ilicitude, quando era possível exigir-se tal consciência. Obs: Veja, acima, o mesmo raciocínio para sacrifício.

A descriminante putativa está prevista no artigo 20 §3º: erro sobre a interpretação da causa como legítima. O agente pensa que está coberto pela excludente de ilicitude. Se o agente age com culpa é passível de punição na forma culposa, caso o crime seja tipificado na forma culposa. Exemplos que podem transitar entre tais teses: ser o caso de situação em que há confusão entre pessoa idônea e meliante, como no caso de furto de uso, ou no caso de aborto por possibilidade de contaminação do feto por rubéola, eutanásia.

Referências bibliográficas para leitura:

AMARO, Mohamed. *Código penal na expressão dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Código penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

ANSART, Pierre.

ARISTOTELES. *Ética de Nicômaco*.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – parte especial*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, v.2.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na constituição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991

COELHO, Walter Marcilgil. Erro de tipo e erro de proibição no código penal. In: GIACOMUZZI, Vladimir.(Org.) *O direito penal e o novo código penal brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 1985.

DWECK, Carol S. *Mindset: a nova psicologia do sucesso*. São Paulo:Ed.Objetiva, 2017.

ESTEVA, Margarita Bonet. *La víctima del delito: la autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto*. Tradução Alfredo Chirino Sánchez. Madrid: McGraw-Hill; Interamericana de España, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – parte especial*. 11^a.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FORBES, Jorge. *Você quer o que deseja?* 5. ed. Rio de Janeiro: Best Seller, 2005.

GIACOMUZZI, Vladimir.(Org.) *O direito penal e o novo código penal brasileiro*. Porto Alegre:Fabris, 1985.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectivas, 1992.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral; teoria constitucionalista do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 3.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Série Ciência do direito penal contemporânea, v. 7).

GRECO, Rogério. *Código penal – comentado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

HULSMAN, Louk. *Pernas perdidas*. Rio de Janeiro: Luam, 1995.

ISRAËL, Nicolas. *Genealogia do direito moderno: o estado de necessidade*. São Paulo: M. Fontes, 2009.

JESUS, Damásio de. *Direito penal – parte especial*.22^a ed.São Paulo:Saraiva, 1999,v.2.

PARAGUASSÚ, Monica. *A transmissão do Hiv.Aids em política criminal*. RJ:Eduff, 2018.

_____.Humanismo jurídico, menor e pedofilia. In: Abreu, Célia (Org.).*Debates sobre Direitos Humanos Fundamentais*. Rio de Janeiro:Gramma, 2017, v 3.

_____. *Presunção de inocência: uma questão de princípio de vingança e de princípio de justiça*. Rio de Janeiro: EdUFF, 2011.

_____. *A política criminal da maioria penal dentro do processo de universalização dos direitos do homem para uma ecopedagogia _ em direito comparado (França-Brasil) e direito internacional*. Anais do COLADRI, Conferência Internacional de Direito Internacional e Relações Internacionais, Belo Horizonte, Minas Gerais, 2007.

RIO DE JANEIRO (Estado). Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro. *Dossiê criança e adolescente de 2007*. Disponível em: <www.isp.rj.gov.br>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro. *Dossiê criança e adolescente de 2013*. Disponível em: <www.isp.rj.gov.br>. Acesso em: 15 jun. 2015.

RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da culpabilidade e teoria do erro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. cap. 1, Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre legitimação das proibições penais. Tem futuro o direito penal?; cap. 2, Teoria da Imputação Objetiva.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

Referências bibliográficas gerais

- ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. São Paulo: M. Fontes, 2011.
- ALTHUSSER, Louis. Aparelhos ideológicos do Estado. in: *Posições 2*. Rio de Janeiro: Graal, 1980.
- AMARO, Mohamed. *Código penal na expressão dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Código penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.
- ANSART, Pierre. *Ideologia, conflito e poder*. Cap. I, São Paulo: Zahar, 1997.
- ARISTOTELES. *Política*. Os pensadores. SP: Nova Cultural.
- _____. *A ética de Nicômaco*. SP:Atena. 1944
- ALTHUSSER, Louis. Aparelhos ideológicos do Estado. in: *Posições 2*. Rio de Janeiro: Graal, 1980.
- BAIGENT, Michel; LEIGH, Richard. *A Inquisição*. Rio de Janeiro: Imago, 2001.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro:Revan, 2002.
- BART, Jean. *Histoire du droit*. Paris:Daloz,1999.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- _____. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar,Eds.2008.
- BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hermes Livraria e Editora.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus, 1992.

_____. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

BOÉTIE, Etienne de la. *Discurso da servidão voluntária*. SP: Martin Claret, 2009.

BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução na França*. (1790). SP: Edipro, 2014.

CAPELATO, Ivan. *O amor na era da sobrecarga*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=WJsH6gwez2c>>. Acesso em: 15 jun. 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – parte especial*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, v.2.

CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Paris: Puf, 2000.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. 17ª ed. RJ: Civilização Brasileira, 2013.

CASTRO, Lola Anyiar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CEREJEIRA, Manuel Gonçalves. *Idade Média*. Coimbra: Coimbra Editora, 1936.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na constituição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

COELHO, Walter Marcilgil. Erro de tipo e erro de proibição no código penal. In: GIACOMUZZI, Vladimir. (Org.) *O direito penal e o novo código penal brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 1985.

COHN, Norman. *Démonolâtrie et sorcellerie au Moyen Âge*. https://www.hommes-et-faits.com/Livres/Ib_Cohn_01.htm

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. SP: Martins Fontes, 2002.

DEL PRIORE, Mary. *Histórias íntimas – sexualidade e erotismo na história do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Planeta, 2014.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 1992a.

_____. *Les grands systèmes de politique criminelle*. Paris: Puf, 1992b.

- _____. *Le flou du droit*. Paris: Puf, 1986.
- _____. *Cours: Sens et non-sens de l'humanisme juridique - Humanisme et humanisme juridique: naissance et métamorphoses du mythe da cátedra Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*. Collège de France, Paris 2010/2011. Disponível em: <<http://www.college-de-france.fr/site/mireille-delmas-marty/course-2011-01-05-14h00.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2015.
- DONNICI, Virgílio. *A criminologia na administração da justiça criminal*. São Paulo:Saraiva, 1992.
- DOUAIS. *L'Inquisition - ses origines, sa procédure*. Paris: Librairie Plon, 1906. Bibliothèque Saint Libère. www.liberius.net
- DUBY,George. *An 1000,An 2000 sur les traces de nos peurs*.Paris:France Loisirs, 2001.
- DWECK, Carol S. *Mindset: a nova psicologia do sucesso*. São Paulo:Ed.Objetiva, 2017.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. SP:Martins Fontes, 2005.
- _____. *Levando os direitos a sério*. SP: Martins Fontes, 2002.
- ESTEVA, Margarita Bonet. *La víctima del delito: la autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto*. Tradução Alfredo Chirino Sánchez. Madrid: McGraw-Hill; Interamericana de España, 1999.
- FERRAJOLI,Luigi. *Derecho y razón - teoría del garantismo penal*. Espanha:Ed Trotta, 2005.
- FERRY, Luc. *A nova ordem ecológica*. SP:Ensaio, 1994.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – parte especial*. 11ª.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FORBES, Jorge. *Você quer o que deseja?* 5. ed. Rio de Janeiro: Best Seller, 2005.
- FOUCAULT, Michel. *As verdades e as formas jurídicas*. RJ:Ed. Nau, 2005.
- _____. *História da sexualidade I - A vontade de saber*.6ª.ed. SP:Paz e Terra, 2017.

- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – parte especial*. 11^a.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GASTALDI, Viviana. *Direito penal na Grécia Antiga*. Florianópolis:Fundação Boiteaux,2006.
- GIACOMUZZI, Vladimir.(Org.) *O direito penal e o novo código penal brasileiro*. Porto Alegre:Fabris, 1985.
- GIKOVATE, Flávio. *Sexo*. 4. ed. São Paulo: MG, 2010.
- GIORDANI, Mario Curtis. *História do direito penal - entre os povos antigos do Oriente Próximo*. RJ: Lumen Juris, 2004.
- GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. São Paulo: Editora Unesp, 1990.
- GODMAN, Peter.. *Histoire secrète de l'inquisition*. Paris: Ed.Perrin.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectivas, 1992.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral; teoria constitucionalista do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 3.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Série Ciência do direito penal contemporânea, v. 7).
- GRECO, Rogério. *Código penal – comentado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- HÄBERLE,Peter. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre:Fabris Eds, 20002.
- HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 2005.
- HELLINGER, Bert. *A fonte não precisa perguntar pelo caminho*. 3^a edição. Goiânia/GO:Atman,2012.
- HULSMAN, Louk. *Pernas perdidas*. Rio de Janeiro: Luam, 1995.

- HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos – uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- ISRAËL, Nicolas. *Genealogia do direito moderno: o estado de necessidade*. São Paulo: M. Fontes, 2009.
- JACKOBS, Günther. Direito penal do inimigo?: uma análise acerca das condições da legalidade. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de (Org.). *Direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
- JANSENIUS, Cornelius. *Discurso da reforma do homem interior*. SP: Filocalia, 2016.
- JESUS, Damásio de. *Direito penal – parte especial*. 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v.2.
- KRAMER, Heirich & SPRENGLER, Jacob. *Malleus Maleficarum. (O Martelo das Feiticeiras) de 1484*. 7^a ed. SP: Ed Rosa dos Tempos, 1991.
- LEVACK, Brian. *A caça às bruxas na Europa moderna*. RJ: Campus, 1988.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Barueri: Manole, 2005.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.
- LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1986.
- MANDROU, Robert. *Magistrat et sorciers en France au XVIII^e siècle*. Paris: Puf.
- MAQUIAVEL. *O Príncipe*. Os pensadores. SP: Ed Nova Cultural.
- MELO, Amarildo José de. *Jansenismo no Brasil – traços históricos de uma Moral rigorosista*. SP: Ed. Santuário, 2014.
- MENDES, Gilmar F. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade – Estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.
- MESTIERI, João. Conceito, princípios e fontes de direito penal. In: MEDINA, Rafael (Org.). *Direito penal acadêmico*. Rio de Janeiro: Ferreira e Morgado, 2008. cap. 1.

MIRANDOLA, Pico della. *A dignidade do homem*.1486.SP:Ed.Escala.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

MUCHEMBLED, Robert. *O orgasmo e o ocidente: uma história do prazer do século XVI a nossos dias*. São Paulo: M. Fontes, 2007.

OST, François. *O tempo do direito*. São Paulo: EDUSC, 2005.

PARAGUASSÚ, Monica. *A transmissão do Hiv.Aids em política criminal*. RJ:Eduff, 2018.

_____. Humanismo jurídico, menor e pedofilia. In: Abreu, Célia (Org.).*Debates sobre Direitos Humanos Fundamentais*. Rio de Janeiro:Gramma, 2017, v 3.

_____. *Presunção de inocência: uma questão de princípio de vingança e de princípio de justiça*. Rio de Janeiro: EdUFF, 2011. 241 p.

_____. *A política criminal da maioria penal dentro do processo de universalização dos direitos do homem para uma ecopedagogia _ em direito comparado (França-Brasil) e direito internacional*. Anais do COLADRI, Conferência Internacional de Direito Internacional e Relações Internacionais, Belo Horizonte, Minas Gerais, 2007.

PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. SP: Nova Cultural.

_____. *República. O mito da caverna*.

RIO DE JANEIRO (Estado). Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro. *Dossiê criança e adolescente de 2007*. Disponível em: <www.isp.rj.gov.br>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro. *Dossiê criança e adolescente de 2013*. Disponível em: <www.isp.rj.gov.br>. Acesso em: 15 jun. 2015.

RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da culpabilidade e teoria do erro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. SP:Martis Fontes, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris:Puf.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. cap. 1, Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre legitimação das proibições penais. Tem futuro o direito penal?; cap. 2, Teoria da Imputação Objetiva.

SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia – secularização e crise no pensamento jurídico*. Belo Horizonte:DelRey, 1993.

SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. Os pensadores. SP: Ed Nova Cultural.

SIGAUT, Marion. *La marche rouge – les enfants perdus de l’Hôpital Général*. Essai. France: Babel, Actes Sud, 2008.

_____. *La chasse aux sorcières et l’Inquisition*. Conferência em 2013. https://www.youtube.com/watch?v=dD_J-dSG9_4. Acesso em março, 2018.

_____. *IV-Le jansénisme au Grand siècle*. In: De la centralisation monarchique à la Révolution bourgeoise. Egalité et Réconciliation. www.egaliteetreconciliation.fr

_____. *V-La chasse aux sorcières*. In: De la centralisation monarchique à la Révolution bourgeoise. Egalité et Réconciliation. www.egaliteetreconciliation.fr

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

TROTSKY, León. *Su moral y la nuestra*. Argentina: Ed.El Yunque, 1983.

TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. 9. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

VISCOTT, David. *A linguagem dos sentimentos*. 13ª. Ed. São Paulo:Summus, 1982.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.