V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

ANDRÉ LEONARDO COPETTI SANTOS

SANTIAGO GARDERES

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: André Leonardo Copetti Santos, Santiago Garderes – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-241-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

A associação entre sistemas penais e democracia tem sido um dos objetivos mais duramente perseguidos por juristas, cientistas políticos, sociólogos e filósofos ao longo da ocorrência da modernidade, especialmente porque no espaço simbólico da democracia pretende-se fazer repousar uma espécie de redenção legitimatória das máquinas repressivas modernas. Tal tarefa não se apresenta como algo fácil, pois, parafraseando LaFree, quando se refere à relação entre criminologia e democracia (2003), é possível afirmar, paralelamente, que sistemas penais e democracia podem, a princípio, parecer ser estranhos companheiros de cama.

Arranjos organizacionais civilizatoriamente aceitáveis, dentro de padrões humanisticamente razoáveis, onde a violência do crime e a violência institucionalizada sejam objeto de constante redução, senão até mesmo de eliminação, considerando a criminalidade em constante crescimento e as possíveis respostas do Estado a esse fenômeno, representam um dilema não só para as jovens democracias latino-americanas e de países em desenvolvimento, mas também para democracias ditas consolidadas como a norte-americana. Falhas no sistema de repressão penal estatal supostamente encorajam a realização de ilegalidades e o surgimento de milícias justiceiras; reações excessivas por parte do Estado podem dar a impressão de um retorno a práticas policiais autoritárias e não humanistas. Ambas situações não se constituem como exceções em nosso cotidiano.

O que parece saltar a um primeiro olhar é que as relações entre sistemas penais e democracia não são tão óbvias, e menos evidentes ainda quando se trata de analisarmos essa relação em países como o Brasil, onde, nos últimos trinta anos, taxas indicadoras de criminalidade, por um lado, e de encarceramento, por outro, subiram em ritmos assustadoramente proporcionais, inobstante a retomada de um processo de democratização, cujo principal marco foi a promulgação de uma Constituição que caracterizou a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito.

Há, aqui, indícios de um paradoxo singularizado, em uma face, por um processo de redemocratização e, ao mesmo tempo, em outra, por um aumento exponencial da criminalidade e do encarceramento em massa. Dois exemplos contemporâneos ilustram bem a magnitude desse desconchavo. Nos Estados Unidos, considerado o mais amplo sistema

democrático do mundo e o lugar por excelência das liberdades, no final do ano de 2014, havia um número em torno de 2.217.947 encarcerados em seu sistema penal, perfazendo uma média de 693 presos por 100.000 habitantes (ICPR, 2014); no Brasil, uma incipiente democracia num país em desenvolvimento, o número de homicídios chega a uma cifra ao redor de 60.000 ao ano, enquanto a população carcerária, crescendo assustadoramente nos últimos 20 anos, chegou à casa de 607.7312 presos, numa média de 299,7 presos por 100.00 habitantes (INFOPEN, 2014, p. 15-16). Ao número absoluto de encarcerados, é importante agregar o percentual de crescimento da população carcerária brasileira, a qual chega a uma cifra proporcional de 575% no período compreendido entre 1990 e 2014. Em 1990 tínhamos ao redor de 90.000 presos, enquanto no ano de 2014 ultrapassamos 600.000 encarcerados. Se agregarmos a essa estatística também os indivíduos que têm sua liberdade restringida mediante prisão domiciliar, a situação é ainda mais grave, pois o total da população mantida sob o controle do sistema penal sobe para 711.463 pessoas (CNJ, 2014, p. 4), o que perfaz uma relação de 348,75 indivíduos controlados pelo sistema penal para cada grupo de 100.000 habitantes, considerando-se o total da população brasileira ao redor de 204.000.000 de pessoas.

Tentar modificar esse quadro social e político, onde criminalidade e encarceramento somente aumentam seus números tem se constituído num dos grandes desafios que pesquisadores não só do Brasil e do Uruguai, mas de todo o mundo têm se colocado como primordial em suas tarefas investigativas cotidianas. O CONPEDI não tem se omitido dessa tarefa de buscar um direito penal e um processo penal cada vez mais humanistas e democráticos. Muito pelo contrário. Ao criar os Grupos de Trabalho nos seus já vinte e cinco Encontros Nacionais e cinco Encontros Internacionais, nos quais sempre estão incluídos GTs de Direito Penal e Constituição, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito tem contribuído enormemente para a divulgação e trocas de pesquisas entre os acadêmicos que se ocupam de refletir acerca das atividades repressivas e persecutórias do Estado. Nesse V Encontro Internacional, realizado em Montevidéo, UR, no qual estiveram presente mais de mil participantes, não foi diferente.

A qualidade das pesquisas apresentadas no GT de Direito Penal e Constituição I foram de excelente qualidade, especialmente se considerarmos a atualidade das investigações apresentadas. Assim sendo, temos que destacar que as leituras das investigações apresentadas serão de grande valia para os que trabalham por um Direito Penal cada vez mais adequado aos standarts de ordenamentos jurídicos cada vez mais democráticos de Direito. São elas:

1) A Lei 11.340/2006 e as imunidades penais nos delitos patrimoniais, de Marcela Siqueira Miguens;

2) A prisão em flagrante e a transgressão do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, de Silvia Elena Barreto Saborita e Renata Soares Bonavides;

3) Execução provisória da pena: uma análise crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus nº 126.292/SP, de George Maia Santos;

4) O estado de necessidade desculpante na criminalidade econômica sob a perspectiva da teoria das emoções, de Carlos Luiz de Lima e Naves;

5) O exercício da medicina: uma reflexão à luz do direito penal, de Maria Auxiliadora De Almeida Minahim e Lucas Gabriel Santos Costa.

Prof. Dr. André Leonardo Copetti Santos - PPGD/URI, Santo Ângelo, RS

Prof. Dr. Santiago Garderes - UDELAR, Montevideo, UR

O ESTADO DE NECESSIDADE DESCULPANTE NA CRIMINALIDADE ECONÔMICA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DAS EMOÇÕES.

LO STATO DI NECESSITÀ COME UNA FORMA DI ESCLUSIONE DI COLPEVOLEZZA NEI REATI ECONOMICI DA UNA PROSPETTIVA DELLA TEORIA DELLE EMOZIONI.

Carlos Luiz de Lima e Naves

Resumo

A ideia central deste artigo é exatamente redefinir a responsabilidade penal nos crimes econômicos, na hipótese de o agente transgressor encontrar-se dominado por um estado emocional, cuja conduta imputada contra si, por aquela razão, não poderia ser censurada pela ordem jurídica. Isso se deve ao fato de que qualquer punição, nesses casos, poderia representar uma censura do Estado contra características e reações eminentemente humanas o que poderia contrariar princípios penais tutelados pelas Constituições democráticas atuais.

Palavras-chave: Direito penal econômico, Teoria das emoções, Exclusão da culpabilidade, Estado de necessidade desculpante

Abstract/Resumen/Résumé

I tentativi di definire le conseguenze delle emozioni da un punto di vista giuridico non sono stati talmente numerosi. Però, è sicuro che l'emozioni possono influenzare l'azione umana in modo che l'autore di condotta non può agire da sua volontà, ma a causa di uno stato emotivo che renderebbe impossibile seguire la norma penale astratta. In questo modo lo Stato di Necessità sembra essere come una forma di esclusione di colpevolezza nei reati, soprattutto, economici quando l'imputato agisce secondo la sua emozione protetti anche dai principi costituzionali.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Diritto penale in materia economica, Lo stato di necessità, Esclusione della colpevolezza, Teoria delle emozioni

INTRODUÇÃO

Certo é que as teorias sobre as emoções humanas vêm ganhando mais atenção e complexidade na ciência, estendendo suas aplicações às áreas que até poucos anos atrás seriam consideradas completamente irrelevantes. Nada obstante muitas características ainda se encontrem obscuras para os especialistas, é inegável que os estados e as fases da emoção humana podem exercer um papel importante para a definição e a construção do homem enquanto um ser humano suscetível a todas as fraquezas e limites que lhes são inerentes, sobretudo, em suas ações com implicações no direito penal. Por conseguinte, a ideia central deste artigo é exatamente redefinir a responsabilidade penal nos crimes econômicos, na hipótese de o agente transgressor encontrar-se dominado por um estado emocional, cuja conduta imputada contra si, por aquela razão, não poderia ser censurada pela ordem jurídica.

Um princípio fundamental para a construção e consolidação do paradigma do Estado de Direito Democrático é justamente o respeito à dignidade da pessoa humana que só pode ser exercida plenamente, reconhecendo-se todas as particularidades que nos moldam enquanto seres influenciados pela razão e pela emoção. Aliás, conforme lições de SARTRE (1972, p.106), a emoção é essencial na vida psíquica do indivíduo, na medida em que lhe permite influenciar o mundo, dando-lhe a capacidade de se adaptar e transportá-lo do mundo real para o mundo mágico. Essa transformação não é um fator acessório, mas uma condição existencial do ser, imprescindível para alcançar sua autorrealização e descobrir-se a si próprio. Tem-se, com isso, que esse reconhecimento transcende a psicologia, atingindo a relação entre indivíduo/Estado na medida em que este deve abster-se de punir os agentes que agiram em conformidade com a própria natureza humana. Como se sabe o Estado deve respeitar as liberdades dos cidadãos, garantindo que determinadas peculiaridades do indivíduo não sejam anuladas por normas ou concepções autoritárias do homem enquanto um padrão único do ser.

Induvidoso é que o direito penal, como a *ultima ratio* deve antecipar-se a este movimento de democratização de todos os setores sociais, reconhecendo que, além da razão, a emoção influenciará a prática de condutas típicas que não necessariamente deverão ser reprovadas pelo direito. Para tanto, será trabalhada a ideia de acordo com a qual a excludente de culpabilidade do estado de necessidade desculpante é o instrumento penal mais hábil para propiciar um debate democrático sobre os elementos subjetivos que formam a personalidade de cada cidadão sob a qual, o Estado, por meio desculpa, deverá omitir-se da coação penal, a fim de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do indivíduo enquanto tal. No final deste trabalho será possível definir a responsabilidade criminal da conduta imputada ao

agente, considerando-a ora como uma reação compreensível e natural do ser humano e, ora como, repreensível pelos valores e princípios que regem a ordem jurídica.

1 LEADING CASE: REPÚBLICA PORTUGUESA X JFH LDA

1.1 Breve Resumo

Segundo consta do Acórdão extraído do próprio sítio electrónico do Supremo Tribunal de Justiça,[1] o Ministério Público de Portugal deduziu acusação contra o arguido J.F.H., eis que esse teria deixado de repassar ao erário a quantia aproximada de €390.000,00 euros referente ao desconto da folha salarial de seus empregados, entre os anos de 1996 a 1999. Assim, segundo a Acusação, o réu teria praticado o delito constante no art. 105º, n.º 2 do RGIT (Regime Geral de Infracções Tributárias).[2]

A Defesa alegou que o recorrente sofria com uma grave crise económica que teria provocado, primeiramente, a necessidade de a sociedade empresária ingressar ao processo especial de recuperação de empresas e, não tendo obtido êxito com o programa, a empresa entrou em estado de falência poucos meses depois do início das investigações. Diante do perigo iminente de entrar em insolvência, os sócios-empresários praticaram a conduta tipificada, tendo em vista que essa seria a única medida capaz de dar sobrevida não só à atividade, como também às dezenas de empregos, cujos trabalhadores dependiam exclusivamente dos ordenamentos percebidos na companhia para se sustentarem. Relataram ainda que a quantia sonegada não foi utilizada para fins de enriquecimento dos sócios, mas apenas com a finalidade de manter a atividade comercial.

Pleiteou-se, dessa forma, o direito de necessidade, sob a rubrica do estado de necessidade justificante e, eventualmente, desculpante, eis que diante de um conflito de dois bens-jurídicos protegidos pelo ordenamento, o arguido sentiu-se pressionado a salvar um em detrimento de outro valor, não sendo possível exigir a tutela simultânea de ambos os bens, nem de um comportamento diverso.

O Supremo Tribunal, contudo, apesar de reconhecer que a conduta teria como objetivo proteger a honra dos agentes (com a preservação da atividade profissional), manteve a decisão proferida em instância inferior. Na oportunidade, os magistrados afirmaram que o

[1] Consultado no sítio eletrônico do Supremo Tribunal de Justiça de portugal: Disponível em: www.stj.pt, acesso do dia 02.05.2012

[2] http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/006986006afc244c80257292004d5640?OpenDocument&Highlight=0,06P2935 Consultado no dia 02.05.2012.

caso envolvia a necessidade de punição da conduta relatada nos autos a fim de garantir a manutenção da credibilidade referente à ordem fiscal. Além disso, suscitou-se que o conflito entre os dois bens jurídicos protegidos pelo Estado era aparente, vez que ambos os valores envolvidos possuíam natureza e hierarquia diversas, sendo que o dever de cumprir com o pagamento tributário deveria ser tratado como prioridade, independente de tudo. Justificou-se ainda a condenação do recorrente pelo fato de que o Estado apresentar-se-ia como terceiro na relação jurídica da empresa, não podendo suportar os efeitos da crise económica particular, devendo este mesmo Estado utilizar-se de todos os instrumentos disponíveis para coibir a ocorrência de casos similares entre os empresários.[3]

Dessa forma, por meio deste breve resumo, é possível identificar pelo menos três elementos utilizados pelos julgadores para a formação da responsabilidade penal do arguido. Cada um desses será analisado pormenorizadamente a fim de contextualiza-los dentro do que se propõe neste trabalho científico.

1.2 A construção da culpa penal do arguido pelo STJ de Portugal

1.2.1 Da prevenção geral (positiva e negativa)

Apesar de não ter sido nem o primeiro nem o principal argumento trazido aos autos para a condenação do acusado, é possível observar que os julgadores do Supremo Tribunal de Justiça valorizaram o elemento da prevenção geral (positiva ou negativa) como fundamento para a formação da culpa penal do arguido[4]. Em resumo, os julgadores afirmaram que a impunidade na "*delinquência patrimonial de astúcia*" poderia levar ao colapso das normas que regem à satisfação de obrigações tributárias, pelo que sua punição deveria servir como exemplo para a inibição de futuros atos com idêntico fim. Em outras palavras, presumindo-se que as pessoas têm liberdade de agir e que a escolha por uma conduta lícita deve ser sempre pautada como prioridade, a impunidade na criminalidade económica poderia gerar um precedente social muito perigoso e não desejado pelos demais indivíduos, com consequências gravíssimas para a ordem tributária. Estes mesmos indivíduos poderiam supor

[3] Portugal - STJ - Acórdão n.º 06P2935 - Disponível em http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/006986006afc244c80257292004d5640?OpenDocument&Highlight=0,06P2935 Consultado no dia 02.05.2012.

[4] O termo "culpa", ao longo de todo texto, deve ser interpretado de acordo com o sentido atribuído pelas Ciências Jurídico-criminais em Portugal que o diferenciam da terminologia brasileira. Nesse sentido, não se trata de elemento volitivo e subjetivo do tipo, mas como terceiro substrato da teoria tripartite do crime. Da mesma forma, o termo "arguido" representará "acusado" no direito processual penal brasileiro.

que tal norma tributária teria perdido sua eficácia, descredibilizando-a (prevenção geral positiva) ou que apesar de a norma existir, os infratores não são punidos exemplarmente, como deveriam ser (prevenção geral negativa). Diante disso, pergunta-se: poderia o STJ apoiar-se em um fundamento eminentemente de política criminal para afastar a culpa concreta dos arguidos? Ou mesmo, a prevenção geral, por si só, é elemento suficiente para fundamentar a culpa penal?

Nota-se que o argumento desenvolvido pelos julgadores encontra-se respaldado pela doutrina utilitarista do direito penal. Segundo FERRAJOLI (1995, p.259), essa teoria baseia-se na compreensão de acordo com a qual, a pena serviria, em primeiro lugar, como tutela em favor da maioria da população não criminalizada. Paralelamente prevenir-se-ia uma reação excessiva, por parte do Estado, contra uma minoria formada por aqueles indivíduos considerados como transgressores da norma.

Sem embargo, nota-se que tal teoria foi amplamente amparada pela perspectiva social do direito, em sentido amplo, dentro da qual se compreendem, pelo menos, quatro funções elementares para a pena: correção e neutralização do arguido; dispersão da mensagem intimidativa do Estado aos demais membros da sociedade que poderiam alimentar a mesma intenção transgressiva e, por fim, a reafirmação da vigência normativa. Não são poucos, aliás, os juristas que pretendem sustentar uma ou todas as quatro funções da pena no mesmo molde como Ferrajoli prenunciou.

Ao confirmar que a prevenção geral pode ser sim um elemento para apurar a responsabilidade subjetiva dos agentes, JAKOBS (1995, p.09) defende que a punição só fará sentido em um Estado de Direito se aquela puder prevenir a prática futura dos mesmos atos criminosos executados pelo arguido (ou por outros indivíduos, eventualmente) no meio social. Ou seja, a punição só seria adequada na hipótese de se constatar a necessidade de prevenir comportamentos futuros em cada caso concreto.

O jurista alemão argumenta, ainda, que a conduta do agente nada mais significaria do que um comportamento desleal para com o direito e para com a mesma sociedade que se manteve coerente à expectativa de obediência coletiva generalizada criada pela publicação da norma. Constatando-se que os agentes foram guiados pela vontade de descumprir, de forma desleal, o preceito normativo, é imperiosa a aplicação de sanção para que os demais membros da sociedade não se deixem enganar pela ilusão de que a norma teria perdido sua vigência. Assim, CURADO NEVES (2006, p.440) resume a teoria de Jakobs dizendo que de acordo com o jurista germânico: "*A culpa é ela própria uma manifestação da finalidade preventiva do sistema jurídico-penal*". Assim, ao defender o papel funcional na análise da culpa, Jakobs

afirma que a culpabilidade selecionará: *"as condutas cujas punições sejam necessárias para assegurarem a manutenção da vigência de cada norma. "* (2006, p.560)

Desse modo, resumindo o pensamento de Jakobs, a punição seria a medida correta da culpa e a culpa a medida da pena. O direito penal, segundo ele, deveria ser trabalhado como um instrumento de reafirmação da vigência normativa, na hipótese de o primeiro mandamento ter sido desobedecido pelo indivíduo, por meio de uma conduta desleal. Nesses mesmos termos, o Estado deverá agir no sentido de satisfazer os anseios sociais, punindo os acusados (que descumpriram o primeiro mandamento) como forma de confirmar a vigência da norma transgredida. Pode-se concluir que, na visão de JAKOBS (1995, p. 09), o que comprova a vigência da norma não é somente abstenção das condutas, mas, principalmente, a consequente e necessária punição. Desse modo, a pena terá um carácter de reafirmação da lei.

Contudo, ainda que apoiados em sólida argumentação jurídica, o acórdão proferido nos autos não está imune às críticas. Apesar de a teoria desenvolvida por Jakobs ter logrado muito êxito em favor da dogmática penal (como, por exemplo, o de desvincular os elementos da culpa com as características da ilicitude), é necessário concluir, por outro lado, que a tese sobre a prevenção geral positiva submeteria o arguido a um mero papel de instrumento de política criminal, o que é claramente inadmissível segundo os parâmetros principiológicos sustentados na Constituição do mesmo país. Como se sabe, desde KANT, o homem não pode ser utilizado como um meio para a satisfação do direito, eis que é o direito o instrumento para a realização do próprio homem. Por conseguinte, a punição não pode ser tratada como um fim em si mesmo, ainda que previna a prática de condutas que prejudiquem o desenvolvimento social. Nem tampouco pode ser sustentada por argumentos supostamente mais nobres (concernentes à defesa social) ou mesmo ao interesse público.

A contrário senso, já seguindo uma linha mais humanística sobre os provimentos estatais com carácter imperativo, poder-se-ia, tão-somente e no máximo, vincular a teoria da prevenção geral positiva como um fundamento (não para a culpa, mas) para a sua exclusão. Isto é, quando a credibilidade da norma não for abalada, apesar da prática do ilícito, é induvidoso que a pena deixará de prestar qualquer sentido ou finalidade.

Para rebater a teoria desenvolvida por Jakobs e pela qual o tribunal português apoiou-se, elege-se o posicionamento de ROXIN (2002, p.90), para quem o direito tem a função de criar um ambiente de paz social e deve contribuir para a formação da personalidade de cada indivíduo. Segundo o escritor a culpabilidade deve ser um limite para a pena, mas não seu fundamento. Ou seja, a culpabilidade seria uma das condições para a aplicação da pena

(ROXIN, 2002, p.90), numa relação em que a culpabilidade e a necessidade de pena limitar-se-iam entre si. Dessa forma, a necessidade de prevenção nunca deverá justificar a pena.

1.2.2 Da ponderação abstrata de valores em conflito (a manutenção da atividade empresária vs o cumprimento das obrigações legais)

Os membros do tribunal anunciaram ainda que a criminalização (e consequentemente, a punição) de atos que visam a lesar o erário deve ser tratada com especial atenção por todos os setores do Estado, sobretudo pelo poder judiciário. Conforme expuseram no Acórdão, a Lei Fundamental portuguesa garante, como princípio basilar do Estado, a diminuição das desigualdades sociais existentes dentro da comunidade. Cabe ao Estado promover (ou provocar) a igualdade material entre os indivíduos através do desenvolvimento de projetos e programas sociais que ofereçam as mesmas oportunidades para todos. Ocorre que tais projetos geram muitos e onerosos custos para a administração pública que só conseguiria cumpri-los diante do recolhimento disciplinado de impostos pelo executivo. Os fins a que são destinadas tais cobranças são de fruição de toda a comunidade, razão pela qual o rigor para com o pagamento tributário deve ser mais severo do que com aquele observado em obrigações assumidas somente entre particulares.

Não se trata, dessa forma, de uma obrigação meramente contratual, mas sim, de uma obrigação legal (apoiada em fatores de civilidade) que justifica a diferença de tratamento entre os entes público e o privado. De outro modo, somente através do pagamento de impostos cumprir-se-á com os objetivos propostos na Constituição, com o que se diminuem as distorções sociais e garante-se uma sociedade livre e justa. Consequentemente, o pagamento de tributos deve ser fiscalizado com todo o rigor pela administração e a punição é o desfecho natural diante da hipótese de fraude ou de sonegação. Assim, o direito penal fiscal é um movimento de eticização, obediente aos princípios da legalidade, igualdade e de justiça social.

O STJ português adoptou, dessa forma, o entendimento de que diante de um conflito aparente entre princípios, deve-se definir (pela proporcionalidade) qual preceito desfruta de maior valor para a ordem jurídica vigente, obedecendo-se ao grau de hierarquização pré-definido pela lei ou por precedentes julgados pela própria Corte.

Segundo REIS NOVAIS (2003, p. 752) o princípio da proporcionalidade deve ser entendido sob dois aspectos: a necessidade ou premência do fim que se pretende alcançar e, ainda, gravidade observada pelo sacrifício imposto. Nesse sentido, ponderando-se sobre o valor dos bens de forma abstrata, o STJ decidiu que a obrigação tributária teria ampla

vantagem sobre o cumprimento de contratos trabalhistas e cíveis, eis que protege os programas sociais mais necessários para a administração. Assim, era exigido por parte dos recorrentes postura diferente da qual eles acolheram, sendo-lhes cobrada a atitude de quitar os impostos ainda que isso implicasse o sacrifício pelo encerramento das atividades.

O argumento desenvolvido pela Corte Superior traz consigo, entretanto, dois equívocos que não foram corretamente tratados pelos respectivos magistrados. Para além de ser eternamente discutível qual bem-jurídico teria maior valor em abstrato (ou seja, o pagamento da norma ou o exercício da atividade empresária), nota-se que o Tribunal deixou de avaliar as circunstâncias do caso concreto para conferir se os arguidos tinham condições efetivas de preferir o pagamento tributário em detrimento da manutenção da atividade empresária. Embora a análise em suspenso dos princípios envolvidos possa oferecer maior objetividade para a avaliação da conduta (nesse sentido a argumentação não merece nenhum reparo), tal prerrogativa deve ser obrigatoriamente concluída no exame da ilicitude ou antijuridicidade, não devendo ser estendida para o estudo das causas de exculpação.

A análise elaborada pelo tribunal exclui, dessa forma e tão-somente, a tese de ilicitude dos fatos, eis que ação típica não restou contraposta a qualquer proposição permissiva. Por outro, embora a argumentação seja coerente, essa também é insuficiente para fundamentar a culpa dos arguidos, tendo em vista que esse elemento do crime exige o exame de todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que motivaram os agentes durante a empreitada. Não por outro motivo, nota-se que a decisão proferida é carente em demonstrar se os acusados poderiam ou teriam a capacidade de agir de forma diversa, comportando-se em favor da norma penal ou se a conduta exigida aos sócios superaria suas condições existenciais e de dignidade (objeto também protegido pelo direito). Por fim, deixou-se de ponderar se os arguidos tinham a seu dispor total liberdade de agir.

Portanto, o STJ não trabalhou com aquilo que justificaria a aplicação da pena ou o equilíbrio entre a: *“ possibilidade de onerar socialmente o autor do fato e o grau em que a sociedade pode suportar os fatores que condicionam a motivação indevida que levou ao facto ilícito”*.[5] É inegável que a punição criminal estará necessariamente condicionada, dentro do paradigma do Estado de Direito Democrático, a uma mínima noção de liberdade do agente para seguir a norma: deves, porque podes agir de outra maneira (KANT, 2005) Chega-se, portanto, à questão principal, mormente, contudo, omitida em processos-crime que investigam a prática de delitos econômicos, isto é, a análise subjetiva das condições do agente no caso

[5] Conforme trecho extraído do próprio Acórdão proferido pelo STJ: Acórdão 06P2935.

concreto. Essa análise contudo será feita a seguir, invertendo-se o princípio kantiano segundo o qual, *se tudo deves, podes* (cuja aplicabilidade encerra-se na ilicitude), para determinar outro mais compatível com a natureza da culpa, i.e., *se tu podes, deves.*

Portanto: Analisando todas as circunstâncias, tanto exteriores quanto internas do próprio agente, é possível exigir do arguido um comportamento diverso daquele que foi adotado? Ou nas palavras de Curado Neves, seria necessária uma norma para cada sujeito? Existem limites para não transformar a ordem jurídica num subjetivismo eterno?

1.2.3 Do Estado de Necessidade desculpante para a ponderação concreta de valores na criminalidade econômica

A função da pena como prevenção geral negativa e positiva já foi analisada neste trabalho, tendo sido um dos argumentos utilizados pelo STJ em Portugal para manter a condenação do arguido. Contudo, conforme se demonstrou, essa justificativa é de toda insuficiente (por si só) para determinar a culpa dos envolvidos, posto que nenhuma condenação pode-se basear tão-somente em uma política criminal repreensiva.

Já antecipou-se igualmente que, na análise da culpa, não se questiona a equivalência abstrata de bens, eis que isso está a cargo do estado de necessidade justificante. Assim, o que se propõe aqui é atribuir à culpabilidade a análise dos aspectos subjetivos do fato a fim de se extrair uma conduta censurável, apesar da sua correspondência com a regra proibitiva. Para tanto, devem-se reiterar alguns conceitos fundamentais desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência que servirão como base para uma conclusão futura.

Como pressuposto indissociável do tema que se pretende desenvolver, é essencial ressaltar, desde logo, que a culpabilidade só pode ser entendida dentro do espaço dialético persuasivo de prevalência (ou adequabilidade) de um princípio sobre o outro, no caso concreto. Tal ponderação só poderia ocorrer dentro do âmbito do discurso de aplicação da norma, jurisdição, como garantia de efetividade dos direitos fundamentais no paradigma democrático. (JESCHECK, 2003) O motivo é simples, mas nem por isso se deve deixar de mencionar. Conforme doutrina de HASSEMER (2003, p.13), o direito é o resultado direto da linguagem. São dois conceitos que se unem e interagem entre si, formando uma só estrutura. O escritor alemão explica que ao interpretar, aplicar e criticar os atos imperativos do Estado, o jurista só o pode fazer através da linguagem exprimida no texto de lei e na interpretação dos fatos juridicamente relevantes.

Diante de uma sociedade plural e heterogênea, certo é que nem os constituintes (nem, tampouco, o legislador ordinário) reuniriam todas condições para atribuírem para si próprios à tarefa exclusiva de presumir de forma absoluta uma hierarquia de princípios que visasse orientar os julgamentos na esfera penal. Nesse sentido FIGUEIREDO DIAS (2007, p.468) chega a afirmar que nem mesmo a origem normativa (constitucional, infraconstitucional ou social) poderia, per si, determinar a prevalência *juri et juris* de um princípio sobre o outro. Faltar-lhes-ia justamente a força interpretativa sobre o juízo da proporcionalidade do confronto real entre os factos e o direito.

Por essa razão, Hassamer propõe uma reflexão sobre dois pontos específicos que exteriorizariam essa interação entre a linguagem e o direito. Trata-se, assim, do carácter escrito das regras de direitos fundamentais, bem como da noção sobre a divisão dos poderes do presente Estado. Diante disso, é interessante notar que a culpa exprimiria, concomitantemente, esses dois elementos. Por um lado, ela trata da proteção do direito fundamental sobre a personalidade do indivíduo, cuja relação com o mundo exterior supera a comunicação oral, podendo ser manifestada pelas reações físicas e mentais (como as emoções). Por outro, esse direito só restará devidamente resguardado diante da oportunidade de o indivíduo exprimir seus valores (ou tudo aquilo que provocou o ato criminoso, mas também comunicativo sobre a própria personalidade) em juízo para que estes criem vínculos (de forma argumentativa) sobre a fundamentação da sentença penal. Contudo, resta ainda se questionar: Qual é a relação exata entre a culpa e a formação da personalidade do indivíduo? Por que a culpa exige uma nova postura dos tribunais diante de fatos que se pleiteiam a aplicação do estado de necessidade?

Segundo lições de KAUFMANN (1983, p.245), age com culpa aquele que teria praticado um ato que não corresponderia com o comportamento verificável pela criação fictícia de um "homem médio". Isto é, sob as mesmas circunstâncias observadas na acusação criminal, tem-se que essa noção de "homem-médio" agiria de forma diversa daquela verificada na denúncia, posto que ele ter-se-ia motivado, apesar de todos as particularidades, conforme a norma penal.

Consequentemente, segundo lições do jus filósofo, o estado deverá punir os infratores que extrapolarem os contornos juridicamente lícitos da ação, (rotulado dentro do que se entende por "homem médio"), eis que um dos papéis do direito é exatamente o de agente transformador da realidade social, coibindo (prevenção e/ou punição) as práticas que estejam abaixo quantitativamente daquela mesma noção.

No entanto, algumas dúvidas ainda podem ser levantadas sobre essa breve introdução. Esse "ser-médio" "qualitativo" não estaria necessariamente vinculado a uma cultura não obrigatoriamente compartilhada por todos os indivíduos numa sociedade plural como a brasileira ou a portuguesa e, até mesmo, a alemã? Qual padrão deve-se sobrepor: o da maioria, o da aristocracia, o popular ou de uma média entre esses? Como apurar isso? E mais, definir o padrão *a priori* não significaria excluir a possibilidade de o agente demonstrar que (apesar de estar fora desse conceito), o mesmo não mereceria tutela por parte do Estado?

Contrariando a posição de Kaufmann, a escritora PALMA (2005, p.143) rejeita a generalização de um comportamento padrão tido como "o mais correto", posto que isso provocaria a reafirmação de uma moral dominante, o que desvirtuaria o papel subjetivo da culpa-penal. Com isso, deve-se ultrapassar esse terreno pouco seguro do "homem médio" ou da "conduta diversa" a fim de se atingir a avaliação mais adequada (e, assim, concreta) do elemento da culpabilidade, cuja execução, aliás, é imprescindível para uma sociedade baseada sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e do pluralismo jurídico. O termo deveria ser, assim, provido de elementos mais firmes que poderiam oferecer à esfera judicial a segurança pretendida (HASSEMER, 2003, p.16) por todos e, paralelamente, garantiria também a análise mais subjetiva dos fatos sob a perspectiva daqueles que os vivenciaram.

Mas ainda assim nos resta a pergunta: Como e por que subjetivar a culpa penal (e por consequência o estado de necessidade desculpante)? Qual ou quais elementos permitiriam essa análise? Como mensurar a razoabilidade dos valores subjetivamente construídos pelo arguido a fim de excluir a culpa penal?

2 A "DES"CONSTRUÇÃO DA CULPA PELA TEORIA DAS EMOÇÕES

Para se ponderar sobre o atual papel que estado de necessidade desculpante e como que este se desempenha diante do paradigma do Estado Democrático de Direito é mister, antes, realizar um exame sobre os três elementos normalmente relacionados com essa causa excludente de culpabilidade, quais sejam: liberdade, culpa e função da pena. Segue-se, por conseguinte, o exame sobre todas as circunstâncias e o modo pelo qual as mesmas poderiam influenciar a análise penal, confrontando-as com os princípios constitucionais e com o padrão genericamente presumido pela regra ordinária.

Segundo lições de FIGUEIREDO DIAS (1987, p. 170), a culpa jurídico-penal vem sendo relacionada há anos como uma expressão da liberdade do ser humano diante da prática de uma conduta que poderá ou não ser censurada pelo direito. Assim, a liberdade e a

culpa estariam relacionadas entre si de tal forma que a ausência de uma impediria a constatação da outra. Contudo, teria o homem livre-arbítrio para agir? Não seria uma presunção legal sem fundamentos empíricos ou racionais?

Pode-se dizer que a filosofia, há séculos, vem tratando dessa matéria sem, contudo, fornecer um entendimento pacífico sobre o tema. Na verdade, destaca-se que existiriam três escolas responsáveis pela produção de estudos sobre a liberdade de agir do homem e uma das quais será de suma importância para a hipótese que se propõe convalidar. As escolas são estas: a indeterminista, a determinista e a compatibilista.

O determinismo seria guiado pelo princípio denominado por POPPER (1988, p.31) de determinabilidade. Segundo esse preceito, o resultado de um evento será previsível à medida que se identificariam as condições iniciais mais precisas possíveis. A precisão das condições iniciais, contudo, será calculada a partir da frequência de resultados finais.

O filósofo POPPER (1972, p.32) critica a teoria determinista argumentando que por mais que se conheçam todas as condições iniciais, é impossível prever todas as consequências daquelas, menos ainda garantir a precisão das previsões iniciais. No caso do biólogo que examina um gato, o cientista não poderá antecipar qual será a altura do salto do animal, nem tampouco quanto tempo esse levará para tomar a atitude pretendida. Nesse sentido, o determinismo sempre falhará, mais cedo ou mais tarde, eis que as circunstâncias naturais serão infinitas e não poderão ser apreendidas pela mente humana.

Completa ainda CURADO NEVES (2006, p.230) ao afirmar que a cultura ocidental é toda ela construída sob o paradigma do mérito/demérito e, portanto, das várias hipóteses de resultado, sempre haverá a correspondência deste com a capacidade subjetiva do homem para provocar um resultado honroso ou que cause aversão. Nessa linha, não se poderia sequer falar de méritos ou outras recompensas no convívio social, empregatício etc. pois tudo seria fruto de um mero contexto do destino. Ninguém seria responsável por nada. A pena teria, tão-somente, um efeito retributivo e vingativo, não se justificando em um Estado que se propõe ser de Direito e Democrático.

Em oposição à primeira teoria já traçada estaria justamente a tese de que não existe qualquer evento que possa apresentar um índice de previsão perfeito. Segundo POPPER (1976, p.35), todos os eventos naturais são abstraídos pelo homem por meio de teorias (ou métodos científicos) que apresentam em si uma capacidade limitada de absorver todas as causas de um fato social.

Desse modo, assim como a natureza possui infinitas possibilidades de reagir dependendo de fatores que, ora influenciarão ora apresentar-se-ão inertes, o ser humano

também possuiria um conjunto de soluções como resposta para o mesmo fato. A liberdade seria um aspecto natural do mundo real diante das infinitas possibilidades, condições, conforme POPPER (1972, p.88) que propiciam o ato físico.

Assim, independentemente do motivo ou do contexto, poder-se-ia cobrar do agente o respeito pela norma, porque todas as pessoas seriam capazes de vislumbrarem uma conduta conforme à regra vigente. KANT chega ainda a mencionar que a liberdade do homem estaria intrinsecamente relacionada com o agir segundo as leis. Conclui o filósofo ainda dizendo que a existência do dever é a prova da ideia de liberdade.

Ocorre que, no âmbito das ciências humanas aplicadas também é possível relativizar a tese popperiana se a mesma for considerada em carácter absoluto (o que não é o propósito de POPPER, por óbvio). Sabe-se que o ser humano encontra-se envolvido em um contexto ético e de valores próprios ou sociais que muitas vezes podem diminuir ou ampliar (além do direito positivo) a capacidade de agir e de se motivar. Considerá-lo culpado por ser livre, nada mais é do que responsabilizá-lo por tudo e isso implica que ele não será responsável por nada, conforme se depreende da obra "Os irmãos Karamazov".

Entretanto, para se ser responsável por tudo, também seria necessário comprovar a liberdade absoluta o que a própria neurociência já conseguiu contestar em nível interno (ZIZEK, 2010). Ser culpado de tudo é desconsiderar o real dano causado pela ação, delegando à culpa uma mera concepção valorativa-formal e desconsiderando as particularidades que moldam o ser humano. SARTRE (1972, p.106) refere-se exatamente ao papel da emoção na consciência humana que seria capaz de transformar o mundo determinista em que o humano vive, num mundo declarado "mágico". Por vezes, aliás, é a emoção que colabora de igual modo para transformar o mundo da consciência e em algo mais determinista.

É para eliminar as lacunas deixadas pelas duas teorias já invocadas que a escola compatibilista pretendeu reunir em um mesmo organismo, conhecimentos sobre a realidade física do mundo com as particularidades que tornam o ser humano algo único no universo.

FIGUEIREDO DIAS (2007, p.27) permite-nos compreender a questão, afirmando que a liberdade de desejar estaria limitada pelo que é possivelmente atingível, seja no mundo exterior físico seja na capacidade (potencialidade) interna do agente. Estaria também condicionada pela necessidade do ser humano de se afirmar perante às regras sociais. Os limites fáticos/internos restringem a vontade, consequentemente, a própria liberdade.

Dessa forma, vincula-se a liberdade a certos requisitos que a distanciam de um fenômeno puramente causal-naturalístico, para aproximá-la da representação subjetiva criada na mente do agente. Isto é, considera-se que o ser é capaz de antecipar a concretização dos

fatos do mundo real com a imaginação e desejos próprios do sujeito. A tarefa do direito, para os seus defensores, concentrar-se-ia na proteção da liberdade, mas não a entendo como uma linguagem imaginária (retórica) e sim como algo que contenha substância real/material. A culpa também não se prenderia a pressuposições gerais e abstratas, analisando-a junto com as circunstâncias íntimas do agente, como: experiências, valores, princípios pessoais etc.

A filosofia aristotélica oferece aos juristas uma boa solução para compreender melhor o instituto da escola compatibilista. Em verdade, conforme lições extraídas das obras "Ética a Nicomaco" e "Ética a Eudemo", pode-se atribuir ao filósofo grego a relação entre a liberdade e a formação da vontade. ARISTÓTELES (1987, pp. 121 e ss) afirmava que o homem é livre para querer e desejar, sendo a ação o resultado lógico desse campo possível de sua personalidade. Em outras palavras, as ações seriam determinadas por escolhas e influenciadas pelo desejo interno de cada indivíduo. Mas essas escolhas seriam avaliadas pela possibilidade de concretização. Só a partir daí seriam deliberadas. Só desejamos aquilo que deliberamos (ou seja, aquilo que esteja ao nosso alcance escolher), dizia Aristóteles. Podemos, no entanto, desejar o bem ou mal e isso será influenciado pelo prazer e pela dor que remetem-nos tais sensações.

A virtude, dessa forma, não se encontraria no fim das ações (aquilo que desejamos) mas nos meios para atingi-la (aquilo que escolhemos). Por conseguinte, o agir e o deixar de agir dependerá do que nos motiva (desejamos bem ou mal, na forma de prazer ou dor). O que deve ser apreciada, portanto, é a liberdade para querer algo e não propriamente a liberdade para mudar o caminho natural das coisas. A censura, dessa forma, ficaria restrita ao conteúdo da vontade, compreendendo-se os estados de emoção e de desejo, eis que é a emoção produzida ou produtora do sentimento de dor e de prazer e é o pressuposto que influenciará a ação ou a omissão juridicamente relevante.

Mas, diferentemente do que o indeterminismo pregava, a qualidade da vontade seria diretamente influenciada pela educação e pela absorção de experiências passadas. Afinal, só se pode querer ou deixar de querer algo que tenha-se experimentado anteriormente através da dor ou do prazer. E mais, que isto tudo tenha sido objeto de censura ou de louvor pelos demais membros da sociedade para prosseguir ou não com um determinado comportamento socialmente aceitável. Diante de uma nova situação, o indivíduo comparar-lhe-á com um momento vivido no passado e daí, esse mesmo indivíduo irá reagir conforme ou contra esse estímulo anterior. É neste momento que a emoção ganha relevância para o estudo.

Conforme ressalta a escritora Fernanda PALMA (2005, p.21), o homem é um ser vulnerável e estar sujeito a certas fragilidades que são inerentes à nossa condição existencial.

Ao incorporar tal fato novo, o intelecto humano será atingido pela própria emoção, em um jogo em que um influencia o estado do outro. Não que a emoção apresente-se como uma barreira para o agir livre. Muito pelo contrário, o homem é um ser racional e também emocional, sendo as nossas ações o produto final dessa interatividade.

2.1 A emoção e a liberdade humana

É inegável afirmar que, ao nascer, o homem desfruta de uma capacidade de agir equivalente àquela observada em outros animais. Isso se deve ao fato de que seus instintos "em estado selvagem" (não influenciados pela cultura) ainda se sobressaem sobre as habilidades particularmente humanas, nomeadamente, da razão e da emoção. No entanto, a cultura permite-nos sair do estado selvagem para apreendermos soluções diante de cada problema que nos surge diariamente.

Aristóteles referia-se exatamente a isso quando dispôs que o indivíduo dotado de instrução teria mais chance de êxito para responder a um estímulo de forma mais adequada do que outra pessoa que não obtivesse a mesma qualidade na criação. Isso não significa que o homem será necessariamente mais livre, pois como o próprio filósofo advertia, é o desejo do indivíduo aliado aos instrumentos disponíveis de alcançar algo que nos motiva a concretizá-lo. Assim, o homem tem que ter desejos adequados, sob pena de sua capacidade permanecer potencialmente mais limitada.

Esse desejo, como já foi dito, é influenciado pela sensação de dor ou de prazer que sentimos pela projeção do resultado final. Assim que idealizamos algo, imediatamente nosso corpo é envolvido necessariamente por uma emoção. Seguindo essa mesma lógica, CURADO NEVES (2006, p.255) também faz uma abordagem psicanalítica, no entanto, aplicando-a diretamente à doutrina do direito penal. Segundo o autor, o homem é constituído por três camadas. A vontade do homem seria formada a partir da evolução (não qualitativa, mas em níveis) passando-se de uma camada para a outra até a formação da decisão. Assim, a solução para os problemas sofridos pelo indivíduo seria construída a partir do progresso de cada camada, passando por aquela responsável pela emoção apropriada, enquanto outra assumiria a conveniência moral e também ética e, a última camada, pela melhor forma de executar. Ainda segundo o escritor, o homem deixa de se encontrar condicionado à maior previsibilidade naturalística a medida que constrói valores e sentido para a sua existência, podendo usufruir de uma sensação mais intensa de liberdade.

Em verdade, quando o humano não possui habilidades ou aprendizados culturais suficientes para reagir diante de um evento, percebe-se que a sua conduta retornará ao estado selvagem e um pouco mais previsível e determinista. Consequentemente, pode-se deduzir que são os valores e os sentidos que libertam o ser humano, de um estado mais previsível (determinista). Esses valores apreendidos durante a educação e os métodos para concretizá-los auxiliam para a formação da melhor decisão individual e social. Portanto, a decisão estará sempre relacionada com a qualidade da criação disponível ao indivíduo que naturalmente absorverá os resultados de uma boa criação.

Mas deste ponto é importante afirmar, desde já, que a emoção não deve ser considerada um distúrbio do corpo que se deve repeli-la como se criasse distúrbios ao desenvolvimento da razão, muito pelo contrário! SARTRE (1972, p.63) informa que desde o behaviourismo que a emoção é considerada o primeiro sistema de reflexos defensivos de uma criança, cujo funcionamento pode ser comparado inclusive a um reflexo respiratório. A emoção então não seria uma forma de perturbação, mas sim um meio eficaz natural de defesa contra condutas que não se quer manter.

É importante também acrescentar, ainda nesse tema, a observação desenvolvida pela pensadora Martha NUSSBAUM (1996, p.290) sobre a teoria das emoções com especial influência no estudo para a apuração da responsabilidade penal dos indivíduos. Ao contrário do que o senso comum pode supor, as emoções não representam barreiras para o agir racional. Muito pelo contrário, é exatamente a emoção que vai buscar sentido e finalidade à ação, conduzindo a razão para as escolhas que despertem mais ou menos prazer, afastando-se da dor, dentro do desejo deliberativo.

Segundo Sartre, a emoção não só se liga à consciência como é ela integrante do papel fundamental de organização psico-fisiológica e da própria existência humana. Dessa forma, conclui o autor que a emoção não é uma mera manifestação física, mas também da alma do indivíduo, vez que essa não se expressa corporalmente sem que haja uma necessária correspondência com o sentido fornecido pela alegria ou pela tristeza.

Pelo que foi brevemente exposto neste tópico, pode-se concluir que o homem nasce em estado selvagem e que, caso assim o mantivesse, suas ações seriam mais facilmente previsíveis. Ocorre que ao crescer num ambiente voltado de cultura, linguagem e valores, o homem absorve experiências do dia-a-dia que irão aumentar o número de opções para definir uma decisão em detrimento de outras no caso concreto. Quanto maior a cultura, maior a opção de decisões. Por outro lado, quanto melhor a educação (em estado qualitativo, como Aristóteles defendia) mais adequada também será a decisão sob a perspectiva social.

2.2 Da liberdade limitada de agir e da culpa penal

Segundo o entendimento de Figueiredo Dias, a liberdade estaria presente na vontade de quem quer e deseja. O escritor acredita que não é a situação ou a circunstância que produz o ato concreto de vontade, mas sim o próprio homem que deseja o fato. O escritor relaciona, assim, a noção de liberdade com a de vontade.

Todavia, é justamente contra essa conclusão do catedrático da Universidade de Coimbra que Welzel adverte que a culpa não é a censura pela vontade concretizada no ato, visto que isso é exatamente a função do tipo penal (que após a teoria finalista, absorveu o tipo - subjetivo, o dolo). Para o autor alemão, a culpa deve ser dirigida contra o processo de motivação que se caracterizou como contrário ao direito. Assim, a culpa é um estado que deve ser declarado judicialmente para desvalorar o momento prévio da ação tipificada. Seria o processo de motivação (razão "primeira camada" – instrumentos "segunda" – emoção "terceira") que não impediu ao autor de controlar ou de guiar mais adequadamente os impulsos de um estado mais selvagem. Segundo o autor germânico, a culpa advém justamente da decisão que motivaria o autor a retornar ao estado de falta de liberdade, praticando um ato desprovido de civilidade.

CURADO NEVES (2006, pp.254 e ss.) também discorre sobre uma teoria muito útil para a definição da culpa a partir da compreensão sobre a liberdade de vontade, desvinculando-a definitivamente do tipo-subjetivo como Figueiredo Dias defendia. A consciência seria definida como a percepção mental do indivíduo sobre o mundo exterior, enquanto que, a estrutura mental se encarregaria de representar os fatos interiorizados mentalmente. Após armazenadas e organizadas pela estrutura mental, as representações do passado ficariam disponíveis no campo psíquico para se enquadrarem em um novo evento. Este campo aumenta-se a medida em que o indivíduo é exposto às novas experiências, separando-se aquelas que apresentem como uma impressão ora positiva ou ora negativa. Assim que surge um fato estranho, o indivíduo eliminaria automaticamente as soluções que não trariam um resultado desejado. Todas as demais ficariam disponíveis para serem utilizadas independentemente da vontade do indivíduo.

Dessa forma, o processo de atualização e de desatualização seria o instrumento através do qual o homem dispõe sobre seus atos, mas sem, necessariamente, controlá-los. Se certo resultado representar um risco insuportável à estrutura existencial do agente, o campo psíquico será capaz de eliminar involuntariamente essa hipótese para a solução do problema.

Não é difícil concluir, assim, que o agente ficará sujeito (ou refém) do campo psíquico em relação a todas as hipóteses que não representarem esse perigo. As ações poderão ser executadas sem que o seu autor tenha refletido propositadamente sobre elas.

Ora, isso é exatamente a análise da capacidade do agente de efetuar a prestação. A evitabilidade não seria presumida pela lei e, tampouco em decisões condenatórias imortalizadas pela Jurisprudência, mas sim pela noção de que a "*evitabilidade é subjectiva*" e depende das particularidades do ser, sujeito da investigação. E mais, seguindo ainda o posicionamento de ROXIN (2002, p.60), acerca da impossibilidade de se determinar empiricamente um comportamento diverso, o direito seria provocado não para investigar a "evitabilidade por si só", mas sim para examinar a necessidade de se impor uma pena contra quem indicação alguma quanto à ressocialização, dada à excepcionalidade do caso.

No caso de crimes econômicos, essa abordagem psicológica encontra especial respaldo se se considerar que o autor, na maioria dos casos, encontra-se numa situação em que, diante de uma seríssima crise econômica, a única medida que não vai trazer qualquer retorno mais satisfatório imediato é justamente a quitação de impostos. Se o empresário (em iminente estado de falência) arcar com essa dívida já acumulada, sua atividade estará fardada ao fracasso. Por outro lado, caso o indivíduo opte pela manutenção dos fornecedores e da mão-de-obra, o empreendimento poderá receber um novo fôlego, postergando o pagamento do tributo para a altura em que o setor financeiro da sociedade empresária estiver mais equilibrado. Não seria um absurdo, portanto, considerar que os sócios ou administradores, como no caso *sob examine*, eliminem involuntariamente a hipótese do pagamento ao fisco, por meio do processo psíquico de desatualização, isto é, da eliminação de hipóteses.

A responsabilidade, nesse caso, não poderia ser dirigida nem à liberdade de ação, tampouco à vontade ou consciência de praticar o injusto-penal. O direito somente poderia censurar aquilo que levou os indivíduos a iludirem-se de que se encontravam em um estado de risco iminente. Se o risco for verdadeiro, o agente poderá agir sem ter exatamente consciência do ato, pois o campo psíquico decidirá eliminar a solução do caso em conformidade com a norma. Mas, diante de tudo isso, poderia essa pressão internalizada e a ação sem uma vontade conscientizada pelo autor excluírem a culpa e, assim, a responsabilidade penal do crime?

2.3 Do princípio da desculpa

PALMA propõe uma nova abordagem sobre a culpabilidade, identificando, em primeiro lugar, o erro já exaustivamente descrito nesse estudo e cometido frequentemente

pelos doutrinadores criminalistas e pelos Tribunais afora. Isto é, a ponderação em abstrato sobre bens na análise da culpa. A insistência dessa prática tem provocado aquilo que Curado Neves já advertiu com propriedade: o exercício inconstitucional do *bis in idem.* Isso se deve ao fato de que se efetuaria a avaliação do mesmo fato por argumentos idênticos em dois institutos com finalidades e pressupostos totalmente distintos.

A fim de demarcar de forma mais apropriada cada instituto, PALMA (2005, p. 184) deseja retirar da exculpação um conceito eminentemente objetivo. Isso porque um dos elementos mais importantes (que constitui e integra a personalidade humana) e que influencia o mérito da culpa é justamente a emoção. Defende a autora que a emoção (expressada pelo indivíduo na prática dos atos tidos como criminosos) é um fator que se relaciona com a ética e, dessa forma, também exercerá especial influência na censura pessoal do agente. Da emoção do agente, o jurista poderá extrair os verdadeiros valores que motivaram o ilícito, podendo-os ser contra ou a favor da Constituição

Em outras palavras, com essa proposta, serão avaliados os princípios e as razões dos indivíduos que foram construídos ao longo de suas respectivas vidas e experiências pessoais pretéritas, reconhecendo-os como um ser moral e digno de uma moral própria. Assim, o que se propõe é um exame da culpabilidade sobre a conduta do arguido, admitindo-lhe como um ser susceptível a uma criação que não necessariamente será semelhante àquela que uma maioria conjectural determina, mas que, por outro lado, também mereça a mesma tutela constitucional por parte do Estado.

A razão desse entendimento é muito simples. PALMA (2005, p.143) explica que o Estado não poderá defender somente uma concepção de valores geralmente imposta por uma classe dominante. Tampouco o Estado servirá como meio de proteção do "homem médio" que nada mais representa do que o padrão (dominante) da sociedade já normalmente aceito. O princípio da desculpa vem justamente para reequilibrar essa situação de hipossuficiência do indivíduo frente ao princípio da maioria, permitindo que o homem possa reagir de forma a proteger valores próprios, ainda que a sociedade priorize outros.

Por conseguinte, uma ação, que transgrida a lei penal, não necessariamente deverá ser censurada, caso se constate que a emoção expressada pelo agente (durante a prática do ato) teria sido a condição essencial para a preservação da personalidade moralmente aceitável. Depreendem-se, portanto, dois fundamentos-chaves do princípio da desculpa, primeiro: a conformidade da ação com os valores do indivíduo; segundo: a conformidade desses valores com um padrão de moralidade socialmente tolerável. O objetivo principal da desculpa restar-se-ia, por conseguinte, na análise dos fundamentos internamente construídos pelo indivíduo

que permitiram-no ser conduzido por uma emoção ativada, pelos desejos do próprio corpo ou mesmo pelo campo psíquico.

Conforme elucidações de SARTRE (1972, p.115) a emoção é ela própria, o significado da totalidade de reações entre o mundo exterior que nos está ao redor com a realidade interna do próprio indivíduo. A emoção seria uma expressão provocada pelo estímulo do mundo externo com um conjunto de valores internos preexistentes. Tudo isso deverá ser a causa de uma reação que busque, ainda que involuntariamente, a preservação da condição pessoal existencial.

3 CONCLUSÃO

Um Estado que se declara democrático e de direito deve promover o bem, respeitando as particularidades de seus membros, tratando-os com respeito à personalidade e, consequentemente, à sua dignidade. Isso significa que um padrão de comportamento não será definido eternamente por uma mera preferência ideológica. O Estado, ao proteger as liberdades do homem, deve fazê-lo em sua dimensão maior, isto é, permitindo aos indivíduos usufruírem de seus próprios valores, pois o homem deve ser um fim em si mesmo (KANT, 2005) e o direito deve contribuir para a formação da personalidade do mesmo homem, sem poder anulá-la apenas com o propósito de proteger o próprio direito.

Nesse sentido, restou-se imprescindível reexaminar as definições sobre três elementos que formam o instituto do Estado de Necessidade para o direito penal: a liberdade, a culpa e a desculpa. O sentido de liberdade que mais se adequaria ao atual modelo de Estado seria justamente aquele trabalhado pela escola compatibilista. Segundo os seus defensores, o homem selvagem é um ser previsível, pois agirá conforme seus instintos. Já o indivíduo submetido à cultura ampliará sua capacidade de reação para além daqueles naturais. De acordo com Aristóteles, sendo servido por uma boa criação, o homem, então, procurará aquela que mais adequada às expectativas sociais.

Contudo, também pelo fato de ser provido de emoções e experiências pretéritas, o homem poderá ser conduzido a reagir da forma com que este se preserve diante de uma situação análoga anterior que lhe causou sofrimento, traumas, desgostos etc. Aqui a liberdade do ser humano volta a ser mais limitada, posto que o seu próprio campo psíquico poderá excluir involuntariamente soluções que não seriam adequadas para o bem-estar do agente. A culpa seria o espaço comunicativo-argumentativo entre os elementos do crime. Neste ambiente, o interessado seria responsável por construir o provimento imperativo, contrapondo

os motivos e valores que o levaram a agir em desconformidade com o direito positivado. Além de anunciar as emoções que contribuíram para o seu agir, deverá compará-las com a estrutura de valores próprios. A punição teria que se condicionar a contrariedade da ação com a hermenêutica constitucional e com a estrutura do próprio agente, seguindo os critérios do princípio da desculpa.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1987.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Parte Geral**. 2ª ed., T1, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

DIAS, Jorge de Figueiredo, **O Problema da Consciência da ilicitude em direito penal.** 3ª ed. - Coimbra : Coimbra Editora, 1987

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón, Teoria del garantismo penal**. Madrid: Editora Trotta, 1995.

HASSEMER, Winfrid. **Critica al derecho penal de hoy**. 2ª ed. 1ª reirnp. Buenos Aires; Ad-Hoc, 2003.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y la Teoria de la imputación.** Madrid: Marcial Pons, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich, Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria**. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 2003, núm. 05-01, p. 01:1-01:19. Esquinas Valverde, traductora. Disponible en internet: http://criminet .ugr.es/recpc/recpc05-01.pdf.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

NEVES, João Curado. **A problemática da Culpa nos Crimes Passionais**. Dissertação de Doutoramento apresentada na Faculdade de Direito de Lisboa. 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** 2ª ed., Coimbra: ed. Coimbra, 2003.

NUSSBAUM, Martha/KAHN, Dan. M., Two Conceptions of Emotions in Criminal Law, **Columbia Law Review,** vol. 96º, n. 02, 1996.

PALMA, Fernanda. **O princípio da desculpa em direito penal.** Coimbra: Ed. Almedina, 2005.

POPPER, Karl. **O universo Aberto – Argumentos a favor do indeterminismo.** Lisboa: Dom Quixote, 1988.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: ed. Cultrix, 1972.

Portugal - STJ - **Acórdão n.º 06P2935** - http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/006986006afc244c80257292004d5640?OpenDocument&Highlight=0,06P2935 Consultado no dia 02.05.2012.

ROXIN, Claus. **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal.** 2ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires: Ed. Hamurabi, 2002.

SARTRE, Jean Paul. **Esboço de uma Teoria das Emoções**. Lisboa: Editorial Presença, 1972.

ZIZEK, Slavoj. **Da tragédia à farsa.** Lisboa: Relógio D'água Editores, 2010.