



justificação ou a exculpação. Uma breve análise dos Direitos como direitos *prima facie* e as perspectivas monista e pluralista da Teoria Jurídica.

## **Palavra-Chave**

Justo e Razoável; Justificação e Exculpação.

## **Abstract**

There are two separate forms of legal reasoning, one belonging to Common Law and the other to Civil Law. The difference lies mainly in the equivalence of the uses of the terms Just and Reasonable in each of the Systems as a reference to the way in which the arguments are structured. This distinct form of legal reasoning leads, in Criminal Law, to different approaches to justification and exoneration. There are separate possible forms of systematizing the exclusion of criminal responsibility, preceding the justification or exoneration. A brief analysis of the Rights, such as *prima facie* rights, and the monist and pluralist views of Legal Theory.

## **Key words**

Just and Reasonable; Justification and Exoneration.

## **1. Introdução**

Nós juristas anglo-saxões deveríamos ouvir o modo como falamos. Se parássemos para ouvir nosso padrão de discurso, ficaríamos surpreendidos por alguns aspectos distintivos. Uma das mais claras particularidades do nosso discurso é a infinita confiança que temos no termo razoável. Continuamente empregamos expressões como: tempo razoável, atraso razoável, confiança razoável ou cuidado razoável. Em Direito penal, nós falamos incessantemente sobre provocação razoável, erro razoável, força razoável, e risco razoável<sup>1</sup>. Por trás dessas expressões late a sensibilidade da pessoa razoável. Com toda a suposta firmeza do *Common Law*, nós mal podemos funcionar sem essa figura hipotética no centro do debate jurídico. Nem sequer podemos começar a argumentar sobre vários temas de responsabilidade e imputação sem antes nos perguntarmos o que uma pessoa razoável faria nestas circunstâncias.

Nossa confiança no razoável merece atenção porque distingue nosso discurso jurídico do discurso jurídico de outras culturas. O fato é que juristas franceses, alemães e soviéticos argumentam

em um idioma diferente. Suas línguas efetivamente usam um conceito de razão, e seus termos para razão – *raison*, *Vernunft* e *razumnost* prontamente fornecem os adjetivos correspondentes. Entretanto, esses paralelos ao nosso termo razoável não figuram de forma proeminente no discurso jurídico continental. O Código Civil francês utiliza o termo *raisonnable* somente uma vez<sup>2</sup>; os Códigos Civis alemão e soviético não o utilizam<sup>3</sup>. Os códigos penais – o habitat natural da pessoa razoável – tampouco mencionam estes derivados da razão<sup>4</sup>. Nos códigos civis, vemos uma variedade de critérios para cuidado: na França, a conduta esperada de um *bon père de famille*<sup>5</sup>; na Alemanha Ocidental, o “o cuidado necessário numa transação particular”<sup>6</sup>; e na legislação soviética, “prevendo uma consequência social perigosa que qualquer um poderia ter previsto”<sup>7</sup>. Erros razoáveis são também tratados num léxico diferente. Os adjetivos que descrevem um erro escusável, nessas línguas, não são traduzidos pelo termo razoável, mas sim “invencível”<sup>8</sup>, “inevitável”<sup>9</sup> e “não-negligente”<sup>10</sup>. Todas essas emanções da pessoa razoável encontram diferentes traduções no discurso jurídico continental, uma palavra diferente para cada contexto.

Na Europa continental, nem o adjetivo razoável nem a figura da pessoa razoável importa muito na hora de escolher um argumento jurídico. O que percebemos como denominador comum entre a “confiança razoável” e o “erro razoável” está diluído no debate jurídico continental. O fato de que pensamos de forma diferente de nossos colegas europeus não é tão facilmente perceptível. Que falamos de modo diferente, entretanto, fica bastante claro.

Acredito que, não é por acaso que nós juristas anglo-saxões claramente dependemos do conceito do razoável e que os europeus não dependem. Esse padrão do nosso discurso tem um propósito, talvez muitos propósitos. Em primeiro lugar, considerarei alguns desses possíveis propósitos e então analisarei o problema específico dos erros razoáveis no Direito penal.

## **2. Dois estilos de Raciocínio Legal**

Até que ponto podemos apreciar o valor que o *common law* concede ao termo razoável? Sugiro que ouçamos atentamente a maneira com que juristas franceses, alemães e soviéticos debatem assuntos jurídicos. Para isso, devemos prestar atenção não só na linguagem da legislação e das opiniões jurisprudenciais, mas

também no estilo de argumentação utilizado nos livros, tratados e literatura teórica. Nosso objetivo nessa questão empírica deveria ser isolar as características do discurso europeu mais destacadas em seu contexto proeminentes em seu contexto e compará-las com nossa patente dependência do razoável. Limitando nossa investigação ao discurso jurídico alemão, encontramos um número de termos – não facilmente traduzíveis – que aparecem quase tão freqüentemente no discurso jurídicos alemão como o de razoabilidade no discurso jurídico inglês. Considerei os termos *Treu und Glauben* (boa-fé e negócio justo)<sup>11</sup>, *Recht* (direito objetivo)<sup>12</sup>, *Rechtsmißbrauch* (abuso de direito)<sup>13</sup>, e *Zumutbarkeit* (exigibilidade)<sup>14</sup>. Que estes termos sejam tão significantes no discurso alemão quanto é o de razoável no inglês não dependem, contudo, tão somente da freqüência com que aparecem. A questão é se um ou mais desses termos assinala uma característica mais profunda, estrutural, do pensamento legal alemão.

O argumento a seguir é que o conceito de justo (*Recht*) molda o pensamento jurídico alemão assim como o de razoabilidade no *common law*. Para desenvolver esse argumento, primeiramente preciso introduzir e tornar clara a distinção entre dois tipos de discurso jurídico, os quais, por falta de termos melhores, chamarei de plano<sup>15</sup> e estruturado. O discurso jurídico plano ocorre em um único nível, marcado pela aplicação de uma norma legal que invoca todos os critérios relevantes para resolução da disputa. O discurso legal estruturado ocorre em dois estágios: primeiramente, uma norma absoluta é declarada e em segundo lugar se introduzem qualificações para restringir o propósito da norma supostamente dispositiva.

Essa distinção é facilmente compreendida no contexto. Considere o problema de impor limites ao direito de utilizar a força para impedir uma agressão ao direito de alguém. A lei alemã trata esse problema com um estilo de discurso jurídico estruturado. De acordo com o Código Penal de 1975<sup>16</sup> (assim como o Código anterior de 1871<sup>17</sup>), todos que sofrem uma violação injusta de seus direitos têm o privilégio absoluto de usar a força que seja necessária para impedir esta violação. Se, por exemplo, a única maneira de deter um ladrão fugitivo, até mesmo uma criança furtando frutas, é atirar nele, a jurisprudência<sup>18</sup> e a doutrina<sup>19</sup> alemãs consideravam originalmente que o proprietário tinha o direito de usar uma força

letal. Contrariamente a essa tendência, alguns comentaristas<sup>20</sup> e a jurisprudência<sup>21</sup> no pós-guerra invocaram o princípio do “abuso de direitos” para limitar esse direito em um segundo nível de análise<sup>22</sup>. No primeiro nível, permanece existindo um direito absoluto a usar força letal quando necessário; em um segundo nível, o exercício desse direito se submete, entretanto, a uma ulterior verificação. Se o direito é exercido mediante um custo excessivo, se lhe considera “abusivo” e, portanto, fica sem efeito. Nada no Código Penal prevê essa restrição, mas o método do pensamento jurídico estruturado permite um nível adicional de argumentação, um nível onde considerações extra-jurídicas podem limitar as previsões explícitas do Código.

De modo distinto, o discurso do *common law* normalmente evita essa bipartição. Nós anglo-saxões não nos sentimos inclinados a dizer, primeiro, que a parte que está se defendendo tem todo o direito de usar toda a força necessária para reivindicar sua autonomia, e segundo, que invocar esse direito em certas circunstâncias seria um abuso<sup>23</sup>. A vantagem do simples termo “razoável” é que ele inclui os critérios iniciais normativos que são os mesmos ou similares àqueles invocados pelos que usam o argumento do “abuso de direito” em um segundo nível de argumentação. O resultado da unificação das duas dimensões de argumentação é que o privilégio da legítima defesa não é mais absoluto, porque desde o início vem limitado pelo conceito do razoável.

O estilo estruturado de argumentação jurídica se expressa também nas limitações impostas ao uso da propriedade. No primeiro nível de argumentação, propriedade privada é entendida como absoluta; no segundo nível, o direito de sua propriedade é “abusivo” se outros direitos são afetados de maneira desproporcional<sup>24</sup>. Ao contrário do que sucede na análise a dois níveis de legítima defesa, na argumentação plana esta estrutura é unificada desde um princípio: todos têm o direito do uso razoável de sua propriedade<sup>25</sup>.

Depois dessa comparação entre o pensamento jurídico estruturado e o plano, podemos ver que nossa dependência do termo razoável favorece o pensamento jurídico plano. Com modificadores sintáticos livres como “razoável” e “substancial”, cada regra do *common law* pode conter substitutivos para tudo que alguém precisa saber para resolver um problema em particular. Claro que

a adição de conceitos abertos modificadores sacrifica tanto a aparente precisão quanto o aparente caráter absoluto da regra posta. Mas um jurista americano sofisticado provavelmente diria que essas ostensivas virtudes da lei alemã são ilusórias e que é melhor trabalhar com as normas jurídicas vagas e qualificadas, mas pelo menos não enganosas. Tanto a análise estruturada como a plana têm seus atrativos. Se não tivessem, dificilmente encontrariam expressão em duas culturas jurídicas mundialmente líderes. Apesar de simpatizar com a clareza da análise jurídica estruturada, meu primeiro propósito aqui é provar as diferenças substantivas e retóricas expressas nestes distintos modos de pensamento jurídico.

Antes de mencionar outros exemplos do Direito americano e alemão, permitam-me matizar a presente argumentação em dois pontos. Primeiro, a tese que aqui se expõe representa uma primeira aproximação para uma completa valoração do que se entende por razoável no *common law*. Mas também perfila este argumento conectando particularmente o conceito do razoável com as idéias básicas da teoria jurídica alemã. Segundo, o conceito do razoável não é o único aspecto que facilita o pensamento jurídico plano no *common law*. Qualquer outro conceito modificador aberto como, por exemplo, o termo “substancial”, nos permite formular normas que incluem critérios qualificadores desarticulados na criação de uma regra.

## **2.1 Justificação e Exculpação**

Olhemos agora no modo em que nossa onipresente invocação da pessoa razoável permite-nos funcionar sem a distinção fundamental entre justificação e exculpação. Essa distinção é básica no Direito penal alemão. Era também indispensável no *common law* na regulamentação do homicídio proposta por Blackstone<sup>26</sup>. Hoje, entretanto, somente aqueles teóricos do *common law* que ainda lêem e respeitam a literatura filosófica têm alta consideração por essa distinção.

Essa distinção entre justificação e exculpação não é particularmente difícil de entender. As alegações em pró da justificação dizem respeito ao que está correto ou, no mínimo, o que está legalmente permitido<sup>27</sup>, em um ato que viola nominalmente a lei. Se uma conduta geralmente não permitida é justificada com base em,

digamos, legítima defesa, estado de necessidade, consentimento ou cumprimento do dever legal, o ato deve prevalecer na situação de conflito. Ninguém está autorizado a defender-se de um ato justificado, e aos terceiros é permitido, até mesmo encorajado, a ajudar o autor que atua justificadamente<sup>28</sup>.

Ao contrário nas causas de exculpação não se fala sobre o que é correto ou desejável no ato, mas da culpabilidade pessoal do autor. Estas causas vêm à consideração somente quando se decidiu que o ato é inconveniente (errado ou ilegal) e por isso, pede-se exculpação ou desculpas<sup>29</sup>. Se uma causa de exculpação, tal como insanidade, intoxicação involuntária, ameaça, ou erro de direito aplica-se ao caso, a incorreção do ato permanece inalterada<sup>30</sup>. A exculpação só implica em que o autor não é pessoalmente culpável pelo ato antijurídico ou ilegal que realizou. As causas de justificação dirigem nossa atenção para aos atributos do ato em abstrato; as causas de exculpação, para a culpabilidade do autor na situação concreta.

A distinção entre justificação e exculpação tem um valor prático e teórico fundamental. Para elaborar uma teoria da responsabilidade ou um Código Penal racional<sup>31</sup>, a primeira coisa a fazer é perguntar se uma eximente em particular se refere às circunstâncias do fato ou da culpabilidade pessoal do autor. Contudo, esta distinção não foi mencionada nos textos de língua inglesa dos últimos cem anos<sup>32</sup>. A indiferença pela distinção pode ser vista claramente na obra publicada em quatro volumes, *Encyclopedia of Crime and Justice*<sup>33</sup>, por Sanford Kadish. Essa obra contém os conceitos ortodoxos americanos concernentes ao Direito penal e todos os textos legais das duas últimas décadas. Virtualmente todos os autores mais proeminentes neste campo contribuíram com um artigo em algum assunto de justiça penal. Os artigos não são particularmente originais, nem é essa sua intenção. Foram feitos no princípio de 1980 para refletir sobre o modo com que o professorado americano pensava sobre Direito penal, processo penal, e outros âmbitos relacionados. A Enciclopédia constitui uma vitrine para o pensamento ortodoxo sobre esses assuntos.

Na verdade, a Enciclopédia reconhece o trabalho filosófico recente na estruturação das eximentes de responsabilidade<sup>34</sup>. Mas um número surpreendente de artigos não presta atenção em se as eximentes em particular podem ser construídas diferentemente se tratadas como causas de justificação ou de exculpação. George

Dix escreve sobre legítima defesa sem chegar à questão de se sua função é justificar a conduta ou meramente exculpá-la<sup>35</sup>. Ainda que a legítima defesa tenha raízes em ambas as teorias<sup>36</sup>, para que analisar assuntos particulares tais como defesa de um terceiro<sup>37</sup> ou o dever de fugir<sup>38</sup>, se deve, necessariamente, discutir se o fundamento desta eximente é uma justificação ou uma exculpação. Martin Levine, que, por outro lado, escreve cuidadosamente sobre ameaça, passa muito rapidamente sobre a relevância da distinção entre justificação e exculpação<sup>39</sup>. Argumentando sobre a extensão da ameaça nos casos de homicídio, descuida em sua análise de que a solução desse assunto depende de, se a classifica como justificação ou exculpação<sup>40</sup>. Abraham Goldstein escreve sobre enfermidade mental<sup>41</sup>, mas se equivoca ao discutir se esta eximente funciona como uma isenção jurisdicional de responsabilidade, analogamente à responsabilidade do menor de idade, ou como uma causa de exculpação, por analogia com a intoxicação voluntária<sup>42</sup>. Steven Duke se ocupa da obediência à ordem de um superior hierárquico<sup>43</sup>, mas trata com indiferença a questão básica e rica de se confiança na legalidade das mesmas serve para justificar a conduta ou meramente exculpá-la<sup>44</sup>. Hyman Gross, escreve sobre os conceitos americanos na área de erro de direito<sup>45</sup>, mas se equivoca ao analisar as analogias possíveis entre erro de direito e outras causas de exculpação<sup>46</sup>.

Existem duas perspectivas com as que qualquer pessoa pode entender a indiferença que mostram estes cinco autores ante a distinção entre justificação e exculpação. Assim, por exemplo, eu diria que a análise que se faz das eximentes em particular é superficial e que falha na percepção das implicações teóricas e práticas da explicação da razão básica de cada uma delas. Os cinco temas – legítima defesa, ameaça, enfermidade mental, ordens superiores e erro de direito – são analisados sem distinguir se a eximente é uma justificação, uma exculpação ou possivelmente um problema de jurisdição (como pode ser o caso com da enfermidade mental). Parece que esses cinco autores simplesmente não reagem aos argumentos disponíveis na área. É como se em um artigo escrito hoje sobre teoria do ato ilícito não se analisasse suas implicações na análise econômica da lei.

É possível, entretanto, imaginar que a ortodoxia implícita na Enciclopedia não é mais que produto de uma evolução intelectual. A questão que aparece, então, não é se seus argumentos são certos ou errados, ou se são sofisticados ou não, mas trata-se de



uma questão de outra ordem: como é que esses autores analisam o Direito penal sem mencionar uma distinção que tanto os teóricos alemães como os filósofos americanos contemporâneos consideram fundamental?<sup>47</sup> Minha resposta para essa pergunta nos levará de volta para o ponto de partida: a patente dependência no Direito americano do conceito do razoável e do pensamento jurídico plano. Mas agora precisamos voltar a analisar as diferenças entre fazer distinções, por um lado, e pensar juridicamente de forma estruturada, por outro.

## **2.2 Argumento Estruturado**

As distinções não geram por si mesmas o pensamento jurídico estruturado. Alguém poderia, por exemplo, seguir a distinção que faz J.L. Austin entre erros e acidentes<sup>48</sup>. Isso nos levaria a perceber duas raízes da negligência. Uma forma de negligência consistiria em causar dano por um acidente culposo; a outra, em atuar com base em uma percepção culposamente errada do mundo. Ainda que esses traços distintivos de análise não produzam uma ordem léxica<sup>49</sup>, parece que uma dimensão do argumento deve preceder a outra.

Como, então, a distinção de justificação e exculpação gera uma forma estruturada de argumentação jurídica? Isso não é tão facilmente perceptível, se não se tem em conta que, na verdade, a importância da distinção está na sua imagem especular: nos conceitos afirmativos negados por cada eximente. A justificação nega uma assertiva de conduta errada. A exculpação nega uma acusação de que o agente é pessoalmente culpável pela conduta errada. Apesar de que o acusado atuou intencionalmente violando a lei, ele não é pessoalmente culpável por uma violação injustificada se agiu sob ameaça, enquanto enfermo mental, ou segundo certos tipos de erro de direito. A estrutura que está implícita nesse modo de enquadrar a análise de responsabilidade (“exculpações por violações injustificadas”) é o conceito de conduta antijurídica que logicamente precede o conceito de culpabilidade pessoal<sup>50</sup>. A análise de justificação deve preceder a análise da exculpação.

A questão que propriamente nos interessa, portanto, é se essa ordem dos termos está logicamente determinada. Analisando o problema da responsabilidade, pode ser que alguém considere

primeiramente uma causa de exculpação, seja de insanidade ou intoxicação voluntária, e mais tarde um problema de legítima defesa ou uso justificado da força? Por que não deveria o tema da responsabilidade (que os juristas americanos comumente rotulam o assunto de culpabilidade pessoal) ser o primeiro assunto a considerar na análise da imputação?

Para os juristas alemães, parece natural considerar antes o tema de ilicitude e logo o de responsabilidade (uma ordem I/R). Os textos alemães nem sequer param para explicar essa ordem. Ainda que aceitemos uma distinção clara entre ilicitude (ausência de justificação) e de responsabilidade (ausência de causas de exculpação), outras duas relações lógicas entre esses termos são possíveis. É possível (1) indagar sobre responsabilidade antes de ilicitude (uma ordem R/I), ou (2) que não é necessária nenhuma ordem entre os dois assuntos. A última possibilidade reflete a orientação do pensamento jurídico plano. Coerentemente com a minha tese geral, tentarei demonstrar porque sou contrário ao ponto de vista ortodoxo americano a respeito da análise da responsabilidade penal. Primeiramente, entretanto, gostaria de considerar a possibilidade de uma ordem R/I e então falar da aceitação da ordem I/R como um problema óbvio no Direito alemão.

### **3. A Ordem R/I**

Na tradição do *common law* é possível encontrar algum apoio para dar prioridade lógica ao tema da responsabilidade sobre o tema da ilicitude. O primeiro assunto a considerar deveria ser se o acusado é um destinatário da norma legal aplicável. Se é criança, o acusado não é sujeito para a norma. Se é um psicótico, ou se, na linguagem do *common law*, ele comporta-se como um “animal selvagem”, deve ser tratado como uma criança – como alguém que fica fora do objetivo da lei penal. A analogia continua, mais ou menos, para o enfermo mental que comete um delito. Mas é difícil fazer a mesma reivindicação para ameaça, intoxicação involuntária, ou o erro de direito. Porém, no *common law* ainda está nos estatutos esta forma de enfrentar o problema.

A seção 26 do Código Penal da Califórnia enuncia seis categorias de pessoas que não são “capazes de cometer crimes”<sup>51</sup>. As 2 primeiras categorias são crianças e idiotas. As últimas quatro são definidas assim:

03 – Pessoas que cometeram o ato ou omitiram-se por ignorância ou erro de fato, o que exclui qualquer intenção criminosa.

04 – Pessoas que cometeram o ato sem estarem conscientes disso.

05 – Pessoas que cometeram o ato ou omitiram-se por caso fortuito ou por acidente, quando aparenta não haver nenhum traço de maldade, intenção, ou negligência culpável.

06 – Pessoas (a menos que o crime seja punido com morte) que cometeram o ato ou omitiram-se sob ameaça ou perigo suficientes para demonstrar que eles tinham uma causa razoável para acreditar e efetivamente acreditaram que suas vidas estariam em perigo se negassem a realizá-lo<sup>52</sup>.

O conteúdo das categorias três, cinco e seis obviamente são diferentes do sujeito da previsão: pessoas incapazes de cometer crimes. Os temas de erro, acidente e ameaça falam não da capacidade do autor, mas do modo pelo qual o ato foi realizado. Aqueles que invocam essas eximentes são inquestionavelmente “capazes de cometer crimes”, mas eles não podem obviamente ser responsáveis pelo ato particular em discussão.

Existem alguns sinais de uma ordem R/I no *common law*<sup>53</sup>, mas como o Código da Califórnia indica, trata a responsabilidade como equivalente do assunto geral de capacidade pessoal. Se, ao contrário, a responsabilidade é considerada como exculpação, então a determinação de se uma conduta é ilícita precede a consideração da possível exculpação. Essa é a relação conceitual que eu agora tentarei explicar.

## 4. A Odem I/R

A análise de justificação logicamente precede a consideração da exculpação somente se os conceitos afirmativos correspondentes são ordenados da mesma forma. Na ordem I/R, a responsabilidade (R) é entendida não como a capacidade geral do autor, mas como sua culpabilidade ou reprovabilidade por realizar um ato em particular. Dois argumentos sustentam a prioridade lógica da ilicitude sobre a responsabilidade. O primeiro é conceitual e está implícito no próprio significado do termo “exculpação”.

Falar de exculpação só tem sentido no contexto de uma responsabilidade e isso supõe a possibilidade de responsabilidade.

Não faz sentido “escusar” eventos naturais como chuva ou avalanche; esses eventos não apresentam nenhum problema de culpabilidade porque não existe nenhuma pessoa para ser responsabilizada. As causas de exculpação tampouco se aplicam a atos benéficos porque neles não há nada a ser culpado e portanto nada a exculpar. A questão sobre culpabilidade e exculpação limita-se aos atos humanos danosos. Deve existir algo negativo para que um autor possa ser culpado coerentemente.

Entre as condutas humanas, apenas aquelas que dão lugar a uma avaliação negativa requerem *prima facie* nossa atenção. No caso específico de violações legais, da violação de uma proibição legal se deduz *prima facie* uma avaliação negativa. Mas esta avaliação *prima facie* é um tópico refutado em casos de justificação. Se a violação é justificada, seja por legítima defesa, estado de necessidade, ou consentimento válido, o ato é, no balanço final, correto e bom. Não se dá a avaliação negativa necessária para que a exculpação seja relevante. Não há necessidade de argumentar sobre culpabilidade ou exculpação de um ato justificado, da mesma forma que não haveria que culpar ou exculpar um ato benéfico. A justificação santifica o ato e torna a exculpação irrelevante.

Tudo isso é plausível, e qualquer um poderia admiti-lo, mas isso não prova que a análise de das causas de justificação logicamente precedem a análise da exculpação. Por que não considerar os assuntos nessa ordem: (1) violação de uma proibição legal; (2) culpabilidade e exculpação; e então (3) justificação possível? Esse é um desafio sensato que propõe o problema de se quando se infringe uma proibição legal é suficiente a avaliação negativa que implica, permitindo passar diretamente, sem necessidade de determinar previamente a ilicitude, a dar relevância à exculpação. Se isso ocorresse, seria possível considerar a exculpação da violação antes de sua justificação.

Esse argumento tem uma força particular até o momento que nossas leis estão perto de nossas normas morais. Isso porque as violações dessas leis geram fortes implicações negativas, permitindo propor desde um primeiro momento o tema da exculpação. Implicitamente, isso serve para argumentar que a violação de uma proibição moral traz consigo uma forte presunção de conduta ilícita. Ainda, essa presunção pode ser objeto de refutação se há alguma causa de justificação. Se tanto a violação de uma proibição como a questão de justificação tratam da ilicitude

do ato, faz pouco sentido separar os assuntos e considerá-los, respectivamente, no primeiro e no terceiro passos do raciocínio. Certamente, desde o ponto de vista teórico, se poderiam considerar causas de exculpação antes que as de justificação. Mas um método conformado com a estrutura lógica do problema consideraria primeiramente todos os assuntos relativos à valoração negativa que afetam também a exculpação.

Até o momento, o argumento para a prioridade lógica da ilicitude provém de um questionamento conceitual. A reivindicação tem sido de que a ordem I/R pertence à natureza das exculpação. Um segundo argumento deriva das teorias retributivas de pena. Essas teorias – como opostas àqueles que dão ênfase à proteção social – mantêm, simplesmente, que a pena deve ser imposta para fatos ilícitos. A retribuição requer que os ofensores sejam punidos por suas violações para retificar o desequilíbrio representado pela violação impune. A maneira com que a punição compensa o fato injusto pode ser mística para o sentido que lhe dá Hegel<sup>54</sup>. Poderia ter vindo da abordagem kantiana de universalização do ato injusto<sup>55</sup>. Ou pode vir da tese mais moderna que pode ser encontrada no trabalho de Herbert Morris: a retribuição retifica a má distribuição dos benefícios e deveres que decorrem da comissão do delito<sup>56</sup>. Em toda teoria retributiva, o primeiro tema é a ilicitude. A gravidade da violação determina a severidade máxima do castigo. O castigo deveria ser atenuado no caso de falta de culpabilidade parcial<sup>57</sup> ou excluído em caso de falta de culpabilidade ou conduta escusável. A necessidade de considerar a ilicitude antes da responsabilidade vem da estrutura do pensamento retributivo. A primeira questão é se existe uma infração para ser punida e, se existe, quantificar a punição. A segunda questão, é se o castigo deve ser atenuado, considerando se o autor deve ser exculpado ou deve ser punido pela total extensão de sua violação.

O argumento para mitigação poderia bem ser que o autor tem um controle incompleto sobre o desenvolvimento do delito. Quanto menos controle o autor tem, menos é culpado pelo ato. A diminuição de controle poderia resultar tanto de pressões externas como da condição psicológica do autor. Em casos de ameaça e estado de necessidade, tal como fugir da prisão para evitar uma violação homossexual, o controle do autor é tão reduzido que culpá-lo por sua conduta ilícita ofende nosso senso de justiça.

Similarmente, intoxicação involuntária e a enfermidade mental, pelo menos na compreensão convencional desses estados, reflete perda interna de controle até o ponto que seria injusto considerá-los culpáveis. A análise de erro de direito segue o mesmo modo de raciocínio até o ponto de que se alguém não sabe que sua conduta é ilícita, dificilmente pode considerar-se que tem controle sobre o ato ilícito que possa cometer. Essas considerações representam nada mais que o primeiro corte num conjunto difícil de assuntos, mas parece servir para uma avaliação geral das eximentes.

Minha análise da exculpação não passa de um nível superficial de argumentação<sup>58</sup>, o objetivo dessas considerações é simplesmente demonstrar a natureza secundária da culpabilidade e da exculpação na análise da responsabilidade. A teoria da pena retributiva convida-nos a considerar o que merece o ofensor, mas somente depois de estabelecida que ele se torna um agente de um ato ilícito. Os assuntos de culpabilidade e exculpação fazem sentido somente se perguntarmos: culpável ou escusável de que? O “que” nessa questão requer que nós especifiquemos o ato inconveniente que dá significado às noções de culpabilidade e exculpação.

## **5. A Indiferença entre I(ilicitude) ou R(responsabilidade)**

Numa cultura que dá ênfase ao raciocínio jurídico plano, não cabe esperar uma ordem R/I nem uma I/R. E, efetivamente, nós não encontramos. O Código Penal Modelo – de 1950, mas ainda um documento ortodoxo – não menciona nenhuma ordem. O preceito que define o “elemento material do delito” trata a justificação e a exculpação com os mesmos critérios definindo *prima facie* a responsabilidade<sup>59</sup>. O Código adota o modelo de raciocínio plano. Todos os elementos são de igual significado. Se qualquer elemento, seja afirmativo ou negativo, estiver ausente, o acusado não é culpado. Carece de importância analisar os elementos em uma ordem particular, uma vez que temos que verificá-los todos antes de exigir uma responsabilidade.

### **5.1 Raciocínio Jurídico Plano**

O conceito de razoável – o modificador onipresente – favorece uma argumentação plana de responsabilidade. A pessoa razoável

obscurece a linha entre justificação e exculpação, entre ilícito e culpabilidade, e assim impossibilita qualquer ordem de determinação da responsabilidade. O padrão “o que uma pessoa razoável faria nessas circunstâncias?” propõe a questão da diferença entre ilicitude e culpabilidade de um modo distinto. Os critérios tanto de justificação quanto de exculpação submetem-se a mesma questão. Por exemplo, em relação à justificação de legítima defesa, se pergunta que quantidade de força utilizaria uma pessoa razoável. O questionamento é similar quando analisamos a exculpação por ameaça. A pergunta é o que é mais razoável: roubar um banco, ou ser assassinado<sup>60</sup>; escapar da cadeia ou evitar uma violação homossexual<sup>61</sup>. Herbert Fingarette engenhosamente argumenta que o elemento chave na ameaça é que o ato do acusado é fazer “ilicitamente o que é razoável”<sup>62</sup>. A mesma fórmula funciona para a legítima defesa. Aquele que agride ilicitamente torna em razoável para a vítima da agressão usar a força em legítima defesa. Nesse modelo verbal, nos podemos mover para trás e para frente entre os critérios de justificação e exculpação com a maior facilidade<sup>63</sup>.

Indiquei antes que os alemães aceitaram a ordem I/R não por razões políticas, mas porque é logicamente obrigatório tanto pela natureza da exculpação como por uma concepção retributiva da pena. Se isso é verdade, necessitamos avaliar por que essas considerações não servem para afirmar a ordem I/R no pensamento do *common law*. As duas razões a favor da ordem I/R não são tão distintas quanto parecem. As causas de exculpação têm um *status* secundário apenas se assumimos a prioridade do ilícito na análise do castigo. Mas, se o castigo tem outro propósito além de retribuir o delito, então essa relação de prioridade lógica pode falhar.

A partir dos textos de Bentham<sup>64</sup> e da tradução do livro de Beccaria<sup>65</sup>, os juristas ingleses têm sido céticos a respeito da idéia de que o castigo dos fatos ilícitos seja um fim em si mesmo. O dever de punir os culpados não se adapta à mentalidade anglo-americana que busca um propósito produtivo em toda prática social. Certamente a injustiça nos ofende. Mas fazer justiça por seus próprios meios também não nos atrai. Ainda que os juristas americanos e ingleses também considerem que punir os inocentes é um erro, tem pouco entusiasmo pelo princípio KANTiano de que temos um dever categórico de punir os culpados<sup>66</sup>. De acordo com

o ponto de vista dominante hoje, se entende que a função da culpabilidade é na maioria das vezes um limite de pena que serve para a intimidação e outros objetivos sociais<sup>67</sup>. Nem sequer com o máximo espírito de tolerância democrática, podemos estar de acordo com os KANTianos e os utilitaristas<sup>68</sup>. Separamos e escolhemos entre os fins da pena o que entendemos mais adequado<sup>69</sup>. Nessa desordem tolerante, é lógico que não entendamos bem uma estrutura lógica com dois estágios de análise que vêm de um compromisso de punir os culpados como um imperativo de justiça.

Não surpreende, portanto, que os teóricos ortodoxos do *common law* não distingam entre o ilícito e a responsabilidade, entre justificação e exculpação. Estes problemas se propõe com a mesma força no âmbito do controle social. Não teríamos porque ter problemas separando distinções tão facilmente descritas, mas nós pensamos e argumentamos numa sobre problemas instrumentais que consideram que estas distinções são pouco mais que curiosidade filosófica.

## 6. O Conceito de Justo

Difícilmente chegaríamos ao conceito de justo simplesmente procurando traduções em contextos particulares do termo onipresente “razoável”. Se prestarmos atenção àqueles pontos do debate jurídico onde o raciocínio plano americano corresponde ao pensamento estruturado alemão, nos surpreenderia quão freqüentemente encontramos a noção do justo no discurso alemão. O conceito de justo, então, torna-se um candidato para ser o equivalente sistêmico do razoável. Por “equivalente sistêmico”, me refiro a um conceito no Direito alemão que é tão básico quanto o razoável é no *common law* e é um ponto de referência em um sistema estruturado de pensamento jurídico que funciona sem o efeito de graduação gerado pela pessoa razoável.

Nos dois assuntos de Direito penal que temos discutido – o fim da legítima defesa e a distinção entre justificação e exculpação – o conceito do justo oferece um instrumento com o qual a doutrina alemã identifica em níveis distintos, lexicamente ordenados, de discurso. Quero explicar como acontece isso e fazer algumas deduções sobre a argumentação do pensamento jurídico estruturado em um sistema jurídico em que o termo de referência é o conceito de justo.



Para isso é preciso que ao menos tentemos valorar o que os alemães querem dizer com *Recht*, os franceses, com *droit*; e os russos, com *pravo*. Esses termos expressam um conceito normativo de justo ou direito correto (Nota dos tradutores: Tenha-se em conta que aqui o conceito de direito que emprega o autor não corresponde com o termo inglês “law”, mas com o “right”, que equivale mais aos que nos idiomas latinos se considera *justo* ou *correto*; daí que neste contexto tenhamos preferido utilizar este termo. Aliás, a tradução da versão inglesa para o espanhol, de Paulo César Busato e Francisco Muñoz Conde adota a mesma proposição, utilizando a expressão *justo* como equivalente a *right*). Cada um desses sistemas jurídicos tem também um termo para expressar um conceito descritivo de lei positivada: *Gesetz*, *loi* e *zakon*. Os princípios normativos do direito adquirem sua força obrigatória de seu efeito moral intrínseco. Que uma pessoa não pode ser juiz em seu próprio caso, que ninguém pode beneficiar-se de seu próprio erro, que nenhuma pessoa inocente pode ser castigada –são princípios já aceitos como direito reconhecido no *common law* assim como em outros sistemas ocidentais. Em contraste, as regras de *Gesetz*, *loi* e *zakon* são positivas. Essas são leis que retiram sua força obrigatória não de seu conteúdo, mas de sua forma. O aspecto crítico da sua forma é seu *pedigree*: elas devem ser positivadas ou declaradas por um legislador reconhecido como autoridade dentro do sistema legal. O debate entre positivistas e seus oponentes reside na exclusividade da lei positivada dentro do sistema. Como Thomas Hobbes, um positivista original, colocou: “Não é sabedoria, mas autoridade que faz o Direito”<sup>70</sup>. Os oponentes do positivismo consideram uma parte ou todo o sistema legal como uma expressão de justiça<sup>71</sup>.

A tradição legal alemã tem raízes positivistas, como o influente livro de KELSEN, *Die Reine Rechtslehre*, nos recorda<sup>72</sup>. O positivismo de KELSEN era posto de maneira simples: todo *Recht* é positivado por um legislador que tenha autoridade para isto. Essa raiz nunca foi dominante no pensamento alemão, pelo menos não com a mesma extensão que a mensagem positivista de Hobbes, Bentham, Austin e Hart na tradição anglo-americana. O pensamento jurídico alemão, particularmente no período pós-guerra, procura nutrir um senso vivo de direito, uma concepção de Direito que transcenda a matéria da lei positivada.

Definir direito em contraste com o conceito positivista de lei é uma posição negativa pouco afortunada. Isso só nos diz que o direito

não se reduz ao conjunto de leis positivadas. Ainda é mais difícil definir positivamente o que é o direito (quer dizer, o que é justo). Para Kant, cuja influência ainda é sentida no pensamento jurídico alemão, o direito é o conjunto de condições sob o qual as escolhas de cada pessoa podem ser conciliadas com as escolhas das outras, sob as leis universais da liberdade<sup>73</sup>. Kant distingue claramente Direito e moral. O primeiro afirma a estrutura de liberdade que permite às pessoas com diferentes propósitos viverem juntas numa sociedade civil. A moral, ao contrário, se refere a si mesma, invocando mais nosso dever de respeitar a humanidade em nós mesmos e os demais<sup>74</sup>.

Kant concebeu o direito como garantia da segurança e da liberdade externa de todos numa sociedade civil<sup>75</sup>. Uma vez que se respeitem essas esferas de autonomia dos outros, qualquer um é legalmente livre para ser moral ou não como quiser. Essa liberdade jurídica se expressa na visão, que plausivelmente atribuímos a Kant do dever de socorro. O imperativo categórico ordena socorrer uma pessoa em perigo<sup>76</sup>. Porém, se não se faz, isso não viola a segurança ou a liberdade externa da pessoa em perigo, pelo que, o direito, estritamente considerado, não impõe este dever.

Essa concepção estrita de direito assemelha-se fortemente ao princípio de justiça de Rawls<sup>77</sup>. Rawls procura garantir a estrutura básica da sociedade sem resolver os conflitos inevitáveis que ocorrem na vida social e econômica<sup>78</sup>. Uma concepção do século vinte de direito conduz por si mesma aos conflitos e no caminho de resolvê-los surge o compromisso entre o dever moral de proteger os interesses dos outros e a autonomia assegurada pela estrutura básica. Essa concepção de direito é expressa na tendência crescente a respeito dos deveres legais impostos para ajudar aos demais<sup>79</sup>. Outro exemplo significativo é o estado de necessidade na responsabilidade civil e no Direito penal, um princípio que exige que os Tribunais decidam quando um indivíduo pode lesionar os interesses menos valiosos de outro<sup>80</sup>. A pessoa que sofre a lesão deve renunciar a seus interesses jurídicos. Essa concepção moderna de direito compromete os valores da segurança e da liberdade externa, negociando esses aspectos de autonomia pessoal contra outros interesses num esforço de resolver o conflito social.

É significativo, entretanto, que o conceito tradicional de justo ainda informe a legítima defesa. O § 32 do Código penal alemão diz:

(1) Quem cometer um ato movido por legítima defesa atua licitamente.

(2) Por “legítima defesa” deve entender-se a defesa necessária para repelir um ataque ilícito iminente de uma pessoa a outra<sup>81</sup>.

O termo “ilícito” aparecendo em ambas as previsões, significa “contrário ao direito”. Somente ataques contrários ao direito trazem o privilégio ou direito de legítima defesa (incluindo a defesa de si mesmo, da propriedade e de terceiros)<sup>82</sup>; a força mínima necessária para repelir um ataque ilícito não é contrária ao direito. No mesmo contexto, a legislação americana usaria o termo “ilegal”<sup>83</sup>, um termo que arrisca a confusão entre lei como direito e lei reduzida à lei positiva. Para explicar melhor o termo alemão, utilizo a palavra “ilícito” como equivalente a “contrário ao direito”.

Limitar a legítima defesa para repelir ataques significa que se um ataque não é ilícito, uma pessoa não tem o privilégio de responder a ele. O ataque em si mesmo pode ser justificado por uma legítima defesa, e neste caso o § 32 (1) nos diz o que não é ilícito. De modo similar, o § 34 diz que ataques justificados no âmbito de estados de necessidade não são ilícitos<sup>84</sup>. Isso vem da estrutura dessas previsões nas quais ataques justificados, os quais não são ilícitos, não geram o direito de legítima defesa. Lembrando da distinção entre ilicitude e culpabilidade<sup>85</sup>, entretanto, nós podemos inferir que ataques exculpados por enfermidade mental, ameaça e estado de necessidade geram um direito de legítima defesa plena<sup>86</sup>. Se o ataque é meramente exculpado, ele é, ainda, “contrário ao direito” e pode sofrer resistência. Mais adiante voltaremos a este ponto.

Para os propósitos presentes, o ponto importante é que erroneamente o § 32, reformado em 1975, não incorporou o princípio proporcionalidade da força como um limite ao direito de legítima defesa. Apesar de importantes vozes na doutrina se manifestarem favoravelmente<sup>87</sup> a esta limitação na lei, o Código adotou a tradicional regra alemã de que toda força necessária é privilegiada, permitindo que quando seja necessária se pode empregar uma força letal para prevenir a fuga de um ladrão insignificante. O argumento comum para essa posição extrema invoca a máxima alemã: o direito nunca deve ceder ao injusto<sup>88</sup>. A própria idéia de estar em seu direito contra um agressor, de ter o direito pessoal invadido, significa que pode se legitimamente resistir. Isso é o que significa ser uma pessoa autônoma numa sociedade civil. Como diria

Kant, resistir a um agressor em nome do direito reforça a estrutura básica da sociedade civil<sup>89</sup>. Forçadamente repelir o agressor assegura que todo indivíduo pode exercer sua liberdade em relação aos outros<sup>90</sup>.

Daí vem, então, que o sistema jurídico não requer que os indivíduos cedam seus direitos aos agressores; ao contrário, permite usar a força necessária para reivindicar tanto sua autonomia como a ordem jurídica.

Apesar do conteúdo do § 32, os teóricos alemães contemporâneos consideram que o direito deve ceder em alguns casos – particularmente se o agressor estava obviamente alcoolizado, era uma criança, ou membro da família<sup>91</sup>. Como se indicou anteriormente, a razão doutrinária para essa restrição é que apesar do defensor ter o direito de usar toda força necessária, "abusa" desse direito se o exercita em determinados casos<sup>92</sup>. O que poderia levar a essa restrição na reivindicação de autonomia pessoal? Em princípio, poderíamos dizer que algum equilíbrio é necessário entre os interesses do defensor e os interesses do agressor. Força letal seria correta para evitar um estupro, mas não para evitar um beijo; ferir o agressor seria aceitável para prevenir um roubo, mas não para frustrar uma tentativa ilegal de conseguir uma vaga para estacionar<sup>93</sup>. A primeira questão, entretanto, é por que o que se defende, quando seus direitos são atacados, deve preocupar-se com os interesses do agressor.

A resposta, simplesmente, é que o agressor é um ser humano. Mesmo que ele esteja engajado numa agressão ilícita, ninguém pode tratá-lo simplesmente como uma força intrusa que deve ser anulada a qualquer custo. Com sua ênfase exclusiva de reivindicar autonomia pessoal, a filosofia alemã de que o direito não precisa nunca ceder ao injusto trata, de fato, o injusto como uma força que sempre nega o direito. A resposta humanitária que algumas vezes o custo da defesa do direito é simplesmente muito alto; algumas vezes o direito deve ceder no propósito de preservar valores encontrados até na pessoa do agressor.

A resposta humanitária leva diretamente à moderna concepção de direito, a qual incorpora os interesses do agressor em afirmar os limites da legítima defesa lícita. Pode-se achar essa concepção moderna em Blackstone<sup>94</sup>, que argumenta que se não executarmos pequenos ladrões por seus crimes, também não

poderíamos permitir o uso de força letal contra eles. O proprietário não poderia reagir mais severamente nas ruas do que faria uma autoridade no Tribunal. Sejam quais forem os limites lógicos dessa analogia<sup>95</sup>, constitui um standard integrado na legítima defesa: em um único plano de argumentação, a valoração sobre o mérito da posição do defensor se enlaça com a preocupação pelos interesses do agressor.

O critério dominante dos alemães a respeito desse problema, se mantém tratando-o em dois níveis distintos. No primeiro nível o argumento se apoia nos critérios de segurança e liberdade pessoal, os valores expressos no tradicional conceito do justo. O segundo nível suaviza a severidade dessa visão absolutista introduzindo critérios de solidariedade. Indo do primeiro ao segundo nível, mudamos o direito por interesses. De acordo com a visão KANTiana, o agressor não tem *direito* a que a pessoa que exerce legítima defesa tenha em conta seus interesses como ser humano. Como o direito requer a reivindicação de autonomia, está completamente ao lado do defensor.

Aqueles que rejeitam o reconhecimento de critérios humanitários como segundo nível, argumentam como se segue. Claro que o agressor tem interesses, mas o direito está inteiramente ao lado do defensor, então é o defensor quem decide se tem ou não em conta os interesses do agressor. Nenhuma vítima de ataque injusto está obrigada a exercitar seu privilégio de defender-se; ela pode escolher compadecer-se, mas o Estado não tem a autoridade de obrigá-lo a ceder seus direitos em nome do altruísmo<sup>96</sup>. Esse é um ponto importante, que ilustra que a cessão obrigada da autonomia pessoal na sociedade civil não implica de fato que também exista a obrigação de ser altruísta. O único desacordo seria se é do interesse do Estado assegurar que as pessoas atuem altruisticamente e compassivamente, até com relação a aqueles que as atacam ilicitamente.

A mesma distinção entre direito e compaixão emerge ao analisar os critérios que têm relação com as reivindicações de justificação e exculpação. Olhando para o lado oposto dessas categorias, nos encontramos com que a análise do ilícito leva à questão do justo; e a análise de culpabilidade, à questão de compaixão. Se a conduta do acusado é justificada, não é ilícita e o Estado não tem mais o direito de punir. Não há nada que permita a punição. Se, ao contrário, a conduta é ilícita, o Estado tem o direito de punir<sup>97</sup>.

A única questão é se, no ponto de vista das circunstâncias exigidas pelo fato, a compaixão impede o exercício do direito de punição.

Fundamentar a exculpação na compaixão pelo acusado traz alguns pontos difíceis. Não há dúvida de que no caso de ameaça, estado de necessidade, ignorância escusável da lei ou perturbação mental, autores de fatos ilícitos merecem nossa compaixão. Mas, é difícil dizer que um juiz que administra uma instituição como a do Direito penal tem o dever de ser compassivo. O que aconteceria se no dia do julgamento, o juiz sentenciador não sentisse nada – nem ultraje nem compaixão pelo alegado ofensor? Tomado muito seriamente, esse ponto arruinaria toda a instituição da culpabilidade no Direito penal. O reconhecimento de uma conduta culpável não pode depender se o juiz sente que deve culpar o acusado. A resposta própria do juiz não é perguntar-se se sente que deve culpar o acusado, mas se o acusado merece ser culpado. O mesmo modo de pensamento deve aplicar-se quanto merece compaixão.

Além disso, a fundamentação da exculpação na compaixão traz a questão de se uma pessoa que crê que se encontra em situação legal de exculpação tem o direito de ser exculpada. É difícil de compreender que o sistema jurídico possa empregar uma prática determinada sem que os beneficiários dessa prática possam ter o direito aos seus benefícios. Esse é particularmente o caso onde as práticas são determinadas por regras que vem já reconhecidas nas eximenes. Os acusados têm um direito que os Tribunais sigam as regras legisladas, e nesse sentido eles têm um direito de ser exculpados quando assim o permita uma regra legal.

O direito a exculpar alguém corresponde tão só aos Tribunais. Seria difícil de dizer que um acusado tem, no momento de realização dos seus atos, o direito a realizar um ato ilícito. Suponhamos que temos que valorar se houve estado de necessidade em um caso como Dudley & Stephens<sup>98</sup>. Matar o grumete e comê-lo é evidentemente um ato ilícito, mas é absurdo pensar que pessoas em transe de perecer por fome tenham medo de cometer o ato ilícito. A exculpação aparecerá *ex post*, no tempo do julgamento. Mas *ex ante*, ao momento do fato, não é adequado falar sobre o direito de matar o grumete e do dever deste de ser vítima de um assassinato.

Se o autor que atua em uma situação de exculpação tivesse o direito a fazer o que ele fez, deveria ser capaz, conscientemente e

deliberadamente, de confiar nesse direito no momento em que cometeu o fato. Mas, ao confiar na expectativa de um perdão, já não se daria o elemento de compulsão necessária para configurar o estado de necessidade. As causas de exculpação são aplicáveis somente onde a conduta ilícita é atribuída essencialmente mais às circunstâncias exigidas que à escolha voluntária do ofensor. Uma vez que o autor espere ser exculpado e perdoado, sua conduta toma os contornos da escolha voluntária e planificada<sup>99</sup>.

Para resumir o argumento empregado até agora, tentei demonstrar que a análise do justo difere significativamente de uma análise secundária que invoca considerações de compaixão e altruísmo para o interesse dos delinquentes. No campo da defesa necessária, a noção de direito gera um direito absoluto de usar a força necessária para prevenir uma agressão ilícita. Na análise de responsabilidade penal, o conceito do justo fornece um limite para determinar quando a conduta é ilícita e permite uma punição. Em ambos campos de questionamento, as considerações humanitárias têm relação com um segundo nível de análise. Na legítima defesa, essas preocupações altruísticas restringem o emprego da força defensiva permissível no caso de pequenas intrusões. Na análise de responsabilidade, a compaixão vem como etapa central seja para atenuar a responsabilidade ou para reduzir ou eliminar a punição merecida pelo delinquentes, quando concorrem determinadas circunstâncias.

## **7. Legítima Defesa Putativa: Um Estudo Comparativo do caso entre o Raciocínio Plano e o Estruturado**

As duas primeiras seções desse ensaio permitem-nos generalizar experimentalmente dois estilos de raciocínio jurídico. Um estilo é enraizado na noção do razoável; o outro, na concepção do direito (do justo). O primeiro gera regras planas que, com a inclusão de modificadores imprecisos, inclui implicitamente ou explicitamente todos os critérios relevantes que têm relação com um problema jurídico em particular. O outro estilo de pensamento rende-se a uma série de argumentos jurídicos, com o argumento do direito ocupando uma série e considerações humanitárias outra, de segundo nível.

Provavelmente, não há área no Direito penal que melhor ilustre um conflito entre dois estilos de pensamento que o problema da

justificação putativa, particularmente o problema da legítima defesa putativa. Ainda que muitos professores de Direito penal nos Estados Unidos e na Inglaterra facilmente possam entender a diferença entre justificação e exculpação, poucos são capazes de compreender a etiqueta “legítima defesa putativa”. Esse fato é por si mesmo significativo. A frase “legítima defesa putativa” é bem conhecida entre os penalistas no Oeste<sup>100</sup> e Leste Europeu<sup>101</sup>, na União Soviética<sup>102</sup>, na América Latina<sup>103</sup>, e no Japão<sup>104</sup>. Que o mundo de fala inglesa se afaste desse padrão merece nosso interesse.

A frase “legítima defesa putativa” refere-se aos problemas que surgem quando alguém acredita razoavelmente que está sendo atacado, mas de fato não está, e usa força contra a pessoa que não é de fato o agressor. O problema é que do ponto de vista de o que o autor razoavelmente acredita, o uso da força pode causar uma lesão ou, se a vítima morrer, um homicídio. A legítima defesa é chamada putativa porque não é um caso real de legítima defesa, mas de força usada contra um agressor putativo.

Suponha que Dan crê razoavelmente, mas erroneamente, que Allan o está atacando. As jurisdições mencionadas antes denominam essa a situação de “legítima defesa putativa”. O uso da força por Dan não pode ser justificado. A justificação – harmonia com o Direito – é um fenômeno objetivo. Mera crença não pode gerar justificação, mesmo que a crença seja razoável. Isso não quer dizer que Dan não tenha defesa. Ele pode alegar o seu erro para negar sua responsabilidade pelo uso da força contra o inocente Allan<sup>105</sup>. Agora, suponhamos que Dan, acreditando que Allan o está atacando, põe em perigo a vida de Allan. Pode o inocente Allan defender-se por seu turno? Virtualmente todos acreditam que Allan tenha um direito de defesa contra a pessoa que erradamente está tentando matá-lo. O uso da força por Dan é ilícito contra Allan, e portanto, segundo o § 32(2) do Código penal alemão, Allan pode usar a força necessária para repelir o ataque de Dan. Na análise final, tanto Allan quanto Dan poderiam ser absolvidos; Dan com base em um erro não culpável e Allan, com base na legítima defesa.

As principais proposições dessa análise são corretas. Primeiro, o erro não pode justificar um homicídio. Segundo, o autor que atua em erro pode só contar com seu erro; mas o que é tomado por um agressor putativo pode defender a si mesmo, como parte inocente,



e pode justificar seus atos com base na legítima defesa. Estas proposições não se apresentam, contudo, como possibilidades sérias para os reformadores da legislação americana. Seguindo as recomendações do Código Penal Modelo<sup>106</sup>, as legislações americanas rotineiramente igualam a crença razoável na existência de uma justificação com a efetiva existência de justificação<sup>107</sup>. Deste modo incluem o problema da legítima defesa putativa na análise da legítima defesa real. Portanto, no caso de Allan e Dan, a resposta padrão americana é que Dan tem pleno direito de legítima defesa contra Allan e Allan tem pleno direito de legítima defesa contra Dan. O razoável é igualado ao justificável. Não poderia existir melhor prova de que os juristas americanos não levam a sério a distinção entre justificação e exculpação.

Não estou certo de se esse estado de coisas nos Estados Unidos simplesmente reflete uma confusão que, no curso do debate, se irá aclarando, ou se reflete um modo de pensar que está tão profundamente arraigado na consciência jurídica americana que os esforços para clarear o assunto virão sempre marcados como importação das “idéias alemãs”. Na maioria dos meus trabalhos, tenho defendido a primeira proposição. É necessário considerar, entretanto, se um sistema fundado na razoabilidade provavelmente pode gerar uma distinção clara entre justificação objetiva e a crença subjetiva necessária e distinguir entre legítima defesa real e putativa.

Para abordar esses assuntos, gostaria de fazer algumas reflexões sobre minhas numerosas discussões com juristas acadêmicos americanos, tanto escritas, como privadas, sobre as duas proposições centrais. As duas proposições, se aceitas, levariam à distinção entre legítima defesa atual e putativa. A primeira proposição é que crença subjetiva não pode por si mesma justificar uma conduta. A crença em que a força defensiva é lícita não pode, por si mesma, torná-la lícita.

Um argumento filosófico a favor de que a crença subjetiva pode justificar a conduta se constrói a partir de uma leitura errada da tese de Kant que a boa vontade é o maior bem concebível<sup>108</sup>. A boa vontade é levada à condição de sinônimo de boas intenções, e como o defensor putativo age com boas intenções, sua conduta defensiva deve ser moral e, portanto, presumivelmente justificada. Um argumento desse tipo é encontrado no trabalho de Charles Fried<sup>109</sup>.

Esse argumento é defeituoso primeiro na leitura da teoria moral de Kant e segundo na sua tentativa de conectar a teoria moral com os critérios de justificação. De acordo com Kant, a vontade é boa somente se alguém age pelo senso de dever, o que significa que o ato é avaliado necessariamente por sua referência à moral<sup>110</sup>. Suponhamos que o imperativo categórico (a lei moral) requer que nós defendamos o direito contra a agressão ilícita<sup>111</sup>. Esse é o nosso dever. Também quem se defende putativamente atua sob esse sentido de dever e, portanto, com boa vontade. Sua conduta seria moral – no sentido de Kant. Mas isso não autoriza a igualar boa vontade com intenções de boa-fé<sup>112</sup>. Y tampouco existe alguma base para uma transição lógica da boa vontade para o conceito de justificação. As noções de Direito e de justificação aparecem na teoria jurídica, que Kant propriamente considera distinta da teoria moral<sup>113</sup>. A moralidade é uma característica da nossa atitude interna<sup>114</sup>, mas o direito é uma estrutura objetiva para regular a prática de relações na sociedade civil. Por isso constitui um erro invocar a teoria moral de Kant na argumentação sobre justificação por matar um agressor em nome do direito<sup>115</sup>.

Além disso, o argumento de que boas intenções podem justificar nossas ações, claramente prova muito. Segundo este argumento o uso da força defensiva, se ocorre de boa-fé, seria sempre justificado. Até uma crença de que não fosse razoável, mas que fosse em boa-fé, na necessidade do uso da força defensiva estabeleceria que a vontade é boa. Haveria necessidade de mais que uma leitura equivocada de Kant para convencer-nos que boa-fé se iguala ao direito. O ponto de vista contrário, de que uma distinção de princípios separa a conduta justificada da percepção errada das circunstâncias justificantes, ainda carece de apoio nas construções mais sofisticada do pensamento jurídico americano.

A segunda proposição que poderia levar-nos à distinção entre legítima defesa putativa e real deriva da causa pela qual a natureza da conduta é justificada. A causa é que em qualquer situação de conflito físico, onde somente uma parte pode prevalecer, a lógica nos proíbe admitir que mais de uma parte pode fazer uso de sua força justificadamente. Denomino essa proposição de “tese da incompatibilidade”.

No conflito exposto acima, entre Dan e Allan, o único modo em que o Código Penal Modelo poderia dar proteção a Allan contra a legítima defesa errada de Dan seria reconhecer que Allan também

poderia usar uma força defensiva<sup>116</sup>. O problema é se essa resposta defensiva deve ser considerada justificável. Grande parte dos comentaristas e colegas parece pensar que não há nada contra reconhecer que ambas as partes no conflito atuam justificadamente<sup>117</sup>. Esses teóricos não duvidam em dizer que ambas partes têm o direito de usar força defensiva. De fato, quando defendo minha tese, raramente encontro colegas que concordam comigo em que apenas uma parte pode ser justificada, somente um lado pode estar de acordo com o Direito e ter o direito pessoal de usar a força. Há uma dificuldade óbvia em qualquer argumento baseado em análises conceituais. Meu argumento permanece no nível de nosso entendimento comum dos conceitos de justificação e direito. Pertence à essência da nossa linguagem, que ações incompatíveis não podem ambas ser justificadas. Em qualquer situação de conflito, só uma das partes deve estar em seu direito e ter direito a atuar. Mas se eu não puder convencer minha audiência sobre o significado comum na nossa linguagem, pouco posso dizer para provar minha posição. Devo recorrer a temas mais amplos que giram em torno ao debate.

Muitos fatores podem explicar o desejo de muitos sisudos comentaristas americanos de que ambas as partes em uma disputa têm direitos e atuam justificadamente. Qualquer das seguintes crenças pode funcionar, e são de fato operantes em diferentes graus e diferentes combinações, entre os teóricos americanos.

## **7.1 Justificação como Sinônimo de "Defesa"**

Possivelmente, os juristas americanos tendem a pensar a justificação como sinônimo de qualquer eximente substantiva reconhecida por lei. Eles devem pensar a justificação como uma alegação a ser interposta *ex post* quando se roga ao Tribunal que não haja condenação. Claro, qualquer justificação e exculpação pode ser conceituada exclusivamente como uma razão para não condenar o acusado. Mas, os critérios de justificação devem supostamente funcionar não somente *ex post* como regras de decisão, mas *ex ante* como regras de conduta<sup>118</sup>. Em um estado ideal de relações, todos que contemplassem uma ação danosa deveriam saber se a conduta é lícita. Não é necessário saber como os Tribunais avaliariam subseqüentemente as circunstâncias.

A idéia de que se pode conhecer o que diz a lei sem instrução judicial reflete um ideal de regulação de um Direito penal autônomo.

Esse é um ideal com implicações anarquistas. Sugere um corpo de normas enraizadas não na legislação, mas no entendimento tácito da comunidade. Desde essa perspectiva, as causas de justificação aparecem não como alegações ante os tribunais, mas primariamente como reivindicações dos indivíduos entre si.

Para pensar as causas de justificação desse modo, imaginemos que em situações de conflito – por exemplo, Dan *versus* Allan – as partes conflitantes arguem sobre suas reivindicações em vez de agir uma contra outra; argumentam e contra-argumentam sobre quem é o errado e quem deve desistir da luta. Isso é insustentável conceitualmente no caso de Allan resistir à legítima defesa errada de Dan, já que Dan hipoteticamente não pode dizer nada a Allan a respeito de seu erro. Mas, se o ideal é a hegemonia do direito inclusive sobre a legislação, então todos os conflitos deveriam, em princípio, prestar-se à resolução. Toda luta parece ser um conflito entre o Direito e aqueles que, por seus atos, opõem-se a ele.

O conceito de justificação é melhor entendido como uma expressão desse ideal de regulação autônoma. As partes em luta deveriam, a princípio, ser capazes de determinar para elas mesmas qual conduta está conforme o direito e qual não está. Por isso, parece que esse ideal informa a teoria jurídica americana contemporânea. Esta teoria é partidária de pensar todo o Direito penal como coerção imposta de cima, como produto da intervenção pela polícia, promotores e juízes. Se pensarmos o Direito penal como algo dominado e definido por essas decisões oficiais, parece óbvio pensar todas as eximentes de responsabilidade como apelos às instâncias oficiais. E não há razão para que estas instâncias, encarregadas de encontrar soluções razoáveis para os problemas práticos, não possam pensar que duas pessoas em conflito – Dan e Allan – possam ter atuado razoavelmente e, portanto, “justificavelmente”.

## **7.2 Justificação como conduta Conduta Permissiva**

Outro argumento contra a “tese da incompatibilidade” emerge de uma classificação das ações em lícitas, permissíveis e escusáveis. A legítima defesa e, particularmente, estados de necessidade se entendem melhor não como ações lícitas, mas permissivas. Há de fato suporte para essa visão na legislação germânica, a qual denomina essas reivindicações justificatórias como não-ilícitas e não como lícitas<sup>119</sup>. A doutrina alemã repetidamente salienta a distinção

entre conduta que sai fora do interesse do Direito penal, como matar uma mosca, e conduta justificável que viola nominalmente a lei, como matar em legítima defesa<sup>120</sup>. JUDITH THOMSON ilustra essa distinção tratando as condutas justificáveis como infração de um interesse protegido, mas não uma violação desse interesse<sup>121</sup>. Que a conduta justificável seja uma infração sugere que talvez não seja correto pensar desses atos como lícitos.

O conceito de permissivo entra para preencher a aparente lacuna entre lícito e ilícito. A noção do *common law* de privilégio também parece ocupar esse espaço ambivalente. Todas as opções razoáveis tornam-se privilegiadas e permissivas. Assim, tanto a conduta de Dan como a de Allan poderiam ser consideradas permissíveis e, nesse sentido, justificáveis. Se isso é tudo que significa a causa de justificação, a tese da incompatibilidade deve ceder espaço para uma multiplicidade de ações permissíveis.

O melhor argumento contra a visão de que a conduta justificável é meramente permissível deriva da mesma argumentação que utilizamos para rechaçar a visão de que causas de justificação são meramente apelos para os Tribunais. De acordo com o ideal de Direito penal como um conjunto auto-regulador de regras de conduta, as regras devem gerar uma solução *ex ante* para cada caso. O “permissível” é resultado de um ceticismo sobre a possibilidade de uma única solução. Isso favorece uma extensão limitada de resultados razoáveis. Assim, a noção do permissível não tem espaço nesse sistema de auto-regulação imaginado. Disso se deduz que a tese da incompatibilidade pode não encontrar apoio na consideração da conduta justificável como meramente permissível.

### **7.3 Direitos como direitos *Prima Facie***

Os juristas alemães pensam nos direitos como absolutos, apesar de submetê-los posteriormente à análise de abuso<sup>122</sup>. Um direito absoluto ocupa o espaço moral disponível. É logicamente impossível alguém afirmar um direito frente a alguém que tem um direito. Se uma mãe tem o direito de abortar um feto, o feto não pode também ter o direito de nascer. Se um condenado tem o direito de deixar uma cadeia pegando fogo, um guarda não tem também direito de mantê-lo preso. Se Dan tem o direito de usar a força contra Allan, Allan também não pode ter o direito de usar força contra Dan. Isso soa como um modo natural de falar de direitos. A impossibilidade de direitos incoerentes parece implícita na gramática do discurso sobre

os direitos. Como a justificação gera direitos, a impossibilidade de justificações incoerentes continua<sup>123</sup>.

Não está claro, entretanto, que os americanos pensem em direito dessa forma. Se discute muito sobre se há direitos que podem ser “superados” e permitir incursões utilitaristas contra os interesses dos titulares desses direitos<sup>124</sup>. Em geral, os juristas que trabalham com os direitos na jurisprudência contemporânea admitem que os próprios direitos são “superáveis”, ou suscetíveis de não serem levados em conta em casos extremos. Os inocentes têm o direito de não serem condenados, mas esse direito pode ser “superado” pela necessidade de salvar a nação de um maníaco que ameaça acionar uma bomba se não castigamos uma pessoa determinada<sup>125</sup>. Temos um direito constitucional à livre expressão, mas esse direito pode ser “superado” por um “perigo claro e presente” para o Estado. Que os direitos podem ser “superados” desse modo se formula dizendo que os direitos são apenas “*prima facie*”<sup>126</sup>.

Há no mínimo duas interpretações distintas do que significa dizer que um direito é *prima facie*, uma interpretação para cada modo de pensamento jurídico que tentei articular. Os partidários do raciocínio estruturado insistem que mesmo se o direito é superado ou não é levado em conta, devemos manter um senso de perda ao constatar que um direito foi superado<sup>127</sup>. O direito permanece intacto, apesar de o nosso senso comum nos dizer que nós devemos sacrificá-lo em circunstâncias extremas, tal como sacrificar uma pessoa inocente no propósito de salvar a nação. A outra interpretação se refere ao raciocínio jurídico plano. Um direito *prima facie* significa que ocupa apenas uma porção do único plano do argumento moral. Quando um direito não resolve uma disputa em particular, outro direito no mesmo plano de espaço moral prevalece. Uma vez que o direito é superado, não tem mais força. Essa é a maneira pela qual muitas pessoas pensam que não se deve levar em conta o direito à livre expressão ante um claro e presente perigo ao bem comum.

Se as justificações geram direitos *prima facie* no sentido do argumento estruturado, pareceria que a tese da incompatibilidade ainda permaneceria no primeiro nível de análise. Mas se “*prima facie*” se entendesse no segundo sentido do raciocínio jurídico plano, não pareceria existir nenhum impedimento lógico em reconhecer que ambos, a mãe e o feto, ambos o prisioneiro e o guarda, têm direitos *prima facie*. Esses direitos entram em conflito, mas continuam coexistindo. Para resolver o conflito, devemos não

levar em conta o direito de uma pessoa e permitir que o da outra pessoa prevaleça. Ainda que a base para não levar em conta o direito não é que o direito da outra pessoa seja superior, pois isso seria reconhecer que a última parte tem um direito absoluto. A superação de um direito *prima facie* pode tornar-se um critério de prudência e interesse social – qualquer que seja de fato o critério pelo qual o direito *prima facie* se converte em absoluto.

Convém destacar uma ambigüidade adicional quando se fala de direitos *prima facie*. O modificador *prima facie* poderia referir-se tanto à existência de um direito absoluto quanto à própria natureza do direito. Quando eu digo que uma mãe tem um direito *prima facie* de abortar, poderia dizer: “Não estou convencido de que a mãe tenha o direito de abortar nesse caso, mas há um caso *prima facie* em seu comportamento”. Ou poderia dizer também: “O direito que ela tem é qualificado por sua própria natureza”. A primeira visão, baseada como é num estado parcial de evidência, seria compatível com a crença em direitos absolutos. A segunda visão é a que necessitamos para reivindicar que apesar de haver evidência, tanto a mãe quanto o feto têm direitos *prima facie*, e apesar de conflitantes, são direitos.

A divergência entre o pensamento do *common law* para o pensamento continental na legítima defesa putativa deriva de um padrão de suposições inter-relacionadas. Os juristas americanos tendem a pensar que todas as eximentes legais disponíveis são análogas, assumem que tudo que é permissível é justificado, e vêem os direitos como reivindicações superáveis. Na base dessas suposições está o conceito de razoável, um conceito que permite aos americanos obscurecer as distinções entre objetivo e subjetivo, legítima defesa e legítima defesa putativa, ilicitude e responsabilidade.

## **8. Monismo e Pluralismo na Teoria Jurídica**

Apesar de que os conceitos do justo e do razoável nos levarem a direções diferentes, os dois têm muito em comum. Ambos representam esforços para transcender as fontes do Direito positivo e alcançar um plano normativo mais alto e duradouro. Com exceção de Kelsen<sup>128</sup>, o pensamento alemão claramente reconhece o direito como um repositório inesgotável da verdade definitiva sobre justiça na sociedade civil. Um senso vívido de

Direito se expressa na Constituição alemã, que diz que os juízes não só estão vinculados pela lei positiva e consuetudinária, mas também pelo direito<sup>129</sup>. Nós expressamos o mesmo ponto de vista raciocinando que os juízes não somente estão vinculados a regras positivas, mas também a princípios de moralidade e justiça<sup>130</sup>.

Do mesmo modo que Direito não é reduzido a leis positivas, o razoável não é limitado por um conjunto finito de regras. Como sabemos dos casos reparação de danos por ato ilícito, se aplica a regra “pára, vê e escuta”, nenhum conjunto de regras pode determinar o que é razoável em cada uma das situações. Nem o razoável é suscetível de dar especificações definitivas com base em costumes ou práticas de mercado<sup>131</sup>. Nem sempre sabemos o que o razoável, mas trabalhar com esse conceito aberto no núcleo do nosso sistema nos salva de sofrer os efeitos compressivos do positivismo. Seja o que for que os filósofos argumentem, sabemos que a regra da lei significa mais que a lei das regras.

Apesar de tanto o critério do justo como o do razoável permitem a permanente infusão de valores morais na lei, esses dois conceitos arquitetônicos impõem diferentes estruturas na ordem jurídica. O conceito de justo prima por uma ordem legal monista, pela existência de uma única resposta correta em toda disputa legal. Este conceito requer que aceitemos que somente uma parte pode ser justificada em qualquer situação de conflito. O razoável, em contraste, leva-nos em direção a uma ordem jurídica pluralista. Talvez apenas um lado esteja em acordo com o Direito, mas ambos os contendores podem ser razoáveis. As duas podem, pois, ser justificadas.

Entender essa divergência entre o justo e o razoável nos ajuda a compreender estrutura mais profunda do debate entre H.L.A. Hart e Ronald Dworkin sobre discricionariedade do juiz no processo. Em minha opinião, não é por acaso que Hart, ao explicar porque os juízes atuam de forma discricionária ao aplicar a lei, usa o exemplo paradigmático da negligência e o cuidado razoável<sup>132</sup>. O padrão do razoável apela à consideração de diversos critérios normativos ao resolver uma disputa. Isso não aponta necessariamente, para uma única resposta correta. Se existem diversas soluções razoáveis para uma disputa, então não existe meio de decidir entre elas a não ser por exercício judicial de escolha ou discricionariedade. Uma ordem jurídica pluralista demanda discricionariedade. Como Hart conclui: “Não há possibilidade de tratar a questão trazida em



vários casos como se existisse apenas uma resposta correta a ser encontrada, como distinta de uma resposta que é um compromisso razoável entre muitos conflitos de interesse”<sup>133</sup>.

Para opor-se à tese de Hart, Dworkin procura recursos nos modos de raciocínio jurídico que também se encontram no pensamento continental<sup>135</sup>. Primeiramente, desenvolve um modelo de argumentação jurídica estruturada. Seu caso preferido é *Riggs versus Palmer*<sup>136</sup>. Nele se levanta a questão de se uma pessoa designada herdeira que mata o autor de testamento, pode herdar. A regra admite que todos os que tenham sido propriamente designados num testamento têm o direito de herdar. Essa regra parece ser absoluta; mas, na verdade, a regra é sujeita a revogação em outro plano de análise: o plano do princípio ou do Direito<sup>137</sup>. Se o herdeiro assassina o autor do testamento, o princípio relevante nesse segundo plano é que ninguém pode beneficiar-se de seu próprio ato ilícito. Salientando que princípios jurídicos são aceitos ou rejeitados com base sua força intrínseca e não por sua positivação, Dworkin efetivamente liquida a suposição positivista que é que todo direito seja reduzido à lei positivada.

Mas invocar esse modo de argumento estruturado, não é suficiente para rebater a tese de que os juízes exercitam discricionariedade ao interpretar e aplicar a lei. É preciso, adicionalmente, um compromisso com a ordem monista. Se existe uma única verdade para o problema e os juízes são obrigados a encontrar essa verdade, então eles não podem exercer uma escolha entre alternativas razoáveis<sup>138</sup>. A tese que eventualmente surge no trabalho de Dworkin é que existe uma resposta correta em toda disputa, ainda que seja difícil descobri-la<sup>139</sup>. Numa outra versão da mesma raiz monista, Dworkin argumenta que sempre há uma solução que é a melhor entre os materiais legais autoritários em um caso particular e uma interpretação desses materiais que também é a melhor<sup>140</sup>. Seja qual for o rumo a que esse argumento monista leve, a confiança do trabalho de Dworkin é elaborar a teoria do justo no Direito americano.

O conflito entre pluralismo e monismo, entre o razoável e o justo, se reflete na metodologia da teoria jurídica. Devemos assumir que há diferentes, igualmente plausíveis, teorias de Direito Penal? A solução do *common law* para o problema de legítima defesa

putativa é tão consistente quanto à solução alemã? Ou deveríamos estar comprometidos com o monismo na busca de uma melhor teoria de Direito penal que transcenda culturas legais em particular? A teoria jurídica comparada pode eliminar nosso entendimento de estilos jurídicos distintos. Mas, para mim, seria uma tragédia intelectual converter todos os conceitos de estilo ou cultura em uma limitação de outros possíveis modos de argumentação. Deveríamos dizer a Dworkin: “Você não pode argumentar no sentido de haver apenas uma resposta correta no contexto do *common law*, porque pensamos diferente aqui”? Uma referência à cultura não é um argumento. Um modo particular de pensamento mantido por um século ou dois não nos diz coisa alguma sobre o que devemos pensar neste século. Meu próprio ponto de vista é que como um problema descritivo, nossa cultura jurídica pode nos inclinar a uma direção particular. A tarefa da argumentação jurídica é deter essa inclinação e estabelecer uma base comum para o discurso que nos permita transcender nossas práticas particulares convencionais. Não é tarefa da cultura legitimar argumentos. É tarefa da argumentação legitimar – e deslegitimar – cultura.

## Notas

\*\* Este trabalho foi publicado primeiro em: 98 *Harvard Law Review* 949 (1985); e posteriormente em: Albin ESER/ George P. FLETTCHER, *Rechtfertigung und Entschuldigung, Justification and Excuse*, Volume I, Freiburg, i. Br., 1987, pp. 67 a 119, de onde se traduz com autorização do autor. (*Tradução: Paulo César Busato e Mariana Cesto*).

- 1 O Uniform Commercial Code, o Model Penal Code, e vários pronunciamentos combinam o adjetivo “razoável” e o advérbio “Razoavelmente” com mais de 100 palavras diferentes. Um exemplo disso é a frase “força razoável”, a qual aparece no Restatement (segundo) de Ato ilícito §§ 63(1), 77, 97, 101, 147(2), 150 (1965).
- 2 Code Civil (C. Civ.) art. 1112 (Fr.) (definindo influência desnecessária numa parte contratante apelando às impressões de *une personne raisonnable*).
- 3 Ver *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* (W. Germ.); *Civil Code (RSFSR)* (o Código Russo Socialista da República Federal Soviética serve como um modelo para as outras repúblicas soviéticas).
- 4 Ver *Strafgesetzbuch (StGB)* (W. Germ.); *Criminal Code (RSFSR)*.

- 5 C. civ. Art. 1137
- 6 BGB § 276 (definindo negligência como a falha de exercer *die im Verkehr erforderliche Sorgfalt*)
- 7 Código Penal (RSFSR) § 9
- 8 G. Stefani & G. Levasseur, *Droit Pénal Général* 316 (9ª edição 1976). Mas note que essa passagem também se refere aos erros que qualquer *homme raisonnable et prudent* teria feito sob as circunstâncias.
- 9 StGB § 17 (literalmente, o autor carece de culpabilidade se ele “não pudesse evitar” seu erro sobre proibição legal).
- 10 2 Kurs Sovetskogo Ugolovnogo Prava (Curso de Direito penal soviético) 358 (A. Piontovsky et al. edição 1970).
- 11 Ver BGB § 242 (estabelecendo o princípio geral que os contratantes devem cumprir suas obrigações de acordo como que dita o *Treu und Glauben*). Essa previsão tornou-se a fonte de jurisprudência de equidade e justiça recíproca na execução de relações contratuais.
- 12 Na distinção entre *Recht* e *Gesetz* e sua significância, ver 4 W. Fikentscher, *Methoden des Rechts* 328 (1997), e Fletcher, *Two Modes of Legal Thought*, 90 *Yale L.J.* 970, 980-984 (1981).
- 13 Ainda que as *Bürgerliches Gesetzbuch* nunca usem a palavra *Rechtsmißbrauch*, e o *Code civil* nunca use a frase *abus de droit*, a limitação dessas doutrinas no exercício de direitos privados é claramente reconhecida tanto na lei alemã quanto na francesa. Ver, e.g., 1 L. Enneccerus, *Allgemeiner Teil des des Bürgerlichen Rechts* 1439-1443 (H. Nipperdey 15ª revisão edição 1959); Eörsi, *Rechtsmißbrauch und funktionsmäßige Rechtsausübung im Westen und Osten*, 6 *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 30, 39-40 (1965); Gutteridge, *Abuse of Rights*, 5 *Cambridge L.J.* 22 (1935).
- 14 Ver StGB § 35(1) ( um ato ilícito não será escusado com base na necessidade ou ameaça se a abstenção daquele ato é “justamente esperada nas circunstâncias”).
- 15 O termo “raso” pode soar a alguns leitores como pejorativo. É difícil achar um termo neutro. O professor Albin Eser de Freiburg, Alemanha Ocidental, tem usualmente sugerido a mim o termo “holístico” para capturar a qualidade implícita no raciocínio legal raso. Ainda que “holístico” pareça muito místico, para alguns, é aprovável.
- 16 StGB § 32
- 17 StGB § 53 (revogado em 1975)
- 18 Ver, e.g., julgamento de 20 de setembro de 1920, *Reichsgericht, Ger., 55 Reichsgericht em Strafsachen (RGSt)* 82. O defensor atirou e feriu um ladrão de frutas. A Corte Suprema afirmou a absolvição, no raciocínio que o Direito deve prevalecer “na luta contra o anti-Direito”. *Id.* At 85
- 19 Ver, e.g., *Himmelreich, Nothilfe und Notwehr: insbesondere zur sog.*

*Interessenabwägung*, 21 Monatsschrift für Deutsches Recht 361, 363-364 (1967), Stratenwerth, *Prinzipien der Rechtfertigung*, 68 Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 41, 60 (1956) (notando que a opinião dominante na Alemanha rejeita balancear os interesses da vítima contra àqueles do agressor).

- 20 Ver, e.g., Baumann, *Rechtsmiß bei Notwehr*, 16 Monatschrift für Deutsches Recht 349 (1962); Schaffstein, *Notwehr und Güterabwägungsprinzip*, 6 Monatsschrift für Deutsches Recht 132, 135 (1952). Alguns tratados correntes e livros não comprometem-se nas bases para limitar o direito de legítima defesa. Ver, e.g., H-H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts* 279 (3ª ed. 1983).

Um comentarista rejeitou o “abuso de direito” como muito vago para formulação, argüindo que a limitação no direito de um membro da família usar a força necessária na legítima defesa contra outra pessoa deve ser baseada na teoria análoga no dever de ajudar a família do membro em sofrimento. K. Marxen, *Die “sozialethischen” grenzen der Notwehr* 57 (1979) (fazendo um analogia ao StGB § 13). Essa teoria também procede em dois estágios: primeiro um reconhecimento do direito absoluto de usar força defensiva e, segundo, um dever de renunciar a força defensiva para uma relação com o agressor.

- 21 Ver julgamento de 22 de janeiro de 1963, Oberlandesgericht, Bavaria, 16 Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 824. O defensor tentou tirar uma mulher de uma vaga de carro dirigindo em sua direção. Na sua alegação de legítima-defesa, a corte decidiu que apesar do motorista ter o direito de usar a vaga, ele usou um nível de força que foi excessivo, e portanto, um “abuso de direito”. Essa doutrina foi invocada mais recentemente no julgamento de 24 de novembro de 1976, Oberlandesgericht, Hamm, 30NJW 590, 592.

- 22 Alguns autores aceitam uma limitação de legítima-defesa sem utilizar uma análise em dois estágios. Eles derivam essa limitação diretamente da condição estatutária no StGB § 32 que a legítima defesa é requerida (geboten) sob certas circunstâncias. Ver Leckner, “Gebotensein” und “Erforderlichkeit” der Notwehr, 1968, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* 1; Roxin, *Die “sozialethischen Einschränkungen” des Notwehrrechts*, 93 Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 68, 79 (1981).

- 23 Ver, e.g., Restatement (segundo) of Torts § 63(1) (1965) (um autor pode usar “força razoável” para defender-se quando ele “razoavelmente acredita” que outra pessoa quer atacá-lo); W. LaFave & A. Scott, *Handbook on Criminal Law* 391 (1972).

- 24 Um conjunto de restrições no uso da propriedade – a área do Direito que nós chamamos “incomôda” – representa uma instância central no “abuso de direito”. Ver Eörsi, nota supra 13, em 32-33 (discutindo a transição do common law do direito de propriedade absoluto para o restrito). O artigo 544 do Code civil dispõe: “Propriedade é o direito de gozar e dispor de uma coisa da mais absoluta maneira possível, propiciando que ninguém dessa forma engaje-se em uso proibido por lei” (tradução do autor). Essa disposição é comumente pensada como sendo aquela que mais aproxima-se da idéia de “abuso de direitos”. Ver nota supra 13 (discutindo *abus de droit*).

- 25 Ver W. Keeton/ D. Dobbs/ R. Keeton & D. Owen, *Prosser and Keeton on the Law of Torts* 626-627 (5ª ed. 1984) (tratando “interferência não-razoável e substancial” como a base para a lei do incômodo).
- 26 Blackstone definiu assassinato como “todo homicídio..., a menos que justificado pelo comando ou permissão da lei; escusado pelo princípio do acidente ou auto-preservação; ou suavizado para homicídio culposo”. 4 W. Blackstone, *Commentaries* 201. A confiança nessas categorias do common law sobrevive nos códigos penais positivados no século XIX, tal qual Cal. Penal Code §§ 187-199 (West Supp. 1995).
- 27 Para uma discussão pensada sobre se “justificação” significa “lícito” ou “tolerável”, ver Dressler, *New Thoughts About the Concept of Justification in the Criminal Law: A Critique of Fletcher’s Thinking and Rethinking*, 32 *UCLA L. Rev.* 61, 83-91 (1984)
- 28 Num importante artigo recente, Kent Greenawalt desafia a noção de que alguém pode inferir da aprovação da sociedade de um ato que os direitos de outras partes podem tanto resistir como assistir o ato. Ver Greenawalt, *The Perplexing Borders of Justification and Excuse*, 84 *Colum. L. Rev.* 1897, 1919-1921 (1984).
- 29 Essa pré-condição conceitual de escusas é aparente na cada vez mais influente definição de insanidade do Instituto Americano de Direito de insanidade como uma falta no autor de “capacidade substancial... de apreciar a criminalidade (ilicitude) de sua conduta”. Model Penal Code § 4.01(1) (Proposed Official Draft 1962). O assunto de capacidade chega somente quando já foi determinado que a conduta é “ilícita” ou “criminal”.
- 30 O veredicto de “inocente por razão de insanidade” implicitamente afirma a “ilicitude” ou “criminalidade” do ato. Ver nota supra 29. A menos que o ato seja ilícito, seria incoerente dizer que faltou capacidade ao autor para apreciar a ilicitude de seu ato.
- 31 O Model Penal Code distingue entre reivindicação de justificação e outras defesas, ver Model Penal Code art. 3; mas essas “outras” defesas são dispersas entre o art. 2 (ameaça, erro) e art. 4 (insanidade).
- 32 Ver, e.g., W. LaFare & A. Scott, nota supra 23, 356-413 (usando “justificação” e “escusas” uma pela outra); J. Smith & B. Hogan, *Direito penal* 155-211 (4ª ed. 1978) (ignorando distinção em discussão de “defesas em geral”).
- 33 *Encyclopedia of Crime and Justice* (S. Kadish ed. 1983) (a partir de agora referida como *Encyclopedia*).
- 34 Ver Fingarette & Hasse, *Excuse: Intoxication*, na *Encyclopedia* 2, nota supra 33, 942; Fletcher, *Excuse: Theory*, na *Encyclopedia* 2, nota supra 33, 724; Morawetz, *Justification: Necessity*, na *Encyclopedia* 3, nota supra 33, 957.
- 35 Dix, *Justification: Self-Defense*, na *Encyclopedia* 3, nota supra 33, 946. Apesar dos editores terem classificado legítima defesa como uma justificação, não há evidências que esse juízo afetou o pensamento do escritor sobre o assunto. A mesma crítica aplica-se para os artigos citados nas notas 39, 41 e 43.

- 36 Ver G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* 856-858 (1978).
- 37 Se legítima defesa for uma justificação, o direito de usar a força é prontamente universalizado ex ante para incluir qualquer um numa situação de intervenção, se for uma escusa, a defesa é aplicada ex post exclusivamente no comportamento do defensor. Ver id. 868-869.
- 38 Legítima defesa é considerada como justificação porque reivindica autonomia, o dever de fugir não é aplicado; se legítima defesa é meramente uma escusa, então fugir é pré-condição para estabelecer que um defensor estava “na parede” e “tinha que matar”. Ver id. 864-868.
- 39 Levine, *Excuse: Duress*, na *Encyclopedia* 2, nota supra 33, 729. Mais que os outros autores criticados nessa seção, Levine reconhece as razões conflitantes para a defesa, algumas como justificação e outras como escusa. Ver id. 729-730. Ele obscurece a distinção, entretanto, assumindo que a caracterização de ameaça tanto como justificação quanto como escusa suportaria a extensão da defesa para casos de homicídio. Id. 731. Como um resultado ele falha ao apreciar a necessidade de conceituar ameaça como uma escusa se alguém aplicar a defesa inclusive em casos de assassinar uma pessoa inocente. Ver nota infra 40.
- 40 Justificar a retirada de uma vida inocente ex ante é virtualmente impossível para qualquer um, exceto um utilitarista; em contraste, escusar o assassinato ex post não viola um compromisso moral de santificar a vida humana. Ver *Lynch versus Director of Pub. Procecutions*, (1975) 1 All E.R. 913, 930 (H.L.) (reconhecendo, no caso de um defensor que ajudou e instigou um assassinato do IRA, que a presença ou ausência de ameaça é questão de fato para o júri).
- 41 Goldstein, *Excuse: Insanity*, na *Encyclopedia* 2, nota supra 33, 745.
- 42 Se a enfermidade mental funcionasse como uma extinção de antijuridicidade do mesmo modo que a menoridade penal, como propõe H. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* 134-135 (1968), então deveria ser levado em conta antes de comprovar se o ato realizado é ou não um ato antijurídico; mas se trata-se a enfermidade mental como uma causa de exculpação, sua consideração pressupõe a comprovação de que o ato realizado é um ato injusto. Ver G. Fletcher, supra, nota 36, 836-839, supra notas 29-30.
- 43 Duke, *Excuse: Superior Orders*, em 2 *Encyclopedia*, supra nota 33, p. 745.
- 44 Que o ato realizado cumprindo ordens superiores seja concebido como uma justificação o uma exculpação, pode afetar os seguintes pontos: (1) So o indivíduo afetado pelo ato ordenado tem o direito de resistir; (2) se terceiras pessoas que não sofram a influência da ordem têm o direito de auxiliar os acusados que receberam ordens; e (3) se, segundo o § 17 do Código penal alemão, o acusado por ter atuado seguindo ordens que acreditava de modo insuperável que eram juridicamente vinculantes, atua sob um erro de direito que exclui sua culpabilidade. Ver A. Schonke/ H. Schöeder & T. Lenckner, *Strafgesetzbuch* 426-427 (20<sup>th</sup> ed. 1980). A *Encyclopedia* não indica por que o problema é classificado como uma exculpação.
- 45 Gross, *Erro*, in *Encyclopedia*, supra, nota 33, p. 1066.

- 46 A analogia é importante para explicar por que el erro de direito, para ser alegado com êxito, não deve ter sua origem em um fato ilícito. Ver G.Fletcher, *supra*, nota 36, p. 701-712, 736-749.
- 47 Ver obras citadas *supra*, nota 34 e *infra*, nota 48.
- 48 Ver Austin, *A Plea for Excuses*, 57 *Proc. Aristotelian Soc'y* 1, 10-11 (1956).
- 49 Rawls parece ter cunhado este termo em J. Rawls, *A Theory of Justice* (1971), onde define a “ordem léxica” como “uma ordem que requiere a satisfação do primeiro preceito antes de nos movermos para o segundo, o segundo antes que consideremos o terceiro, e assim sucessivamente”. *Idem*, 422-423.
- 50 Para o desenvolvimento deste ponto com referência à enfermidade mental, ver notas 29-30.
- 51 Cal. Penal Code, § 26 (West. Supp. 1985).
- 52 *Idem*.
- 53 A adjudicação da responsabilidade objetiva (*strict liability*) parece introduzir um vínculo de ordem R/I, mas isto é porque esta classe de imputação prescinde da questão do delito como um todo. Veja-se, e.g., *Western Geophysical Co. of Am. v. Mason*, 240 Ark. 767, 402 S.W. 2d 657 (1966) (imputação por acidentes explosivos); Declaração (Segunda) de Ato Ilícito § 520A (1977) (imputação por danos devidos a acidentes aéreos). Estas formas de imputação de responsabilidade objetiva são aceitáveis e inclusive socialmente bem vistas no âmbito da responsabilidade civil por danos (*torts*). Ver, e.g., *Estados Unidos x Dotterwich*, 320 U.S. 277 (1943). Mas, mesmo que se possa interpretar a imputação de um ato ilícito como uma taxa adicional nos negócios, a punição criminal é determinada para castigar violações da lei. Se a violação não é antijurídica, torna-se difícil justificar a pena criminal.
- 54 Veja-se G. Hegel, *Philosophy of Right*, § 97 p. 69 (tradução de T. Knox, 1952).
- 55 Veja-se I. Kant, *The Metaphysical Elements of Justice* 99-107 (tradução de J. Ladds, 1965). Kant tem diversos distintos argumentos para justificar a punição, todos eles enfocados na conduta criminal. Entre eles está sua pretensão de que os ladrões devem ser castigados por seu comportamento de cometer um furto, como uma lei universal, retribuindo ao ladrão sua falta. *Idem*, p. 102.
- 56 Veja-se H. Morris, *Persons and Punishment*, en *On Guilt and Innocence*, 31, 33-34 (1976).
- 57 Este ponto se explica bem na fórmula de Robert Nozick, na qual a quantidade de pena é determinada por  $r \times H$ .  $H$  representa o delito e  $r$  o grau de responsabilidade ou culpabilidade.  $H$  é, em princípio, ilimitado, mas  $r$  varia somente entre 0 e 1. No caso de conduta exculpada  $r$  é igual a 0. Veja-se R. Nozick, *Philosophical Explanations* 363-366 (1981).
- 58 Para uma elaboração mais detalhada da teoria das eximentes, ver Fletcher, *Right and Excuses*, *Crim. Just. Ethics*, Summer-Autumn 1984, p. 17.
- 59 Ver Model Penal Code § 1.13 (10) (Proyecto Oficial 1962).

- 41.60 De acordo com § 2.09(1) del Model Penal Code, a eximente por ameaça ou medo se aplica somente se uma pessoa "razoável" é incapaz de resistir à ameaça. Model Penal Code § 2.09 (1) (Projeto Oficial 1962).
- 61 Veja-se Povo v. Lovercamp, 43 Cal. App. 3d 823, 827, 118 Cal. Rptr. 110., 112 (1974) (sustentando que fugir era "a única escolha viável e razoável disponível").
- 62 Fingarette, Victimization: A legalist Analysis Of Coercion, Deception, Undue Influence, and Excusable Prison Escape, 42 Wash. & Lee L. Ver. 65 (1985).
- 63 Veja-se Fletcher, Fairness and Utility in Tort Theory, 85, Harv. L. Ver., 537, 560 (1972).
- 64 Veja-se J. Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation 170-203 (1823 & reimpressão fotográfica, 1973) (1ª ed., Oxford, 1789).
- 65 Veja-se C. Beccaria, On Crimes and Punishments (2ª ed., London, 1789) (1ª ed., London 1767).
- 66 Veja-se I. Kant, supra, nota 55, p. 102.
- 67 A versão mais popular desta visão é a tese de que o critério de recompensa e retribuição funcionam como uma desejável limitação das metas utilitaristas. Veja-se F. Allen, The Decline of the Rehabilitative Ideal 71-72 (1981); H. Packer, supra nota 42, p. 58-62.
- 68 Veja-se B. Ackerman, Private Property and the Constitution 41-87 (1977) (discutindo as teorias kantiana e utilitarista como exemplos de pontos de vistas compreensivos). Desgraçadamente, cada vez se estende mais o ponto de vista que pretende satisfazer critérios opostos (como os de Kant e Bentham), Veja-se, por ex., Dressler, supra, nota 27, 81-83.
- 69 Veja-se, e.g., Model Penal Code § 1.02(1)(c) (Projeto Oficial 1962). (uma proposta do Código, entre outras, é "salvaguardar a conduta sem defeito moral da condenação como criminoso"; Hart, The Aims of The Criminal Law, 23 Law & Contemp. Probs. 401 (1958).
- 70 T. Hobbes, A Dialogue Between A Philosopher and A Student Of The Common Laws of England 55 (J. Cropsey ed. 1971).
- 71 Veja-se R. Dworkin, Taking Rights Seriously 107-110 (1977) (argumentando que os princípios supremas não substituem as leis positivas); Fuller, Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart, 71 Harv. L. Ver. 630, 647-651 (1958) (expressando a visão de que os mandatos legislativos devem ser adequados à ordem legal constitucional).
- 72 Veja-se a freqüentemente criticada tradução ao inglês do livro de H. Kelsen, Pure Theory of Law (M. Knight, 1967).
- 73 Veja-se I. Kant, supra nota 55, p. 34. Infelizmente, a tradução do Professor Ladd de Kant erradamente traduz Recht como "justice". Veja-se, idem.
- 74 Veja-se I. Kant, Foundations of the Metaphysics of Morals 53-54 (L. Beck, trans. 1959).



- 75 Em virtude dessa garantia, os indivíduos são obrigados a ingressar na sociedade civil e podem ser compelidos a fazê-lo. Veja-se I. Kant, supra nota 55, p. 65-66.
- 76 Cf. I. Kant, supra nota 74, p. 48-49. (discutindo o dever de ajudar aos outros).
- 77 Veja-se Rawls, supra nota 49, p. 60 (“Cada pessoa é dona de um igual direito à mais extensa liberdade básica compatível com uma similar liberdade dos demais”).
- 78 Rawls recorda que estes aspectos estão mais além dos objetivos de seu livro. Idem, p. 315.
- 79 Veja-se, por ej., StGB § 34. Sobre o dever de socorro como problema jurídico, Weinrib, *The Case of A Duty To Rescue*, 90 *Yale L.J.* 247, 266-267 (1980) (apoiando-se na Teoria Moral de Kant para manter que o dever de socorro é um dever jurídico).
- 80 Veja-se, por ex., StGB § 34; Model Penal Code § 3.02 (Projecto Oficial 1962). A história desta eximente – particularmente enquanto reduzida à teoria do direito – ainda está por receber uma adequada exposição. A eximente que se aplica ao sacrifício de interesses alheios distintos à propriedade ingressou no Código penal alemão no marco da decisão da Suprema Corte Imperial, sentença 11 de março de 1927, Reichsgericht, *Ger.*, 61, RGSt 242, 247-255 (que se referia aos casos em que o aborto em determinadas circunstâncias não deveria ser considerado injusto).
- 81 StGB § 32, (tradução do autor).
- 82 A tradução literal do termo alemão *Notwehr* seria “defesa necessária”.
- 83 Veja-se Model Penal Code § 3.04 (Projeto Oficial 1962). O Código faz um absurdo esforço em definir “unlawful” no § 3.11 (1). A definição é prolixa primeiramente porque os proponentes podiam não formular um conceito (como exculpação) para descrever uma eximente que, inclusive se é afirmada com êxito por um agressor, poderiam deixar a ilegalidade do ataque intacta.
- 84 Veja-se StGB § 34 (se a previsão se aplica, o ato “não é injusto”).
- 85 Veja-se o texto nas notas 50-59 supra.
- 86 A visão dominante no direito alemão é que a legítima defesa é autorizada contra a agressão de um não culpável. Veja-se H.H. Jescheck, supra nota 20, p. 273. O Model Penal Code concorda, mas sem um conceito de exculpação. Veja-se Model Penal Code § 3.11(1) (Projeto Oficial 1962); supra, nota 83. Alguns estudiosos alemães, entretanto, mantêm que o direito de legítima defesa não se aplica contra a agressão de um não culpável. Veja-se, por ej., E. Schmidhäuser, *Strafrecht: Allgemeiner Teil* 151-152 (2ª ed. 1975).
- 87 Veja-se origens citadas supra notas 20-21.
- 88 Em alemão: *Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen*. O axioma data no mínimo de Berner, *Die Notwehrtheorie*, 1848 *Archiv des Criminalrechts* 547, 557, 562.

- 89 Cf. I. Kant, *supra* nota 55, p. 36 (o direito vincula a autorização do uso da coerção contra quem quer que viole o direito).
- 90 *Idem*, p. 36-37.
- 91 Esta é a linha comum dos manuais e tratados. Veja-se, e.g., H. Jescheck, *supra*, nota 20, p. 277; A. Schönke/ H. Schröder & T. Lenckner, *supra* nota 44, § 32, p. 457. Se os ataques ocorrem no interior da família, veja-se a linguagem aprovadora na sentença de 25 de septiembre, 1974, Bundesgerichtshof, W. Ger., 28 NJW 62.
- 92 Vejam-se os casos citados *supra*, nota 21.
- 93 Veja-se sentença de 22 de janeiro de 1963, Oberlandsgericht, Baviera, 16 NJW 824.
- 94 Veja-se 4 W. Blackstone, *supra*, nota 26, p. 181-182.
- 95 A analogia confunde a responsabilidade *ex post* para um delito específico com a reivindicação *ex ante* de autonomia. Para a crítica desta confusão, Veja-se Fletcher, Book Review, 83 Colum. L. Ver. 2099, 2112-2114 (1983) (criticando B. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State* (1980)).
- 96 Em um conflito análogo entre “individualismo” e “altruísmo” em direito contratual, Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 Harv. L. Rev. 1685 (1976)
- 97 Kant argumenta que o Estado tem tanto o direito como o dever de castigar ofensores. O direito se baseia em que o sujeito “cometeu o delito”. I. Kant, nota *supra* 55, 100. O dever se baseia no imperativo categórico de respeitar a humanidade do ofensor. *Id.*
- 98 Regina v. Dudley & Stevens, 14 Q.B.D 273 (1884)
- 99 Ver Fletcher, *Paradoxes in Legal Thought*, 85, Colum. L. Ver. 1263 (1985)
- 100 Ver, por ex., G. Bettiol, *Diritto Penale* 347 (11ª edición 1982); R. Merle & Vitu, *Traité de Droit Criminel* 517-518 (3ª edición 1978) (diferenciando entre legítima defesa real e legítima defesa putativa: a primeira baseia-se na aparência objetiva e justificada; a última baseia-se somente na culpabilidade pessoal); A. Schönke/ H. Schröder & T. Lenckner, nota *supra* 44, § 32, 461 (20ª edição 1980)
- 101 Ver, por ex., *Strafrecht: Allgemeiner Teil* 408 (J. Lekschas & J. Renneberg eds. 1976) (a respeito do direito penal da antiga República Democrática da Alemanha).
- 102 Ver, e.g., 2 Kurs *Sovetskogo Ugolovnogo Prava*, nota *supra* 10, 363-365
- 103 Ver, e.g., L. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal* 85 (2ª edición 1961) (a defesa putativa discutida no ponto).
- 104 O termo japonês é *goso boei* (“defesa errada”). Ver S. Dandó, Keihó Kóyó: Sóron (“Textbook on Criminal Law: The General Part”) 221-223 (1979)

105 O tratamento do erro é discutido no direito alemão. O Código penal alemão reconhece duas classes de erro: aqueles que se referem aos elementos fáticos da ofensa e aqueles que se referem à natureza da proibição do ato. Um erro sem culpa ou negligente sobre os elementos da ofensa nega a intenção requerida por uma responsabilidade intencional. O erro negligente sobre os elementos da ofensa nega o intento requerido pela responsabilidade intencional e tudo mais fundamentará uma responsabilidade pela negligência se há uma previsão específica que assim estipule. Ver StGB § 16. Um erro inevitável sobre o status legal de um ato nega a culpabilidade; se é evitável, pode somente atenuar a pena. Ver StGB § 17. Um erro sobre suposições fáticas da legítima defesa fica entre essas previsões legais. Não é nem um erro sobre a definição da ofensa nem um erro sobre a caracterização legal do ato. A tendência hoje é aplicar o § 16 por analogia aos erros sobre suposições fáticas da legítima defesa. Ver sentença de 6 de junho de 1952, Bundesgerichtshof in Strafsachen, 3 BGHSt 105, H-H. Jescheck, nota supras 20, 375; G. Stratenwerth, Strafrecht: Allgemeiner Teil I, 152-153 (3ª edición 1981). Para mais detalhes, ver H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht 168 (11ª edición 1969) (classificando a legítima defesa putativa como um erro sobre a ilicitude da agressão). Para uma abordagem totalmente diferente do problema, ver E. Schmidhäuser, nota supra 86, 151 (argumentando que o acusado que actuou em erro não atua ilicitamente a menos que de início à ação depois de ter sido avisado do erro).

106 Ver Model Penal Code §§ 3.04 (1), 3.09 (2) (Proposed Official Draft 1962)

107 Ver, por ej., Ariz Ver. Stat. Ann. § 13-404 (A) (1978); Ill. Ann. Stat. Ch. 38, § 7-1 (Smith-Hurd 1972)

108 Ver I. Kant, nota supra 74, 9

109 Ver C. Fried, Right and Wrong 48 (1978), ver também Dressler, nota supra 27, 80 (referindo-se a Kant)

110 Ver, I.Kant, nota supra 74, 19-20

111 Ver I. Kant, nota supra 55, 36

112 Atuar só por dever (isto é, sendo boa vontade) requer que nenhum outro motivo informe a ação. A vontade não pode ser boa se o egoísmo ou outros sentimentos motivaram a ação, ainda que só seja em parte. Ver I. Kant, nota supra 74, 17. As boas intenções, ao contrário, são perfeitamente compatíveis com o interesse próprio consciente ou um sentimento de medo de resistir ao suposto ataque.

113 A mera concordância ou não de uma ação com o direito, sem referir-se ao incentivo da ação, é chamada "legalidade", mas quando a idéia de dever chegando da lei é a ao mesmo tempo o incentivo da ação, então a concordância é chamada (moralidade) da ação. I. Kant, nota supra 55, 19.

114 Grande parte de a confusão sobre Kant deriva da assunção natural que seu uso de "moralidade" coincide com o uso do termo hoje. Uma pessoa não pode nunca ser moral no sentido kantiano simplesmente por atuar conforme uma regra, mesmo que aquela regra expresse valores deontológicos. Para Kant, moralidade

requer que a vontade seja pura, o que significa que o ato seja livre e que o motivo exclusivo para atuar seja o dever (reverência à lei moral). Kant admite que um ato moral nesse sentido altamente restrito pode que não tenha ocorrido nunca. Ver Kant, nota supra 74, 23-24)

- 115 Talvez alguém poderia argumentar que matar em legítima defesa seria moral se o autor realizasse o assassinato somente porque era seu dever legal fazê-lo. Ver nota supra 114. Mas a legítima defesa não é considerada como um dever legal hoje (não há conseqüências legais em escolher sofrer a violação), e sou contrário a atribuir essa visão a Kant. Alguém pode argumentar, entretanto, que existe um dever de defender o direito contra a agressão, precisamente como haja um dever de castigar. Ver I. Kant, nota supra 55, 36.
- 116 Model Penal Code § 3.04 (1) (Projecto Oficial 1962). Invocar a defesa com base nesta previsão não é, de fato, tão fácil. Para isto, o autor deve (1) acreditar que a força defensiva é imediatamente necessária (2) para proteger-se contra (3) uma força ilegal. Se Alan sabe que Dan está atuando em erro, é difícil ver como pode crer que o ataque de Dan é ilegal, já que a força de Dan segundo o § 3.04, combinado com o § 3.11 (1) não é tampouco ilegal.
- 117 Ver C. Fried, nota supra 1096, 48 (no caso, no qual Allan se defende contra o ataque em erro de Dan, Fried conclui “temos uma luta entre duas pessoas, as duas atuando justificadamente. Isso é infeliz mas de nenhuma forma uma contradição...”)
- 118 Ver de modo geral Dan-Cohen, Decision Rules and Conduct Rules: On acoustic Separation in Criminal Law, 97 Harv. L. Rev. 625, 637-648 (1984) (explorando a distinção entre condutas regradas ex ante e condutas decisórias ex post)
- 119 Ver StGB §§ 32, 34
- 120 Ver, por ex., H. Welzel, nota supra 105, 81
- 121 Thomson, Some Ruminations on Rights, 19 Ariz. L. Rev. 45, 47-49 (1977)
- 122 Este ponto se refere só à concepção tradicional de direito. A concepção moderna, discutida antes, trata dos direitos como relativos e não absolutos.
- 123 Essa conclusão recebe algum apoio em J. Feinberg, Social Philosophy 72 (1973)
- 124 Ver, e.g., R. Dworkin, nota supra 71, XI
- 125 Ver Ezorsky, The Ethics of Punishment, in Philosophical Perspectives on Punishment em XI, XVII (G. Ezorsky, edición 1972)
- 126 A doutrina dos deveres “prima facie” se originou, ao que parece, em, W. Ross, The Right and The Good 55-56 (1930). Que os direitos possam ser “prima facie” no sentido de que se são violados, não existem mais, é criticado em A. Melden, Rights and Persons 15 (1977).
- 127 Ver H. Morris, nota supra 56, 55-56 (destacando que quando a uma pessoa não se lhe concede um direito, o direito é violado); cf. H.L.A. Hart, Punishment and Responsibility 20 (1968) (em casos de responsabilidade objetiva, sem culpa, temos a “sensação de que um importante princípio foi sacrificado”).

- 128 Ver H. Kelsen, nota supra 72
- 129 Ver Grundgesetz § 20 (3) (w. Ger.)
- 130 Ver R. Dworkin, nota supra 71, 28-31
- 131 Ver T.J. Hooper, 60 F. 2º 737, 740 (2º Cir. 1932)
- 132 Hart, *The Concept of Law* 129-130 (1961)
- 133 Id. em 128.
- 135 Ver R. Dworkin, nota supra 71, 14
- 136 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889)
- 137 Ver R. Dworkin, nota supra 71, 22-31 (“principios” funcionam, assim como o direito, como a lei mais além da lei positiva). A análise em dois níveis de Dworkin, aplicando regras e logo principios, não deve ser confundida com a divisão estruturada entre o direito e considerações humanitárias.
- 138 Ver id. em 36
- 139 Ver Dworkin, *No Right Answer? In Law, Morality and Society* 58, 84 (P. Hacker & J. Raz edição 1977) (“Sempre existirá uma resposta correta no tecido descosturado de nosso direito.”). Enquanto Dworkin é quase universalmente entendido como o que reivindica que uma das partes em um caso difícil tem o direito de uma decisão a seu favor, Leon Gallis interpreta a reivindicação de Dworkin como meramente que uma das partes deve ter um direito. Ver Gallis, *The Real and Unrefuted Rights Thesis*, 92 *Phil. Rev.* 197, 200-201 (1983).
- 140 Ver R. Dworkin, nota supra 71, 116-117.

## Referências

- ACKERMAN, B. *Private Property and the Constitution*, 1977.
- ALLEN, F. *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, 1981.
- AUSTIN, J. A Plea for Excuses. *Proc. Aristotelian Soc'y* 1, 10-11, 1956.
- BAUMANN. Rechtsmiß bei Notwehr. *Monaschrift für Deutsches Recht*, 1962.
- BECCARIA. *On Crimes and Punishments*. 2ª ed., London, 1789. (1ª ed., London 1767).
- BENTHAM, J. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. 1823 & reimpressão fotográfica, 1973. (1ª ed., Oxford, 1789).
- BETTIOL, G. *Diritto Penale*. 11ª ed., 1982.
- DAN-COHEN, Decision Rules and Conduct Rules: On acoustic Separation in Criminal Law. *Harv. L. Rev.*, 1984.
- DANDÓ, S. *Keihó Kóyó: Sóron*. (“Textbook on Criminal Law: The General Part”). 1979.

- DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. 1977.
- DWORKIN. No Right Answer? In HACKER, P.; RAZ, J. *Law, Morality and Society*, 1977.
- ENNECCERUS, L. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. H. Nipperdey 15<sup>a</sup> rev. ed., 1959.
- EÖRSI. Rechtsmißbrauch und funktionsmäßige Rechtsausübung im Westen und Osten. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1965.
- EZORSKY. The Ethics of Punishment. In *Philosophical Perspectives on Punishment*, 1972.
- FEINBERG, J. *Social Philosophy* . 1973.
- FIKENTSCHER, W. *Methoden des Rechts* .1997.
- FINGARETTE. *Victimization: A legalist Analysis Of Coercion, Deception, Undue Influence, and Excusable Prison Escape*. Wash. & Lee L., 1985.
- FLETCHER, G. Paradoxes in Legal Thought. *Colum. L. Ver.*, 1985.
- FLETCHER, G. Fairness and Utility in Tort Theory. *Harv. L. Ver.*, 1972.
- FLETCHER, G. Right and Excuses. *Crim. Just. Ethics*, Summer-Autumn 1984.
- FLETCHER, G. Two Modes of Legal Thought. *Yale L.J.*, 1981.
- FULLER, Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart. *Harv. L. Ver.*, 1958.
- GALLIS. The Real and Unrefuted Rights Thesis. *Phil. Rev.*, 1983.
- GUTTERIDGE. Abuse of Rights. *Cambridge L.J.*, 1935.
- HART, H.L.A. *Punishment and Responsibility* .1968.
- HART, H.L.A. The Aims of The Criminal Law. In *Law & Contemp. Probs.*, 1958.
- HART, H.L.A. *The Concept of Law* . 1961.
- HEGEL, G. *Philosophy of Right*. Tradução de T. Knox, 1952.
- HIMMELREICH. Nothilfe und Notwehr: insbesondere zur sog. Interessenabwägung. *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1967.
- JESCHECK, H-H. *Lehrbuch des Strafrechts*. 3. ed., 1983.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal* . 2. ed., 1961.
- KANT. *Foundations of the Metaphysics of Morals*. Trans. of L. Beck, 1959.
- KANT. *The Metaphysical Elements of Justice*. Transl. of J. Ladds, 1965.
- KELSEN, H. *Pure Theory of Law* . 1967.

KENNEDY. Form and Substance in Private Law Adjudication. *Harv. L. Rev.* 1976.  
MARXEN, K. *Die "sozialethischen" grenzen der Notwehr.* 1979.  
MELDEN, A. *Rights and Persons* . 1977.

Recebido em: 20/08/2004

Avaliado em: 25/08/2004

Aprovado para publicação: 03/09/2004

MERLE, R.; VITU, A. *Traité de Droit Criminel* . 3. ed., 1978.

MORRIS, H. Persons and Punishment. In *On Guilt and Innocence*, 1976.

NOZICK, R. *Philosophical Explanations*. 1981.

PIONTOVSKY et al. *Kurs Sovetskogo Ugolovnogo Prava* (Curso de Direito Penal Soviético). 1970.

RAWLS, J. *A Theory of Justice* . 1971.

ROSS, W. *The Right and The Good* . 1930.

SCHAFFSTEIN. Notwehr und Güterabwägungsprinzip. *Monatsschrift für Deutsches Recht* . 1952.

SCHMIDHÄUSER, E. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 2. ed. 1975.

SCHONKE, H.; SCHÖEDER; LENCKNER, T. *Strafgesetzbuch*. 20 ed. 1980.

STEFANI, G.; LEVASSEUR, G. *Droit Pénal Général* . 9. ed. 1976.

STRATENWERTH, G. *Strafrecht: Allgemeiner Teil* . 3. ed., 1981.

STRATENWERTH. Prinzipien der Rechtfertigung. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* .1956.

THOMSON. Some Ruminations on Rights. *Ariz. L. Rev.*, 1977.

WEINRIB. The Case of A Duty To Rescue. *Yale L.J.* , 1980.

WELZEL, H. *Das Deutsche Strafrecht* . 11. ed., 1969.