

Opinião: A gênese da culpa e sua sistematização pelo ordenamento

A partir da publicação de *Princípios metafísicos da doutrina do Direito* (1797), Kant evidencia a tendência a privilegiar a teoria “retaliativa” ou “redistributiva” da pena, no sentido que a pena há de ser infligida a quem age injustamente e deve ser comensurada à ação injusta (*punitur, quia peccatum est*). Desta forma, o pressuposto da moralidade chega a concretizar o nexó necessário entre mal e culpa[1].

Como no âmbito moral a razão prática identifica um imperativo categórico vinculante para todos e que conceitua a responsabilidade no sentido “redistributivo” (ou seja, que considera qualquer comportamento moralmente reprovável), da mesma forma, no âmbito jurídico, a definição de culpa é ligada a um comportamento identificado pela lei merecedor de punição[2]. Em outras palavras, a culpa implica a aplicação da punição e há a ser ligada à transgressão da lei moral.

Para Kant é necessário distinguir entre ética e Direito: no âmbito jurídico, a conexão imediata entre os conceitos de transgressão e punibilidade é utilizada pelo Estado para justificar a própria atividade, sendo a necessidade de impor penas unicamente hipotética. Por isso, o direito de culpar e, conseqüentemente, de punir — para Kant — diferencia o Direito da ética, sendo a pena o instrumento que produz o meio de constrição e obediência às leis. Diferentemente, na ética, a lei moral impõe um dever, um princípio (*Gesinnung*), cuja ideia moral contida determina em si a própria vontade ao adimplemento[3].

Sob o ponto de vista ético, o problema da culpa é central. À lei moral há a se atribuir uma forma de “infalibilidade”, não porque constitui fonte de lei (moral e — eventualmente — jurídica), mas pelo fato de representar o conceito último da ética (filosofia moral pura): ou seja, um princípio moral de incondicionada (e não humana) necessidade. A lei moral, portanto — para Kant —, há de se entender como incondicionada, ou seja, é “simplesmente a autoconsciência da razão prática pura”[4], onde a razão prática é representada pelo sentimento de universalidade.

A ética kantiana tem a finalidade de fundamentar o princípio moral universalmente válido. Qualquer ser racional tem consciência do fato de que existe a lei moral, que opera como razão, sem que tenha qualquer influência empírica e capaz de produzir observância a si mesma, de forma que qualquer ação moralmente reconhecida tenha que ser realizada “para o dever” e “conforme ao dever” universalmente reconhecido.

O valor moral não se encontra nos fins da vontade, mas na lei, ou melhor, no princípio moral que é independente das vontades. De fato, a vontade — para Kant — se coloca entre o princípio *a priori* e seus princípios empíricos *a posteriori*, sendo que o princípio *a priori* é formal enquanto regra universal, e os princípios empíricos *a posteriori* são fornecidos pelos próprios objetos das vontades[5].

Em síntese, partindo da sua fundamentação ética, Kant frisa que a pena é retribuição à culpabilidade do sujeito, e que pressupõe a liberdade (autonomia) da vontade. O indivíduo, ao usar sua autonomia ou liberdade da vontade, se torna merecedor de pena, quando culpável, ou seja, quando o ser racional utilizar de má forma o livre arbítrio, em contraste, em violação e/ou transgredindo à “incondicionada” lei moral. E mais especificamente, no âmbito propriamente jurídico, quando o ser racional utiliza o seu livre arbítrio para transgredir disposições do Direito. Para o filósofo alemão, a pena concretiza a retribuição

(ou compensação) ética à violação da lei moral. Da mesma forma, no âmbito jurídico, a norma penal corresponde ao imperativo categórico, ou seja, à exigência incondicionada de Justiça.

Portanto, segundo Kant, o conceito da culpa é necessariamente atrelado ao de responsabilidade que, por sua vez, pressupõe o de liberdade (livre arbítrio e liberdade de agir). Sem liberdade não há moral e nem Direito, desde que se tenha em consideração que “prático é tudo aquilo que é possível pela liberdade”[6]. Consequentemente, é culpado unicamente o agente que pode ser responsabilizado pela sua ação ou omissão, quando necessariamente tenha agido no exercício da própria razão e da própria liberdade.

Ainda, Kant considera a autonomia da vontade e o ato de querer os resultados de um processo de pensamento que se torna indispensável e funcional ao exercício da própria liberdade e, por isso, pertencente ao geral e supremo princípio da dignidade humana, que — implicando a razão — torna a autonomia da vontade princípio supremo da moralidade, provocando a própria vontade e o respeito à pessoa humana[7].

Partindo da consideração que a culpa é fruto da representação “errada” da lei moral, há a se considerar que o ser racional — através da errada utilização do livre arbítrio — exerce a vontade de forma viciada, gerando assim um comportamento culposos que, em âmbito ético, gera o sentimento de culpa, e, em âmbito jurídico, gera o inadimplemento contratual ou o ilícito civil ou penal.

Nietzsche, na sua célebre obra *Genealogia da moral*[8], identifica na relação credor-devedor a fonte do sentimento (moral e jurídico) da culpa. Em particular, a culpa nasce como “sensação” de dívida para alguém: por exemplo, a humanidade possui um sentimento de dever para o credor onipotente, Deus; o indivíduo, cada dia mais doente, possui um sentimento de dívida para a própria religião; ainda, o sentimento de dívida dos filhos para os próprios pais etc. Sendo assim, o sentimento da culpa nasce como consequência do “inadimplemento” e/ou de uma forma de “transgressão” versus o sentimento de “dever” para o credor.

Consequentemente, a pena chega a ser uma forma de “expição” da culpa, sendo (essa) a reprodução do comportamento que supostamente, em um relacionamento de débito-crédito deveria ser considerado “normal”, ou seja, que atenda aos interesses do credor. Para Nietzsche, a culpa deve ser entendida como sentimento metafísico radicado na base de consciência. A culpa existe pelo simples fato dos seres humanos serem humanos, ou seja, passionais, instintivos, capazes (não sempre) de exercer o livre arbítrio, mas, sobretudo, de serem sujeitos à interiorização de leis, normas, princípios, eventos e acontecimentos externos.

No âmbito jurídico, Nietzsche compreende perfeitamente a condição da modernidade jurídica: o direito é unicamente imposição! A validade e a efetividade do direito devem ser encontradas no próprio Direito, na sua natureza ou na sua tradição, assim como no mecanismo que o produz. O indivíduo terá unicamente que se “arcar” na frente da lei e da própria fonte da lei[9].

Irti, utilizando a expressão criada pela filosofia alemã no início do século XX, se refere abertamente a este fenômeno indicando-o como niilismo jurídico[10]. No específico, o jurista italiano se pergunta sobre a própria validade do Direito positivo, partindo da ideia que não necessariamente o positivismo coincide com a validade do Direito. O Direito não se mede mais dentro do seu próprio ambiente natural

e funcional, mas é submetido a um “órgão” que o avalia, que decide e reconhece o que é e o que não é Direito; ainda (este órgão) define o que deve ser entendido por comportamento culposo e o que não deve ser entendido como comportamento culposo.

Pense-se, por exemplo, nas excludentes jurídicas (ou seja, as situações juridicamente reconhecidas que excluem de jure e *a priori* o elemento culposo e consequentemente a punibilidade), as quais — pelo fato de implicar no processo de pensamento e na livre e moral escolha do ser racional — definem quando este último pode ser culpado e quando não, afetando o pressuposto de que o ser racional — mesmo tendo a capacidade de entender e querer e conhecendo as potenciais consequências reprováveis do evento — em presença destas situações, não deve ser considerado culpado.

Voltando a considerar a gênese da culpa, entendemos que a culpabilidade — seja o produto de um sentimento ético, seja consequência da violação de uma previsão jurídica positiva — é sempre relacionada à capacidade de entender e querer, ou seja, à vontade. Daí a necessidade de melhor entender o que move o processo da vontade, do comportamento e da culpa.

Vaihinger, ilustre filósofo alemão que escreveu a exegese de Kant e vários estudos sobre Nietzsche, destaca que todos os atos humanos, ou melhor, os comportamentos, são resultado de um ato de vontade. Para o filósofo, a consciência humana não seria o cerne da origem do conhecimento (como foi para Kant), sendo que a psique é diferentemente fundamentada em várias necessidades orgânicas, porque nascem antes do pensamento ou existem *a priori*, sem ser o fruto do pensamento em si.

As necessidades orgânicas — assim individuadas como necessidades *a priori* — concretizam de fato o que ele chama necessidades da vontade, que não são ligadas ao pensamento, mas à condição corporal do ser humano: o que ele chama precisamente da “função orgânica do pensamento”. O pensamento inicia a sua função orgânica através de um procedimento de amadurecimento da sua própria função, ou seja, divergindo da realidade e criando conceitos e construções “fictícias”.

A atividade do pensamento, entendida como função orgânica e teleológica da psique, cataloga e sistematiza as sensações, as emoções, os desejos, as vontades e — através deste procedimento lógico-orgânico — as transforma, diferenciando-as em relação à realidade. Por isso, os meios mais relevantes do pensamento são as ficções, enquanto ajudam a encontrar soluções reais a problemas práticos.

Em particular — para o filósofo alemão — a vontade age fornecendo diretivas e impulsos que formam o pensamento[11], sendo que o próprio pensamento opera de acordo com específicas finalidades. Para o autor Francisco de Assis e Silva, em sua tese de doutoramento sobre a célebre obra *A filosofia do como se*, de Vaihinger, interpretando os ensinamentos do filósofo alemão, frisa que “nada acontecerá no pensamento que não seja derivado ou elaborado para cumprir uma finalidade (ou seja, não há comportamento sem vontade, sendo que toda vontade existe para atender uma finalidade)”[12].

Trata-se evidentemente de uma inversão de pensamento! A vontade que determina e controla o comportamento é (essa mesma) fruto de um pensamento orgânico, ou seja, fruto daquelas necessidades, emoções e desejos (necessidades *a priori*) que criam a própria vontade. Desta forma, sendo todos os atos humanos resultado de uma vontade, todos esses potencialmente são passíveis de serem considerados “culposos” (em quanto frutos da vontade): por exemplo, pense-se na culpa de ter casado, na culpa de ter

vendido um carro, na culpa de ter quebrado uma relação etc.

A tese é com certeza instigante e provocatória: isso porque nos leva a considerar que, de fato, deve-se sempre diferenciar o plano ético-moral do plano jurídico. Isso porque o ordenamento jurídico nem sempre classifica todos os comportamentos “culposos” e “fontes de responsabilidade jurídica”, mas unicamente os que a lei individua e reconhece como tais.

Não por nada, o próprio Bobbio, no sua celebre obra *A era dos direitos*, ensina:

Na distinção entre *moral rights* e *legal rights*, o critério é o fundamento; na distinção entre “direitos naturais” e “direitos positivos”, é a origem. Mas, em todos os quatro casos, a palavra “direito”, no sentido de direito subjetivo (uma precisão supérflua em inglês, porque *right* tem somente o sentido de direito subjetivo) faz referência a um sistema normativo, seja ele chamado de moral ou natural, jurídico ou positivo. Assim como não é concebível um direito natural fora do sistema das leis naturais, também não há outro modo de conceber o significado de *moral rights* a não ser referindo-os a um conjunto ou sistema de leis que costumam ser chamadas de morais, ainda que nunca fique claro qual é o seu estatuto (do mesmo modo como, de resto, nunca ficou claro qual é o estatuto das leis naturais)[13].

[1] TAFANI, Daniela. *Kant e il diritto di punire*. In Quaderni Fiorentini, Milano, Giuffrè, 29, 2000.

[2] FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale, Bari, Laterza, 1989.

[3] TAFANI, Daniela. Op. Cit.

[4] BECK, Lewis White, *A commentary on Kant's Critique of Practical Reason*, The University of Chicago Press, Chicago, 1960.

[5] ARENDT, Hanna. *Lectures on Kant's Political Philosophy*, Chicago, The University of Chicago Press, 1992.

[6] KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*. Koln, Anaconda, 2015.

[7] MARIGHETTO, Andrea. *A dignidade humana e o limite dos direitos da personalidade* in: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-21/marighetto-dignidade-humana-limite-direitos-personalidade>

[8] NIETZSCHE, Friedrich. *Werke in drei Bänden*, Munchen, Carl Hanser, 1954.

[9] NIETZSCHE, Friedrich. *Menschliches, allzumenschliches*, 1878, aforisma n. 472.

[10] IRTI, Natalino. *Nichilismo giuridico*. Bari-Roma, Laterza, 2004.

[11] VAIHINGER, Hans. *A filosofia do como se: sistema das ficções teóricas e praticas e religiosas da humanidade na base de um positivismo idealista*. (tradução Johannes Kretschmer) Manuscrito inédito, Biblioteca da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Educação e Humanidades, Instituto

de Letras, 2002.

[12] SILVA, Francisco de Assis e. *Ficções Jurídicas em Hans Vaihinger*. São Paulo, Instituto Kora, 2012.

[13] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. (tradução Carlos Nelson Coutinho), Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.

Date Created

12/12/2019