



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



IZAIAS ANTONIO NOVAES GONÇALVES

**O INSTITUTO DA IMPUTAÇÃO EM SAMUEL PUFENDORF E SUA INFLUÊNCIA
NO DIREITO PENAL MODERNO**

Dissertação de Mestrado

Recife
2014

IZAIAS ANTONIO NOVAES GONÇALVES

**O INSTITUTO DA IMPUTAÇÃO EM SAMUEL PUFENDORF E SUA INFLUÊNCIA
NO DIREITO PENAL MODERNO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Linguagem e Direito

Linha de Pesquisa: Teoria da Antijuridicidade e Retórica da Proteção Penal dos Bens Jurídicos

Orientador: Professor Doutor Cláudio Brandão

Recife
2014

Catalogação na fonte

Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

G635i

Gonçalves, IzaiasAntonioNovaes

O instituto da imputação em Samuel Pufendorf e sua influência no direito penal moderno. – Recife: O Autor, 2014.

106 f.

Orientador: Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014.

Inclui bibliografia.

1. Responsabilidade penal. 2. Direito penal. 3. Pufendorf, Samuel, [Freiherr von, 1632-1694](#). 4.[Feuerbach, Ludwig, 1804-1872](#) - Crítica e interpretação. 5. Direito penal - Filosofia. 6. Welzel, Hans - Crítica e interpretação. 7. Delito. I. Brandão, Cláudio Roberto Cintra Bezerra (Orientador). II. Título.

345 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2014-025)

Izaias Antonio Novaes Gonçalves

**“O Instituto da Imputação em Samuel Pufendorf e sua Influência no Direito
Penal Moderno”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito

**Orientador: Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra
Brandão**

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Professor Dr. **Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas** (Presidente/UFPE)
Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Professora Dra. **Maria Auxiliadora Minahim** (1^a Examinadora Externa/UFBA)
Julgamento : APROVADO Assinatura: _____

Professor Dr **Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti** (2^º Examinador interno/UFPE)
Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Recife, 18 de fevereiro de 2014.

Coordenador Prof.Dr. **Marcos Antônio Rios da Nóbrega**

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos inicialmente ao meu orientador, o professor doutor Cláudio Brandão, pela disponibilidade e atenção sempre demonstrados. aos professores Ricardo de Brito, pela desconfiança sempre motivadora, e Luciano Oliveira, com quem tive impagáveis pequenas conversas ao longo dos últimos meses.

Ao corpo de profissionais do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, pelo suporte que muitas vezes foi além da tarefa burocrática.

Às minhas irmãs Anna Karla, Geovanna, Fabianna e Anna Karina, pela tranquilidade que sempre me passaram. Ao meu falecido pai Geová, por ter feito além do possível para me transmitir a resiliência característica do sertanejo, e sempre ao seu modo me mostrou como eu deveria dar meus próprios passos. À minha mãe Edna, minha inspiração para seguir a carreira acadêmica, que com sua inerente pedagogia sempre soube me guiar pelo caminho dos estudos e jamais desistiu de mim.

Aos colegas Alfredo, Renato, Rodrigo e Hugo, estes especialmente, e os demais que conheci neste curto período do mestrado, que sempre me ajudaram a não permitir que as bitolas da carreira policial amarrassem meus pensamentos.

Aos colegas do Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa, especialmente da 2^a Delegacia de Homicídios, pela paciência que tiveram com um colega que algumas vezes, por necessidade ou mero devaneio, esteve desconectado do mundo real.

A Natália, pelo apoio desde o processo seletivo.

Por fim, dedico este trabalho ao meu filho Vinícius, minha fonte inesgotável de alegria. Te amo, pequeno!

*Abro os livros de direito e de moral; ouço os
sábios e os jurisconsultos; e impregnado de seus
discursos insinuantes deploro as misérias da
natureza, admiro a paz e a justiça estabelecidas pela
ordem civil, bendigo a sabedoria das instituições
públicas e consolo-me de ser homem ao me ver
cidadão. Bem instruído dos meus deveres e de
minha felicidade, fecho os livros, saio da sala e olho
em torno de mim; vejo os povos desenvolvidos
gemendo sob um jugo de ferro, o gênero humano
dilacerado por um punhado de opressores, uma
manada faminta, assolada de dor e de fome, da qual
o rico bebe em paz o sangue e as lágrimas, e em
outra parte o forte armado contra o fraco do temível
poder das leis.*

- Jean Jacques Rousseau -

RESUMO

GONÇALVES, IzaiasAntonio Novaes. **O instituto da imputação em Samuel Pufendorf e sua influência no direito penal moderno.** 2014. 105 f.Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

Esta dissertação tem como objetivo investigar a origem do conceito de imputação penal a partir da obra de Samuel Pufendorf. Para isso, buscou-se contextualizar a vida e obra do autor, verificando a premissas metodológicas que o inspiraram. Estabelecendo o surgimento do conceito de imputação em direito penal a partir da obra de Pufendorf, demonstra-se a conexão existente entre esse autor e o desenvolvimento que a doutrina da imputação teve até a obra de Feuerbach, marco do direito penal moderno. Como uma das mais importantes obras sobre Pufendorf escritas no século XX foi da lavra de Hans Welzel, procurou-se usar abundantemente dos escritos deste autor que ao mesmo tempo exerceu preponderante papel no desenvolvimento da dogmática penal contemporânea, sendo ao final enfatizada a influência que Pufendorf exerceu sobre Welzel. A conclusão a que se chega é que o instituto da imputação passou muitos anos esquecido pela doutrina penal e apenas recentemente foi resgatado a fim de servir como contraponto ao sistema Liszt-Beling de atribuição de responsabilidade, sendo ressaltado ainda que ele pouco se relaciona com o que se entende hoje por teoria da imputação objetiva.

Palavras-chave: Imputação; Responsabilidade; História da dogmática penal; Samuel Pufendorf; Hans Welzel.

ABSTRACT

GONÇALVES, IzaiasAntonio Novaes. **The institute of imputation in the work of Samuel Pufendorf and its influence in modern criminal law.** 2014. 105 f.Dissertation (Master'sDegreeof Law) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

This paper aims to investigate the source of the concept of criminal imputation from the work of Samuel Pufendorf. To do so, it has made an attempt in order to contextualize the life and work of the author, checking the methodological assumptions that inspired. Establishing the emergence of the concept of attribution in criminal law from the work of Pufendorf, depicts the connection between the author and the development that the doctrine of imputation took up the work of Feuerbach, landmark of modern criminal law. As one of the most important works on Pufendorf written in the twentieth century was tilled by Hans Welzel, it was tried to use plenty of the writings of this author that while exerted role in the development of contemporary criminal law, and emphasized the end the influence exerted on PufendorfWelzel. The conclusion reached is that the institute imputation spent many years overlooked by criminal doctrine and just recently was rescued in order to serve as a counterpoint to Liszt-Beling system for allocating responsibility, and also emphasized that he just relates to what is meant today by theory of objective imputation.

Keywords: Imputation; Responsibility; History of Criminal Law; Samuel Pufendorf; Hans Welzel.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	O DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE IMPUTAÇÃO.....	20
2.1	SAMUEL PUFENDORF E O SEU CONCEITO DE IMPUTAÇÃO.....	20
2.2	A IDEIA DE IMPUTAÇÃO EM ARISTÓTELES.....	26
2.3	A IMPUTAÇÃO KANTIANA.....	32
2.4	A IMPUTAÇÃO EM PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH.....	40
2.5	A IMPUTAÇÃO EM KARL LUDWIG GROLMAN.....	46
2.6	A IMPUTAÇÃO EM LUDWIG HEINRICH VON JAKOB.....	48
2.7	A IMPUTAÇÃO EM GAETANO FILANGIERI.....	50
3	SAMUEL PUFENDORF E O JUSRACIONALISMO.....	52
3.1	ANTECEDENTES PRÓXIMOS DO DIREITO RACIONAL NATURALISTA.....	53
3.2	JUSRACIONALISMO, MÉTODO E SECULARIZAÇÃO.....	58
3.2.1	O método da teoria política.....	59
3.2.2	O método das ciências naturais.....	60
3.2.3	Secularização como necessidade metodológica.....	63
4	A IMPUTAÇÃO DE PUFENDORF E O FINALISMO DE HANS WELZEL.....	74
4.1	<i>ENTIA MORALIA</i> E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO.....	74
4.2	VOLUNTARISMO.....	78
4.3	<i>ENTIA MORALIA</i> E <i>ENTIA PHYSICA</i> – DISTINÇÃO.....	80
4.4	A INFLUÊNCIA DA DOUTRINA DO <i>ENTIA MORALIA</i> NO FINALISMO DE HANS WELZEL.....	86
4.5	O CONCEITO DE AÇÃO FINALISTA NA OBRA DE HANS WELZEL.....	87
4.6	AS ORIGENS DECLARADAS DA DOUTRINA DE WELZEL.....	89
4.7	O ONTOLOGISMO COMO RETORNO AO JUSNATURALISMO NA CRÍTICA DE WELZEL.....	90
4.8	AVALIAÇÃO CRÍTICA DA RELAÇÃO ENTRE HANS WELZEL E SAMUEL PUFENDORF.....	92
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	96
	REFERÊNCIAS.....	100

1 INTRODUÇÃO

As relações humanas são formadas por permanentes acordos e conflitos, gerando um ciclo de interações que mantêm latente a existência da sociedade. Dada a quantidade de interesses disponíveis e a alma livre do ser humano, jamais será possível a existência de uma sociedade sem conflitos pessoais. Historicamente, o direito foi um dos vetores responsáveis pela tentativa de arrefecimento desses conflitos mediante a imposição de deveres àqueles que estivessem sob a sua égide. Utilizando do caráter imperativo do direito, coube ao Estado interferir nas relações humanas, usando métodos que vêm se desenvolvendo há séculos, mas que, em alguns casos, mantêm em sua estrutura uma raiz central.

Nesse círculo concêntrico das responsabilidades, que são reguladas pelo direito, estão, apenas para citar exemplos, as civis e penais. Quando alguém estabelece um contrato ou comete um crime, as normas que tratam desses assuntos no ordenamento jurídico serão instrumento de atribuição de responsabilidades. Assim, da mesma forma que a norma civil obriga a cumprir o contrato, a norma penal obriga aquele que a descumpriu a pagar uma pena, constituindo ambas searas um só fenômeno. Esse jogo de responsabilidades regulamentadas somente garante que elas sejam cumpridas, atribuindo maiores ou menores penalidades aos desobedientes.

No direito penal, quando um ato é considerado como criminoso, a primeira norma que atinge o autor do fato é a que transforma essa situação fática em um crime. Para que isso ocorra, exige-se do direito um mecanismo pelo qual seja possível atribuir um fato a alguém, a fim de que haja a identificação de, pelo menos, um responsável por aquela violação da norma penal, além da identificação da própria norma no ordenamento jurídico.

É aqui que se insere a imputação, tema central deste trabalho. Imputar, no sentido do que foi até aqui exposto, segue no mesmo da acepção não jurídica do termo, como, por exemplo, a definição do dicionário Houaiss (2008, p.411) “1. Considerar responsável por (algo censurável); acusar; 2. Considerar causador, autor ou possuidor de; atribuir (...).” Já no dicionário de filosofia de Abbagnano(2007,

p.629) o termo é conceituado como “possibilidade de atribuir uma ação a um agente, como causador”.

Porém, como foi dito, o direito necessita de um mecanismo para atribuir responsabilidade, ou seja, para imputar, sendo necessário para isso a criação de institutos próprios, não apenas um conceito retirado de um dicionário. Mas qual a origem e o(s) sentido(s) real(ais) da palavra imputação? Como a imputação pôde se tornar um instituto autônomo dotado de um método próprio?

Além das respostas a essas perguntas, este trabalho pretende apresentar as correntes filosóficas que formaram o instituto da imputação e quais as consequências da criação desta para o futuro do direito penal até o século XX com o finalismo welzeliano, oportunidade em que será mostrado, ao contrário do que se poderia imaginar, que a imputação de Samuel Pufendorf é muito mais próxima do finalismo ontológico que da contemporânea teoria da imputação objetiva.

Ao realizar uma análise semântica do conceito de responsabilidade, Paul Ricoeur, percebendo a vagueza do termo, buscou as suas origens possíveis, encontrando respostas no campo semântico do verbo imputar, originário do latim *Imputare*. Segundo ele, o termo imputação seria mais comum em um período onde não se utilizava a palavra responsabilidade além dos textos de teoria política, quando se falava em responsabilidade do soberano perante o Parlamento. Interessante notar que Abbagnano (2007) também faz essa distinção entre imputação e responsabilidade, oportunidade na qual afirma que responsabilidade é a

Possibilidade de prever os efeitos do próprio comportamento e corrigi-lo com base em tal previsão. Responsabilidade é diferente de *imputabilidade* (lat. *Imputatio*; in. *Imputability*; fr. *Imputabilité*; al. *Zurechenbarkeit*; it. *Imputabilitá*), que significa a atribuição de uma ação a um agente, considerando seu causador. (...) O termo responsabilidade e seu conceito são recentes: aparecem pela primeira vez em inglês e em francês em 1787 (em inglês, aparecem em *Federalist* de Alexandre Hamilton, f. 64; cf. R. McKeon, *Revue Internationale de Philosophie*, 1957, nº1, pp. 8 ss.). O primeiro significado do termo foi político, em expressões como “governo responsável” ou “responsabilidade do governo”, indicativas do caráter do governo constitucional que age sob controle dos cidadãos e em função desse controle. (ABBAGNANO, 2007, p.1009)

Imputar, segundo o conceito de Ricoeur (2008, p.36), seria “atribuir a alguém uma ação condenável, um delito, portanto uma ação confrontada previamente com uma obrigação ou uma proibição que essa ação infringe”. Na elaboração deste conceito, o autor afirma que levou em consideração não só a relação do autor com a

ação, mas também entre aquele e a pena que lhe é imposta, que estaria relacionada a um conceito também antigo, este sim relacionado tanto à imputabilidade quanto à responsabilidade que é a prestação de contas, que ele chama de “metáfora da conta” (RICOEUR, 2008, p.37).

A metáfora faz mais sentido quando se percebe que o verbo latino *imputare* é formado por uma derivação que contém uma “relação de sentido com o verbo derivante [*putare*], cujo significado mais frequente era *contar, calcular*” (MENDES, 2007, p.35). Nesse sentido, é bastante comum surgir, no conceito de imputação, a relação de “por na conta de”, que seria a retribuição da atribuição, ou seja, o jogo de atribuir autoria e retribuir com pena fazem parte do mesmo conteúdo, sendo duas faces da mesma moeda. Voltando à metáfora, Ricoeur conclui que esse jogo é percebido como uma “contabilidade moral de méritos e deméritos”, formando um balanço geral por meio do “dossiê moral” da vida de alguém, não podendo todas essas conclusões escaparem de um conceito semântico de imputação.

Quando se fala em imputação como julgamento de méritos ou deméritos, é impossível deixar de pensar numa possível interpretação teológica para o termo. Como não poderia deixar de ser, também existe uma acepção cristã da imputação, tema que não foi olvidado por alguns autores. A *Encyclopaedia of Religion and Ethics* (1914) realça, ao tratar do termo *Imputation*, que ele pertence tanto ao direito quanto à teologia cristã.

O uso do termo pelas doutrinas da Igreja Ocidental, aqui englobando as doutrinas cristãs católica e protestante, pode ser dividido em três vertentes: primeiramente a um uso genérico, em referência ao julgamento que Deus faz sobre as pessoas, tendo como base seus méritos e deméritos, quando se diz que deve ser imputada culpa ou mérito na medida em que, como o mérito é transferível, o mérito de outrem também pode ser imputado aos não meritórios; particularmente, também é usado o termo para designar o julgamento que Deus faz quando imputa à raça humana o pecado de Adão, uso esse mais prevalente na teologia ortodoxa; e a terceira visão, peculiar entre a ortodoxia protestante, que fala da imputação da virtude (*righteousness*) de Cristo aos crentes (*justitia Christi imputatur*). É ressaltado ainda que, na doutrina protestante, a imputação pelo pecado de Adão e pela virtude

de Cristo são extremamente conectados, sendo um colocado contra o outro, situação na qual ambos se equilibram e se compensariam¹.

Essa ênfase, no uso do termo pela teologia protestante, foi alvo de observação por parte de Ricoeur, ainda quando da sua análise semântica da responsabilidade. Considerou “esclarecedora” a contribuição protestante a esse respeito: aqui, a ideia de imputação não se relaciona à falta ou ao mérito do autor da ação, “[...]mas a imputação graciosa dos méritos de Cristo, méritos adquiridos na cruz, ao pecador que confia sua fé naquele sacrifício” (RICOEUR, 2007, p.38). O representante dessa teoria da imputação foi sobretudo Andrea Osiander (1498 – 1552), mas pode ser encontrada também em Lutero, e até mesmo antes dele, no nominalismo de Ockham, para o qual a remissão do pecado era uma simples não imputação do pecado ainda existente no homem. (FRANKS, 1914).

O fundamento textual dessa imputação estaria em Romanos, cap. V, 12-21, notadamente o versículo 18: “Consequentemente, assim como uma só transgressão resultou na condenação de todos os homens, assim também um só ato de justiça resultou na justificação que traz vida a todos os homens”.

Essa origem teológica da imputação possui extrema relação com o uso jurídico do termo. É nesse sentido que Paulo de Sousa Mendes (2007, p. 213), que dedicou seu doutoramento ao tema, afirma que o conceito de imputação “apareceu no contexto da definição das *ações meritórias*, ou seja: ações humanas que agradam a Deus”. Duns Escoto teria sido quem, pela primeira vez, estabeleceu um conceito teológico do imputável, “como sendo uma dupla relação, por um lado, do acto com a vontade do agente e, por outro lado, do acto ou da pessoa que o pratica com a graça (ou caridade) divina pela qual a pessoa é aceite”. (MENDES, 2007, p.214)².

¹ Para uma análise detalhada das duas últimas vertentes acima apontadas, cf. *Encyclopaedia of Religion and Ethics*, vol. VII, pp. 180ss.

² A obra de Escoto citada por Mendes é *Cuestionescuidlibetales*, pp 610 e ss. Livro disponível integralmente digitalizado em <<http://archive.org/details/quaestionesquodl01duns>>. Na *Quaestio 17.8*, Escoto diz ainda que “Nada é aceite como meritório se não couber livremente no poder do operante. Acresce que aquilo que é comum ao mérito e ao demérito, ou seja, a imputabilidade requer a relação com a vontade, na medida em que esta tiver o acto em seu poder. Nada se impõe a alguém como premiável ou punível, nem, por conseguinte, como elogável ou censurável se não couber no seu poder; o elogio é, em certo sentido, um prémio e a censura um castigo”. (DUNS ESCOTO, *Cuestionescuidlibetales*, p. 615. ApudMENDES, 2007, 214, nota 480). Escoto completava sua caracterização da imputação abrangendo também os atos maus: “[Imputável] implica, pois, duas relações: uma, a relação do acto com o poder ou domínio do agente, e outra, a relação do acto com algo que lhe caberá por justiça, ou que caberá ao agente em função do seu acto. A primeira relação permanece invariada em si mesma, quer o acto seja bom ou mau. A segunda, porém, varia, não

O conceito teológico da imputação, ainda segundo Mendes (2007, p. 217), foi aproveitado por Samuel Pufendorf (1632 – 1694) na medida em que esse “precisava de um modelo que integrasse a autoria da ação moral no juízo de imputação”.

A importância dessa referência de que Pufendorf seria tributário das doutrinas teológicas é essencial para a compreensão da origem do pensamento desse autor, que é considerado por muitos o precursor da utilização da imputação como método de atribuição de responsabilidade do âmbito penal. Nesse sentido, é o ensinamento de Hans Welzel, em trecho retirado da sua tese de doutoramento:

Pufendorf foi certamente o primeiro a introduzir na ciência do direito penal o conceito fundamental da imputação (*imputatio*), tratando-o sistematicamente. [...] Desta colocação teológica do problema, que remonta ao Talmud, o conceito de imputação veio através de Pufendorf até a ciência penal, tornando-se um conceito central. (WELZEL, 1993, pp.119-120)³

Não sem algum germanismo, essa também é a opinião de Carl Ludwig von Bar (1916, p. 325), ao tratar da nova direção que toma a teoria do direito criminal germânico no início dos anos 1700. Criando uma teoria com o objetivo de eliminar ou ao menos restringir o arbítrio judicial, “Pufendorf foi o primeiro escritor desde Aristóteles a se preocupar com este assunto de maneira independente e científica”.

É ainda relevante salientar que reconhecer a influência de Pufendorf no desenvolvimento intelectual de Hans Welzel ajuda a compreender melhor o finalismo e dar o devido crédito ao eco que a obra do primeiro teve no direito penal contemporâneo.

Com a constatação que a origem do conceito de imputação em direito penal remonta a Pufendorf e que ele foi marco teórico fundamental na elaboração da doutrina do finalismo, o que será demonstrado ao seu tempo, os escritos de Samuel Pufendorf passam a ser a espinha dorsal que permite compreender todo o

formalmente segundo o bem ou o mal, mas – pressuposta a distinção entre o bem e o mal [...] – segundo a remuneração adequada a um ou ao outro. Na verdade, o bem é imputado para fins de elogio ou prémio, ao passo que o mal é imputado para fins de censura ou pena”. (DUNS ESCOTO, *Cuestionescuodlibetales*, p. 615. Apud MENDES, 2007, 215, nota 481)

³ No original: *De questecollocazioniteologichedel problema, risalenti fino al Talmud, il concetto di imputazione giunse attraverso Pufendorf alla scienza penalistica, divenendo un concetto centrale.* [...] Egli è stato spinto da due versanti a sviluppare la dottrina dell'imputazione; per i presupposti e per l'esclusione dell'imputabilità (*imputativitas*) da Aristotele e per il concetto dell'imputazione stessa (*imputatio*) dalla teologia coeva. Tradução do autor. A partir deste ponto, todas as citações em língua estrangeira estarão traduzidas pelo próprio autor.

desenvolvimento que o direito penal teve desde a criação do método da *imputatio* até as mais modernas tendências da teoria do delito.

Necessário, antes de qualquer outro avanço, explicar porque Pufendorf foi escolhido para nortear este trabalho.

Nas palavras de Carpintero (2004, p. 74), devido à importância que a obra de Pufendorf teve, somado ao realce que ele deu ao conceito de vontade, “todos se viraram ao estudo do ato voluntário ou livre, porque somente estes tipos de atos são imputáveis”. Ainda segundo o autor espanhol, no primeiro terço do século XVIII, desapareceu a exigência de *meritum* ou *culpa*, escondidos atrás do esquema vontade/autoria/imputação. Segundo Gundling(*apud* CARPINTERO, 2004), as palavras alemãs *zueignen*, *zuschreiben* e *zurechnen* levavam consigo a palavra imputar (*zurechnung*), e imputar significaria dizer que efeito nasce e a quem deve ser aplicado. Diversos autores hoje considerados importantes passaram a utilizar a imputação como método de atribuição, podendo ser citados aqui Daniel Nettelbladt, Christian Thomasius, HenricusLudovicusWernher, NikolausHieronymusGundling, Burlamachi, Christian Wolff e Johann GottliebHeineccius, Johann Friedrich Rübel⁴, chegando até Immanuel Kant, onde ganharia novo fôlego.

Verificando-se as diversas referências feitas acima à obra de Samuel Pufendorf enquanto se introduz no tema da imputação, justifica-se a sua escolha como marco nesta dissertação em razão da profunda influência que teve no pensamento ocidental, conforme já referido acima. A bem de ver, é crescente o interesse na sua obra em razão das recentes críticas que vem passando o já enfadado sistema liszt-beling, que não tem se mostrado suficiente para atender às demandas modernas do combate à criminalidade, sendo o retorno à imputação pufendorfiana uma tábula rasa para o desenvolvimento de novas estruturas para o direito penal, rompendo o paradigma científico que domina o método jurídico-penal do sistema romano-germânico desde o início do século XX.

É possível afirmar que, após a solidificação do sistema liszt-beling como paradigma na dogmática penal, substituindo o da imputação, não houve, desde então, uma revolução científica nesta estrutura nos moldes apregoados por Thomas

⁴ Todos esses autores têm sua fórmula de imputação apontada de forma resumida por Carpintero (2004, pp. 74 e ss). Apresentando o instituto da imputação desenvolvido por outros autores, notadamente Joachim Georg Daries, cf. HRUSCHKA, 2008.

Kuhn (2011)⁵. Quase todas as inovações dogmáticas, que não foram poucas, ainda se desenvolvem na estrutura do sistema base, caracterizando o que Kuhn chamou de ciência normal, com a finalidade precípua de resolver quebra-cabeças, e não desenvolver novos paradigmas⁶.

Interessante exemplo expresso do uso da doutrina da imputação como crítica ao sistema científico do crime fundado por Liszt encontra-se em Mendes (2007, pp. 26-29), que defende, ainda em sua introdução, a necessidade de realizar uma “crítica externa” àquela doutrina por meio da concepção de um “sistema centrado na categoria do injusto intrinsecamente culposo que respeite as fundadas exigências do *garantismo penal*”, definindo seu ponto de partida não do zero, mas das estruturas da doutrina da imputação criada por Pufendorf e dos elementos do crime do modelo inglês, que também é tributário a Pufendorf.

Hans Welzel foi outro autor que usou a doutrina da imputação para reestruturar a teoria do delito, ainda que aparentemente não tivesse desde o início esse objetivo. No ano de 1928, apresentou, na Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade de Jena, a dissertação que seria depois publicada como *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorf*, na qual esmiuçou temas relevantes da doutrina de Pufendorf, reservando um capítulo para o direito penal no qual analisa as contribuições do filósofo nessa área. Nesses escritos de Welzel já estavam presentes alguns traços que seriam enegrecidos quando da cunhagem da doutrina finalista da ação, o que será objeto de estudo mais adiante.

Tratando de exaltar a obra de Pufendorf e justificar a relevância do seu estudo, Welzel (1993) começa elogiando seu compatriota afirmando ter sido ele um dos poucos juristas “considerados dignos” de serem inseridos na coletânea *Die grossenDeutschen*. Demonstrando, ainda, que Pufendorf não havia caído no esquecimento, o professor de Bonn relata que até o ano de 1773 já existiam nada menos que quatorze edições da obra *De Jure Naturae et Gentium*, nos séculos XVII e XVIII, ela foi traduzida para francês, inglês, alemão, italiano e russo, considerando, além disso, que apenas a tradução francesa, a mais famosa delas

⁵ A comparação é feita deixando de lado a discussão se o direito é ou não ciência, o que seria necessário para verificar fielmente a compatibilidade da “ciência jurídica” com o que é teorizado no já clássico livro de Thomas Kuhn, *A estrutura das revoluções científicas*, de 1962.

⁶ Sobre os conceitos de ciência normal e quebra-cabeças, vide os capítulos 2 e 3 da obra citada.

realizada por Barbeyrac, já estava na décima terceira edição em 1830⁷. Nesse período, disputava com Grócio a preferência entre as obras de direito natural, a ponto de terem John Locke⁸ e Rousseau maior estima pelo tedesco que pelo holandês, quando sugeriam a leitura das obras dos dois aos jovens ingleses e franceses.

O fato é que a excelente edição vertida ao francês da obra de Pufendorf da lavra do erudito Jean Barbeyrac (1674-1744), repleta de notas explicativas, justificações e posicionamentos metodológicos e contra-críticos, foi, em parte, responsável pelo sucesso e não esquecimento dos escritos do saxão no século XVIII na Europa, permitindo ainda sua grande influência entre os escritores de direito político naquele período na França, sendo, desde então, a tradução mais citada e abalizada entre tudo o que Pufendorf escreveu.

Nos dizeres de Pierre Laurent (1982), seria impossível falar de Pufendorf sem falar naquele que o traduziu, responsável por transcrever do latim para a língua moderna da Europa na época, o francês, tornando-o acessível à reflexão de qualquer um e inserindo-o nas ideias correntes, além do que, muito provavelmente, nem os Enciclopedistas nem Rousseau o teriam conhecido se não fosse pela pena

de Barbeyrac⁹.

⁷ Para uma detalhada relação das edições das obras de Pufendorf nas mais diversas línguas, cf. GOYARD-FABRE, 1994, p. 14, nota 3 e p. 15, nota 2. Vale salientar que a tradução de Barbeyrac não foi a primeira versão da obra de Pufendorf em língua francesa, conforme afirma Derathé (2009), que cita que em 1687 foi publicada a tradução de Courtin que caiu em desuso após a de Barbeyrac.

⁸ § 186. Quando ele tenha muito bem digerido Tully's Offices, e acrescentou-lhe a obra de Puffendorf de *OfficioHominis* e *Civis*, pode ser oportuno apresentar-lhe Grotius com *De jure Belli ac Pacis*, ou, o que talvez seja o melhor dos dois, o Puffendorf de *De Jure Naturali et gentium*, onde ele será instruído nos direitos naturais dos homens, e as origens e fundamentos da sociedade, e os direitos resultantes de lá. Esta parte geral dos direitos civis e da História, são estudos que um cavalheiro não deve apenas tocar, mas constantemente prestar atenção, e nunca se distanciar. Um jovem homem virtuoso e bem-comportado, que é bem versado na parte geral dos Direitos Civis (o que não diz respeito à chicana de casos particulares, mas os Assuntos Internos e relações entre as nações civilizadas em geral, fundamentada em princípios da Razão) entende latim bem e pode escrever bem, podendo virar-se solto no mundo com grande segurança de que ele vai encontrar Emprego e estima em todos os lugares. (LOCKE, 1889)

⁹ Assim como “seu autor”, como costumava se manifestar quando falava de Pufendorf, Jean Barbeyrac era filho de pastor protestante e iniciou os estudos em teologia, sendo mais conhecido pelas suas traduções que por suas próprias obras. Suas traduções, assim como aconteceu com outras diversas traduções francesas até o início do século XX, não era pura transcrição do que foi escrito por Pufendorf, por vezes considerado pouco claro pelo próprio Barbeyrac. Isso foi bem esclarecido por Laurent (1982, p. 66), que em favor do seu argumento citou o próprio Barbeyrac: “A propósito do *De Jure Naturae et Gentium*, nos *Avertissement à* tradução de 1712, a segunda, ele revela sua intenção fundamental: ‘Eu tento tornar a leitura de meu autor mais útil e mais agradável e esclarecer cada vez mais as matérias.’ (p. IX)”. Interessante digressão da vida e obra de Barbeyrac com ênfase nas suas traduções de Pufendorf, em LAURENT, 1982, pp. 64-68. Colocando Barbeyrac

Com a ajuda de Barbeyrac, Samuel Pufendorf e Hugo Grócio tornaram-se as principais referências dos franceses quando do estudo do que se chamava à época direito político. Robert Derathé (2009), em já clássica obra sobre o pensamento político do período de Rousseau, afirma que, no século XVIII, as obras de Grócio e Pufendorf eram indicadas para completar a educação dos jovens nobres, assim como Locke o fazia no trecho citado em nota acima.

Citando como exemplos, Derathé (2009) mostra que Jean Le Clerc, em estudo datado do fim do século XVII intitulado *Pensées sur la nécessité et sur la manière d'étudier pour les personnes qui ne font pas profession de Lettres*, indicava Grócio em Direito da Guerra e da Paz e Pufendorf em Dos Deveres do Homem e do Cidadão, enfatizando que o segundo estabelecia com muita ordem em clareza os seus fundamentos da moral, jurisprudência e política e, em sua leitura cuidadosa, encontrariam princípios suficientes para a resolução da maior parte das principais questões envolvidas naquelas ciências. Uma segunda indicação estaria em d'Aguessa em suas *Instructions sur les études propres à former un magistrat*.¹⁰

Para além dessas duas indicações acima, as quais partem de autores de língua francesa não muito conhecidos hodiernamente, possivelmente Pufendorf não teria atingido tanta relevância no seu tempo se não fosse assaz considerado pelo espírito contestador de Jean Jacques Rousseau.

Em perspicaz interpretação, Derathé (2009, p. 117) defende que Rousseau frequentemente se vangloriava de defender sempre a verdade, mas essa verdade sempre era defendida contra alguém. Nesse sentido, ele seria um “devedor de seus adversários, em particular, dos jurisconsultos”. Isso fazia com que as obras de Rousseau fossem geralmente expostas em contraponto a outras que ele brilhantemente criticava, o que ocasionava que o genebrino raramente escrevia elaborando seu próprio esquema argumentativo. Esse método teria se dado inclusive na sua obra mais relevante que foi o Contrato Social, e durante sua vida,

[...]ele jamais renunciará completamente a esse modo de proceder, que convém a seu temperamento, mas que apresenta grandes inconvenientes sobretudo para o leitor atual que se tornou incapaz de compreender, na maior parte dos casos, as alusões do autor.

em patamar ainda mais elevado, em virtude da sua influência em Rousseau, cf. a interessante leitura de DERATHÉ, 2009, pp. 57 e seguintes.

¹⁰ Como de costume em várias outras passagens da sua erudita obra, Derathé cita diretamente longos trechos das duas obras citadas. (cf. 2009, pp.111 e seguintes).

No Discurso sobre a desigualdade e no Estado de guerra, Rousseau refuta sucessivamente as teorias de Hobbes, de Grotius e de Pufendorf. No Contrato social, é com toda evidência Grotius que ele ataca com mais vigor e aspereza. (DERATHÉ, 2009, p. 118)

Na sequência da sua explanação, Derathé (2009) faz rica demonstração das obras nas quais Pufendorf é citado diretamente por Rousseau e aponta que as críticas deste ao direito de escravidão, ao pacto de submissão, ao contrato de governo, à sociabilidade, às partes da soberania e à lei natural são todas refutações ao que havia sido escrito por Pufendorf; e ainda, segundo o contemporâneo francês, as passagens mais obscuras do Contrato Social são melhores esclarecidas quando comparadas aos textos de Pufendorf. Nesse contexto, Derathé (2009, p. 135) defende que “o estudo atento dos textos mostra que Rousseau, ao redigir o *Contrato Social*, teve quase constantemente no espírito as teorias de Pufendorf, e que se propôs a refutá-las”.

Essa afirmação do francês, que aparentemente contrasta com o trecho citado diretamente acima, onde ele mesmo defendia a relação de crítica entre o Contrato Social e a obra de Grócio, é, posteriormente, esclarecida quando ele deixa claro que a relação de Rousseau com a obra de Pufendorf foi diferente com a de qualquer outra contra a qual ele se dispôs. Apesar de ter em mente a obra de Pufendorf ao escrever o Contrato Social, o genebrino se “absteve de emitir um juízo sobre sua obra política e não o reprovou, como fez com Hobbes e Grotius” e “dentre os jurisconsultos, Pufendorf foi o único que Rousseau poupar”, evitando inclusive acusar a pessoa do autor, o que também era parte dos seus hábitos. (DERATHÉ, 2009, p 135-136).

É difícil supor o porquê dessa atitude do suíço, mas não resta outra constatação que não a elaborada com autoridade pelo próprio Derathé, ao afirmar que

[...] Rousseau não considerou Pufendorf um adversário desprezível, já que o cita como um autor com autoridade. (...) Parece-nos todavia mais simples admitir que Rousseau teve consciência de tudo o que ele devia a Pufendorf e que ele conservou a seu respeito os sentimentos de um aluno por seu primeiro mestre. Levado a combatê-lo, ele o faz com certa moderação. (DERATHÉ, 2009, p.136)

Relevante salientar também a recomendação que Rousseau faz, assim como Locke, da leitura das obras de Pufendorf e de Grócio no estudo da moral e da

política. Redigido em 1740, no *Projetpourl'éducation de M. de Sainte-Marie* Rousseau afirma que, se seu aluno continuar por muito tempo em suas mãos, arriscaria passar-lhe conhecimentos da moral e do direito natural com a leitura dos de Samuel Pufendorf e Hugo Grócio, pois cabe ao homem honesto e razoável o conhecimento dos princípios do bem e do mal, assim como os fundamentos sobre os quais está estabelecida a sociedade da qual faz parte. Na opinião de Robert Derathé (2009), nessa época, Rousseau conhecia as doutrinas que sugeriu, mas não de perto como o faria depois, no que aparentemente age calcado na semelhante sugestão de Locke.

Saindo do continente, percebe-se também a influência de Pufendorf na doutrina britânica, notadamente sobre a escola da filosofia moral de Glasgow em autores como Gershom Carmichael (1672-1729), Francis Hutcheson (1694-1747) e Thomas Reid (1710-1796), “já se sabendo que o iluminismo escocês e essas suas figuras gradas influenciaram depois todos os domínios do pensamento britânico, inclusive a Jurisprudência” (MENDES, 2007, p. 30-31). Ainda no Reino Unido, verifica-se a recepção de Pufendorf por William Blackstone (1723-1780), que citou diversas vezes e nos mais distintos assuntos a obra *De Jure Naturae et Gentium libri octo nos seus Comentaries on The Laws of England*.

Em decorrência dessa popularidade e de sua personalidade abrasiva, Pufendorf também foi alvo de críticas não menos vorazes, o que só aumenta o interesse no estudo da sua obra. A mais famosa dessas críticas foi a de Gottfried Leibniz¹¹, que afirmou em uma carta datada de 21 de agosto de 1709 ser Pufendorf *Parum juris consultus et minimus philosophus*, opinião considerada por alguns “ultrajante e inexata” (GOYARD-FABRE, 1994, p. 18). Irônico é o singular destino que teve essa citação: para Welzel (1993, p. 26), “enquanto no século décimo nono e vigésimo contribuiu para um desprezo à obra produção de Pufendorf, ao contrário, no décimo sétimo notavelmente ofuscou o crédito Leibniz”. Apesar dessa imagem deixada por Leibniz de puro crítico, a história demonstra que essa nem sempre foi a sua opinião sobre Pufendorf. O próprio Welzel cita trecho em que Leibniz reconhece a grandeza da obra e do gênio do seu contemporâneo: “apesar de que todos nós

¹¹ A fim de manter ordem mais dinâmica a este trabalho, esta crítica será melhor explicada no capítulo seguinte, quando o pensamento de Leibniz será introduzido.

temos diante de nós, em seus escritos famosos, a imagem expressiva de sua genialidade" (LEIBNIZ, Textesinédits, p. 376, 1948. *Apud WELZEL*, 1993, p. 27)¹².

Tratando do valor da obra deixada por Pufendorf, logo após expor a famosa crítica de Leibniz, von Bar (1916, p. 408) defende que a característica criticada, de que Pufendorf não seria filósofo, pode ser visto como um ponto positivo na obra deste, pois somente assim ele pôde teorizar sobre casos particulares e também tinha grande interesse em questões práticas "ambos elementos que comumente faltam a um filósofo", afirmando ainda que suas discussões sobre legítima defesa, necessidade e medida da punição "devem ter trazido uma nova vida para a prática judicial que estava ossificada e agarrada firmemente à autoridade".

Faz-se necessário, então, antes mesmo da exposição do sistema da *imputatio* elaborado por Pufendorf, situar historicamente esse autor e analisar quais circunstâncias temporais e intelectuais influenciaram o seu pensamento.

¹² Para um completo resumo da censura de Leibniz a Pufendorf, cf. WELZEL, 1993, p. 28, nota 18. Saliente-se que Jean Barbeyrac, mais famoso tradutor de Pufendorf, publicou na edição de *Devoirs de l'homme et ducitoyen* de Amsterdam (Pierre de Coup, 1718) um apêndice com o título *Jugement d'un Anonyme sur l'original de l'Abregé de Pufendorf avec des Réflexions du Traducteur*, na qual apresentava e contracriticava então famosa crítica de Leibniz à obra de Pufendorf, o que deu ainda maior notoriedade à opinião do lípso. A ocasião para a feitura desta crítica surgiu para Leibniz quando de uma solicitação de Just Christoph Bohemer, professor de política e eloquência da Universidade de Helmstadt, que estava interessado em referências sobre o recente sucesso da obra do saxão. Bohemer, que provavelmente não conheceu Leibniz pessoalmente, conseguiu o contato com este através do seu tio Gerhard Molanus, abade de Loccum, matemático e teólogo amigo de longa data de Leibniz. Sobre o restante dessa história, cf. o escrito famoso e bem fundamentado de Bobbio, *Leibniz e Pufendorf*, publicado na coletânea de artigos *Saggi di Storia della Filosofia*. Ed. Morano, Napoli: 1965. Anteriormente esse texto havia sido publicado na *Rivista di filosofia*, nº 38, 1947, pp. 118-129. Curiosamente, Bobbio afirma que Pufendorf e Leibniz se conheceram pessoalmente, com base em uma carta de um correspondente do lípso, datada de 22 de novembro de 1679. na qual é citado um encontro com Leibniz na casa de Pufendorf. Com isso e através de outros detalhes biográficos dos dois alemães, Bobbio quer demonstrar que Leibniz conhecia a fundo a obra, o pensamento e a pessoa de Pufendorf, tornando ainda mais relevante o estudo das críticas que o filósofo de Leipzig apresentou ao seu contemporâneo.

2 .O DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE IMPUTAÇÃO

2.1 SAMUEL PUFENDORF E O SEU CONCEITO DE IMPUTAÇÃO

Nasceu em 8 de janeiro de 1632, mesmo ano de nascimento de John Locke e Baruch Espinoza, em Dorfchemnitz, região da Saxônia alemã, em uma família muito simples e profundamente entristecida pelos sobressaltos da guerra dos trinta anos. Seu pai era pastor luterano e teve quatro filhos, sendo também notável além do próprio Samuel o seu irmão EzaiasPufendorf, tendo ambos desenvolvido paralelamente suas atividades intelectuais. Samuel estudou durante sua primeira juventude em Leipzig, oportunidade na qual dedicava sua atenção nos moldes pregados pela pedagogia medieval das artes clássicas: retórica, gramática, lógica e aos estudos dos dogmas mais estritos do luteranismo.

Inscreveu-se para a Universidade de Leipzig juntamente com seu irmão para seção de teologia (GOYARD-FABRE, 1994). Em pouco tempo, foi se interessando pela escolástica aristotélica e acabou se orientando aos estudos do direito, seguindo os passos do seu irmão. Em 1656, decidiu se inscrever na Universidade de Jena na seção de filosofia, onde foi profundamente influenciado pelo seu professor ErhardWeigel (1625-1699), esse um célebre astrônomo letrado também em filosofia e fervoroso discípulo de Descartes e seu método. Segundo Goyard-Fabre (1994), Weigel sugeriu a Pufendorf que ele se servisse da análise e da síntese do método de Descartes para melhor compreender a jurisprudência¹³. Nessa mesma época, ao preparar sua grade de Magister em direito, descobriu a obra de Hugo Grócio que também a influenciaria de forma determinante. Assim, foram parte da formação intelectual as obras *De jure belli ac pacis*, publicada em 1625 e o *Discours de la méthode* de 1637.

¹³ Pouco se fala sobre o que Weigel teria ensinado ao seu discípulo especificamente quanto à ciência jurídica, como se a relação entre esta e o método matemático tivesse sido originada em Pufendorf. Preenchendo essa lacuna, Vanda Fiorillo defende que Weigel chegou a publicar obra realizando esta relação: “ErhardWeigel - aluno de Descartes e, por sua vez, mestre de Pufendorf e Leibniz - é uma figura-chave na compreensão do pensamento e metodologia especialmente do saxão. [...] Em sua grande obra de 1674, *Der Arithmetische Beschreibung Moralweisheit*, Weigel organiza a ciência jurídica com base em um método geométrico. Na opinião de Rod, no entanto, o último, em vez de ser resolvido em uma formulação matemática da lei, exemplifica um jogo de números puro, na forma de simbolismo pitagóreo”. (FIORILLO, 1992, p.11). Mais detalhadamente sobre a influência de Weigel em Pufendorf, cf., por todos, PRATS, 1968, p. 79 e ss.

Porém, o caminho de Pufendorf passa por alguns percalços. A fim de seguir seu irmão em outra jornada, Samuel entra na carreira diplomática e parte para Copenhague, não contando que, em pouco tempo, a guerra com a Suécia retornaria e disso resultaria a sua prisão por ter sido tutor na residência do embaixador sueco, o conde Pierre Julius Coyet (WELZEL, 1993). Durante os oito meses de reclusão, sem qualquer acesso a livros ou escritos, munido apenas dos seus profundos saberes sobre Descartes, Grócio e Hobbes, Samuel Pufendorf escreve sua primeira obra, *Elementajurisprudentiaeuniversalis*, dedicando-a ao eleitor paladino Carl-Ludwig. Após sua libertação, segue para os Países Baixos onde se envolve no curso de filologia clássica da Universidade de Leiden, aproximando-se dos filhos de Hugo Grócio, Grovonius e Peter, e de Baruch Spinoza (GOYARD-FABRE, 1994).

Tendo contato com a obra que lhe foi dedicada, percebendo o grande potencial do seu escritor, que poderia “romper com os velhos hábitos que mantinham o direito natural na órbita da teologia e da filosofia” (GOYARD-FABRE, 1994, p. 12), Carl-Ludwig oferece a Samuel Pufendorf uma cadeira na Universidade de Heidelberg. Segundo Hans Welzel, autor da biografia de Pufendorf na EncyclopaediaBrittanica¹⁴, Carl-Ludwig criou especialmente para Pufendorf a cadeira de Direito Natural, a primeira do tipo na Europa. Em Heidelberg, iniciou-se novo período da carreira do ainda jovem Samuel, que ali ensinou entre 1661 e 1668, tendo saído por conta da repercussão negativa que teve a sua ácida publicação *De Statu Imperii Germanici*(1667), escrito sob o pseudônimo Severinus de MonzambanoVeronesis e dedicado também ao pseudônimo do seu irmão Ezaias, Laelius.

Nessa obra chamada de cáustica e explosiva por Goyard-Fabre (1994, p.13) e amarga por Welzel (1993), o autor atacava a casa dos Habsburgo e a constituição do Império Romano, resultando no banimento do livro por censura imperial, com a consequente popularidade na Europa e tradução para diversos idiomas. Em razão da péssima recepção pública da obra, inclusive no próprio ambiente universitário que frequentava, Pufendorf saiu de Heidelberg e foi convidado pelo rei da Suécia Karl XI para ensinar na Universidade de Lund ainda em 1668. Mais uma vez, segundo Goyard-Fabre (1994, p.13), as aulas proferidas em Lund tiveram grande

¹⁴<<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/482927/Samuel-baron-von-Pufendorf>> Acesso em: 12 set. 2012.

repercussão, “apaixonando auditórios e irritando o corpo de professores que ainda estavam atados ao seu tradicionalismo”.

Durante o período em Lund, foi publicada a sua grande obra *De jure naturae et gentium*, que começou a ser escrita em 1663 e foi publicada em 1672, dedicada ao rei da Suécia Karl XI. As críticas contra seu trabalho e sua personalidade continuaram e alguns professores mais conservadores¹⁵ da própria universidade passaram a fazer campanhas com críticas sem qualquer probidade e pouco amenas, considerando o livro “pernicioso” e dizendo que Pufendorf havia “matado seus pais, estuprado sua serva e ousado defender a poligamia” (GOYARD-FABRE, 1994, p.15). Com o baixo nível das críticas, Pufendorf pouco tinha com o que se preocupar e continuou sua vida intelectual produtiva, publicando em 1673 *De Officiohominis et civis juxta legem naturalem*.

A partir de então, Pufendorf passou a dedicar-se mais ao estudo da historiografia, tendo sido convidado por estadistas para escrever sobre suas dinastias. Em 1689, seu irmão Ezaias Pufendorf morre e isso afeta profundamente a saúde de Samuel, que teve ao menos mais uma grande alegria na vida ao ser condecorado com o título de barão no ano de 1694 pelo rei Karl XI, o mesmo ano no qual, em outubro, faleceria Samuel Pufendorf, em decorrência, dizem seus biógrafos, “de um ferimento no pé de natureza desconhecida” (GOYARD-FABRE, 1994, p.17) após uma viagem para Estocolmo.

A importância do período vivido por Samuel Pufendorf, notadamente aquele durante o qual se deu a sua maior produção intelectual, é exaltado por Paul Hazard como sendo chave para a compreensão da mudança de pensamento entre os séculos XVI e XVII. Dono de uma capacidade quase poética de descrever com rigor crítico períodos da história das ideias, o membro da Académie Française considera os anos compreendidos entre 1680 e 1715 como o período da Crise da Consciência Europeia, nome dado a sua obra de maior destaque, que assim se inicia:

Que contraste! Que brusca passagem! A hierarquia, a disciplina, a ordem que a autoridade é responsável por assegurar, os dogmas que regulam firmemente a vida: aqui estão aquilo que amam os homens do décimo sétimo século. As restrições, a autoridade, os dogmas, aqui estão aquilo que detestam os homens do décimo oitavo século, seus sucessores imediatos.

¹⁵ Paul Hazard (2009, p. 258) também chamou atenção para as críticas que o saxão sofreu na Suécia: “Pastores Suécia entenderam o perigo desta divisão, ou melhor, essa preferência declarada, e contra o teórico da lei natural surgiu um tal clamor, que ele teve que buscar o apoio do poder secular para ser não expulso de seu trabalho.”

Os primeiros são cristãos, os outros anticristãos; os primeiros acreditam no direito divino, e os outros no direito natural. (HAZARD, 2009, p. 7)

Esses anos teriam sido aqueles nos quais as contradições entre o antigo e o novo entraram em maior conflito, mas que, no final das contas, aqueles que buscavam fugir das amarras passadas não buscavam nada além de “uma política sem direito divino, uma religião sem mistério e uma moral sem dogmas” (HAZARD, 2009, p. 9). Em resumo, a importância que o autor reconhece nesse período é tamanha que considera que o pensamento dos duzentos anos que se seguiram àquele período são tributários da ebulação gerada por aquele choque de gerações na vida do século XVI para o XVII, tendo sido essa conclusão o mote de toda a obra Crise da Consciência Europeia, assim sentenciado pelo autor:

[...] quase todas as ideias que pareceram revolucionárias em 1760, ou mesmo em 1789, já tinham sido expressas desde os 1680. [...] Trinta e cinco anos da vida intelectual da Europa, que se tornaram impossíveis de serem cortados do tempo sem ter em conta os anos que se seguiram, e mais ainda os que os precederam. (HAZARD, 2009, p. 9)

Dissertando sobre os diversos vieses que determinaram a formação do pensamento filosófico nesse período, era de se esperar que o erudito francês não deixasse de lado os ensinamentos de Samuel Pufendorf, para o qual dedica parte do seu capítulo sobre o direito natural, onde afirma que até mesmo o título da obra de Pufendorf Dos Deveres do Homem e do Cidadão já o surpreende, aparentando estar avançado em uma “centena de anos, pelo menos” (HAZARD, 2009, p. 257). Mais adiante, sempre observando o pensamento de Pufendorf numa perspectiva histórica, o mesmo Paul Hazard (2009, p. 257) sentencia que “fato é que a obra contém dados que, passando de espírito em espírito, terminaram por comandar a consciência do século seguinte”.

Especificamente para o direito penal, ainda que não tratado como matéria específica, esse período por óbvio representou uma importante fonte de mudanças, que seriam efetivadas apenas muitos anos depois. Ainda que, no final do século XVII, o poder judicial ainda estivesse continuamente usurpando o legislativo e a *práxis* ficando ainda mais arbitrária, por outro lado, “neste período e no início dos 1700s, uma distinta melhoria em outros aspectos foi observada” (VON BAR, 1916, p. 243). A doutrina do direito natural com a sua tendência de levar em consideração a natureza humana fez com que a justiça criminal desse um salto de qualidade na

medida em que passou, aos poucos, a observar a vontade humanana atos levados a julgamento. Esse avanço foi observado por Carl Ludwig von Bar ao escrever especificamente sobre a história direito criminal germânico no século XVIII, cotejando-o com o período anterior, com observância do direito natural que ali ressurgia, oportunidade na qual afirmou o seguinte:

A análise psicológica do crime gradualmente passou a ser feita, e ofereceu a base para a fundação de uma teoria geral da responsabilidade; isso levou à reflexão que o ofensor nem sempre gozava daquela liberdade de ação que o sistema permeado pela ideia perdição eterna considerava que existia. A doutrina considerava que ao menos que o criminoso tivesse agido com liberdade moral ele não poderia se submeter à completa penalidade legal. Isso levou a diversas outras inconsistências (mais tarde criticada por Feuerbach), e uma outra base para a variação discricionária da decisão foi assim criada. (VON BAR, 1916, p. 245)

Ainda não existiam cursos específicos de direito criminal nas universidades do século XVII, tendo a matéria apenas recebido alguma atenção nas aulas de direito romano, especialmente nos comentários aos textos de Justiniano então chamados *Libriterribles*. Destacaram-se no período os juristas Kress e von Boehmer, este considerado por von Bar, o “zênite da jurisprudência criminal antes de Feuerbach”. Apenas no início do século seguinte, surgem os primeiros compêndios de direito criminal, mas ainda “sem possuírem nenhum valor científico”, destacando-se pela grande circulação o volume de Engau *Elementa juris criminalis Germanico-Carolini* de 1738, que teve como maior legado a divisão de parte dos estudos em uma parte geral. (VON BAR, 1916, p. 245-246)

Voltando ao estudo do conceito, certo é que o instituto da *imputatio* já era conhecido na época de Pufendorf, mas o seu uso sistemático dotado de método passa a ser reconhecido por meio das obras desse autor saxônico, que teve grande influência no pensamento político ocidental. É fato que Pufendorf tenha sido influenciado pela doutrina protestante da imputação, notadamente pelo fato de ele próprio ser filho de pastor luterano; entretanto, é necessário ressaltar que sua construção pouco se assemelha à doutrina teológica acima citada, dada a complexidade do método por ele criado¹⁶.

Aqui, importa notar que Pufendorf teve uma referência mais próxima para elaborar a sua ideia de imputação, ainda que não tenha citado essa inspiração em

¹⁶ Ricoeur (2008) chega a afirmar que não seria ilegítimo considerar a doutrina jusracionalista antagônica à teológica no que tange ao tema até aqui exposto, pois com Pufendorf o elemento central do instituto seria a capacidade do agente e não mais a justiça divina soberana.

seu texto. Tal interpretação é feita por Mendes (2007) com referência a Welzel (1993) que, ao expor quais são as raízes filosóficas próximas do sistema de imputação da ação moral a um autor, disserta no sentido de que o caminho da imputação da teologia moral até o direito natural foi acidentado. Mendes concebe, então, que Pufendorf

[...] tenha aderido ao conceito teológico de imputação defendido por Osiander, que se assemelhava às posições do Concílio de Trento e remontava a Escoto. A Pufendorf não custou muito fazer depois a adaptação desse conceito de imputação ao direito natural, uma vez que lhe bastava colocar no lugar do julgador sobrenatural um julgador terreno, ou seja: o tribunal humano. Assim chegou às duas relações de imputação da ação moral e a imputação de direito.(MENDES, 2007, p. 217 e 218)

A gestação da imputação como categoria autônoma é atribuída a Pufendorf também por outros autores¹⁷. Entretanto, Francisco Carpintero (2004) afirma que, por algum tempo, Christian Thomasius trouxe consigo o mérito de ter criado a categoria, apresentando-a como invenção sua, tendo essa posição prevalecido enquanto a obra do real autor do instituto, em sua opinião, o próprio Pufendorf, não era redescoberta. Causa disso, provavelmente, foi o fato de Thomasius ter sua obra mais difundida na Europa enquanto ainda publicava.

Porém, o próprio Carpintero (2004, p.72), notável estudioso daquele período histórico, elucida a questão afirmando que coube a Pufendorf “abrir fogo” contra as antigas formas de atribuir responsabilidade (*meritum* e *culpa*) “com uma doutrina praticamente completa sobre esta nova categoria da *imputatio*”. O espanhol justifica a sua posição baseado nos escritos de HenricusLudovicusWernher, que foi quem primeiro escreveu uma monografia sobre a *imputatio* na obra *Dissertatio De Fundamento ImputationisActionumMoraliumem* 1703, constando ali que Pufendorf foi quem primeiro criou o termo¹⁸.

Vale salientar, inicialmente, que a imputação é tratada em mais de uma obra de Pufendorf, ficando esclarecido, desde já, que a obra *ElementorumJurisprudentiaeUniversalislibri duo* foi escrita em 1660, *De Iure Naturae et Gentium libri octo* em 1672 e *De Officio Hominis et Civis juxta legem naturalem* libri

¹⁷ Cf. por todos, Hans HeirinchJescheck, in *Tratado de Derecho Penal*, 2002, p. 216.

¹⁸ Obra digitalizada disponível online de forma integral na biblioteca da Universidade de Dresden: <http://digital.slub-dresden.de/fileadmin/data/366336789/366336789_tif/jpeg/366336789.pdf>. “Hic istapraemissis, ad ipsum fundamentumimputationisactionumMoraliumprogredimur; illud vero cum Pufendorfi libertatem voluntate in agendoconstituumus, seu quod in facultate et potestate alicujussit, actionem fieri, vel non fieri, suscipivelomitti”. (WENHER, 1703, p.6) (grifos no original) Esta mesma citação, sem grifos, está no texto de CARPINTERO, 2004, p. 72, nota 178.

duo em 1673, sendo esta última a mais difundida e um verdadeiro resumo geral da segunda.

O conceito mais claro de imputação está na obra *Elementorum* (PUFENDORF, 1931, p.209), referenciado como o primeiro seu primeiro axioma:

Uma ação qualquer, que possa guiar-se por uma norma moral e cujo acontecer ou não acontecer está ao alcance da pessoa, pode ser imputada a ela. E, ao contrário: Não pode ser imputado a uma pessoa aquilo que nem considerado em si mesmo nem em sua causa está a seu alcance.

O instituto aparece de forma mais completa na obra mais conhecida do autor, *De Officio Hominis et Civis juxta legem naturalem libri duo* (PUFENDORF, 2002, p. 23).

No restante das ações humanas que partem da inteligência e da vontade e por elas são controladas há uma causa principal pela qual se podem imputar ao homem ou pela qual o homem pode ser considerado corretamente autor delas, ser requerido a dar razão delas, e pela qual lhe competem os efeitos que se derivam delas. Pois não há nenhuma razão tão específica pela qual uma ação determinada possa ser imputada a alguém que a de que tenha sido realizada por ele consciente e deliberadamente, de maneira mediata ou imediata, ou que dependa dele para realizá-la ou não. Por isso é considerada como o primeiro axioma nas disciplinas morais que se referem ao foro humano, porque o homem pode ser interrogado sobre a razão daquelas ações cuja realização ou omissão depende dele ou recae nele, porque qualquer ação suscetível de ser controlado pelo homem, quando depende de alguém realiza-la ou não, pode ser imputada a ele. Assim, ao contrário, ninguém pode ser considerado autor dessa ação que não dependia dele, nem dela participou, nem foi a sua causa.

Apesar da novidade do instituto, o seu conteúdo não trazia grandes desconhecidos se analisado mais de perto. O núcleo da *imputatio* de Pufendorf era a consideração do homem como ser livre, sendo, dessa forma, responsável pelos seus atos. Para além do que esse método representava em termos de rompimento com o pensamento da sua época, tema que será tratado no capítulo seguinte, o elemento central a ser observado neste instante é a ação humana livre, que nada mais é que aquilo que torna o homem apto a ser imputado. O homem aqui considerado é aquele livre, que age de acordo com a sua vontade.

2.2 A IDEIA DE IMPUTAÇÃO EM ARISTÓTELES

A responsabilização pela ação de acordo com a vontade remete o investigador até Aristóteles. A doutrina aristotélica da imputação está inserida na sua

teoria da justiça, sendo debatida no Livro V da Ética a Nicômaco. Ainda que não utilize o termo *imputação*, é evidente que existe uma conexão entre o que é ali exposto e a elaboração de Pufendorf¹⁹.

Para o grego, a verificação de se uma ação é justa ou injusta dependerá da voluntariedade do agente, ou seja, só pode ser considerado justo ou injusto aquele que agiu de acordo com a sua vontade. Por voluntário, comprehende-se aquele ato

[...] praticado em plena consciência, não ignorando, portanto, nem sobre quem é praticado, nem com que instrumento é executado, nem o motivo pelo qual é feito, isto é, por exemplo, saber a quem se bate, com que arma e por que motivo. (ARISTÓTELES, 2009, 1135a 24-28)

Percebe-se que são excluídos dessa vontade não só os acidentes, mas também a falta de conhecimento de qualquer dos elementos que compõem a situação fática que gerou a decisão, assemelhando-se ao que se entende por dolo na doutrina penal contemporânea.

Com efeito, a determinação da responsabilidade se dá para Aristóteles a partir da análise acima referida, “porque só quando um ato injusto é praticado voluntariamente pode ser *repreendido* e simultaneamente *determinado* como um ato injusto” (ARISTÓTELES, 2009, 1135a 22-24, sem grifos no original). Apesar de não usar a expressão *imputatio*, o estagirita usa *repreensão* e *determinação* para referir-se ao mesmo sentido que a imputação tem para Pufendorf.

No início do Livro III da Ética a Nicômaco, Aristóteles (2009) afirma que apenas ações voluntárias podem ser objeto de repreensão, razão pela qual considera essencial para o exame dos fenômenos que concernem a excelência à definição de ação voluntária e ação involuntária²⁰. É aqui onde as doutrinas do grego e do saxão se encontram. Como visto acima, o conceito de ação é nuclear na construção da doutrina da imputação de Pufendorf, sendo a sua plena compreensão essencial para a pragmática do instituto da *imputatio*. Da mesma forma, antes mesmo de chegar ao Livro V, onde discute os sentidos da justiça e da injustiça,

¹⁹ Aproximando a doutrina de Pufendorf à de Aristóteles, cf. o prefácio da obra de Richard Loening, *Die Zurechnungslehre Des Aristoteles* (1903), disponível integralmente em <<http://archive.org/details/diezurechnungsl00loengoog>>. Citam essa obra nesse sentido também Welzel, 1993, p. 119, nota 3; e Garcia Maynez, 1972, p. 1, nota 1. Ambos defendem suas posições de que o termo imputação foi criado por Pufendorf mas o seu conteúdo é inspirado em Aristóteles. Disponível em: <http://132.248.184.15/dianoa/files/9513/6996/8756/DIA72_Garcia_Mayne.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

²⁰ Mais adiante Aristóteles fala ainda nas ações mistas (1110^a 10-15) e ações não voluntárias (1110b 20-25).

Aristóteles discorre sobre a ação e expõe como ela pode ser objeto de louvores ou repreensões. Além dessa importância, no que interessa ao presente estudo, o próprio Aristóteles (2009, 1109b, 35) afirma que a distinção “também é útil aos legisladores não só para a atribuição de honras como também para a aplicação de castigos”.

Nesse sentido, cumpre informar que, apesar das ações aristotélicas serem comumente divididas entre voluntárias (*hekoúσion*) e involuntárias (*akoúσion*), Antônio de Castro Caeiro, autor da primeira tradução direta do grego para o português da Ética a Nicômaco, afirma em nota pós-textual que essa designação é tecnicamente anacrônica, pois Aristóteles não conheceu a vontade com o conteúdo que o verbete tem hoje e a mais correta tradução seria de bom grado e de mau grado, sendo nesse sentido que se age contra a vontade ou de livre vontade e com gosto (ARISTÓTELES, 2009, nota 72, p. 255). Em razão disso, ao tratar do tema da ação para Aristóteles, Mendes (2007) divide-as entre espontâneas e inespontâneas, seguindo de resto a tradução comum dos demais conceitos, quais sejam, ações mistas, involuntárias e não voluntárias²¹.

Apesar dessa escolha por parte de Mendes, foi preferida aqui a forma como Castro Caeiro apresentou a redação do corpo da obra Ética a Nicômaco, usando a distinção voluntária/involuntária por ser de melhor compreensão ao leitor²². Assim, voluntárias seriam aquelas ações em que o princípio motivador está no próprio agente, dependendo apenas deste serem levadas à prática ou não (ARISTÓTELES, 2009, 1110a 15-20), e as ações involuntárias são aquelas que se geram sob

²¹ Paulo de Sousa Mendes (2007, p. 150-151) fundamenta sua decisão de não traduzir *hekoúσion/akoúσion* como voluntariedade com base no ensinamento de Hannah Arendt, citando a obra A vida do espírito, vol. II. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 22. Ademais, apresenta ainda transcrição da introdução de uma tradução francesa da Ética a Nicômaco elaborada por Gauthier e Jolif, assim se manifestando: “No tocante à terminologia, Cícero foi quem fez a ligação da espontaneidade à vontade, designadamente nos tratados *Do Destino* e *Dos Deveres*: ‘Cícero parece ter desempenhado um papel decisivo no desenvolvimento da noção de vontade. Isso não se deveu, contudo, à originalidade do seu pensamento – que se limitava, de resto, a reproduzir a análise estoica da ação humana – mas antes à imprecisão das suas traduções: *voluntas* serviu-lhe para traduzir simultaneamente *hekón* (*voluntate*), *boulésis* e *proairesis*, e *voluntarius* para *hekoúσions* e *proairétikos*. O conceito latino de *vonluntas* acabou assim servindo para integrar os conceitos bastante distintos em grego de espontaneidade, decisão, intenção moral e desejo racional.[...].’” (grifos no original)

²² Também usando a tradução *hekoúσion/akoúσion* como voluntária/involuntária, WELZEL, 1971, p.31 e ss.

ignorância ou coação, ou seja, quando o princípio motivador é extrínseco ao agente (ARISTÓTELES, 2009, 1109b 35, 1110a)²³.

Surgem, ainda, as ações não voluntárias, que seriam aquelas em que o autor age na ignorância e não se arrepende do seu ato. Nesse caso, o agente fica sem saber o que fez, mas isso não quer dizer que ele agiu involuntariamente, pois sequer se entristeceu (ARISTÓTELES, 2009, 1110b 20-25). A principal distinção entre involuntária e não voluntária residiria no arrependimento do agente, que, segundo o estagirita, ocorre somente no primeiro tipo²⁴. Aparece aqui por questões metodológicas mais uma distinção: ações feitas na ignorância e por ignorância. As ações não voluntárias, referidas acima, seriam praticadas na ignorância, enquanto as ações involuntárias seriam praticadas por ignorância.

A fim de sintetizar a série de conceitos pouco organizados que são apresentados na Ética a Nicômaco, Aristóteles apresenta as circunstâncias que necessariamente têm que estar presentes em uma ação e não podem ser ignoradas:

1) quem age, e 2) o que faz, 3) a respeito do quê ou de quem é a ação e qual a situação peculiar em que se encontra o agente; por vezes também 4) aquilo com o qual se age, por exemplo, o instrumento com que se executa a ação, e o 5) fim em vista do qual se age, por exemplo, em vista da salvação, e 6) de que maneira se age, por exemplo, calma ou veementemente. (ARISTÓTELES, 2009, 1111a 1-10)

Mais adiante, o grego afirmaria que somente um demente poderia ignorar todos esses requisitos ao mesmo tempo, sendo considerada involuntária a ação que de quem desconhece as circunstâncias mais decisivas. Sem listar quais seriam as circunstâncias mais importantes, Aristóteles apenas aponta como a mais relevante delas “o fim em vista do qual ela é levada a cabo” (2009, 1111a 15-20).

Como já afirmado, essa doutrina da vontade de Aristóteles é apontada como a base filosófica para o desenvolvimento da *imputatio* de Pufendorf, nesse sentido se manifestando Hans Welzel e Paulo de Sousa Mendes, que estudaram profundamente a doutrina pufendorfiana e suas origens. Welzel (1971, p.31) discorre no sentido de que, na exposição dos conceitos de ação, reside a teoria da imputação de Aristóteles, que foi o responsável por desenvolver “pela primeira vez

²³ Noutro ponto da obra, assim se manifesta Aristóteles: “Sendo a ação involuntária feita sob coação e por ignorância, a ação voluntária parece ser aquela cujo princípio reside no agente que sabe das circunstâncias concretas e particulares nas quais se processa a ação” (2009, 1111a 20-25).

²⁴ Mendes (2007, p. 148) chama a essas ações extra-espontâneas.

os princípios da imputação, os quais, nos séculos seguintes, aportarão duas vezes – por São Tomás, na Idade Média, e por Pufendorf, na Idade Moderna”.

Já Paulo de Sousa Mendes (2007) argumenta de forma mais fundamentada a respeito: considerando o que já havia explicado sobre a tradição ciceroniana de traduzir como *voluntarius* o que em grego era *hekoúsios*²⁵, aduz que Pufendorf usou, por diversas vezes o termo conforme tradução de Cícero para citar ações voluntárias ou determinações voluntárias do agente. No Livro I, Capítulo IV, da obra *De Jure Naturae et Gentium*, que trata da Vontade Humana Como um dos Princípios das Ações Morais, Pufendorf cita diretamente Aristóteles para elaborar seu conceito, assim se manifestando:

A Intenção ou a Deliberação, é um desejo eficaz para obter o Fim, ou, para me servir de outros termos, um ato pelo qual a Vontade se coloca eficazmente ante um fim ausente; a que ela se propõe realmente produzir ou obter. Como este ato é acompanhado de algum esforço, e de uma esperança de atingir um fim; vemos facilmente do que se trata; Estes são unicamente, como diz muito bem Aristóteles, *aqueles que dependem de nós, e os quais acreditamos podermos executar sozinhos*. (PUFENDORF, 1734, p. 59) (tradução livre) (grifos no original)

Os conceitos de ação voluntária e ação involuntária de Aristóteles são ainda citados expressamente na obra *De Jure Naturae et Gentium* em outros pontos onde Pufendorf não deixa de prestar sua dívida intelectual ao grego. O conceito de ação voluntária quando o autor discorrer sobre o conteúdo das ações, se seria possível considerá-las boas ou más:

[...]“segundo a definição de Aristóteles, o Voluntário é aquele que tem seu princípio no Agente, e que o Agente produz com conhecimento das circunstâncias especiais de que a Ação depende. Pois uma pessoa que age por ignorância, tem em si mesma o princípio da Ação. E como se conhece as circunstâncias particulares da Ação, pode-se agir com limite”. (PUFENDORF, 1734, p. 64-65) (tradução livre) (grifos no original)

Mais adiante, logo após apresentar o seu próprio conceito de ação involuntária, Pufendorf demonstra onde foi buscar inspiração, citando o conceito de ação involuntária também conforme o já apresentado da lavra de Aristóteles:

Aparentemente, diz Aristóteles, podemos chamar Involuntária tudo o que se faz à força, ou por ignorância: claramente, diz ele com razão, que uma tal ignorância nos faça cometer apesar de nós, deve ser seguida de algum peso ou de algum arrependimento.(PUFENDORF, 1734, p. 64-65) (tradução livre) (grifos no original)

²⁵ Sobre a tradução ciceroniana, cf. nota 21.

Esclarecida a inspiração de Pufendorf para a elaboração do seu conceito de ação, cumpre informar que o saxão não se limitou a transcrever os trechos da Ética a Nicômaco. A voluntariedade de Pufendorf ia além do conceito aristotélico ao adicionar à espontaneidade que já fazia parte dos ensinamentos do estagirita, outra faculdade mental, que não fazia parte claramente da filosofia e psicologia aristotélicas, a liberdade.

Ainda na obra *De Iure Naturae et Gentium*, no capítulo IV, que trata da vontade humana²⁶, logo após a apresentação do conceito a respeito do qual discorrerá naquele capítulo, Pufendorf defende que a vontade ia além da limitada prescrição de Aristóteles, possuindo uma natureza mais complexa e mais condizente com o humanismo do século XVII, argumentando nos seguintes termos:

A ideia de Vontade encerra duas outras Faculdades subalternas, por assim dizer, por meio das quais a vontade exerce as operações em relação às Ações Humanas; uma é a *Espontaneidade*; E a outra a *Liberdade*. (...) Chamamos Liberdade a Faculdade pela qual, estando postas todas as coisas necessárias para o agir, a vontade pode, entre os vários objetivos propostos, escolher apenas um ou mais de um e rejeitar os outros; ou então, se não lhe é apresentado mais que um, escolher ou não escolher, agir ou não agir. (PUFENDORF, 1734, p. 58-60) (grifos no original)

Claramente demonstrada a origem da espontaneidade do conceito de ação, não é tão óvia a influência que Pufendorf teve para trazer para o interior do conceito a liberdade, pois, segundo Mendes (2007), esse atributo não era conhecido e não foi desenvolvido propriamente por Aristóteles, tendo sido Pufendorf influenciado provavelmente pela filosofia cristã, que foi a grande promotora da ideia de liberdade da vontade.²⁷

Resta claro que, apesar de Aristóteles não ter ele próprio desenvolvido uma doutrina da imputação, como já afirmado acima, os seus escritos serviram como base explícita para a elaboração da doutrina de Pufendorf, que somou ao que já

²⁶ Este é o conceito de vontade apresentado por Pufendorf: Quando Deus se propôs a produzir um animal que deveria ser governado pelas leis, fala-se do Homem; ele colocou em sua Alma, como diretriz interior de suas Ações, uma Faculdade pela qual, depois de ter conhecido os objetivos que se apresentaram, ele poderia se portar perante eles por um princípio interno, sem nenhuma necessidade física, escolher o que lhe conviria ou o que lhe agradaria mais, e se distanciar daquilo que julgaria não lhe ser conveniente. Esta Faculdade é o que chamamos de Vontade. (PUFENDORF, 1734, p. 58) (grifos no original).

²⁷ Sobre o tópico da liberdade da vontade no pensamento de Aristóteles, Paulo de Sousa Mendes (2007) afirma que há um indício da noção de liberdade em trecho da Ética a Eudemo, mas insiste que não houve desenvolvimento completo do tema em Aristóteles. Sobre o tema, o português indica a obra de Jacqueline de Romilly, *La Grécoantique a la découverte de la liberté*, Paris: Éditions de Fallois, 1989, pp. 141-154 e também Richard Sorabji, *Emotion and Pace of mind*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

havia sido desenvolvido pelo grego os ensinamentos da teologia cristã, conforme esclarecido acima quando foi citada a doutrina nominalista de Guilherme de Ockham.

A soma dessas duas bases teóricas confirma a natureza atemporal e suprapositiva da imputação, o que permite que o instituto seja inserido de forma coerente dentro da estrutura doutrina do direito natural. No entender claramente ontológico e jusnaturalístico de Hans Welzel (1971), aquilo que foi defendido por Aristóteles e, consequentemente, a elaboração de Pufendorf, por se referirem a elementos categoriais da ação humana e a pressuposições essenciais do juízo sobre a culpa, fornecem ideias essenciais sobre o princípio fundamental da imputação na estrutura teleológica da ação e nos problemas da ignorância da proibição, que dotados da validade geral característica das relações materiais concretizam e fixam seu conteúdo em determinados sentidos, ainda que não deem respostas de uma só vez e com uma só formula ao problema da justiça, caracterizando o instituto da imputação pufendorfiana como típico instituto jusnaturalista.

2.3 A IMPUTAÇÃO KANTIANA

Seguindo a esteira do desenvolvimento teórico da ideia de imputação, Immanuel Kant (1724-1804) apresenta a sua formatação na obra *A Metafísica dos Costumes* em 1797. O livro está dividido em duas partes, apresentando os princípios metafísicos da doutrina do direito e, em seguida, os princípios metafísicos da doutrina da virtude, publicados separadamente em sua primeira edição, cada uma precedida pela sua própria introdução. Mesmo antes da introdução da primeira parte, existem um curto prólogo e uma introdução geral, denominada *Introdução à Metafísica dos Costumes*. No curso desta, na parte IV, o autor apresenta os Conceitos Preliminares da Metafísica dos Costumes, dentre os quais se destaca o conceito de imputação. Por essa divisão já se enxerga que o objetivo da obra é bem dividir o direito e a moral, sendo de extrema relevância o fato de o conceito de imputação estar inserido não apenas na introdução dos princípios metafísicos do direito, o que o limitaria a essa disciplina, mas na introdução geral, o que permite a interpretação de que a imputação não é um conceito estritamente relacionado ao direito, gerando reflexos também na doutrina da virtude.

A doutrina do direito penal, por sua vez, é tratada já praticamente na metade da Metafísica dos Costumes, inserida na seção de direito político no capítulo dedicado ao direito público. Neste ponto do debate, Kant apresenta ao leitor a sua famosa concepção sobre a pena, dividindo-a inicialmente entre pena judicial (ou *poenaforensis*) e natural (*poenanaturalis*), assegurando ser a lei penal um imperativo categórico mediante o qual alguém pode ser julgado digno de um castigo. Não cabe aqui expor detalhadamente a doutrina da pena de Kant ou aplicar a ela etiquetas, que seriam inservíveis ao presente debate, e esse posicionamento explicativo do porquê não falar do tema é tomado em posição de respeito ao assunto e a todos aos que a ele se dedicaram, não podendo ser deixado completamente de lado em um texto que trate ao mesmo tempo do direito penal e da doutrina do direito de Kant. Noutro compasso, deve ser asseverado que esse norte é dado em virtude da completa separação da doutrina da imputação, tema do presente estudo, da doutrina da pena em Kant.

Nesse sentido posicionou-se Sánchez-Ostiz (2008), que dedicou seu doutoramento ao estudo da imputação kantiana. Sua tomada de posição segue justamente o que foi acima descrito quanto ao lugar onde cada tema é tratado na obra, demonstrando que cada um teria papel mais relevante na medida em que fosse considerado mais genérico dentro da própria doutrina do direito ou mesmo acima da divisão entre direito e virtude como é o caso da imputação. Tratando-se a imputação do instituto pelo qual se atribuem consequências de um ato livre a alguém, ela seria, na verdade, pressuposto da pena e não dependente da noção que se tenha desta. Concluindo esse raciocínio, Sánchez-Ostiz assim resume a sua interpretação da relação entre a imputação kantiana e a sua concepção da pena:

A imputação jurídica é o juízo que abre a via para poder impor consequências ao artífice por seu feito. No entanto, a concepção de Kant sobre a imputação não se acha condicionada pelo que entende sobre a pena. Na medida em que a pena deve respeitar a dignidade da pessoa, baseada na liberdade e na medida em que a liberdade condiciona a imputação, a doutrina da pena estaria em consonância com o que entende por imputação. Ambas são manifestação do que se abordou sobre a autonomia moral. (SANCHEZ-OSTIZ, 2008, p. 165)

Vale salientar que autores que se debruçaram sobre a imputação kantiana como os já citados Sánchez-Ostiz (2008) e Paul Ricoeur (2008) consideram que, para uma fiel compreensão do que o pensador de Königsberg entende por imputação, seria necessário debruçar-se sobre diversos textos nos quais o instituto é

referido ainda que indiretamente, o que não será feito neste trabalho em razão de não ser a imputação kantiana o seu fio condutor, não obstante o necessário esclarecimento dessa peculiaridade, para o que é trazido o ensinamento de Ricoeur (2008, pp. 39-39):

Mas, se quisermos ter acesso ao nível radical dessa constituição cosmológico-ética das ideias de imputação e imputabilidade em Kant, não deveremos começar nem pela *Métaphisiquedumoeurs*, nem pela *Critique de la raison pratique* e muito menos pela *Doctrinedudroit*, mas sim pela *Critique de la raisonpure* e ir direto à terceira “Antinomia cosmológica” da *Dialectique transcendental*, em que a noção de imputação é posta numa situação aporética da qual ela nunca será realmente desalojada.

Apresentando-se como uma obra tardia e de conteúdo eminentemente jurídico, A Metafísica dos Costumes foi o texto no qual Kant reuniu aquilo que havia lecionado anos antes em diversos cursos de filosofia jurídica e filosofia moral, nos quais se utilizou dos ensinamentos de Baumgarten e Achenwall, sendo essa a obra na qual o autor desenvolveu seu sistema jurídico e apresentou o conceito de imputação com mais clareza, motivos pelos quais será o único escrito kantiano levado em consideração para a análise do seu conceito de imputação a partir deste ponto²⁸. Segundo Orts (2005), a obra esteve ao largo dos estudos centrais da obra kantiana, inicialmente, segundo a comentadora, por ser de difícil intelecção pelo próprio estilo do autor, por vezes, impenetrável, o que dificultou também a sua tradução. Para além disso, a autora considera o real motivo da longa desconsideração da obra o seu alijamento da filosofia transcendental da Crítica da Razão Pura, na medida em que adota o método transcendental, mas também distinto do proceder crítico da Crítica da Razão Prática.

Como pertencente ao âmbito prático, A Metafísica dos Costumes não poderia incorporar a dedução transcendental, preocupando-se mais com conteúdos que com métodos; mas precisamente esta preocupação com todos os conteúdos a alijaria do projeto crítico-prático, iniciado na *Grundlegung* e na segunda Crítica. (ORTS, 2005, pp. XXI-XXII)

Nos dias atuais, A Metafísica dos Costumes é considerada fundamental para o estudo do direito e é vista como um salto metodológico na doutrina do direito natural, sendo tratada por Goyard-Fabre (2006) como responsável pela

²⁸ Acerca dos distintos lugares nos quais Kant se refere à imputação moral e a escolha d'A Metafísica dos Costumes como texto único para a investigação do instituto, cf. também Sánchez-Ostiz, 2008, p. 57, nota 2.

reformulação criticista do direito natural, e que apesar da grande importância dada aos seus predecessores Grócio, Pufendorf e Wolf, Kant soube firmar sua originalidade com relação à doutrina dominante. Criticando os excessos de um jusracionalismo decadente, coube à Kant usar sua visão de mundo para reeditar a divisão entre moral e direito e distingui-los na medida em que cada um possuiria distinta função nas relações humanas.

Por óbvio, não seria metodologicamente correto comparar sem critérios o sistema de imputação Pufendorf ao de Kant por tratarem-se de pensadores em sua essência muito distintos, cada um apresentando-se como figura do seu tempo e representante de corrente de pensamento em que o segundo aparece como crítico e reformador do sistema filosófico do qual fazia parte o primeiro, notadamente por apresentar uma novel maneira de julgar como deve ser percebida a realidade e a forma pela qual se tentava explicar os fenômenos que envolvem o homem e seu pensamento. Resumindo em poucos traços a visão do direito proposta por Kant, assim discorre Simone Goyard-Fabre (2006, p. 149):

Para a filosofia crítica, o importante não é que o direito deite suas raízes na natureza racional do homem, mas que encontre sua fundação e sua legitimação no caráter puro e *a priori* dos princípios universais aos quais recorre a razão prática em todas as suas manifestações. Assim, é por uma verdadeira conversão epistêmica que o criticismo de Kant, nisso despertado pela meditação de Rousseau, pretende transformar, logo seguido por Fichte nessa empreitada, o significado e o alcance seculares da noção de direito natural ao desvelar o *a priori* da racionalidade pura que está no fundamento do direito.

A obra de Kant exerceu profunda influência na ciência do direito no século XIX, com grande repercussão na seara criminal. Isso se deu principalmente por conta da preeminência que teve o pensamento kantiano na obra de Paul Johann Anselm von Feuerbach, notável jurisconsulto daquele período, frequentemente citado como pai do direito penal moderno em razão da elaboração precisa do princípio da legalidade e sua consagração na legislação vindoura, que teria se inspirado em Kant para elaborar a sua famosa teoria da pena. Além disso, modernamente, percebe-se um retorno à imputação kantiana e por meio desta a reelaboração dos estratos do conceito analítico de crime²⁹.

²⁹ Profunda análise da imputação kantiana, seguida da releitura dos estratos do conceito analítico de crime encontra-se em Sánchez-Ostiz, Pablo. *Imputación y Teoría del Delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*. Buenos Aires: B. de F., 2008. Também apresentando moderna análise da imputação kantiana Hruschka, Joachim.

Debruçar a presente dissertação sobre o idealismo de Kant ou mesmo uma completa análise da sua imputação exigiria a tomada de uma tangente que, certamente, demandaria fôlego para longa digressão que, seguramente, teria limitada utilidade neste ponto do trabalho em que são analisados de forma sucinta alguns conceitos de imputação. De toda sorte, alguns aspectos da imputação kantiana serão tratados apenas com a finalidade de deixar claro que Kant pouco inovou ao tratar, especificamente, do instituto objeto deste trabalho, o que fortalece a tomada de posição na escolha de Samuel Pufendorf como marco para a compreensão do que se entende por imputação.

Não sem razão, Sánchez-Ostiz (2008) considera que o pensamento kantiano é a principal referência para expor o que se entende hoje como imputação, em razão de trazer em si boa parte das construções anteriores e com isso elaborado um resumo e uma interpretação das realidades, crenças e anseios do momento histórico que iluminaria a Europa contemporânea.

Em que pese essa opinião, no presente trabalho, as ideias de Kant terão um peso secundário, em virtude da estrutura da sua doutrina da imputação ter sido elaborada a partir da clara inspiração em outros autores, o que é reconhecido pelo próprio Sánchez-Ostiz na passagem citada. Ainda no início da obra *A metafísica dos Costumes*, como citado acima, Immanuel Kant formula diversos conceitos, dentre eles o de imputação. Segundo alguns dos seus comentadores, essa parte da obra não foi original, e sim apoiada consideravelmente nos *Initia Philosophiae Practiae primae* de Baumgarten de 1760³⁰.

Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación. Buenos Aires: B. de F., 2009. Do mesmo autor, em coautoria com B. Sharon Byrd, cf. *Kant's Doctrine of Right*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, mais precisamente nas páginas 290 e seguintes. Ainda Joachim Hruschka, comparando a imputação kantiana com a de outros autores, cf. *Imputation*. Brigham Young Law Review, 1986, vol. 3. Disponível em: <<http://lawreview.byu.edu/archive.php>>. Acesso em: 3 maio 2013.

³⁰ Opinião esposada por Adela Cortina Orts e Jesus Conill Sancho na nota 2 da página 27 em KANT, 2005. Orts (2005, p. XVII) afirma que Kant “utilizava como base para suas aulas dois manuais de Baumgarten – os *Initia Philosophiae Practicae* (1760) e a *Ethica Philosophica* (1740) -, dos quais logo reteve unicamente o quadro da divisão, dotando-lhe de um conteúdo que se desvia dos originais. Por sua parte, ao direito natural se dedicou Kant em 11 ocasiões com certeza [...]. O fio condutor das aulas era neste caso o *Ius naturae* de Achenwall (1767), do qual toma os termos técnicos jurídicos a

Para Kant (2005, p. 35) “*Imputação (imputatio)*, no sentido moral, é o *juízo* por meio do qual alguém é considerado como autor (*causalibera*) de uma ação, que é, então, chamada de um *ato* (*factum*) e se submete a leis.” Dessa forma, considera-se imputação o juízo pelo qual se pode considerar alguém como autor de um fato. Esta atribuição (*imputatio facti*) depende de que essa ação seja proveniente de um sujeito livre (*causa libera*) e somente esta forma de ação (*Handlung*) pode transformar um simples ato em um feito (*Tat*) atribuído ao seu artífice (*Urheber*). A partir desse momento, é possível imputar aplicando a lei (*imputatio legis*) ao feito, considerando-o como correto ou incorreto segundo se adapte ou não ao imperativo categórico que é a lei penal³¹.

Por óbvio, é plausível entender que a terminologia adquira um sentido novo ao ser empregada por Kant, indo além do que era entendido por Pufendorf e demais autores do seu período, que, ainda, estavam muito ligados ao que havia sido projetado por Aristóteles, conforme se viu acima, sendo defendido por Sánchez-Ostiz (2008) que o que há de novo naquilo foi proposto na Metafísica dos Costumes é um giro ao sujeito imputante, perspectiva, até então, não apresentada pelas doutrinas anteriores, prevalecendo a partir de agora o ponto de vista daquele sujeito que atribui responsabilidade, aquele que outorga à ação (*Handlung*) o caráter de feito (*Tat*).

Imputar passa, então, de ser um estudo sobre a ação à qual se responde, para ser um ato do sujeito que imputa, que procede a valorar e atribuir. Neste sentido, poderia descrever-se este giro como o passo da responsabilidade da imputação, da ação voluntária à imputação da ação. [...] Na época anterior à modernidade, as categorias com as quais se analisa a conduta humana parecem empregar-se como conceitos instrumentais para constatar uma realidade, a ação voluntária; agora, em câmbio, são meios em virtude dos quais se trata ao imputado como um correlato da operação de imputação. (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2008, pp. 69-70)

Rechtslehre”. Dissertando sobre o descobrimento e recepção da imputatio de Pufendorf, HRUCHSKA, 2008, p. 96, assim se manifesta: Baumgarten, no § 125 dos seus *Initiae Philosophiae Practicae* de 1760, define a *imputatio facti* corretamente como ‘*iudicium, quo quis certificti autor iudicatur esse*’, isto é, como ‘juízo através do qual alguém é visto como *Urheber* de um feito concreto’. [...] Isto é significativo porque Kant (1724-1804) tomou os *Initiae Philosophiae Practicae* de Baumgarten como base de suas lições de Filosofia prática. Hruschka fundamenta sua opinião com base ainda na publicação dos *Initiae* Baumgarten na *Akademie-Ausgabe*: edição das obras completas de Kant, da *Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlin.

³¹ Hruschka cita outra passagem menos conhecida da lavra de Kant na qual a imputação é citada diretamente: “Imputamos algo quando algo é simplesmente atribuído a uma pessoa, por exemplo, quando algo é concebido como tendo sido originado de uma ação livre”. (KANT, Immanuel. *AkademieAuszabe*, n. 21, p. 157, reflexão 6775. Apud HRUSCHKA, 1896, p.674). O trecho da obra de Kant está disponível no original em: <<http://www.korpora.org/kant/aa19/157.html>>. Acesso em: 20 jun 2013.

Em que pese essa interpretação de Sánchez-Ostiz, não se pode dizer que, em Pufendorf, não há a prevalência do sujeito imputante sobre o imputado, antítese que não foi investigada pelo pesquisador espanhol. Noutro trecho da mesma obra, o professor da Universidade de Navarra parece não perceber que há contradição ao apregoado exclusivismo kantiano desta perspectiva, ao afirmar que “o que em Aristóteles e Tomás de Aquino era *ação* ou *ato* humanos, é em Pufendorf, Wolff e Kant um *juízo* sobre dita ação ou ato, e seu artífice.” (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2008, p. 70-71, nota 34). Isso reforça a maior relevância do estudo da imputação em Pufendorf, pois, como se trata neste momento do estudo apenas do conceito e si, pouco ou nada Kant trouxe de novo ao que já se entedia por imputação³².

Investigando a fundo especificamente o conceito kantiano de imputação e buscando apresentar suas origens próximas e remotas, Hruschka (1986) e Sánchez-Ostiz (2008) não apontam para outra direção senão da direta relação entre os conceitos de imputação de Kant e Pufendorf, afirmando não poderem ser desconsideradas as similaridades entre as estruturas dos conceitos de cada um. Os autores reconhecem não conseguir apresentar nenhuma outra referência anterior a Pufendorf, que poderia influenciar Kant no uso do termo, ainda que defendam que outros conceitos de imputação desenvolvidos depois da obra do saxão tenham influenciado também o pensamento kantiano. Assim se manifestaram os dois citados pesquisadores contemporâneos:

O conceito “imputação” foi introduzido na Jurisprudência por Pufendorf [...]. Kant, quem a este respeito estava de acordo com Wolff e Pufendorf, forneceu a melhor definição do conceito em seu *Metaphysische Anfangsgründer der Rechtslehre*. (HRUSCHKA, 1986, p. 673)

Os conceitos de “Urheber”, “That” e o caráter judicativo da imputação foram recebidos por Kant dos autores precedentes. [...] Com efeito, já Pufendorf (1632-1694) havia elaborado e tratado dessas categorias; Chr. Wolff (1679-1754) dedicou numerosas páginas ao estudo da imputação e se referiu a ela também como juízo; Baumgarten (1714-1762) havia empregado termos semelhantes; como também Achenwall (1719-1772); e outros. (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2008, pp. 65-66)

³² Também considerando que a imputação, tanto para Kant quanto para Pufendorf eram um juízo, HRUCHSKA, 2010, p. 290, nota 64. “Quando Kant usa “juízo” na sua definição de imputação, refere-se a um ato mental. Similarmente, Pufendorf chama a imputação uma *declaração*, usando o verbo *declarare* (*De Jure*, I/IX/§3/p.102).”

Em escrito mais recente dedicado exclusivamente à doutrina do direito de Kant, Hruschka (2010, p. 299) é mais categórico. Dissertando sobre os conceitos de mérito e demérito, o que exigiu a completa transcrição do parágrafo seguinte ao da definição kantiana de imputação, o autor assim considera que “se compararmos esta passagem com a passagem dos *Elementa* de Pufendorf, então parece que a passagem de Pufendorf foi um modelo para Kant”, seguindo sua argumentação com a transcrição do trecho de Pufendorf a que fez referência. Tão logo define os dois conceitos e aponta suas diferenças que circulam não no conceito em si, mas precisamente na divisão kantiana entre moral e direito, Hruschka (2010, p. 300) conclui que “a influência de Pufendorf em Kant é revelada nos comentários de Kant sobre retribuição e punição. Em retribuição e punição, Kant fala em “efeito legal”, claramente em referência ao “efeito substantivo” de Pufendorf.”

Quando escreve A Metafísica dos Costumes, Kant não cita Pufendorf ou qualquer outro autor durante a apresentação do conceito de imputação e pessoa humana. Não há, de fato, qualquer comprovação expressa pelo próprio Kant que ele teria lido Pufendorf, e seriam diversos os pontos em comum ou relacionados entre o que escreveram os dois autores, notadamente pela grande influência que teve o predecessor e o respeito que Kant mostrava à cultura que o precedeu.

Nesse particular, Mendes (2007) cita Schneewind, que afirmou não ter encontrado nenhuma prova de que Kant tivesse lido Pufendorf, embora seja certo que ele estaria completamente familiarizado com os escritos dos filósofos daquele período em razão da leitura da monumental obra *Historia critica philosophiae* de Johann Jakob Brucker (1696-1770). Confirmado não ter encontrado nenhuma referência explícita da leitura de Pufendorf por Kant, Mendes conclui que

[...] a semelhança de muitos conceitos e argumentos de Kant com as anteriores linhas de pensamento de Pufendorf deixa-nos sérias dúvidas sobre a possibilidade de o primeiro não ter lido diretamente as obras do segundo. (MENDES, 2007, p. 120).

Está clara a influência de Samuel Pufendorf no conceito de imputação de Immanuel Kant, o que somente reforça a necessidade do aprofundamento da reflexão sobre a obra do primeiro, a fim de que seja possível compreender em que momento da história do pensamento ela surgiu e de que maneira pôde influenciar de forma tão intensa o pensamento ocidental, que viria a seguir, expondo qual o

sistema que estava inserido naquele conceito aparentemente simples, mas dotado de enorme conteúdo revolucionário no que se refere a método e estrutura.

2.4 IMPUTAÇÃO EM PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH

Considerado por muitos como “o fundador da moderna ciência do Direito penal alemão” (ROXIN, 2007, p.89)³³ e profundamente influenciado por Kant, ainda que não o tenha seguido em muitos aspectos, Paul Johann Anselm von Feuerbach, para além das suas já famosas contribuições para o direito penal como a teoria da prevenção geral da pena e o aprimoramento do princípio da legalidade penal, foi também partidário do uso da categoria da imputação como método para se atribuir a alguém a responsabilidade criminal, por óbvio tendo seus próprios pressupostos, que serão a seguir resumidos.

Vivendo entre os anos de 1775 e 1833, tendo exercido as funções de acadêmico, legislador e juiz, Feuerbach deixou importantes obras que até hoje influenciam a doutrina do direito, com destaque para *Anti-Hobbes*, de 1798, *Revisão dos Princípios e Conceitos Fundamentais do Direito Penal Positivo* em 1799, mesmo ano em que obteve o grau de doutor em Direito na Universidade de Jena, e o famoso *Tratado de Direito Penal Comum Vigente na Alemanha*, que entre os anos de 1801 e 1847 alcançou catorze edições³⁴.

Em sua obra mais conhecida, o *Tratado de Direito Penal*, Feuerbach trata da responsabilidade penal no Capítulo II, logo após dissertar sobre as exigências da legalidade penal. Dada a importância que a legalidade tinha para o autor, assim como a sua concepção da finalidade da pena, a estrutura da imputação em sua obra sempre dialogará com estes outros pilares. Isso já pode ser percebido quando o autor trata do que ele chama do “Fundamento objetivo da punibilidade absoluta”, que seria

³³ No mesmo sentido, Welzel (2011, p. 31) “Com Anselm v. Feuerbach, um partidário do criticismo de Kant, começa a ciência jurídico-penal em sentido moderno, caracterizada por uma conceituação precisa e uma clara sistemática em relação ao seu objeto (*Lehrbuch*, 1801)”. Cf. também Zaffaroni, (2007, p. 15) “(...) Feuerbach coroou o que pode considerar-se a primeira estruturação de uma parte geral do direito penal em sentido moderno, que se materializa nos ‘prolegômenos’ do seu *Lehrbuch* (...)” Grifos dos autores.

³⁴ Títulos originais: *Anti-Hobbesoderüber die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn; Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts; Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts.* (ZAFFARONI, 2007)

- I) O fundamento objetivo de toda punibilidade é a existência de uma realidade fática que seja compreendida sob a combinação de uma lei penal.
- II) Uma ação que não se enquadre em nenhuma lei penal não é punível ante o tribunal de direito externo. Uma ação penal se subsume a uma lei penal unicamente quando apresenta as características que estão contidas no conceito da ação que a lei associa a pena como consequência jurídica. (FEUERBACH, 2007, pp. 83-84)

A seguir, o autor afirma que o conjunto de elementos de uma realidade fática ou ação que estão contidos em um conceito de uma determinada classe de ações antijurídicas se chama tipo do crime ou “*corpus delicti*”, dependendo a punibilidade e a sua consequência jurídica da existência de um tipo de crime em geral antecedente³⁵. Esse tema é tratado ainda antes de Feuerbach apresentar a imputação como parte do seu método de imputação, ficando claro, desde já, que a legalidade penal é um dos pressupostos básicos para a sua formulação.

Partindo para o passo posterior nas condições e formas de aplicação das leis penais, nome dado ao capítulo onde esse tema é tratado, fazendo claramente uma conexão com a teoria da prevenção geral da pena, Feuerbach assim conceitua a imputação:

Dado que o fim essencial da lei penal não é outro que impedir as lesões jurídicas mediante ingerência no potencial volitivo, a aplicação de toda lei penal estará condicionada à existência de uma vontade ilícita, como causa – intelectual, psicológica - do crime. A relação de um fato punível (objetivo) (como efeito) com uma determinação da vontade do autor contrária à lei penal (como causa da mesma), se chama *imputação* e o estado (exterior e interior) de uma pessoa, em virtude do qual se possa imputá-la um fato, *imputabilidade*. (FEUERBACH, 2007, pp. 85-86)

O texto segue então com a exposição dos requisitos da imputação, no sentido de que essa requer para a sua existência que o crime seja exteriorizado mediata ou imediatamente fundamentado no potencial volitivo do agente e que a determinação da vontade seja a causa do crime, ou seja, que a vontade do autor contrarie a lei penal, consistindo este último requisito na necessidade do autor de conhecer o crime e a sua punibilidade, encontrar-se num estado que se possa determinar sua vontade pela lei penal ou haver realizado ou omitido uma determinação da vontade que tenha causado um crime (FEUERBACH, 2007).

³⁵ O *corpus delicti* seria composto basicamente de: “I) um determinado resultado ilícito da ação; mas também frequentemente, II) certos fundamentos subjetivos (que se estabelecem no ânimo do criminoso) da ação antijurídica, seja uma certa intenção ou uma certa forma de determinação da vontade. III) As características estabelecidas da ação exterior sempre pertencem ao tipo de um crime” (FEUERBACH, 2007, p. 84)

Logo após essa esquematização, o autor passa a detalhar cada um dos elementos da sua ideia de imputação e do que considera a imputabilidade, conceito já próximo ao que se entende hoje como tal, seguindo com casuística e outras subdivisões de conceitos já expostos, sendo enfático ao expor os casos em que não existe culpabilidade, para ele sinônimo de excludente de imputação.

Acerca da relação entre a imputação e a culpabilidade (ou culpa, *schuld*), Queiroz (2012, p. 230), citando nesse ponto Buchenberger, afirma que a culpa tinha para Feuerbach um papel bem particular, sendo, na verdade, um pressuposto da imputação, funcionando como “um guarda-chuva que abrangia tanto a intencionalidade quanto a negligência”, sem deixar de considerar ainda que “Buchenberger anota que seus (Feuerbach) conceitos de imputação e culpabilidade não podem ser compreendidos sem que se tenha em mente a sua teoria da pena”, como já antecipado acima.

Em uma das mais influentes obras já escritas sobre o pensamento de Feuerbach, Cattaneo (1970, p. 478) também relaciona o conceito de imputação daquele com outros temas que lhe foram caros. O professor italiano afirma expressamente que “a teoria da imputação de Feuerbach está em estreita ligação com (...) a ideia da prevenção geral como escopo da pena e o primado do conceito de lei penal”. Prosseguindo com a sua explanação, Cattaneo defende que a posição que o alemão assume no âmbito da doutrina da imputação e da responsabilidade jurídica derivam diretamente da função da coação psicológica que é atribuída à ameaça contida na lei penal, de modo que o pressuposto fundamental da imputabilidade provém da “capacidade da lei de ser eficaz, a possibilidade que esta produza o efeito da intimidação”.

Não serão aqui debatidos os meandros da imputação para Feuerbach, tema que mereceria investigação específica, sendo o objetivo neste momento perceber a existência de uma linha, ainda que tênue, de pensamento entre o que escreveu Pufendorf e o que mais de cem anos depois publicou Feuerbach. Desde já, apenas a leitura do conceito de imputação deste último já permite uma clara percepção de que houve uma influência ainda que estrutural do conceito de imputação trazido para o direito por Pufendorf.

Ao tratar sobre a relação entre as doutrinas de Samuel Pufendorf e Paul Johann Anselm Feuerbach, Mario A. Cattaneo, autor de uma das obras mais importantes já escritas sobre a doutrina de Feuerbach, afirma que este, apesar de

não ter citado o primeiro quando deveria no livro *Anti-Hobbes*, foi expresso no início do apêndice final da obra *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* que Pufendorf o influenciou.

Ele (Feuerbach) escreve que a teoria da pena de imputação, até Beccaria, tem sido associada a pressupostos moralistas e teológicas, tem sido a teoria da imputação moral; Pufendorf foi o primeiro que, mesmo em sua forma mais básica, sem processamento sofisticado, transportou esta teoria do plano da teologia moral em termos de direito natural. (CATTANEO, 1996A, p.11-12)

Na mesma obra acima citada, Mario Cattaneo segue sua argumentação citando Feuerbach na sua literalidade e ainda informa que o filósofo de Jena se referiu a Pufendorf especificamente quando este, em *De jure naturae et gentium*, tratava logo no início dessa sua obra sobre a ação humana e a imputação. Pufendorf elaborou o conceito de imputação da ação humana em uma perspectiva secularizada, independente da teologia moral, e neste sentido se justifica a observação favorável de Feuerbach. Ocorre que Pufendorf, coerentemente com a sua filosofia moral e jurídica, elaborou seu conceito com base no princípio da liberdade da vontade, e especificamente nesse ponto a imputação de Feuerbach entra em contraste: este último sustenta, por sua vez, uma forma de determinismo próprio no âmbito da teoria da imputação jurídica;

Feuerbach de fato se funda exclusivamente no conceito de *liberdade moral* de Kant (diverso da liberdade da vontade, que é para Kant a base do conceito de imputação, moral e jurídica), que é apenas ‘liberdade para o bem’. Em consequência, a seu juízo, as ações antijurídicas têm seu fundamento na liberdade, somente enquanto esta última cedeu no confronto

das inclinações naturais e sensíveis, e portanto não é manifestada no modo que era devido; inclinações naturais, então, e não a liberdade, são a causa das ações antijurídicas e delituosas [...] (CATTANEO, 1996A, p. 14)³⁶

³⁶ Em outro escrito, Cattaneo (1970, p. 481), repete o tema: “Partindo do raciocínio kantiano sobre o conceito de liberdade (elaborado nas duas Críticas), ele chegou à conclusão oposta àquela afirmada por Kant na Metafísica dos Costumes; Feuerbach chegou a sustentar uma forma de *determinismo*, em relação ao problema da imputabilidade jurídica. A tese de Feuerbach sobre o problema da imputação constitui por isso uma ulterior e definitiva confirmação da opinião aqui acolhida, acerca do caráter *relativo* da sua teoria da pena. De fato, qualquer forma de determinismo na teoria da imputação seria incompatível, estaria em contradição lógica com uma teoria absoluta ou retributiva da pena: esta última, como se trata inevitavelmente de basear a pena na culpa moral, deve

Em razão de Kant não ter desenvolvido completamente uma teoria da imputação, o que já foi demonstrado acima, a imputação penal desenvolvida por Feuerbach, segundo Cattaneo (1970), tinha aspectos característicos que colocaram-na em posição polêmica com relação à maior parte da doutrina penalística no seu tempo, que fundava a imputabilidade na liberdade e responsabilidade moral, e media o grau maior ou menor da punibilidade subjetiva pelo grau de maior ou menor liberdade, ou de menor ou maior força do estímulo natural ao delito. Assim Cattaneo (1970, p. 480) chama atenção para esta especificidade da imputação feuerbachiana:

Toda decisão de cometer um crime, seja no caso do dolo, seja no caso da culpa, tem para Feuerbach a própria origem na vontade do sujeito; tal vontade coincide com a faculdade de querer, pela qual o impulso ao crime tem a sua fonte (o seu “*psychologischer Entstehungsgrund*”) na parte sensível do homem. Este é o aspecto mais característico da teoria da imputação de Feuerbach: fazendo derivar a inclinação psicológica ao delito da parte sensível do homem, ele nega que a imputabilidade possa fundar-se sobre a liberdade moral, a qual é própria do lado suprasensível do homem, é típica do homem compreendido como nômeno³⁷.

Diferenciando a imputação kantiana da feuerbachiana, pode-se argumentar, com base no já exposto, que Kant unifica a imputação moral e a imputação jurídica: em outros termos, Kant chega a estabelecer uma certa relação entre a imputabilidade e o estímulo natural ao delito, porque entendeu a imputação jurídica como uma imputação moral. Neste aspecto Cattaneo (1970, p. 491) reforça sua argumentação afirmando que Feuerbach, por sua vez, claramente destinado a distinguir os dois tipos de imputação, a fim de confiar aos tribunais a tarefa de avaliar a moralidade ou a imoralidade das ações, permaneceu “coerente ao estabelecer a relação oposta àquela delineada por Kant”. Em seguida, Cattaneo volta a estabelecer a estreita relação entre Feuerbach e Kant, que no tema da imputação tomou relevo pelo fato do primeiro ter se dedicado mais ao assunto:

necessariamente pressupor – como fundamento da imputabilidade – a liberdade do agente; tal é de fato a posição de Kant.” (grifos do autor)

³⁷ Como era de se esperar, essa posição de Feuerbach não ficou isenta de críticas negativas e o mesmo Cattaneo (1970) faz questão de expor algumas delas. Entre os críticos da teoria da imputação de Feuerbach, o jurista italiano cita o professor da universidade de Heidelberg Anton Friedrich Justus Thibaut (1772 – 1840), na obra *Beyträge zur Critik der Feuerbachischen Theorie über die Grundbegriffe des speinlichen Rechts*, Hamburg, 1802. Cf. também Oskar Döring no escrito *Feuerbachs Straftheorie und Verhältnis zur Kantischen Philosophie*, in “Kantstudien”, Ergänzungsheft 3, Berlin, 1907. E Max Grünhut, Anselm v. Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung, “Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft”, Hamburg, 1922.

Penso, portanto, ser capaz de desenhas, mesmo em relação à teoria da imputação, a mesma substancial conclusão que me senti obrigado a apresentar ao final da discussão sobre o caráter “categórico” da lei penal: Feuerbach procedeu uma distinção entre direito e moral ainda mais rígida e clara daquela operada por Kant; em definitivo, no terreno jurídico-penal Feuerbach se aproximou ser fiel às premissas filosóficas kantianas relativas à distinção entre moralidade e legalidade, de modo bem mais coerente do que fez o próprio Kant. (CATTANEO, 1970, p. 491)

Em que pesa a por vezes estremecida relação que o pensamento de Feuerbach teve com a doutrina de Kant³⁸, notadamente em sua juventude quando escreveu sobre o direito à resistência em *Anti-Hobbes*, que segundo Zaffaroni (2007) e Cattaneo (1970) poderia muito bem chamar-se Anti-Kant, quando Feuerbach desenvolveu a sua doutrina da imputação, pelo que foi exposto neste tópico e no anterior, percebe-se uma forte influência do pensador de Königsberg e consequentemente de Samuel Pufendorf. Esta continuidade da doutrina jurídica, tão difícil de ser defendida depois da passagem de Michel Foucault pelas ciências sociais, foi observada por Cattaneo na conclusão em um escrito publicado mais de vinte anos após sua biografia intelectual de Feuerbach, na oportunidade do Congresso Internacional Samuel Pufendorf, realizado pelo Instituto Italiano para Estudos Filosóficos, dirigido pelo próprio professor milanês, onde tratou especificamente da influência de Pufendorf sobre Feuerbach, para além dos campos da imputação:

Vimos de fato que Feuerbach cita Pufendorf uma só vez, mas não em relação ao ponto em relação ao qual ele sofreu a sua maior influência: os três contratos fundamentos do Estado e a distinção entre ameaça legal e inflição da pena. Abre-se por isso, a meu ver, um vasto campo de investigação para emergir as contribuições, até então subterrâneas, mas reais e profundas, dadas por Samuel Pufendorf a muitos setores do pensamento jurídico moderno. (CATTANEO, 1994, p. 28)

³⁸ Sobre a confrontação entre Kant e Feuerbach, enfatizando o direito de resistência, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007, pp. 128-133. Cf. também, por todos, CATTANEO, 1970, *passim*.

2.5 IMPUTAÇÃO EM KARL LUDWIG GROLMAN

O argumento de que a doutrina da imputação teve grande repercussão na cultura jurídico-penal da Europa ocidental seria suficientemente explicado pela marcada influência que os autores acima debatidos tiveram na formação da doutrina penal moderna. Inobstante, vale a pena citar alguns outros juristas que tiveram em suas obras a marca do instituto tema deste trabalho.

Inicialmente, pode ser citado o jurista alemão Karl Ludwig Grolman (1775 – 1829), pouco conhecido no Brasil, mas bastante famoso pela sua disputa intelectual travada com Feuerbach³⁹, de quem foi contemporâneo. A imputação para Grolman se situa no ponto central da sua doutrina, pois, segundo Queiroz (2012, p. 169), destaca-se no autor “a postulação da necessidade de regras específicas de imputabilidade, no sentido amplo da expressão (ou seja, aptidão para receber a pena)”, além de um específico conceito de pena, também relacionado ao de imputação, como o próprio Grolman ressalta: “Finalmente: só se pode falar de uma pena se aquele que a recebe é capaz de reconhecê-la como um mal em razão daquilo que ele deve” (GROLMAN, 1799, pp. 44, *apud* QUEIROZ, 2012, p. 170)⁴⁰.

A respeito da teoria da imputação de Grolman, Cattaneo (1996B, p. 40) afirma que a segunda parte do primeiro livro do *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft* é dedicada ao tema, obra na qual o alemão define a imputação como

A declaração que uma pessoa pode e deve ser reconhecida como responsável por uma ação (o que significa que havia podido evitá-la). [...] O homem é pessoa, ser racional; enquanto tal ele não pode agir senão em modo racional; em relação à personalidade não é, entretanto, possível nenhuma imputação.

Continua Grolman afirmando que o homem é ao mesmo tempo animal e ser natural, é necessário considerar que em relação à animalidade não é igualmente possível nenhuma imputação, mas em relação ao juízo interno que permite escolher entre uma ação e outra, é possível nesse lado imputar a responsabilidade. O homem, diferentemente dos animais, tem a capacidade de ir ao encontro da

³⁹ Sobre a polêmica com Feuerbach, cf. Cattaneo, 2007, p. 282 – 296.

⁴⁰ A obra de Grolman citada por Queiroz (2012) é *Über die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung, nebsteiner Entwicklung der Lehre von dem Maasstabe der Strafen und der juridischen Imputation*. Giessen: 1799, G. F. Heyer.

exigência da razão e subordinar a animalidade à personalidade, concluindo que “esta faculdade, que é elemento característico da humanidade, é a vontade ou arbítrio (Willkür); esta torna possível a imputação, e a ela deve ser referida a ação” (CATTANEO, 1996B, p. 41)⁴¹.

Em seguida o jurista alemão dividiu as ações humanas entre legais e ilegais, sendo obviamente estas últimas aquelas que estão contrárias ao princípio do direito (*Rechtsgesetz*), sendo que cada ação possui em si um elemento material ou objetivo que deve ser distinto do elemento formal ou subjetivo. Cattaneo (1996) informa que para Grolman todas as ações humanas são imputáveis, devendo ser considerada legal ou ilegal após distinção feita pela a imputação jurídica de mérito (*ZurechnungzurVerdienst*) ou culpa (*ZurechnungzurSchuld*), sendo que o direito penal leva em consideração apenas as imputações por culpa, o que ocorre quando uma ação objetivamente ilegal é também subjetivamente ilegal.

A imputação por culpa é então o juízo através do qual a ação objetivamente ilegal é considerada também subjetivamente ilegal; isto ocorre quando a decisão de realizar a ação é baseada na vontade e portanto o seu autor poderia e deveria (tratando-se de ação ilegal), não cumpri-la. (CATTANEO, 1996B, p. 42)

Na obra de Grolman comentada por Cattaneo (1996B), este autor chama atenção para a pouca originalidade da parte mais técnica do instituto da imputação, que seria a diferença entre dolo e culpa, considerando uma elaboração “menos interessante”. Diversamente, o italiano busca chamar atenção para a estrutura composta por Grolman da imputação penal sobre a liberdade da vontade, chamando esta de “uma teoria muito clara e precisa”. A reanálise deste aspecto fez com que o professor da Universidade de Milão mudasse entendimento esposado em obra anterior, assim refletindo:

Me parece agora, todavia, *remeliusperpensa*, che no pensamento de Grolman tal elemento, a vontade livre, não se adiciona como um *tertium* aos dos aspectos, natural ou fenomênico e racional ou nuomênico do homem; em realidade a vontade, enquanto livre, é, implicitamente, para Grolman, um

⁴¹ Mario A. Cattaneo escreveu diversos ensaios sobre a obra de Karl Grolman, mas segundo ele próprio escreveu na introdução do livro *L'Umanesimo Giuridico Penale di Karl Grolman*, de 1996, esta é uma releitura de tudo o que já havia estudado e escrito sobre o autor, razão pela qual somente esta obra será aqui utilizada como referência. A título de informação, o autor publicou *La dottrina penale di Karl Grolmannella filosofia giuridica del criticismo, Legalità e processo penale nel pensiero di Karl Grolman* e *La Legislazione penale nell'illuminismo tedesco*, todos ensaios publicados na coletânea *Iluminismo e Legislazione Penale – Saggi sulla filosofia del diritto penale nella Germania del Settecento*, Milão: LED, 1993.

portador da parte racional do homem, e por conseguinte de acordo [...] com a tese expressa por Kant na obra *Die ReligioninnerhalbgerGrenzen der blossen Vernunft*[...] e na *Metaphysik der Sitten*[...].(CATTANEO, 1996B, p. 48)

Para finalizar a sua argumentação, realizando uma análise sistemática das doutrinas penais do período, Mario Cattaneo (1996B, p. 50) coteja a imputação penal de Grolman com a de Feuerbach e Kant, concluindo que

[...] podemos, então, tranquilamente dizer que, em relação ao problema da imputação jurídico penal, Grolman é profundamente kantiano enquanto Feuerbach, apesar de aparentar, não é. [...] O modo de conceber a imputação jurídico-penal por parte de Grolman é particularmente interessante, porque é uma luz da sua verdadeira intenção; em definitivo, a sua doutrina é fundada sobre a justiça e não sobre a utilidade⁴².

2.6 IMPUTAÇÃO EM LUDWIG HEINRICH VON JAKOB

Outro autor contemporâneo a Feuerbach e Grolman que pode ter sua doutrina da imputação demonstrada é Ludwig Heinrich von Jakob (1759 – 1827), professor da Universidade de Halle, também bastante influenciado pela doutrina kantiana. Inicialmente cumpre salientar uma forte semelhança entre Jakob e Feuerbach: assim como Feuerbach defendeu tese antikantiana no seu *Anti-Hobbes* quando defendia o direito à resistência, ao contrário do filósofo de Konigsberg, Jakob defendeu a mesma tese contrária a Kant no seu escrito intitulado *Antimachiavel*⁴³ de 1794.

Rebatendo a crítica comum existente a Jakob de que este seria um seguidor servil de Kant, Mario Cattaneo (1993) defende ainda que, além da crítica exposta de forma clara em *Antimachiavel*, Jakob foi capaz de elaborar sua própria filosofia jurídica, realizando a dedução do direito natural e a distinção entre moral e direito com base da filosofia moral kantiana antes da publicação da *Metafísica do Direito*,

⁴² Reforçando este aspecto humanitário e não utilitário de Grolman, Cattaneo (1996B, p.147-148) afirma que: "Se quisermos resumir o mérito e a contribuição positiva da doutrina penal de Grolman, podemos indicar antes principalmente o fato de basear a pena na exigência da proporcionalidade e da justiça concreta, para evitar que a liberdade do culpado venha a ser limitada mais que o necessário para garantir a segurança no futuro mediante a intimidação. [...] Por fim, se pode sublinhar a sua preocupação de por limite seja ao legislador seja ao juiz, em uma perspectiva de humanidade e de legalidade. Em definitivo, o nome de Grolman deveria ser recordado na série dos estudiosos os quais se aproximaram de criar um direito penal na medida do homem."

⁴³ *Antimachiavel oder über die Grenzen des bürgerlichen Gehorsams*(1794). Nesta obra "Jakob indica uma clara contradição entre a ideia de dever de obediência absoluta a qualquer ato de vontade do soberano (que conduz a elevar esta última acima a lei moral) e a filosofia moral de Kant, fundada no absoluto primado do *Sittengesetz*." (CATTANEO, 1993, p. 291)

que foi a primeira parte da Metafísica dos Costumes de Kant publicada em 1797. A doutrina filosófico-jurídica de Jakob foi publicada dois anos antes, em 1795, no volume *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, no qual Cattaneo (1993) vislumbra a presença de uma doutrina penal semelhante ao que foi elaborado por Kant na Metafísica, porém indo um pouco além desse por ter apresentado uma maior coerência interna.

Em linhas gerais, Jakob entendia que o direito natural deveria enxergar o ser humano como um ser moral, apresentado como substância absoluta ou como pessoa, com um fim em si mesmo. Além disso, a pessoa deve possuir a liberdade ou uma absoluta causalidade da vontade, juntamente com a concepção de que as pessoas livres, embora possam ser diferentes entre si em relação à matéria, devem ser consideradas como dotadas de igual dignidade ou de uma perfeita semelhança formal: todas de fato são igualmente fins em si mesmos. Esquematizando este raciocínio, Mario Cattaneo (1993, p. 299) defende que Jakob indica três direitos originais puros e formais que incumbem necessariamente a todos os seres morais: “1) o direito à personalidade; 2) o direito à liberdade; 3) o direito à igualdade (formal)”.

No que se refere à sua teoria da imputação, como não poderia deixar de ser, o instituto está conectado com a concepção de pena e de pessoa moral. Jakob também exige para a imputação de um fato a alguém que este tenha agido de forma livre, devendo ser necessariamente determinado se e em qual medida existiu a *causa libera* de uma dada ação além da determinação do grau de conformidade ou desconformidade externa entre a ação e o direito a fim de que seja constatada a sua legalidade ou ilegalidade. A um ser racional é imputada uma ofensa na razão em que este for declarado livre autor, de maneira que a *imputatio facti* é a fase da atribuição de responsabilidade em que o homem é considerado causa livre do resultado, e a *imputatio juris* o momento seguinte em que é determinado o grau de culpa do autor. Como excludentes da imputação de forma absoluta, Jakob relaciona os casos puramente físicos, que não foram conduzidos pela vontade livre, os seres racionais quando agiram sem o pleno uso da sua liberdade ou da razão, e as ações dos seres livres que por alguma razão não derivaram da sua liberdade, entre outras (CATTANEO, 1993).

Apesar da clara similaridade entre a sua doutrina de imputação e as que já existiam em outras obras da época, Mario A. Cattaneo (1993, p. 311 – 312) exalta a importância da elaboração de Ludwig Heinrich von Jakob da seguinte maneira:

Se deve notar agora a concordância entre a posição de Kant e a de Jakob acerca da medida da imputabilidade, que deve ser posta em relação com o grau de liberdade com a qual foi cometida. Ao mesmo tempo, se deve sublinhar o caráter autônomo e independente da específica reflexão filosófico-jurídica kantiana deste tese de Jakob; relembrmos agora que *Philosophische Rechtslehre* de Jakob é de 1795, enquanto que a kantiana *Metaphysik der Sitten* é de 1797. Se pode então afirmar que Jakob foi pioneiro e antecipou a doutrina da imputação penal e os graus de imputabilidade de Kant.

2.7 IMPUTAÇÃO EM GAETANO FILANGIERI

Saindo um pouco da Alemanha, mas permanecendo ainda no continente europeu, percebe-se que a doutrina da imputação de Pufendorf exerceu também grande influência sobre um dos juristas de maior peso na formação do pensamento penal italiano.

Gaetano Filangieri (1753 – 1788) foi um dos poucos estrangeiros a exercer influência na doutrina germânica, frequentemente fechada a este tipo de inserção. Vivendo antes do período em que surgiram as obras de Feuerbach, considerado, como já dito, fundador do direito penal moderno, Filangieri foi responsável, através do tratado em sete volumes *La Scienza della Legislazione*(1783)⁴⁴, pela maior prospecção de informações por parte de autores alemães fora do seu país. Ressaltando este dado, Kurt Seelman (2001), atual professor da Universidade da Basílica, afirmou que a maior parte dos penalistas tedescos do século seguinte ao seu escrito beberam na sua fonte, citando como tais autores do peso de Feuerbach, Kleinschrod, Grolman, Tittmann e mais recentemente Eberhardt Schmidt. Tal era o peso da obra de Filangieri que Hepp, em 1844 chegou a afirmar que o italiano era “representante da mais antiga teoria tedesca (sic!) da intimidação” (SEELMAN, 2001, p. 4). Apesar desse lisonjeiro reconhecimento, a obra de Filangieri passou por um período de esquecimento durante o início do século XX e apenas recentemente voltou a ser estudada.

⁴⁴ Exaltando a importância desta obra, Seelman (2001, p. 5) chega a afirmar que “[...] *La Scienza della legislazione* é considerada o compêndio e a quintessência do pensamento iluminista no campo da filosofia do direito [...]”.

Mostrando-se conectado ao pensamento jusnaturalista do seu tempo, Filangieri, em relação à imputação, considerava que somente poderia ser imputável a ação determinada pela vontade. Esta vontade apresenta um elemento volitivo e outro epistêmico, “a vontade é aquela faculdade da mente que se determina depois das pressões dos desejos e depois do cálculo da razão. O desejo nos impele, o intelecto examina, a vontade então determina.” (FILANGIERI, *apud*. SEELMAN, 2001, p. 15). Ainda segundo Seelman (2001), Feuerbach interpretou mal esta passagem de Filangieri e considerou que por vontade o autor quis referir-se a arbítrio, então em sentido psicológico e não vontade livre no sentido ético, e precisamente sobre esse conceito filangieriano de vontade no sentido psicológico Feuerbach teria fundado a sua própria doutrina da imputação.

Investigando precisamente a origem e a função da imputação na obra de Gaetano Filangieri, Kurt Seelman (2001, pp.15-16) deixa bastante clara a fonte na qual o italiano foi buscar a sua inspiração:

Filangieri se coloca, assim, essencialmente na tradição da teoria jusnaturalística da imputação que remonta a Pufendorf e renovada por Wolff: o homem, afirma explicitamente Wolff, deve ser “*causa libera*” das suas ações, “*imputari nequeunt actiones nisi liberae*”. Mas Filangieri desenvolve o conceito até as extremas consequências, não fazendo qualquer tipo de concessões, nem uma interpretação psicológica da vontade, nem a corrente orientação em sentido determinístico.

Existe também para Filangieri uma conexão entre o instituto da imputação e a função da pena, relacionando o elemento subjetivo do crime à função preventiva da pena. Enquanto o elemento subjetivo do crime, ou mais precisamente a *imputatio facti*, entendida como uma declaração de que a vontade foi livre, se orienta de tal modo unicamente para a prevenção especial, o elemento objetivo, ou mais precisamente a *imputatio juris*, se orienta tanto à prevenção especial quanto à geral, em razão de que a “‘qualidade’ do delito, o valor social da lei lesada, determina na sua extensão a necessidade de prevenção especial e geral” (SEELMAN, 2001, p. 19). A fim de confirmar esta interpretação, Kurt Seelman cita o próprio Filangieri: “A medida que o pacto que se viola é mais precioso à sociedade, a pena deve ser maior, assim deve ocorrer porque a sociedade tem um maior motivo de temer o delinquente, até porque tem um maior interesse de ter longe um outro.” (FILANGIERI, *apud* SEELMAN, 2001, p. 19).

A consideração do elemento subjetivo do crime, no sentido da teoria jusnaturalística da imputação por parte de Gaetano Filangieri, mostra uma importante aplicação prática na medida em que limita a proporção da pena, o que mantém o jurista italiano conectado ao indeterminismo pufendorfiano da a imputação da responsabilidade.

3 PUFENDORF E O JUSRACIONALISMO

Situado historicamente entre os séculos XVI e XVII, o jusracionalismo ou jusnaturalismo moderno, surge mediante a renovação dos pressupostos da escolástica medieval e da preocupação com o que convém chamar de princípios secundários, que, até então, passavam longe do que era discutido entre os jusnaturalistas tradicionais. Esses princípios, instrumentos que adaptariam a teoria à práxis, serviriam para dar concreção ao direito natural, fazendo com que ele servisse para atingir a paz e buscasse conformar a realidade por meio do direito. É necessário deixar logo claro que o jusracionalismo, nas palavras de Wieacker (2004), não passou de mais um curto capítulo das diversas manifestações do jusnaturalismo, iniciado desde a filosofia helenística e presente até hoje, não passando a teoria moderna do direito natural de um novo enfoque nos grandes temas da metafísica ocidental.

A fim de contextualizar histórica e filosoficamente a obra de Samuel Pufendorf, é necessária breve análise do giro metodológico ocorrido no período entre o fim do século XV e início do século XVI nas ciências jurídicas, fruto da modernidade que surgia e das exigências de um novo tempo. Somente após a análise dos fundamentos metodológicos, que não só deram forma às obras, mas emularam o pensamento dos pensadores da época, será possível a compreensão do sistema jurídico, que envolve a *imputatio* ora em estudo. Em razão disso, a digressão abaixo terá como foco a evolução do método dos juristas daquele tempo, deixando de lado a análise historiográfica de cada uma das escolas que, juntas, formaram o que se entende por jusnaturalismo moderno.

3.1 ANTECEDENTES PRÓXIMOS AO DIREITO RACIONAL NATURALISTA

O direito da Idade Moderna se desenvolve em paralelo com a formação dos Estados nacionais e o alijamento do sistema feudal, panorama que “indica muito a respeito do giro conceitual que o direito tomará” (BRANDÃO, 2012, p.149). No século XV, a nova forma de organização social passa a exigir do direito uma abrupta atualização, notadamente em virtude da centralização do poder político que passa a modificar o equilíbrio do sistema das fontes do direito, que agora passa a ser elaborado com a finalidade de manter as instituições estatais em formação⁴⁵.

A centralização do poder real coloca em xeque a atividade dos Comentadores quando a romanística e o *iustitia communis* tornam-se insuficientes para garantir a segurança jurídica das relações sociais no interior dos Estados que estavam a se formar, refletindo também consequências no direito canônico, que passa a perder espaço em virtude da perda de territórios por parte da Igreja. As relações comerciais que também foram modernizadas nesse período histórico da mesma forma exigiam uma nova ordenação comum que fornecesse garantias das partes e do próprio Estado.

Como necessidade de formatação desse novo panorama social, passaram a surgir, ainda no século XV, as primeiras codificações, que são, na verdade, compilações da legislação já existente, ainda muito distantes tecnicamente do mais conhecido período das codificações que foi o século XVIII, mas de toda forma

⁴⁵ Há quem discorde da comum relação feita entre a formação dos Estados Nacionais e a ascensão do direito natural como sua essência. Nesse sentido se manifestava Jellinek (s/d. pp. 221 e 223): Para o Direito Natural, a questão da origem dos Estados, primário ou secundário, é uma questão jurídica [...]. É preciso, ao mesmo tempo que se reconhece que é insuficiente a doutrina do Direito Natural para construir a origem dos Estados, reconhecer também que são insustentáveis todos os ensaios feitos a este respeito. [...] O fundamento mais fundo deste fenômeno radica na dupla natureza do Estado. Somente quem acredite poder conhecer este estudando-o exclusivamente como instituição jurídica é quem pode elaborar a questão acerca do fundamento jurídico de um Estado concreto. O Estado é, primeiramente, uma formação histórico-social à qual se adiciona o direito, mas que não pode criar este, pois precedem ao nascimento dos indivíduos humanos e se enlaçam com eles.

refletindo a centralização do poder real⁴⁶.

Esse novo contexto político, social e jurídico, como não poderia deixar de ser, teve que ser absorvido pelos pensadores do período que se viram forçados a assistir à ruína do “edifício do saber jurídico dos comentadores” (HESPANHA, p. 249), em razão de que boa parte daquilo que foi produzido pelos prolixos jurisconsultos não mais serviria para a nova realidade que se apresentava. Nesse sentido, também é o ensinamento de Brandão (2012, p. 151)

O direito romano, que cunhou a instituição República (*res publicae*), foi criticado à luz do cenário político nascente. A concentração do poder nas mãos do soberano, que é a cabeça de uma instituição nova, rompe com o modelo conhecido até então, pois intenta seguir por um caminho diverso. Não se objetiva mais a fragmentação do poder, mas, ao contrário, visa-se a sua centralização, por isso o pensamento maquiavélico cunha para dita instituição uma nova nomenclatura: o Estado.

A evolução ora comentada, como sói ocorrer quando o tempo de que se fala é o histórico, não aconteceu de forma repentina. A gestação do Estado Moderno foi lenta e heterogênea, não devendo esse aspecto ser esquecido pelo pesquisador. Preocupados com a precisa reflexão do método da história das ideias, Brandão (2012) e Hespanha (2009) evitam generalidades e deixam sempre claro que o processo de formação do Estado Moderno não pode ser visto de forma linear, tampouco o direito que se desenvolveu em paralelo.

O certo é que o direito não foi imediatamente centralizado pelo monarca: salienta Brandão (2012) que, na primeira fase da Idade Moderna, operam como limite ao poder do rei os costumes, os privilégios e o direito natural. O primeiro constituiu uma permanente fonte do direito, notadamente por conta dos *jus commune* ainda muito arraigado nas comunidades em razão da recente unificação dos territórios. Os privilégios permaneceram como limite ao poder soberano por conta das concessões prescritas nos foros. O direito natural, por sua vez, mantinha-se como doutrina jurídica preponderante entre os pensadores que consideravam que

⁴⁶ Contemporizando esta afirmação, Hespanha (2009, p. 247) argumenta que as atividades de codificação ou compilação de leis “até os finais do séc. XVII, [...] não representam uma intenção de centralização do poder monárquico, inovando o direito por meio da lei régia, mas antes um desejo de corresponder aos pedidos dos povos de, pela redação escrita, se tornar mais certo o direito consuetudinário tradicional”. Sobre a sua concepção de que neste período também ocorre uma codificação, o professor português se manifesta no sentido de que “o empreendimento da codificação do direito foi várias vezes posto em prática na história do direito europeu. Normalmente anda ligado à necessidade de fixar o direito vigente, embora também seja utilizado para o renovar globalmente, de acordo com aquilo que se entende serem as novas necessidades da época.” (HESPANHA, 2009, p. 329).

existiam duas ordens jurídicas, a do Estado e uma superior baseada na vontade divina, que em caso de conflito, iria se sobrepor à vontade do rei.

Nesse contexto, surge para Hespanha (2009) três possíveis orientações para a doutrina: a primeira seria a de considerar o direito romano-justinianeu apenas no seu caráter histórico-filológico, considerando-o não mais vigente, tentando libertá-lo dos seus exageros interpretativos, o que ficou conhecido como Escola Culta, Humanista, Elegante, ou *mosgallicus*, em virtude da sua proeminência na França; a segunda corrente buscava adequar o que foi produzido pelos Comentadores às novas matérias, descartando aquilo que não poderia ser reutilizado, dando origem a uma refundação e um recompletamento do sistema construído pelos Comentadores, o que ficou conhecido como *ususmodernusPandectarum*, mais desenvolvido na Alemanha. Por sua vez, a terceira orientação ficou conhecida como Bartolismo Tardio, mais comum nas penínsulas itálica e ibérica, além do sul da França, característico pela base romanística, que manteve e desenvolveu o saber dos Comentadores.

Esse giro que a doutrina do direito teve que dar para se adaptar à modernidade, que surgia, foi um passo essencial para a reelaboração metodológica da ciência jurídica, sendo importante apontar algumas características de duas escolas metodológicas comumente lembradas, que retratam bem as mudanças do período, o *mositalicustardio* e o *mosgallicus*, também conhecida como Escola Humanista. Sobre o tema, é relevante citar o ensinamento de Brandão (2012, p. 154):

O método da escola dos comentaristas foi adotado nas universidades criadas no Sacro Império Romano Germânico, fundadas no séculos XIV e XV, sobretudo nas universidades alemãs e austríacas. A escola dos comentaristas, portanto, será determinante para o desenvolvimento do ensino jurídico europeu e, como essa escola surgiu na Itália, o seu método foi chamado de *mositalicus*.

Marcada pelo elevado uso do argumento de autoridade, essa escola ficou marcada pelo excessivo apego aos comentários doutrinários de Bártolo e distanciamento das fontes do direito romano e canônico, valorizando as interpretações sucessivas dos comentadores, tornando “mais valiosa a *communis opinio*, (...) do que a consulta direta aos textos da compilação de Justiniano (...) e do Decreto de Graciano e das Decretais” (BRANDÃO, 2012, p.154), que eram justamente as fontes primárias do direito romano e canônico

respectivamente. O resultado desse tipo de produção intelectual foi um aumento na complexidade do que era produzido, muito em consequência da falta de conhecimento do latim erudito por parte dos juristas que usavam o latim vulgar, além da sua preocupação maior com a prática forense em detrimento da pesquisa nas universidades.

Pelo exposto, observa-se que faltava a essa escola o espírito crítico perante os textos que utilizavam, resultado da completa submissão que tinham os juristas. Além disso, a falta de organização do que era produzido pelos juristas ficava claro pelo casuismo comum das suas obras, o que gerou desordem na práxis dos tribunais que tinham que resolver casos por meio da exegese dos textos romanos, usando a lógica e a dialética medieval⁴⁷.

Em que pese essa dificuldade metódica, tal escola apresentou importante contribuição no âmbito penal pela prática de Tibério Decianus, que, segundo Brandão (2012), criou a primeira parte geral do direito penal. Assim se manifesta o professor pernambucano:

Ao analisar o crime a partir das quatro causas primeiras de Aristóteles, quais sejam, a causa formal, a causa material, a causa eficiente e a causa final, Decianus encontra os elementos comuns a todas as ações consideradas criminosas e, com isso, desenvolve uma teoria que se aplica aos crimes conhecidos na época. A causa formal do crime é a lei (embora não se encontre aqui a afirmação do princípio da legalidade, pois se admite a *lexnaturalis* e a lei costumeira como fundamentos de incriminação, mas temos em gérmen aquele princípio), a causa material do crime é o dolo, a causa eficiente é a ação, enquanto a causa final é a motivação do agente. (BRANDÃO, 2012, p. 155)

Opondo-se a esse estilo exacerbado e pouco prático dos italianos, objetivando principalmente simplificar o direito e torná-lo mais acessível mediante a restauração da pureza dos textos jurídicos da antiguidade, nasce, na primeira metade do século XVI, o Humanismo Jurídico, ou *mosgallicus*, extremamente conectado com os saberes do seu tempo ao se filiarem culturalmente aos

⁴⁷ Nesse sentido, cf. CARPINTERO, Francisco. “*Mositalicus*”, “*mosgallicus*” y el *Humanismo racionalista*. Disponível em: <<http://www.franciscocarpintero.com/contenido.html>>. Acesso em: 15 maio 2013. Carpintero chama essas duas escolas de “correntes metodológicas” (p.108) e afirma ter estudado sobre ambas no intento de identificar em qual delas se inseriria Fernando Vázquez de Menchaca, mas acabou descobrindo que o método de Menchaca e de outros autores da época não poderia ser reduzido apenas a uma dessas duas escolas, sugerindo uma terceira que até então teria ficado sem a devida atenção dos historiadores do pensamento jurídico. Sobre o tema, cf. também BRITO, Alejandro Guzmán. “*Mositalicus*” y “*mosgallicus*”. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso: Pontificia Universidad Católica, v. 2, 1978. Disponível em: <<http://historiantigua.cl/wp-content/uploads/2011/12/20-guzman-brito-alejandro-mos-italicus-y-mos-gallicus-121.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

renascentistas e sua paixão pela Antiguidade Clássica, além do humanismo que, no plano filosófico, se sobreponha à escolástica medieval, a recente ascensão dos direitos nacionais centralizados e a forte crítica da época ao jurista do período anterior, considerado demasiadamente hermético.

Os juristas dessa escola tomaram consciência do assentamento histórico do direito romano e fizeram dele uma fonte a mais do ordenamento jurídico. Trataram as fontes romanas, levando em conta o seu contexto e depurando aquilo que era a sua essência. Segundo Brandão (2012), apoiado em Abelardo Levaggi, o retorno ao classicismo foi o que conduziu o jurista ao uso da razão na busca da compreensão das instituições do direito, resultado do encontro dos pensadores enquadrados no *mos gallicus* com os argumentos lógicos e a forma perfeita de raciocínio expressados desde os analíticos aristotélicos.

Concordando com essa opinião, Hespanha (2009, pp. 256-257) aponta uma série de orientações que, a partir de então, o humanismo jurídico iria propor:

- a) Uma *depuração histórica filológica dos textos jurídicos romanos*, que nos libertasse, por um lado, da ganga das glosas e comentários medievais, e, por outro, das próprias correcções introduzidas nos textos clássicos dos compiladores justinianeus. [...]
- b) Uma tentativa de *construção sistemática do direito*, inspirada filosoficamente no idealismo platónico e procurando refazer uma lendária obra de Cícero, *De iurecivili in artemredigendo*, na qual ele teria exposto o direito romano sob forma sistemática. [...]
- c) Uma *reforma do ensino jurídico*, que atendesse, antes de tudo, ao texto da lei. [...]
- d) Uma atenção nova a um *direito natural de cunho racionalista e sistemático*. Também os humanistas foram contagiados pela tradição jusnaturalista romana. [...] um direito romano que fosse *sistematizável e redutível a dois ou três princípios racionais adaptados à mundividência da época*[...]. É assim que, no século XVI, se começou uma segunda recriação do direito romano (a primeira fora a dos comentadores), agora em moldes racionalistas.

A referência que acabou de ser feita a *mos italicus* e a *mos gallicus* não admite a conclusão de que apenas essas duas escolas foram as únicas prévias do direito natural racionalista. Não pode ser deixado de lado que o direito europeu ocidental no final do século XV e início do século XVI não se resumia a essas duas correntes apenas. Poderiam ser citados ainda a Escola do *usus modernus Pandectarum*, o *common law* e a cultura jurídica popular, ou o direito dos rústicos, como também era conhecido no erudito e elitista meio acadêmico da época, todas com a sua parcela de influência no jusracionalismo moderno. Porém,

uma digressão, ainda que resumida desses grupos, poderia tirar a linha de raciocínio do desenvolvimento do jusracionalismo moderno, que comumente é desenvolvida por historiadores das ideias⁴⁸.

3.2 O JUSNATURALISMO, MÉTODO E SECULARIZAÇÃO

Por óbvio, não se pode falar em jusracionalismo sem remeter às suas bases metodológicas, de natureza científica, das quais se pode afirmar que, sem elas, certamente, o jusnaturalismo medieval teria permanecido até a próxima revolução científica. Utilizando as expressões de Kuhn (2011), perfeitamente aplicáveis no caso, o novo paradigma científico permitiu que os filósofos tivessem em mãos novos objetivos, como por exemplo, a formação do estado moderno, em que as peças do quebra-cabeça seriam retiradas da religião, do direito e da teoria política⁴⁹.

⁴⁸ Sobre a escola do *ususmodernusPandectarum*, cf. Hespanha, 2009, p. 259 e ss. Sobre a cultura jurídica popular europeia do início do século XVI, cf. interessante digressão histórica e crítica do próprio Hespanha na mesma obra nas páginas 270 e ss. Criticando a ênfase da maioria dos historiadores do direito no *mositalicus* e *mosgallicus*, Carpintero (1977) não enxerga com a facilidade dos demais o salto metodológico entre o *mosgallicus* e o direito natural racionalista que surgiria, assim se manifestando: com esta abordagem do estado em que se encontrava metodologia jurídica no século XVI, era extremamente difícil, se não impossível, para explicar a mudança da jurisprudência medieval para a moderna jurisprudência racionalista de Grotius e Pufendorf . [...] Mas ao expor os debates e diferenças que houve entre os seguidores de ambas as tendências aludidas, explicando algo da origem e natureza de cada uma, ou ao fazer referência a algumas teorias jusnaturalistas anteriores ao século XVII não se explicam as razões que motivaram o nascimento da metodologia própria do racionalismo jusnaturalista que irrompe vigorosamente no mundo jurídico do século XVII. Esta lacuna na história do pensamento jurídico se deve, segundo nossa opinião, a um duplo motivo. Em primeiro lugar, os conceitos “*mositalicus*” e “*mosgallicus*” mais comumente utilizados, que são os quais fizemos referência, contém inúmeras inexatidões frutos de tópicos que coagularam há muito tempo e que tornam impossível valorar corretamente a função histórica que cumpriram. Por outra parte, o estudo insuficiente da história da metodologia jurídica se reflete no desconhecimento da forma de proceder no Direito de Fernando Vázquez de Menchaca e de outros autores que, sem serem tachados ao “*mositalicus*” ou ao “*mosgallicus*”, criaram e desenvolveram uma metodologia nova até então. Adiantando ideias, diremos agora que estes juristas, que se orientam por um caminho distinto ao da antiga jurisprudência e que não se dedicaram à análise histórico-filosófica nem ao estudo do puro Direito romano – que foram as ocupações dos seguidores da Escola de Bourges – renovaram a jurisprudência medieval mediante a inclusão na razão jurídica de ideias e conceitos que tomam da literatura, da história e da filosofia greco-latina. Desta forma, os elementos que integravam a razão jurídica rompem os moldes, que já estavam estreitos, do direito romano e o jurista traz para si um campo de ação cada vez mais amplo que progressivamente foi tomando um corte filosófico. (CARPINTERO, 1977, pp. 110 e 111).

⁴⁹ “uma comunidade científica, ao adquirir um paradigma, adquire igualmente um critério para a escolha de problemas que, enquanto o paradigma for aceito, podem ser considerados como dotados de uma solução possível.” (KUHN, 2011, p. 60). Sobre a metáfora do quebra-cabeças: p. 60 e ss.

3.2.1 O método da teoria política

O século XVII estava marcado pelo início do fim da *auctoritas*, típica da filosofia escolástica, que pregava que a missão da razão era a incansável defesa das autoridades por meio da interpretação dos textos, e não a crítica (WIEACKER, 2004). O pensamento iluminista não permitia mais que a verdade fosse obtida de tal maneira, resultado também da radical crítica das crenças religiosas ocorrida nos séculos XVII e XVIII. Sobre a crise da autoridade, Arendt (2011) deixou valioso texto, verdadeira genealogia da autoridade, no qual afirma que o início da crise da autoridade do pensamento escolástico se deu a partir de Maquiavel e sua teoria política, que trazia consigo um menosprezo por todas as tradições cristãs moldadas e reinterpretadas pela Igreja. Segundo a autora, a ideia central era que todo contato entre política e religião necessariamente corromperia ambas, fazendo com que Maquiavel revisitasse a história e a mentalidade romanas a fim de teorizar sobre a unificação da Itália por meio da experiência da fundação da Cidade Eterna, dando origem à noção de Estado, o que, necessariamente, exigiria um profundo afastamento da teoria política da doutrina católica.

Ao lado de Maquiavel neste marco teórico, Habermas (2012) insere Thomas Morus, afirmando que ambos, o italiano e o inglês, alcançam cada um novo campo de reflexão frente à antiga política. Enquanto Maquiavel propõe a formação do estado com a finalidade de assegurar politicamente a reprodução da vida, Morus se preocupa em assegurar a sobrevivência político e socialmente. Para isso, ambos propõem separar a estrutura do domínio do contexto ético, consumando, cada um ao seu modo, a separação da ética e da política. Ambos usaram o método experimental para elaborar suas proposições, estabelecendo perguntas técnicas a serem respondidas pelas suas teorias.

A percepção da importância deste período histórico da teoria política para o jusnaturalismo racional, que se seguiria, fez com que Ferraz Jr. (2011) citasse na sua argumentação o mesmo texto de Habermas, onde o autor alemão afirma que “os pensadores modernos já não se perguntavam, como faziam os antigos, pelas relações morais da vida boa e excelente, senão pelas condições fáticas da sobrevivência” (HABERMAS, 2012, p. 58).

Convém citar também outro trecho, no mesmo contexto, em que o autor alemão reforça a mudança metodológica do pensamento político, mostrando a sua

relação direta com a necessidade da secularização do pensamento jurídico para a obtenção da formação do estado moderno:

Esta necessidade prática, que exige soluções técnicas, está no início da moderna filosofia social. Diferentemente da necessidade ética da política clássica, não exige nenhuma fundamentação teórica das virtudes e das leis em uma ontologia da natureza humana (HABERMAS, 2012, p. 58).

Além da passagem já citada acima da obra de Ludwig von Bar (1916), onde esse enaltece a visão prática que Pufendorf tinha do direito em contraposição à ácida crítica de Leibniz de que o saxão não seria um filósofo. Nesse mesmo sentido, posiciona-se mais modernamente Vanda Fiorillo (1992), que, em obra específica sobre a doutrina pufendorfiana, afirma que o autor soube muito bem equilibrar a sua intenção prática com o método analítico-dedutivo.

3.2.2 O método das ciências naturais

Outra referência comumente citada que influenciou o jusracionalismo foi o cientificismo de Galileu e Descartes. A importância do pensamento desses dois cientistas foi realçada por Wieacker (2004, p.285), afirmando que “sem esses dois vultos, a fase lógico-sistemática do jusracionalismo não se teria tornado possível”. A grande diferença do novo método não estava na rejeição da autoridade ou do fato de os cientistas modernos recorrerem à experiência: para Villey (2005), a diferença se encontra no fato de o novo método de experiência sair do modo integral para o modo artificial, matematizando todos os dados considerados mensuráveis⁵⁰.

O raciocínio dedutivo e a observação empírica, que fazem parte de uma nova lógica, levaram à construção da experiência científica de forma sistemática, fugindo da antiga dialética apta a raciocinar sobre os valores e qualidades, tais como a qualidade do justo aristotélico, sendo esse o método que vai percorrer todas as importantes teorias jusracionalistas, notadamente a de Pufendorf, o grande sistemático do jusracionalismo. Essa forma de pensar e, principalmente, verificar o

⁵⁰Vale lembrar que as obras consideradas fundadoras do jusracionalismo foram escritas pouco antes do Discurso do Método (1637) de Descartes. Por exemplo, a obra de Hugo Grório, *De jure belli ac pacis* é de 1625, o que não quer dizer que ele não tenha sido influenciado pelas ciências que estavam em pleno desenvolvimento. “Não há ruptura entre Descartes e o que o precede imediatamente”, afirma Michel Villey,(2005, p. 640).

mundo, não é mais compatível com o pensamento aristotélico-tomista do sistema que estaria para ser rompido.

Antes de serem vistas as consequências diretas desse método no juracionalismo, vale a pena tratar de forma sucinta de mais um dado fornecido por Villey (2005). Segundo ele, não é verdade que a ciência moderna não tinha sua própria moral, muito pelo contrário. O objetivo dos pensadores da antiguidade era procurar sua razão em si mesma, primando pela especulação, enquanto os fundadores da ciência moderna esperavam usar suas conclusões como técnica, fugindo da especulação desinteressada e se desenvolvendo em função das necessidades materiais humanas, num culto à ação prática e ao humanismo. Ainda de acordo com Villey (2005, p. 590):

Essa promoção da técnica por certo tem, como tudo, raízes antigas. Mas é de fato o germe de uma nova moral que a ciência moderna contém agora, naquilo que seu utilitarismo oferece agora de radical; veremos essa tendência utilitarista conquistar toda a filosofia do direito.

Ainda ressaltando a importância do método de Galileu e Descartes, Hans Welzel se vale de citações diretas dos autores para comprovar o que ele considera o “impulso motor da teoria do direito natural profano” (WELZEL, 1971, p. 114).

Na obra *De Corpore*, Hobbes afirma que “o método analítico e sintético de Galileu e Descartes se converte em modelo para a nova teoria do direito natural”. Do mesmo autor, na obra *De Cive*, “Para chegar a conhecer os direitos do Estado e as obrigações dos súditos, é preciso (...) considerar como decomposto o Estado (...)” (*apud* WELZEL, 1971, p. 115). Já Pufendorf, na obra *Dissertatio de statu hominum naturali*, teria afirmado “As investigações da natureza não se contentam com a consideração da aparência externa (...) decompondo as partes que a compõem. O mesmo método utiliza os que querem indagar sobre o Estado” (*apud* WELZEL, 1971, p.115). Vale salientar, como já explicitado acima, quando foi tratada de forma breve a biografia de Pufendorf, que seu mestre em Jena, ErhardWeigel, era grande defensor das ideias de Descartes⁵¹.

Como se pode perceber, foi do juracionalismo o mérito de estender à ética social os métodos das novas ciências naturais, transformando o homem em objeto

⁵¹ Especificamente sobre vida, obra e pensamento de ErhardWeigel, deixando um pouco de lado sua relação com Pufendorf, cf. PAOLINELLI, 2006, pp. 436-439. Cf. também, mais brevemente, LAURENT, 1982, p. 200.

de observação, em busca da compreensão das leis naturais da sociedade. Apresentando como a origem remota do jusracionalismo, Wieacker (2004, p. 288) demonstra com arguta precisão e concisão de que forma o direito seria influenciado pela nova ciência ao afirmar que “a pretensão moderna de conhecimento das leis naturais é agora estendida à natureza da sociedade, ou seja, ao direito e ao Estado; também para estes devem ser formuladas leis com a imutabilidade das deduções matemáticas”.

Conforme afirma Ferraz Jr. (2011), o termo sistema vulgariza-se e torna mais preciso a partir da obra de Christian Wolff, passando a ser melhor conceituado a partir de Lambert, autor que considera sistema um mecanismo de partes ligadas umas às outras como um organismo e de forma ordenada. Para além dos conceitos, pois aqui se trata do método, a forma sistemática de estudo do direito é atribuída à obra de Althusius, o tratado *Dicaeologicae*, datado de 1617. Althusius, utilizando o método da *Nova Lógica* Pierre de la Ramée (ou PetrusRamus), elabora um tratado lógico do sistema jurídico, criando até um gráfico em forma de pirâmide com as noções da ciência jurídica. Segundo Villey (2005), de onde essas lições foram retiradas, a separação elaborada por Althusius entre fato e direito influenciou, por muitos anos, a ciência alemã, sendo a ele creditado o conceito *Tatbestand* e quiçá, porém com menor certeza, a rubrica *Allgemeiner Teil*. O professor francês conclui a participação de Althusius na formação do pensamento da época exaltando sua metodologia:

Althusius, com seu método, já dissecava, cinde, desintegra o que Aristóteles reunia; vemo-lo substituir o mundo unitário de Aristóteles por um mundo de essências separadas, um mundo de ideias que é governado mais pelo afã da ordem lógica exigida pela mente humana que por uma preocupação de realismo. A separação que ele opera firmemente entre fato e direito pressagia os dualismos modernos. (VILLEY, 2005, p. 630)

Essa fase do pensamento jurídico, situada no século XVI, é considerada por Hespanha (2009) o fim do princípio do desenvolvimento do jusracionalismo. Aqui, já estavam preparadas as estruturas dogmáticas de diversos ramos do direito, assim como seus princípios (axiomas) e significado técnico-jurídico das palavras. Estavam fundadas as bases para a construção dos sistemas jurídicos, por meio do movimento de síntese, saindo do modelo do Digesto, de resolução de casos pontuais mas caoticamente organizados, ao modelo das Institutas, que são tratados

de caráter sistemático⁵². Mediante o correto funcionamento dessa engrenagem intelectual, a junção de novos conteúdos estabelecidos em sistemas organizados, o direito passa a depender cada vez menos das interpretações casuísticas de tradição romanística, tornando-se mais seguro e previsível pela expectativa de correção do sistema lógico⁵³, fundando as bases para uma nova fase do seu desenvolvimento.

Abre-se a época do *direito natural racionalista*, em que se acredita que os princípios superiores do direito são um produto da razão que, ao elaborá-los, revela uma ordem universal. [...] Atingida, portanto, esta fase de construção sistemática do direito, impunha-se uma remodelação dos instrumentos lógico-conceituais disponíveis no sentido da sua simplificação, pois as subtilezas da ciência jurídica dos Comentadores, além de desnecessárias, tornavam-se opressivas e incômodas. (HESPAÑHA, 2009, p. 253)

A ideia de elaborar um sistema, aos moldes dos sistemas naturais, é de tal modo inserida no pensamento jusracionalista que fica claro o esforço de Pufendorf em elaborar um sistema jurídico completo, que abarca desde o conceito de homem até as relações entre estados, conforme se verá quando da análise da obra do autor. Colocando-se em uma fase do pensamento moderno profundamente influenciada pela nova física, particularmente a cartesiana, Pufendorf se propôs a desenvolver uma posição rigorosa, almejando a puro controle racional da realidade, nesse aspecto distanciando-se sensivelmente da precedente tradição aristotélica (FIORILLO, 1992).

3.2.3 Secularização como necessidade metodológica

Informados pelas ideias do racionalismo recente, os jusracionais sabiam que não seria possível elaborar uma teoria do direito que buscasse a paz entre os homens por meio da formação e permanência dos Estados sem que houvesse o esforço para ao menos esconder dessa teoria qualquer referência a dados

⁵² Para um apanhado das primeiras obras sistemáticas, v. Hespanha, 2009, p. 252, nota 299.

⁵³ Sobre esta segurança do sistema, assim se manifesta Hespanha (2009, p. 254): “Agora, a tarefa da *Rechtsfindung*[achamento da solução jurídica] era dirigida, com bastante segurança, pelo conjunto de axiomas, logicamente concatenados, do sistema jurídico. A possibilidade de hesitação entre princípios contraditórios, tão comum no sistema ainda incompletamente construído dos Comentadores, com a consequente falta de segurança no achamento de soluções jurídicas firmes, não se verifica agora, pois as regras de direito estão unificadas num sistema lógico-conceitual isento de contradição. Deste modo, é possível ir pondo de parte a invocação da “*opiniocommunis*”, substituindo-a na sua função disciplinadora, pelos critérios da “boa razão”, i. e., da lógica interna do sistema jurídico.”

religiosos, o afastamento da ética escolástica do jusnaturalismo. Ao contrário do que parece, não foi a secularização o principal traço do juracionalismo, sendo mais essencial para o seu sucesso a “emancipação metodológica em relação à teologia moral e à sua promoção a uma ética social profana e autônoma” (WIEACKER, 2004, p. 299).

Não obstante a importância exagerada dada ao processo de secularização, o que é pacífico entre os autores é que, enquanto o direito estivesse preenchido de elementos religiosos, não seria possível utilizá-lo como elemento pacificador e unificador da sociedade europeia, que tinha visto as teorias do direito natural, sendo utilizadas como um meio a mais de se fazer a guerra. Nesse sentido, Welzel (1971, p. 113) afirma que as polêmicas religiosas haviam se transformado em guerras sangrentas, sendo necessário buscar novos fundamentos a fim de estabelecer um “solo comum” no qual poderiam todos se encontrarem, “o mesmo o católico que o luterano ou o reformado, o mesmo o cristão que o pagão”. Da mesma forma, Gilissen (1986, p. 364) defende que só poderia ser possível encontrar regras jurídicas que evitassem guerras da religião através da inspiração na “própria natureza do homem cujo respeito se impunha a todos”.

Por essa necessidade, Hugo Grório (1583 – 1645), outro sistemático⁵⁴, é citado por alguns autores como o fundador do direito natural e das gentes, por meio da sua obra *De jure belli ac pacis*(1625)⁵⁵, que marcou um “ponto sem volta” e “inicia uma revolução na maneira de pensar o universo jurídico” (GOYARD-FABRE, 2006, p. 12)⁵⁶. Ainda que para muitos a filosofia moderna comece com Descartes, pode-se dizer, com esteio em outros autores, que Grório, apesar de ter um pensamento ainda “sobrecarregado de referências escriturárias e escolásticas” (GOYARD-FABRE, 2006, p. 08), foi o responsável pelo estabelecimento dos primeiros marcos do racionalismo construtivista, que produziria e disciplinaria a normatividade jurídica.

⁵⁴Para uma interessante análise do sistema de Grório, Michel Villey (2005), p. 656 e ss.

⁵⁵Considerando “herói fundador do novo direito natural e das gentes”, Christian Wolf, citado por Wieacker (2004, p.325). Discordando desta opinião, relativizando a importância de Grório: Gilissen, (1986, p. 364 e ss). e Welzel, (1971 p. 126, n. 50).

⁵⁶ Simone Goyard-Fabre (2006, p. 13) é pródiga nos elogios à obra de Grório, afirmindo ainda que “em menos de meio século, o tratado de Grório entrou na categoria das obras imortais. O certo é que, depois da obra do jurisconsulto holandês, já não se podia pensar o direito como antes dele. Noutro ponto, a autora assim se manifesta: “inicia-se uma revolução na ciência do direito, comparável à que Galileu opera em física: o universo jurídico é a partir daí considerado autárquico e o tratado *Do direito da guerra e da paz* é um imenso arrazoado em favor da independência racional do direito”. (Goyard-Fabre, 2006, pp. 17-18)

O papel de Grócio e de Pufendorf, no passo para a secularização metodológica da jurisprudência, foi assim bem resumido por Robert Derathé:

Sabe-se que os esforços de Grotius de Pufendorf tendiam principalmente a separar o direito natural da teologia. Além disso, quando eles abordaram o problema político, foram levados naturalmente a romper os laços tradicionais que uniam a este o problema religioso. É uma verdadeira revolução o que eles realizaram no domínio da ciência política ao conduzirem vitoriosamente o combate à doutrina do direito divino: eles soltaram a ciência política de seus vínculos com a teologia e, num mesmo golpe, libertaram o Estado da tutela da Igreja. (DERATHÉ, 2009, p. 74)

O fato é que o modo de pensar indo além do conservadorismo escolástico já tinha aparecido na produção bibliográfica de Grócio antes mesmo da publicação do *De jure belli ac pacis*. Como informam seus comentadores, no parecer *De jure praedaecomentarius* datado de 1605 e relativo ao caso da nau portuguesa Catharina, que foi vistoriada e teve algumas mercadorias sequestradas pelo almirante Heemskerck, Grócio já recorria ao procedimento dedutivo da matemática em razão do rigor e racionalidade do raciocínio *more geométrico*, concluindo que a partir de então “a ciência jurídica deveria avançar com base no encaminhamento racional que faz a força da matemática” (GOYARD-FABRE, 2006, p.13).

Vê-se que o jurista holandês, mesmo antes da publicação do *Discours de la Méthode*, que viria apenas em 1637, apresenta sua ambição epistemológica ao antecipar o uso da razão no discurso jurídico, desenvolvendo método e modo de pensamento que consagram sua posição perante o pensamento moderno, buscando deixar de lado as elucubrações eruditas características da *auctoritas* mediante a demonstração de encadeamentos lógicos e pensamentos claros e sintéticos.

Em mais uma opinião elogiosa, Goyard-Fabre⁵⁷ (2006) aponta que Grócio, por seu método, antecipou o procedimento de Descartes, ao afirmar, no item LVI dos Prolegômenos do *De jure belli ac pacis*, o seguinte:

Nesta obra, propus-me principalmente três coisas: apresentar minhas razões de decidir de maneira mais evidente possível, arrumar em boa ordem as matérias que tratei, distinguir nitidamente as coisas que podem parecer semelhantes ou de mesma natureza, apesar de haver entre elas uma diferença. (GROTIUS, 1867, p. 55)

⁵⁷ Simone Goyard-Fabre (2006, p. 15, n.13) afirma, na sua excelente obra Filosofia Crítica e Razão Jurídica, que esta citação estaria no item LVIII dos Prolegômenos da obra *De jure belli ac pacis*, mas na verdade encontra-se no item LVI.

Talvez haja certo exagero por parte da professora francesa, mas não há como negar que o método matemático tomou conta da doutrina jusracionalista a partir de então. Concluindo a comparação com Descartes e votando pelo pioneirismo de Grócio, Goyard-Fabre (2006) aduz que os cânones metodológicos da nova ciência do direito são, realmente, como foram para Descartes, regras de trabalho, diferenciando Grócio por torná-las, além de regras puramente operatórias, definidoras do estilo de pensamento do racionalismo moderno. O direito não mais procederia de uma empiria, não mais poderia fazer parte das disciplinas que dependem das crenças e da experiência:

Como o aritmético que trataria dos números mesmo que, no mundo empírico, não houvesse ninguém para contar ou nada para contar, como o geômetra que só considera o triângulo ideal ou o círculo perfeito, o jurisconsulto só pensa o direito em sua relação com axiomas e definições e só o estabelece por provas estritamente racionais. (GOYARD-FABRE, 2006, p. 16)

A secularização é um tema importante na obra de Grócio em razão de um trecho em que ele supõe, aparentemente com fins argumentativos, que o direito deveria ser o que é ainda que Deus não existisse. Assim se manifestou o filósofo neerlandês:

Isso que estamos a dizer teria lugar de qualquer forma, mesmo se concedêssemos, o que não poderia ser concedido sem um grande crime, que não existisse Deus, ou que os assuntos humanos não fossem objeto de seus cuidados. (GROTIUS, 1867, pp. 13-14, XI)

Essa afirmação soou deveras incisiva para a época, mas não há como não interpretar essa afirmação como uma objeção ao direito teologizado, dependente das especulações dos intérpretes da vontade divina, demonstrando que a ciência do direito deve obrigatoriamente laicizar-se e tornar-se voltado ao homem e aos seus interesses. Nesse sentido, a validade do direito não deve ser procurada na vontade divina, e sim naquilo que surge da razão humana, dotada de método e destinada a um fim.

Em que pese o livro ser mais utilizado nos estudos de direito internacional, a guerra de que trata Grócio, ou, mais precisamente, as guerras, abarcariam grande parte dos conflitos humanos, para além do conceito moderno de guerra. Grócio dividiu as guerras em guerras públicas, que são entre Estados; guerras privadas, que ocorrem entre particulares e guerras mistas, que são as insurreições. Escrita no

decorrer da guerra dos trinta anos e dois anos após ter sido solto da prisão, a obra revela a preocupação do autor com o estabelecimento de um direito supranacional esupraconfessional, de natureza internacional e que pudesse se manifestar também em tempos de guerra. Sua obra era perfeitamente contextualizada com o seu período histórico, no qual a paz estava sendo constantemente violada por disputas entre reis que tinham a religião como pretexto para obtenção de novos domínios, fato que não poderia ser deixado de lado por Grócio, homem que, como outros do seu tempo, tomavam para si a responsabilidade de elaborar um direito que superasse essas contingências⁵⁸.

Segundo Welzel (1971), o desejo de Grócio era estabelecer pontes sobre os abismos gerados pelas guerras religiosas, sendo essas pontes a razão, que estaria por sobre todas as diferenças religiosas, e o direito, esse extraído daquela razão. Welzel cita diretamente Grócio ao afirmar que o direito extraído da razão seria “tão comum a todos os homens, que não tolere nenhuma diferença religiosa”⁵⁹. É reconhecido como um dos mediadores mais eficientes da história entre uma visão filosófica do mundo e a ciência do direito⁶⁰.

A obra de Grócio foi situada neste ponto do trabalho, da secularização do direito, por sua relevância e influência específicas neste aspecto. O papel preponderante de Grócio é o de mediador entre a “tradição da teologia moral e o futuro juracionalismo profano” (WIEACKER, 2004, p.338). Ele soube como ninguém unir a tradição moral e um projeto de futuro de tal forma bem estruturado e baseado em fontes respeitadas que seus escritos tiveram extraordinária influência, tornando-se uma obra de ética jurídica. Grócio foi, por muito tempo, considerado o fundador do direito natural pela força da sua própria crença no seu projeto de direito voltado para a realidade e dotado de uma visão global, mesmo que baseado em ensinamentos bíblicos e normas de direito romano.

⁵⁸Nesse sentido, Villey (2005, p. 633): “É o poder secular que dita a solução dos cismas decorrentes das querelas confessionais: ele impõe o catolicismo na Itália e na Espanha, o luteranismo na maioria dos principados alemães, o anglicanismo na Inglaterra.” Ainda sobre as guerras religiosas do período, Villey (2005) afirma que não tinham caráter de guerra civil e sim internacional, com tendência de ser permanente, difícil de ser controlada por uma entidade central, diferentemente do que ocorreu na idade média em que a religião era uma só.

⁵⁹De jure belli ac pacis, II, cap. XV, 8. Apud. Welzel, p. 127. Também exaltando esse sentido na obra de Grócio, Bonavides (1980, p. 20) afirma que “passava esse direito a ter validade absoluta, onde quer que entes humanos congregassem, à margem de quaisquer considerações de tempo e lugar. Alcançaríamos assim um direito válido ontem, hoje e amanhã, neste ou naquele continente, numa tribo de tupiniquins ou numa civilização de nova-iorquinos.”

⁶⁰A opinião é a mesma em todas as obras citadas neste trabalho que versam sobre Grócio. Mais precisamente, Villey (2005, p. 632).

A secularização do direito que se podia inferir da obra era camouflada de dados também religiosos, o que permitiu a melhor aceitação de sua doutrina, que não tentava pregar uma ética protestante ou católica, e sim uma ética jurídica baseada na razão humanista dosada em princípios cuidadosamente espalhados em sua obra e, ainda, ser considerada uma doutrina do direito natural laica e profana. Como poucos, ele usou o dogma não para cingir outras ideias, senão para uni-las, por meio daquilo que o dogma oferecesse de útil para a sua nobre intenção⁶¹.

O direito para Grócio, considerado o fim a que propunha, não poderia seguir outro movimento senão o da filosofia. A Europa exigia um direito diferente daqueles praticados até então. Mais uma vez utilizando os ensinamentos de Villey (2005, p. 640), para Grócio “o direito só podia ser restaurado se se vinculasse aos dados gerais dessa nova cultura em vias de triunfar em toda a elite intelectual e por toda a Europa.”

Chama a atenção que Grócio busca deixar de lado os chamados *prima principia*, que eram aqueles princípios gerais exageradamente estudados pelo direito natural escolástico. O autor buscou em sua obra tratar dos princípios intermediários, muito mais úteis à realidade e que permitiam que ele se esquivasse de temas por demais genéricos, que certamente necessitariam de um posicionamento arriscado do ponto de vista religioso⁶².

Na verdade, existe certo consenso entre os doutrinadores modernos que não é própria de Grócio a laicização do direito, sendo esse dado da sua obra uma quase repetição do que já pregavam os espanhóis escolásticos Suarez e Vasquez de Menchaca, tão deixados de lado nas referências históricas pelos escritores europeus não ibéricos⁶³, sendo também consenso que deve ser reconhecido seu mérito de ter escolhido tal caminho como uma solução possível para a empresa que se dispunha a realizar.

Apesar dessa não originalidade no ponto em que é dada ênfase, a obra de Grócio foi escolhida como marco teórico deste tópico pela envergadura e popularidade que obteve, influenciando sobremaneira o direito posterior à sua

⁶¹Sobre o papel do dogma na obra de Grócio, cf. Villey (2005, p.638 e ss).

⁶²A distinção entre princípios gerais e intermediários é ressaltada por Welzel (1971, p.128), que afirma que com o avanço dos princípios intermediários há um retrocesso do conteúdo filosófico do direito natural de Grócio ante o conteúdo puramente jurídico.

⁶³Nesse sentido: Villey, (2005, p. 648). Welzel, (1971, p. 131). Carpintero (2000, p. 168). Em sentido contrário, talvez de forma exagerada, Bonavides (1980, p. 21, n.4) afirma que o “grande merecimento” de Grócio foi o de haver laicizado o direito, fundamentando sua opinião em Rudolph Stammler, Charmont e Paul Roubier.

publicação, já tendo sido dito que Pufendorf e seus sucessores tomaram os princípios grocianos para reconstruir o conjunto do direito, influenciando não somente a escola alemã. (VILLEY, 2005).

Certo é que o direito, a partir de então, adquire um perfil novo, sistemático e transparente, ainda que Grócio não tenha renovado todos os âmbitos do pensamento jurídico, pois ainda sobreviviam antigos modos de pensamento⁶⁴ que só seriam completamente expurgados com Leibniz e Christian Wolff. Mesmo assim, o modo racionalista de produzir sobre o direito passou a dar nova estrutura ao próprio sistema jurídico que passou não só a se organizar de forma melhor, mas a usar essa organização para melhor depurar o que era produzido. O método geométrico não foi apenas um aditivo estético ou puramente pedagógico. Compreender de que maneira o pensamento jurídico do século XVII foi alterado em razão da obra de Grócio é essencial para contextualizar a produção intelectual de Samuel Pufendorf e em que panorama intelectual ele produziu seu sistema de direito natural. É nesse sentido que se expressa Goyard-Fabre (2006, p. 19)

O sentido do método é evidentemente mais que metodológico, o procedimento *more geométrico* aplicado ao mundo do direito exprime, na intenção programática que o anima, o envolvimento filosófico da razão: para além de seu modo de trabalho, ela põe em seus próprios *dictamina* o princípio normativo de toda construção jurídica válida e eficaz. [...] o paradigma metodológico nascido da consciência de racionalidade tende a identificar-se ao fio condutor do direito.

Outro pensador que já foi citado acima e que não poderia ficar de fora deste tópico é Gottfried Wilhelm Leibniz (1646 – 1716). O mérito desse alemão de Leipzig foi ter ido além de Grócio no seu racionalismo e ter tentado elaborar um método ainda mais hermético para as ciências jurídicas. Privilegiado pelo fato de poder ter lido Descartes, sua intenção era criar uma lógica válida tanto para as ciências físicas quanto para as jurídicas. Matemático de formação, jurista e diplomata não menos

⁶⁴ HESPANHA (2003, p. 303), falando da *sociabilitas*, que para direito natural racional não constituía um impulso natural do homem, é enfático ao afirmar que Grócio e Pufendorf ainda estavam bastante ligados às autoridades tradicionais: Grócio “continua a reconhecer o ‘appetitusssocietatis’ como um dos impulsos naturais do homem. Este agiria impelido pela razão e pelo instituto gregário. E então o direito natural não seria apenas um reconhecimento dos direitos naturais individuais, mas também a ordem que preside à sociedade humana (*vinculumhumanaesocietatis*), v. Solari, 1959, 13 ss.. Também Samuel Pufendorf (1632-1694) – um pensador hoje menos conhecido, mas de enorme influência na época, nomeadamente entre os juristas – reconhece uma dimensão social na natureza do homem, provocada pela incapacidade humana de viver sem o auxílio dos seus congêneres; de onde a conservação individual decorrer também da conservação da comunidade”.

brilhante, foi capaz de verificar que o método de Grócio ainda poderia ser purificado, abrangendo cada vez mais os limites da razão na ciência jurídica.

Segundo Goyard-Fabre (2006, p.22), aos olhos de Leibniz, a razão deve cumprir duas funções: “desvelar as carências e as insuficiências de que sofre a compreensão do campo jurídico” e como indicou na obra *Nova Methodus*“a razão é o cadinho dos princípios arquitetônicos que são a trama na qual se opera a síntese combinatória necessária para a inteligibilidade do conteúdo do direito”. A autora afirma, ainda, que o filósofo de Leipzig aduzia nessa mesma obra que ainda era indispensável que o jurista mantenha um vínculo erudito entre as obras do presente e as do passado, mas agora seria absolutamente dispensável um direito repleto de glosas supérfluas, a ponto de tornar a exigência de racionalidade “a mola lógica primordial da inteligibilidade das regras e das situações jurídicas”.

O objetivo de Leibniz foi ousado: propagar as Institutas de Justiniano, ressaltando sua ordem lógica segundo procedimento da arte combinatória, derivando das proposições universais do direito natural as leis de direito público e privado, “de tal modo que bastasse combiná-las para julgar todos os casos específicos, e para que se possa apontar os fundamentos de todas as ações, exceções, etc.” (LEIBNIZ, *apud* GOYARD-FABRE, 2006, p. 23).

Traço marcante da doutrina de Leibniz foi o seu objetivismo, levando aos limites matemáticos a explicação das origens do direito natural, opondo-se ao voluntarismo defendido por Pufendorf, colocando a razão um passo antes da vontade humana, até mesmo da vontade divina. A atitude de Leibniz era a de especular um Deus sujeito a princípios lógico racionais anteriores a ele próprio, conforme se vê nos seguintes trechos das suas obras:

Em qualquer ser inteligente, os actos da vontade são sempre, por natureza, posteriores aos actos do seu entendimento ... isto não quer dizer que haja algo antes de Deus, mas apenas que os actos do entendimento divino são anteriores aos actos de vontade divina”, 7 n.31 [Carta a Bierling, Duttens, 1768, V, 386]; e assim, “Deus pode criar matéria, um homem ou um círculo, ou deixá-los no nada (na não existência), mas não pode produzi-los sem lhes dar as suas propriedades essenciais. Ele tem que fazer um homem como animal racional e que dar a forma redonda ao círculo. n.33 [Teodiceia, II, 138] (LEIBNIZ, *apud* HESPAÑHA, 2009, p. 298)

Percebendo essa posição de Leibniz de afastar o direito da vontade humana, Hespanha afirma que o lípsio foi um dos poucos a aceitar todas as consequências advindas do jusnaturalismo contratualista, justificando essa opinião

com a seguinte frase atribuída ao filósofo-matemático: “as leis positivas podem ser injustas”, da obra *De tribus juris naturae et gentium gradibus*(SOLARI, 1959, p. 65ss, apud. HESPAÑHA, 2009, p 323). E assim se conclui o professor da Universidade de Lisboa:

Este é o sinal de que o direito se liberta do império da vontade, de que, para além do querer dos indivíduos ou dos seus representantes, há normas objectivamente válidas, pelo que o princípio *stat pro ratione voluntas* (a vontade faz as vezes da razão) ‘c'est proprement la devise d'unya rān’ (Leibniz, *Meditations sur la Notion Commune de Justice*, 1693). (HESPAÑHA, 2009, p. 323) (grifos originais)

Ao extremo objetivismo de Leibniz se opunha o voluntarismo de Samuel Pufendorf, que soube bem balancear suas crenças e o seu método racionalista, divergência essa que também influenciou para que o lípsio comumente criticasse a obra do seu contemporâneo, como já assinalado no capítulo anterior. A distinção entre as vertentes juracionalistas dos dois autores, voluntarismo e racionalismo, será demonstrada quando da exposição do pensamento de Pufendorf no capítulo seguinte, mas, desde já, cabe tecer alguns comentários sobre a famosa crítica de Leibniz a Pufendorf.

Analisando de forma crítica e aprofundada essa passagem da história das ideias, Norberto Bobbio sentencia que ela representa muito mais que a disputa entre dois grandes intelectuais. Um dos escritos de Leibniz sobre Pufendorf, aquele com o título *Monitaquaedam ad SamuelisPufendorfiiprincipia*, representa, para o italiano, “o ponto de rompimento com a escola jusnaturalista dos seiscentos iniciada com Grócio, e a assunção da posição de fundador da escola do direito natural culminada com Wolf” (BOBBIO, 1965, p. 129).

Com o profundo conhecimento que Gottfried Leibniz tinha da pessoa e da obra de Pufendorf, Bobbio (1965, p. 137) afirma que foram comuns as críticas, que Leibniz fez contra as obras *Elementaiurisprudentiaeuniversalislibri duo* (1960), *De statu imperii germanici* (1667), *Commentariorum de rebus suecicislibri XXVII* (1686), *De rebus gestis Friderici Wilhelmi Magni* (1695) e *De rebus gestis Fridericis tertii* (1734), atacando, principalmente, a “medíocre erudição, nem sempre feliz escolha do material documentário, pobreza de método, e lhe reconhecendo somente o mérito de uma copiosa coleção de material”. Apesar de toda essa leitura de Leibniz, Bobbio (1965, p. 129) observa que é necessário perceber que quanto à obra maior de Pufendorf, *De iurenaturae et gentium*, pode-se dizer que não houve por parte de

Leibniz um aprofundamento sobre esta “o que pode servir para explicar a razão pela qual a crítica leibniziana à filosofia de Pufendorf seja sob certo aspecto defeituosa e deva ser acolhida com muita cautela”.

Resumindo a crítica que Leibniz move contra Pufendorf na supracitada *Monita*, Bobbio (1965, p. 140) considera que ela pode ser centralizada esquematicamente em três pontos: “o fim, o objeto e a causa eficiente do direito natural”. Ao condensar a sua interpretação, o contemporâneo italiano assim se posicionou:

Quanto ao primeiro ponto, o dissenso é desta natureza: Pufendorf sustenta que o fim da ciência do direito natural se exauriria no âmbito desta vida; Leibniz sustenta, ao contrário, que tal ciência deva referir-se até a vida futura. O segundo ponto não é menos claro: o primeiro afirma que a ciência do direito natural se ocupa das ações externas no homem, sendo as ações internas objeto da teologia moral; o segundo considera que são objeto do direito natural não somente as ações externas mas também as internas. Por fim, no terceiro ponto se abre a controvérsia principal, que toca o fundamento metafísico de ambas as doutrinas: Pufendorf, ao menos segundo Leibniz, seria um voluntarista, que justifica a obrigatoriedade do direito fundando-a exclusivamente na vontade de Deus; a esta tese Leibniz responde que a justiça é fundada sobre as eternas verdades que são objeto do intelecto divino. (BOBBIO, 1965, p. 140-141)⁶⁵

O peso dessa crítica foi medido principalmente pela fama de Leibniz, o que a tornou bastante popular. Ocorre que, pelo motivo já exposto acima na análise pessoal de Bobbio, na medida em que o conhecimento que Leibniz tinha da obra de Pufendorf passava ao largo da sua obra principal, na qual o saxão expôs seu sistema de forma melhor elaborada, faltou o lípsio estabelecer crítica contra aquilo que Pufendorf produziu de maior complexidade e resultou no seu maior legado, a obra *De iurenaturae et gentium*. Esse aspecto relevante é assaz rememorado por Bobbio (1965, p. 143), que, noutro ponto do seu ensaio, aponta esta falta como um peso importante a favor de Pufendorf, pois a obra *De officio*, da qual tratou Leibniz, “é um resumo da obra maior, de uso prevalentemente didático, onde o pensamento de Pufendorf estava incompleto e não perfeitamente fundado”, resultando que os comentários de Leibniz “não discutiram o núcleo gerador do sistema adversário, não chegando ao seu interior, limitando-se a contrapor um sistema ao outro, justificando prevalentemente por intenções morais e pedagógicas” (BOBBIO, 1965, p. 141).

⁶⁵ Interessante que essa tripla divisão se encontra também, na mesma ordem e no mesmo sentido, na tese de Welzel sobre Pufendorf (WELZEL, 1993, p. 28, nota 18), a qual não é citada por Bobbio.

Ao analisar o conteúdo propriamente dito da crítica acima tratada, mais exatamente a distinção entre os limites do direito natural quanto às ações internas e externas do homem, Hans Welzel (1971, p. 162) afirma que Leibniz se opunha a Pufendorf na medida em que considerava que “todas as nossas virtudes em relação com os demais homens pertencem ao direito. A ética ensina a virtude, o direito mostra o seu exercício”. Ao criticar a opinião de Pufendorf que o direito se limitaria às ações externas e àquilo vivido na vida terrena, Leibniz se opôs àquilo que, segundo Welzel, foi a mais importante contribuição de Pufendorf para a história do pensamento⁶⁶:

A limitação do Direito por Pufendorf ao comportamento “externo” e a atribuição do comportamento “interno” à teologia moral vai converter-se em uma das ideias mais fecundas do futuro. Dela procede a delimitação clara e precisa do conceito de Direito, que levará em Christian Thomasius à separação entre moral e Direito; vai constituir da mesma forma o precedente da diferenciação kantiana entre legalidade e moralidade, assentando a base sobre a qual se poderá desenvolver-se a liberdade civil. Vai representar, em suma, o marco para a cultura jurídica dos séculos seguintes, uma cultura jurídica na qual nós ainda vivemos. (WELZEL, 1971, p. 162)

Verificados de forma cuidadosa, o método científico, a quebra da autoridade com a teoria política e a secularização são dados que não podem ser vistos de forma tão estanque, sendo todos elementos da evolução de sentido único do pensamento medieval para o pensamento moderno, somente podendo ser divididos quando vistos *a posteriori* e em uma perspectiva estratificada de fins puramente argumentativos, resultando na impossível dissociação completa, ainda que teórica, como se pode ver no que foi exposto acima, em que diversos conteúdos se entrelaçam e todas as perspectivas e autores citados como fundantes do novo sistema podem ser situados em todas as vertentes responsáveis pela ruptura do sistema anterior.

Por meio desta percepção, Ferraz Jr. (2011, p. 44) afirma que os princípios do jurista da era moderna são também seus propósitos: “a teoria instaura-se para o

⁶⁶ Também dando grande importância a esta distinção de Pufendorf, Paul Hazard assim se manifesta: “Pufendorf não nega o poder de Deus, mas relega-o para um outro nível. há o plano da razão pura e aquele da revelação. Então nos termos da lei natural e da teologia moral. O plano dos direitos que nos são impostos porque a direta razão natural nos faz julgar necessárias para o desenvolvimento da sociedade humana em geral, e o plano dos deveres que são impostas sobre nós porque Deus ordenou na Sagrada Escritura. E dito isto, os argumentos que ele traz para mostrar que esses planos não se chocam, e podem até coincidir, mostra a sua discordância profunda. A Teologia que se refere ao céu, a razão natural refere-se à terra, a terra é apenas um Pufendorf gosta de observar: o céu parecia muito distante.” (2009, p. 258)

estabelecimento da paz, a paz do bem-estar social, a qual consiste não apenas na manutenção da vida, mas da vida mais agradável possível". O direito passaria a ter caráter instrumental, buscando a convivência pacífica dos homens em sociedade.

4 A IMPUTAÇÃO DE PUFENDORF E O FINALISMO DE HANS WELZEL

4.1 ENTIA MORALIA E TEORIA DA IMPUTAÇÃO

É importante, neste ponto, situar o período histórico da produção intelectual de Samuel Pufendorf, tendo como base as obras *De jure naturae et gentium livrio octoe* *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*, escritas respectivamente em 1672 e 1673. A atividade intelectual de Pufendorf se situa em um período considerado tranquilo da história da Europa, situado entre a Paz de Wesfália e o Iluminismo, momento em que se consagrou a "secularização da política, o princípio da tolerância religiosa para toda a Europa e a liberdade dos príncipes alemães frente ao poder central imperial" (RUFINO, 2002, p. XXVII), que juntos provocariam um aumento de liberdade para o desenvolvimento do direito natural proposto por Hugo Grócio. Segundo Rus Rufino, tradutor e comentador contemporâneo da obra *De Officio*, a obra "encontra-se completamente contextualizada politicamente, respondendo a motivações, preocupações e problemas de uma época" (RUFINO, 2002, p. XXX).

Sobre a obra de Grócio, pode-se dizer, além do que já foi esclarecido no capítulo anterior, que, apesar da grande influência que teve em seu tempo, a ruptura imposta por seu sistema ao direito natural não foi suficiente para considerá-la um divisor de águas, pois, apesar do seu profundo caráter conciliador, pecava em ainda não trazer o homem como centro da sua doutrina, o que era uma premente exigência do racionalismo nascente. Coube a Samuel Pufendorf realizar essa empreitada, a partir da obra *De jure naturae et gentium*.

Não é possível afirmar que, antes de Pufendorf, o direito havia rompido completamente com o sistema anterior e entrado de vez na modernidade, apesar das luzes lançadas pelo racionalismo construtor. É nesse sentido que se expressa a professora Goyard-Fabre (2006, p. 37), ao concluir este raciocínio afirmando que "o princípio de razão suficiente é insuficiente". A autora continua sua argumentação

afirmando que a partir da obra de Pufendorf, o direito natural entra numa bifurcação, percebida pelo sagaz Barbeyrac, tradutor e divulgador das obras de Grócio e Pufendorf no início do século XVIII⁶⁷. Em texto no qual tratou especificamente sobre essa bifurcação, a autora assim explica a sua interpretação da conjectura intelectual do jusracionalismo após Pufendorf:

Os tratados de Grócio e de Pufendorf contêm, em efeito, como deixa entender Barbeyrac, as sementes dos dois ramos divergentes que floresceram ou no corpus leibniz-wolffiano com os características racionalistas, ou na linhagem que conduziu Barbeyrac à Burlamaqui com os características voluntaristas.[...] Grócio e Pufendorf são, na verdade, *falsos amigos*. (GOYARD FABRE, 1996, p. 171) (grifos no original)

O sistema de Pufendorf, apesar de ter sido influenciado também pelo de Grócio, apresenta divergências cabais, o que faz com que Goyard-Fabre (2006) (1996) afirme que se trata de imprudência intelectual falar em uma escola do direito da natureza e das gentes, pois não é possível sustentar que as filosofias de Grócio, Descartes, Hobbes, Pufendorf, Leibniz e outros precedem de uma mesma inspiração, concluindo que a única semelhança entre as obras de Pufendorf e Grócio é que ambos têm a ambição de aplicar ao universo jurídico uma forma sistêmica e racional.

A real diferença do pensamento desses dois grandes autores está, como já referenciada acima, na investigação das origens da natureza humana para a conformação da lei natural fundamental, acreditando Pufendorf que só seria possível construir um sistema jurídico racional se o homem estivesse no seu centro, buscando soluções ontológicas para formar as bases do seu sistema humanista, reconhecendo o homem como frágil em estado de natureza, ou *imbecilitas*, para usar o termo do próprio autor, e a distinção entre *entia moralia* e *entia physica*, onde estabeleceu a liberdade como condição de atribuição de humanidade ao homem.

O pensamento jusracionalista de Pufendorf se contrapunha ao direito natural escolástico e situava o homem como membro ativo e útil para a sociedade, mesmo considerando a sua debilidade física e psicológica no estado de natureza (*imbecilitas*). O forte conteúdo político de suas proposições, contextualizada com uma Europa que ainda estava dividida por conta das reformas religiosas, tinha por fim tornar o direito político “um nexo de união e uma instância superadora das

⁶⁷ As traduções das obras de Grócio e Pufendorf feitas por Barbeyrac estão disponíveis para download gratuito no sítio da Biblioteca Nacional da França: <<http://gallica.bnf.fr/>>

divergências políticas e religiosas que dividiam a Europa" (RUFINO, 2002, p. XLII). Como se pode prever, para o atingimento desse fim, o direito natural deveria perder seu forte componente moral, secularizando-se para servir de cimento político do desenvolvimento pacífico do continente europeu.

Com a secularização do direito, processo histórico-metodológico já debatido no capítulo anterior, o homem passaria de coadjuvante à peça essencial na nova doutrina jusnaturalista, fato que se comprova pelo papel central que ocupa o homem na obra de Pufendorf, matizado pelo reconhecimento do seu intelecto como dignificador da sua própria existência. À época, Pufendorf chegou a ser perseguido por romper com a ciência materialista, que explicava os acontecimentos naturais de forma puramente causal, entre outras ideias ilustradas. Como citado por Welzel (1971, p. 35):

"Descartes havia considerado os animais como complicados autômatos mecânicos, e para Hobbes, todo ente comprehende apenas 'corpos'; todo acontecer é somente um 'movimento de corpos', submetido à necessidade mecânica da causalidade".

O conceito de ação apresentado no primeiro capítulo deste trabalho e presente no segundo parágrafo da obra *De Iure Naturae et Gentium* demonstra claramente a importância dada ao homem na construção da nova ordem jurídica, baseada na liberdade e na vontade humana:

Por "ação humana" entendemos não qualquer modificação proveniente das faculdades do homem, senão somente aquela que provém e é controlada por essas faculdades que o Criador atribuiu ao gênero humano e não aos brutos, a saber, que está dotado de inteligência que vai-lhe iluminando e de uma vontade que decide. (PUFENDORF, 2002, p. 17)

Tendo como base esse conceito, os acontecimentos que não estiverem dentro da vontade humana estão regidos pela lei da causalidade, não sendo, portanto, atribuíveis ao homem como de responsabilidade sua. Logo, estaria definida uma distinção essencial para toda a obra e o sistema que se segue, colocando em contraposição o *entia moralia* e *entia physica*, estando dentro destes últimos os acontecimentos naturais ou humanos não determinados pela vontade⁶⁸.

⁶⁸ Usando uma expressão usada por Vanda Fiorillo (1992, p. 83), o "estímulo" para que Pufendorf desenvolvesse esta distinção estaria em um texto do seu mestre ErhardWeigel: É verdade que o estímulo para operar uma distinção entre o plano natural e moral foi dado a Pufendorf pela divisão *quanta naturalia, moralia e notionalia*, efetuada por Weigel no seu escrito *Idea Matheseosuniversae* de 1669. Este último havia, de fato, tentado ler o mundo moral com critérios aritméticos, não chegando, entretanto, a produzir nenhuma filosofia da cultura". Nesse mesmo sentido, Hans Welzel

Essa polarização é tão importante que Welzel (1971) (1993) toma como base para o rompimento entre o jusnaturalismo anterior e posterior a Pufendorf, considerando este autor o grande sistemático jusnaturalista. O professor de Bonn acredita que a distinção proposta por Pufendorf rompe com o sistema anterior ao propor com assombrosa segurança e claridade as diferenças fundamentais entre o mundo espiritual e o mundo físico, entre um mundo da cultura em contraposição à existência natural.

A origem e o conteúdo da distinção entre *entia physica* e *entia moralia* são de especial relevância para a compreensão correta do fio condutor deste trabalho, que é a imputação em Pufendorf. Nesse sentido, é relevante investigar alguns detalhes dessa polarização que, por muito tempo, foi considerada de pouca relevância no todo da obra do saxão⁶⁹, mas que por meio da sagacidade intelectual de Hans Welzel voltou a ser debatida no ambiente acadêmico e hoje já faz parte dos temas essenciais do pensamento de Samuel Pufendorf⁷⁰, sendo a sua correta compreensão indispensável para o entendimento de todo o seu sistema jurídico.

(1993, p. 57) afirma que “No seu sentido mais profundo de *estrutura de significado* do mundo social, talvez tenha incluído apenas o mestre do passado, em Jena, ErhardWeigel. Este tinha tentado descrever uma obra em alemão, intitulado *ArithmetischeBeschreibung der Moralweisheit* (*Descrição aritmética da ciência moral*), na qual Pufendorf poderia chamar a atenção para a luta contra seus oponentes. Ela apareceu em 1674, dois anos após a publicação de *De jure naturae et gentium*; é, portanto, excluída a influência Pufendorf sobre o trabalho deste último. Mas com toda a probabilidade, Pufendorf recebeu em Weigel o primeiro impulso para o próximo autônomo aperfeiçoamento da teoria dos entes morais. [...] O mesmo Weigel distingue, em seu artigo de 1669, o *quanta naturalia* , *moralia* e *notionalia* e enumerou alguns desses *quanta moralia*.”

⁶⁹ Sobre a incompreensão do tema na época em que foi elaborado e por um longo período posterior, Hans Welzel afirma que “esta teoria do *entia moralia* encontrou nos contemporâneos de Pufendorf uma incompreensão quase total”, concluindo que “Após a vitória de Pufendorf sobre seus adversários depois de uma luta longa e amarga, acolheu-se o conceito de ente moral, mas sem ter havido a compreensão da sua verdadeira natureza.” (1993, pp. 57-58). Fundamentando sua tese com base bibliográfica externa, o professor de Bonn orienta que sobre o tema seja conferida a obra de Christian Thomasius *Fundamenta juris naturae*, 1. I. pp. 58 e seguintes, onde fica demonstrado uma “total incompreensão do seu primeiro seguidor” (1993, p. 58, n. 37) (traduções do autor).

⁷⁰ Diversos são os autores que sobre a temática utilizam como principal referencial teórico as reflexões de Hans Welzel, p. ex. Laurent, 1982; Goyard-Fabre, 1994; Wieacker, 2004 e Prats, 1968.

4.2 VOLUNTARISMO

Como já citado logo acima, a teoria do direito natural de Pufendorf abre uma bifurcação no juracionalismo seiscentista, ao lado dos ensinamentos de Grócio. Foi com base na obra do saxão que o homem passou a figurar com peça essencial na engrenagem jurídica, ao passo que seus atos tornaram-se mais relevantes e sua vontade considerada como meio por meio do qual ele se apresentava como parte do meio social.

Para a filósofa contemporânea, já diversas vezes citada, Simone Goyard-Fabre, Grócio, apesar do seu esforço em criar um sistema jurídico racional e matematicamente fechado, não deu espaço para a vontade humana como entidade relevante na construção da sua doutrina, centralizando seus esforços na ênfase à natureza racional do homem, não comportando seu direito natural “nenhum elemento voluntário” (2006, p.42):

O direito natural (para Grócio) é, assim, *a regra puramente racional do justo e do injusto*; essa regra dita o que se deve realizar; proíbe o que não se deve realizar. Portanto, o direito natural tem o efeito imediato de tornar certas ações ou obrigatorias ou ilícitas. Esse é seu caráter essencial, que ele recebe unicamente da razão e que o distingue de todos os códigos positivos. Assim abre-se na ciência do direito a via do humanismo racionalista. (GOYARD-FABRE, 2006, p. 42) Grifos no original.

O esclarecimento que possuía Pufendorf para decidir colocar a vontade humana como parte essencial da sua obra não é de tão distante inspiração. A verdade é que o autor se alinhou com a doutrina filosófica voluntarista de Ockham e Duns Escoto⁷¹, que foram os responsáveis pela retomada da tradição voluntarista de São Tomás de Aquino num período em que o ressurgimento da tradição agostiniana está ligada à erosão das doutrinas de Aristóteles e São Tomás (HESPAÑA, 2009, p. 311). Ainda segundo António Manuel Hespanha (2009), coube ao juracionalismo moderno não só recepcionar o voluntarismo como também reforçá-lo na medida em

⁷¹ Sobre a influência de ambos na obra filosófica de Samuel Pufendorf, cf. capítulo 1. No verbete Voluntarismo, na já referida obra de Abbagnano (2007, p. 1203), Duns Escoto aparece como tributário de uma das principais correntes voluntaristas: Duns Scot afirmou o primado da vontade, mas com um outro fundamento: não é a boa qualidade do objeto que causa necessariamente o assentimento da vontade, mas é a vontade que escolhe livremente o bem e livremente luta pelo bem maior (Op. Ox. I, d. I, q. 4. n.16). A esta doutrina está ligada outra, segundo a qual o bem e o mal consistem no mandamento divino. ‘Deus não pode querer algo que não seja justo, porque a vontade de Deus é a primeira regra’. (*ibid.*, IV, d. 46, q.I, n. 6)

que essa corrente de pensamento esteve entranhada na doutrina de nomes de peso como Locke, Hobbes, Pufendorf e Rousseau.

Buscando situar o voluntarismo na história da cultura europeia, o mesmo Hespanha, no uso da sua grande capacidade de simplificação metodologicamente precisa, assim conceitua essa corrente de pensamento:

Quando nos referimos a voluntarismo, queremos significar a doutrina segundo a qual o direito tem a sua fonte, não numa ordem objectiva (da natureza, da sociedade), não em direitos naturais e irrenunciáveis do homem, não numa lógica jurídica objetiva, mas no poder da vontade. (HESPAÑHA. 2009, p. 310)

Não que o elemento vontade humana em Pufendorf esteja acima do racionalismo extremo tão em evidência naquele período da história das ideias. A perspicácia do autor fica demonstrada ao situar lado a lado a vontade e o entendimento/conhecimento/razão como formadores dos entes morais, não deixando de lado também a vontade divina, ao considerar Deus “o primeiro autor dos entes morais” (1734, p. 4).

Sobre a orientação voluntarista de Pufendorf, Jaime BrufauPrats não deixa dúvidas de que uma das maiores consequências dessa filiação por parte do autor jaz justamente na sua teoria dos entes morais, assim se manifestando:

Desta sorte, a natureza humana contemplada por Pufendorf reside, em definitivo, sobre uma raiz voluntarista. Seu racionalismo se encontra assim, partindo de um fato existencial, pendente da vontade criadora de Deus. (...) A teoria desses entes morais está indelevelmente vinculada ao radical voluntarismo divino pufendorfiano. (PRATS. 1968, pp. 66 e 71)

Quando Pufendorf apresenta o conceito de ente moral, apesar da sua imprecisão, já insere ali a vontade humana como elemento central. Mas é durante a exposição de todo o tema dos entes morais, que se situa já no primeiro capítulo da sua obra *De jure Naturae et Gentium* ficando clara a proeminência da vontade, ao lado do entendimento, como elementos constitutivos dos entes morais.

Aqui está então, na minha análise, a definição mais exata que se pode dar aos Entes Morais. É que são certos Modos, que os Seres Inteligentes atribuem às Coisas Naturais ou aos Movimentos Físicos, com o objetivo de dirigir e de restringir a Liberdade das Ações Voluntárias do Homem, e para colocar alguma ordem, alguma conveniência e alguma beleza na Vida Humana. (PUFENDORF, 1734, p. 3) (grifos do original, tradução livre)

Em seguida a essa explanação, logo após afirmar no trecho citado alguns parágrafos acima que Deus seria o primeiro criador dos entes morais, Pufendorf centraliza de maneira conclusiva o papel da vontade na sua teoria, estabelecendo tratar-se a vontade divina que cria os entes morais de uma “*Criação*” e a vontade humana que forma os outros entes morais uma “*Instituição*⁷²”:

A maior parte desses Entes são em seguida imediatamente formados pela *vontade dos Homens*, segundo o que julgam a fim de introduzir na Vida, para estabelecer nesta alguma ordem, e para poli-la. (...) Como os Entes Físicos são originariamente produzidos pela *Criação*, seria melhor expressar a maneira pela qual os *Entes Morais* se formam pelo termo *Instituição*. Com efeito, estes últimos não provém de nenhum princípio interno da Substância das Coisas; sendo atribuídos pela vontade dos Seres Inteligentes às coisas já existentes e fisicamente perfeitas, assim como a seus efeitos Naturais, de sorte que eles devem unicamente sua existência à determinação desses Entes Livres. (PUFENDORF, 1734, p. 4-5) (grifos do original, tradução livre).

4.3 ENTIA MORALIA E ENTIA PHYSICA – DISTINÇÃO

Como pôde ser notado no que foi logo acima descrito, a teoria dos entes morais ocupa um lugar de destaque não apenas na doutrina da imputação, mas também em todo o sistema juracionalista proposto por Pufendorf. Prova disso é o seu cuidado em expor em minúcias a teoria dos entes morais já no primeiro capítulo do livro primeiro do *De Jure Natura et Gentium*, dando destaque à sua tese voluntarista, enriquecendo sua escrita com notável casuística e sempre preocupado em conceituar todos os elementos que compõem o desenvolvimento do seu raciocínio, demonstrando a acuidade metódica, que emulou toda a sua produção intelectual. É relevante salientar que os entes morais não foram tratados apenas nessa obra do tedesco. No entanto, em nenhum outro escrito houve uma preocupação tão grande em desenvolver uma completa teorização sobre o assunto, motivo pelo qual o *De Jure Natura et Gentium* foi escolhido como base para a presente explanação.

Com efeito, quando foi citado diretamente no tópico anterior o conceito de ente moral redigido por Pufendorf, foi dito também que aquele conceito não era

⁷² Sobre o termo “instituição” presente na tradução de Barbeyrac aqui utilizada como referência, é importante salientar que o francês, demonstrando cuidado incomum nas traduções daquele período, deixa claro que no original latino a expressão era “*impositio*” e na língua francesa ele não conseguiu nenhuma palavra que se aproximasse mais do seu conteúdo que *institution*, considerando que a expressão *institution* em francês não possui o mesmo sentido que seu homônimo latino. “Eu não encontrei um termo mais próprio para expressar aquele da *impositio*. A palavra *imposition* não tem em nossa língua, nenhum sentido que esteja próximo da ideia que o nosso autor atribui ao termo em latim.” (PUFENDORF, 1734, p. 4, nota do tradutor n. 2)

suficientemente claro, a ponto do leitor não necessitar de outros dados para a completa compreensão do tema. Inicialmente, cabe salientar que, com sua ideia de *entia moralia*, Pufendorf conseguiu pela primeira vez e com assombrosa precisão expor as estruturas essenciais dos conteúdos do mundo da cultura, em contraposição à existência natural entendida até então, sendo esse o posicionamento de Hans Welzel (1971, p. 135 e 136), que, assim, se manifesta expressamente ao tratar do papel de Samuel Pufendorf na valorização do papel do homem no seu sistema juracionalista:

Em suas mãos o direito natural se converte, sem se dar conta, em um Direito da cultura, no conjunto daquelas normas que obrigam o homem ao cultivo de sua natureza biológica, a superação do *naturalisincultus: homini cultura sui este necessaria*.

Na sua tese de doutorado, Hans Welzel dedicou todo um capítulo aos entes morais, dando ênfase ao colocar Samuel Pufendorf na posição de primeiro filósofo da cultura em razão da diferenciação que o saxão fez entre os dados físicos do mundo e aqueles originados da liberdade do homem, sendo essa teorização o que, de fato, diferenciava Pufendorf dos seus contemporâneos. Ainda segundo Welzel, Pufendorf não teria sido só o primeiro filósofo da cultura, como também teria apresentado as bases de uma filosofia da cultura que tem na vontade do homem um núcleo “extraordinariamente moderno e ainda hoje válido”, complementando sua argumentação sentenciando que

Este mundo da cultura é o mundo dos entes morais que, sobre a base do mundo dos entes físicos, mas substancialmente diversos daqueles, confere direção e finalidade à ação livre do homem e de tal modo plasma a vida humana em uma realidade determinada no seu significado e no seu valor. Por isso, seu fim último não é, como aquele do ente físico, a perfeição do universo natural, mas a perfeição da vida humana⁷³. (WELZEL, 1993, p.46) (tradução livre)

Nesse sentido, o mundo para tal teoria estaria dividido em duas partes, um natural e outro cultural, sendo este regido pelo homem quando age com conhecimento e vontade. Os entes morais são, em verdade, atributos concedidos após a constatação de que o homem agiu de forma livre, emulado pela sua vontade que somente pode ser considerada sua se constatado que o agente conhecia as

⁷³ Este objetivo de aperfeiçoamento da vida humana como papel dos entes morais foi expresso na última sentença do conceito de ente moral já citado acima: “para colocar alguma ordem, alguma conveniência e alguma beleza na Vida Humana.” (Pufendorf, 1734, p. 3)

circunstâncias que envolviam o fato. A partir dessa distinção, é possível diferenciar, por exemplo, a morte de alguém por outra quando o executor agia como verdugo ou com interesse homicida fora dos parâmetros do direito, possibilitando, assim, a atribuição de responsabilidade ao segundo.

É importante ressaltar que o ser humano não é apenas por essa condição um ente moral. Interpretando-se o conceito de ente moral, vê-se que esse é um atributo ou como afirma o próprio Pufendorf, um modo, que é adjudicado à ação humana após a verificação que ela possui todos os pressupostos necessários, ou seja, voluntária e dotada de compreensão. Voltando ao exemplo do verdugo e do assassino, pode-se, então, dizer que, no mundo físico, ambas as ações são semelhantes; logo, os atos físicos são avalorados, na medida em que os dois atos de matar só poderão ser diferenciados quando entrar em jogo o crivo dos entes morais, que, então, apresentará ambas as ações como oriundas da vontade humana, permitindo, pois, a atribuição à segunda a responsabilidade criminal pelo seu cometimento estar fora das normas morais desejadas.

Para a correta compreensão do que foi acima descrito, não se pode deixar de reapresentar os conceitos de liberdade, conhecimento e vontade da lavra do próprio Samuel Pufendorf e retirados da obra *De Jure Naturae et Gentium*, oportunidade na qual serão repetidos os conceitos dos dois primeiros institutos que já foram citados no primeiro capítulo:

Chamamos Liberdade a Faculdade *pela qual, estando postas todas as coisas necessárias para o agir, a vontade pode, entre os vários objetivos propostos, escolher apenas um ou mais de um e rejeitar os outros; ou então, se não lhe é apresentado mais que um, escolher ou não escolher, agir ou não agir.* (PUFENDORF, 1734, p. 60) (tradução livre) (grifos no original)

A liberdade é a característica primeira que distingue os homens dos objetos, mas a completa compreensão do conceito somente é possível após a sua estratificação, ou seja, após a conceituação das faculdades que a compõem, quais sejam, a vontade e a compreensão. A vontade é conceituada por Pufendorf da seguinte maneira:

Quando Deus se propôs a produzir um animal que deveria ser governado pelas leis, fala-se do Homem; ele colocou em sua Alma, como diretriz interior de suas Ações, uma Faculdade pela qual, depois de ter conhecido os objetivos que se apresentaram, ele poderia se portar perante eles por um princípio interno, sem nenhuma necessidade física, escolher o que lhe conviria ou o que lhe agradaria mais, e se distanciar daquilo que julgaria

não lhe ser conveniente. Esta Faculdade é o que chamamos de Vontade. (PUFENDORF, 1734, p. 58) (tradução livre) (grifos no original).

Como se vê, nos dois conceitos acima, ainda não estão postas as condições pelas quais o homem pode saber estar agindo ou não conforme a moral ou a lei, se age certo ou errado, condições essas que são oferecidas pela segunda faculdade componente da liberdade, qual seja, a compreensão:

A Faculdade que tem a função de iluminar nossa Alma se chama Compreensão; E a concebemos em relação a duas outras faculdades com as quais ela se relaciona nas Ações Voluntárias; Uma, que apresenta o objeto à Vontade como em um espelho, e que lhe descobre simplesmente à conveniência ou a inconveniência, o Bem ou o Mal deste objeto. A outra, que, depois de ter examinado e comparado juntos o Bem ou o Mal que vimos de uma parte e de outra nos diversos objetos diferentes, decide o que deve ou não ser feito, regula o tempo e a maneira da Ação, e determina por fim os meios mais próprios para atingir o objetivo ao qual se propõe. Sobre isto deve ser destacado que regularmente toda Ação Voluntária do Homem tem por princípio a Compreensão; de onde vem a máxima comum *Não desejamos o que não conhecemos*. (PUFENDORF, 1734, p. 41) (tradução livre) (grifos no original).

A relevância desta última faculdade é essencial para o funcionamento da imputação das ações morais na medida em que permite ao homem conhecer a regularidade ou irregularidade, a boa ou má, a justa ou injusta ação a ser levada a cabo. A característica especial da compreensão que interessa ao estudo do direito e da imputação é chamada por Pufendorf de “consciência”, faculdade que permite “julgamento interior que cada um possui das Ações Morais, na medida em que é instruído pelas leis” (PUFENDORF, 1734, p. 44). Esse ato de compreensão pode ser tomado antes ou depois da ação: o primeiro é feito pelo homem ao decidir se deve ou não agir; o segundo é o julgamento refletido, pronunciado sobre as coisas realizadas ou omissas, as quais seriam aprovadas ou não. Essa faculdade é ainda dividida em consciência do direito, consciência provável e ignorância (voluntária, involuntária, vencível e invencível, erro de fato, erro de direito, entre outros) momento em que Pufendorf inicia longa casuística que seria interessante uma digressão caso o objeto deste trabalho fosse a origem de outros institutos penais.

As diferenças entre os *entia moralia* e *entia physica* são também de notável relevância para o estudo da imputação e, consequentemente, do direito penal, distinção que foi sagazmente realizada por Hans Welzel e citada em mais de uma obra sua. As três distinções por ele apresentadas são consequências de um mesmo

fenômeno, razão pela qual os pontos são apresentados de forma dividida apenas para facilitar a compreensão do leitor, o que não quer dizer que suas essências não se perpassem. Nessa perspectiva, WELZEL (1971) (1993) afirma que as diferenças geram três pares de conceitos dicotômicos:

- Causalidade / liberdade: a *entia physica* é regida pela lei da causalidade natural e a *entia moralia* pela liberdade do homem;
- Indiferença axiológica / valoração ética. Como já delineado acima, os elementos físicos da ação são indiferentes axiologicamente, distintamente dos elementos dotados de sentido que são os entes morais.
- Uniformidade / multiformidade dos acontecimentos. O mundo físico é uniforme, no sentido de que as leis causais fisicamente previsíveis, enquanto que o acontecer moral pode ir para diversas direções em razão da imprevisibilidade da vontade do homem;

Dito isso, cabe agora apresentar a relação entre todos esses institutos conceituados e a imputação, tema central neste trabalho. Na obra *De Jure Naturae et Gentium*, Pufendorf trata da relação entre entes morais, ações morais e imputação propriamente dita após toda a digressão que foi acima resumida, surgindo apenas no Capítulo V do livro. Já no seu início, o autor conceitua ações morais como sendo “ações voluntárias do homem, consideradas em relação à imputação de seus efeitos na vida comum” (PUFENDORF, 1734, p. 74). Por ações voluntárias, como se pode depreender do que já foi escrito até aqui, entende-se a ação humana realizada a partir da vontade e do conhecimento dos fatos por parte do agente.

Em seguida, utilizando-se de tudo o que já argumentou até aquele ponto, tendo por certo que todos os institutos por ele apresentados até ali já foram devidamente esclarecidos, Pufendorf (1734, p. 75) afirma que as ações morais, em última análise, contém em sua essência duas ideias: “uma que é como a matéria e outra como a forma”. Parte material, ainda segundo o autor, compreenderia uma série de coisas, como o “movimento físico de qualquer das faculdades naturais”, como por exemplo a faculdade motriz, a compreensão relacionada à simples percepção, entre outros. Aqui, salienta o autor, estão consideradas inclusive as ações realizadas com base na vontade, quando analisado apenas o seu aspecto

físico. Ainda no sentido material, o autor relaciona “a falta de qualquer movimento físico”, compreendendo aqui as omissões, como também as ações dos outros, quando se é sujeito passivo, também são consideradas como ações morais.

Para o entendimento da relação entre as ações morais e a imputação, interessa agora o que aponta Pufendorf como sendo a parte formal das ações morais, relacionada diretamente ao conceito que nos interessa:

A forma das Ações Morais consiste na *imputabilidade*, e por esta me refiro àqueles efeitos de uma ação voluntária que podem ser imputadas ao agente, ou seja, ser considerada como pertencentes ao próprio Agente, seja porque o próprio Agente produziu o resultado, seja porque ele foi causa da sua existência, quando causada imediatamente por outrem. E a esta forma de ação que se comunica ao Agente é dada a denominação Moral, e o que faz chamar-se Causa Moral⁷⁴. (PUFENDORF, 1734, p.76) (tradução livre – grifos do original)

Seguindo seu método ordinário de depois de oferecer conceitos apresentar extensa casuística, Pufendorf passa a analisar diversos casos em que demonstra quando pode haver ou não imputação⁷⁵, fazendo com que este instituto, situado no lado formal das ações morais, funcione como verdadeiro método de apreciação da responsabilidade pessoal, sempre atribuindo ao agente um feito deste que preencha os parâmetros de uma ação moral.

Dessa maneira, uma ação livre determinada pela vontade e pelo conhecimento pode ser imputada ao autor como sua causa moral. Comentando esse tema, Welzel (1993) considera que uma ação livre possui dois momentos, um formal e outro material. O material é caracterizado pelo complexo acontecer físico de uma ação, considerado não somente o movimento físico e o resultado, mas também o que esteve no intelecto do autor e as condições que foram consideradas pelo seu entendimento⁷⁶. O momento formal seria, então, o momento da imputação, quando as condições para a atribuição de responsabilidade são percebidas naquela ação. É

⁷⁴ O conceito de causa moral não foi criado por Pufendorf, razão pela qual durante toda a sua exposição há o cotejo entre o conceito que ele mesmo apresenta e o de outros autores aos quais ele faz referência expressa. Cf. PUFENDORF, 1735, p. 77 e ss.

⁷⁵ Para não deixar de citar alguns exemplos: Não se pode imputar que provém de uma necessidade física (p. 80), nem de operações ou efeitos das faculdades vegetativas (p. 81), coisas que não podem ser impedidas (p. 82), impossibilidades físicas e morais (p. 82), coações (p. 83), ignorância (p. 84). Interessante também quando o autor apresenta, em conformidade com o seu conceito, que alguém pode ser imputado pelo ato de outrem se este o fez sob o comando daquele, já apresentando conceitos de autor mediato e imediato (p.90 e ss).

⁷⁶ Em *De Jure Naturae et Gentium*, sobre esta distinção entre formal e material, cf. PUFENDORF, 1734, p. 75. O tema é inserido já no capítulo V daquela obra, onde o autor se deterá sobre a relação entre a ação livre a e imputação.

relevante salientar um detalhe ressalvado por Welzel na mesma obra: não só o momento material é avalorado, para ele o momento formal, ou seja, a imputação, também seria avalorada, na medida em que apenas reconhece o indivíduo como autor moral da ação, não lhe atribuindo culpa ou mérito.

Após tais digressões sobre a relação entre a imputabilidade e as ações morais, o Barão Samuel Pufendorf (PUFENDORF, 1734, p. 97) inicia o sexto capítulo da sua obra perdendo um pouco da sua originalidade, saindo do universo dos entes morais e físicos para tratar das regras que devem “dirigir” e “revestir de certas qualidades particulares” as ações morais, dando início ao cotejo entre a sua opinião e a de dois outros juristas que muito o influenciaram, Thomas Hobbes e Hugo Grócio. Mais adiante, Pufendorf decide conceituar as leis de acordo com a sua origem, separando a lei natural, que é aquela que surge da natureza racional e sociável do homem e que, sem a observação desta lei, não seria possível o convívio social pacífico, e a lei positiva, que é aquele fundada não a partir da natureza humana, e sim, “pura e simplesmente pela vontade do legislador” (PUFENDORF, 1734, p. 127).

4.4 A INFLUÊNCIA DA DOUTRINA DA ENTIA MORALIA NO FINALISMO DE HANS WELZEL

Quando o tema é dogmática penal contemporânea, qualquer estudo que deseje mostrar a evolução e o atual estado da estrutura da teoria do delito, deverá necessariamente citar o nome de Hans Welzel, sob pena de incorrer em lacunas irreparáveis na sua exposição.

Tal fato se deve à grande contribuição desse professor de Bonn para o estudo do direito penal, quando de sua pena brotou o conceito de ação finalista, responsável pela renovação do paradigma teórico, que enterrava de uma vez o sistema causal-naturalístico de atribuição de responsabilidade, substituindo-o pela imputação por meio da consideração da vontade do autor da ação.

Em uma época em que o conceito de ação finalista está sob forte crítica, a partir principalmente da crítica da concepção ontológica da realidade e de novas formas de se fazer filosofia, como, por exemplo, por meio de dados da linguagem, o presente estudo pretende se esquivar de apontar incoerências metodológicas ou científicas do modelo welzeliano, o que necessitaria de muita maturidade intelectual.

Buscar-se-á aqui, tendo em vista principalmente de estudos do próprio Welzel, demonstrar as reais fontes de inspiração para o seu conceito de ação finalista, não sendo possível afirmar neste momento se esta breve exposição contribuirá para o reforço do modelo ontológico-finalista ou se contribuirá para a sua crítica.

Para isso, será exposto o conceito de ação de Welzel, seguido da defesa que ele mesmo fez do seu modelo e a forma pela qual afirma ter chegado até a sua formatação. Em seguida, será demonstrada a ligação que Hans Welzel teve com a obra do jusracionalista Samuel Pufendorf e de que forma esse contato pode tê-lo influenciado, ainda que de forma não declarada, argumento com o qual se tentará demonstrar que Welzel estava correto quando se defendia dos seus críticos iniciais, mas que elaborou a sua defesa escondendo um argumento que lhe pouparia palavras, mas diminuiria seu mérito.

4.5 O CONCEITO DE AÇÃO FINALISTA NA OBRA DE HANS WELZEL

Como se sabe, até a chegada do finalismo penal, reinava na teoria do delito o sistema causal naturalista, originado do positivismo científico do século XIX. Essa foi a forma encontrada pelos juristas de darem caráter científico ao direito, aproximando-o de outras ciências pelo método causa-efeito. A ação não ocupava um papel central nesse sistema, havendo uma maior preocupação com o nexo causal. Um dos grandes nomes do período, Franz von Liszt (2006, p. 193), conceituava ação como sendo “o facto que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem”. Assim, era mais importante a potência do homem em alterar o mundo exterior do que apurar o que quis o homem nessa alteração. Por meio dessa teoria, o fato poderia ser atribuível ao autor caso ele o tivesse causado fisicamente, somente sendo analisado o dolo e a culpa quando da verificação da culpabilidade, o que tornava o sistema mecânico e demasiado determinista.

Percebendo a inconsistência desse sistema, Hans Welzel propõe à doutrina penal um conceito mais bem elaborado de ação, no qual o homem é considerado em sua plenitude psíquica e passa ter a sua vontade valorada pelo direito. O conceito de ação passaria a ser a pedra angular da dogmática penal contemporânea, influenciando toda a estrutura estratificada do crime, tornando-se o principal objeto de atenção por parte daqueles que tinham a função de imputar a

responsabilidade a alguém. Entendido politicamente foi a forma encontrada por Welzel de humanizar o direito penal que estava passando por um momento de grande influência do neokantismo e que poderia desaguar em um mar de totalitarismo. Nesse sentido, é o ensinamento de Brandão (2007), que, com base em textos do próprio Welzel, afirma que o principal objetivo do finalismo foi romper com a concepção nazista do direito penal, que considerava a pena estatal um meio oportuno de atingir seus funestos fins⁷⁷.

Assim se pronunciou Welzel quando conceituou a ação humana no seu Direito Penal Alemão:

Ação humana é o exercício de atividade final. A ação é, por isso, acontecer “final”, não somente “causal”. A finalidade ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, por-se, portanto, fins diversos e dirigir sua atividade conforme ao seu plano, à consecução destes fins⁷⁸. (WELZEL, 2011a, p. 65)

A ação humana era, pois, a união entre consciência e vontade determinada a um fim, estando aqui inseridas todas as etapas do agir final. Essas etapas dividem-se naquelas ocorridas na esfera do pensamento e as ocorridas no mundo exterior, perceptíveis pelos sentidos. Ocorridas no intelecto do agente está a antecipação do fim, quando o autor se propõe a realizá-lo, seguido da seleção dos meios para a obtenção desse fim desejado, e, por fim, a consideração dos efeitos concomitantes, onde o autor analisaria as consequências materiais do uso dos meios escolhidos. A etapa seguinte, ocorrida no mundo real, seria a execução do seu ato, a verdadeira ação, finalística por ser realizada com a vontade proveniente da consciência.

⁷⁷ Assim se pronunciou Welzel quando tratava da missão do direito penal: “Objeto das normas penais é a ‘conduta’ humana, isto é, a atividade ou passividade corporal do homem submetida à capacidade de direção final da vontade”. (WELZEL, 2011a, p. 63). Em outra passagem, “As normas só podem mandar ou proibir uma conduta final” (2011a, p. 71). Sobre o fundamento filosófico desta vinculação, v. continuação no texto.

⁷⁸ Segundo Jescheck (2002), o conceito final de ação já tinha precursores, apontando entre eles von Weber, E. Wolf e Graf zuDohna, os quais não teriam extraído consequências dogmáticas do conceito. Hellmuth von Weber (2008, p.55) se pronunciava sobre o conteúdo da vontade apenas de forma subsidiária: “O direito se dirige aos seres humanos como portadores de vontade. Por esta razão, somente pode ser delito sua conduta voluntária, ou seja, dependente da vontade, influenciável por ela, ainda que não necessariamente querida ou completamente consciente de um fim”.

4.6 AS ORIGENS DECLARADAS DA DOUTRINA DE WELZEL

Questionado sobre a origem do seu conceito, assim como a sua comprovação no mundo real, Welzel defendeu-se de algumas críticas no prólogo da 4^a edição do seu Novo Sistema de Direito Penal de 1960. Aqui, o autor se esforça em refutar as alegações que lhe parecem incomodar de que seu sistema teria por base o ontologismo de Hartmann, considerado por alguns o “mestre filosófico dos finalistas” (WELZEL, 2011b, p. 27).

Welzel afirma que não teria motivos para envergonhar-se de confirmar que sua teoria se baseia na filosofia de Nicolai Hartmann, caso isso fosse verdadeiro. Segundo ele, as sugestões para a formulação da sua doutrina não foram recebidas de Hartmann, e sim da psicologia do pensamento do filósofo Richard Höngswald, recebendo também sugestões dos trabalhos de psicólogos como Karl Bühler, Theodor Erismann, Enrich Jaensch, Wilhelm Peters, entre outros. Esses trabalhos seriam a verdadeira inspiração para a superação do esquema mecanicista, e Hartmann não teria exercido nenhuma influência nesses autores. (WELZEL, 2011b).

A influência de Hartmann não se daria de forma alguma na formulação do seu sistema, apenas influenciando na alteração da nomenclatura de intencionalidade, termo que Welzel usou quando escreveu sobre o tema pela primeira vez, para finalidade, como foi o termo aplicado em seguida, inspirado na estrutura da ação das obras Ética e Problema do ser espiritual de Hartmann (WELZEL, 2011b).

Sem negar que seu sistema também é ontológico, Welzel afirma ainda que o neokantismo de Bauch e Honigswald já havia antecipado que as categorias do conhecimento seriam também categorias do ser, ou seja, “que não são somente categorias gnosiológicas, senão (de modo primário) categorias ontológicas” (WELZEL, 2011b, p.30). Com essa afirmação, é negada qualquer influência da ontologia de Hartmann, que seria posterior aos autores citados e não era elaborada de forma semelhante.

4.7 O ONTOLOGISMO COMO RETORNO AO JUSNATURALISMO NA CRÍTICA DE WELZEL

O ontologismo em que Welzel acreditava seria proveniente do reconhecimento das estruturas que ele mesmo chamou lógico-objetivas, que permitiam a real percepção do ser e faziam parte de uma série de discussões envolvendo a natureza das coisas. Segundo Cerezo Mir (WELZEL, 2011b, p.31), estruturas lógico-objetivas seriam “estruturas da matéria da regulamentação jurídica destacadas pela lógica concreta, que se orienta diretamente na realidade, objeto de conhecimento”⁷⁹.

Na época em que Welzel defendia a implantação do finalismo, existia um movimento de resgate do naturalismo como forma de escapar do positivismo. Welzel se preocupou com o tema e escreveu sobre isso na sua obra *Direito Natural e Justiça Material*, inserindo Nicolai Hartmann neste movimento de renovação do jusnaturalismo mediante o desenvolvimento empreendido por ele da ética material dos valores fundada por Max Scheller.

Sobre o pensamento de Hartmann, Welzel (1971, p. 231) afirmou que ele defendia uma teoria platônica dos “valores como essencialidades ideais”, que constituíam um reino axiológico subsistente por si mesmo, citando como exemplo os valores sensíveis, os valores vitais, espirituais ou religiosos. A crítica de Welzel foi no sentido de que as esferas amplas de valores que Hartmann e Scheler defendiam não eram o que realmente determinavam o homem a agir de tal ou qual forma. O conteúdo do dever imperativo era proveniente também de aspectos sociais em que o homem estava envolvido.

Não era o simples resgate do naturalismo por meio de estruturas abstratas longe da realidade que iria solucionar a vinculação ilusória proposta pelo positivismo. Assim, a crítica de Welzel ia contra o positivismo e esse neonaturalismo, sendo duro e elegante na avaliação desse antagonismo afirmando que

Na contraposição entre um direito natural e um direito positivo se expressa na história, da maneira mais patética e persistente, a convicção de que nas relações sociais humanas só há algo que nos impõe e por sua força prepotente o que é cumprido, sem mais, por um costume inveterado, senão algo que possui mais que uma mera facticidade real, algo que,

⁷⁹Este conceito está na nota 2 da tradução do prefácio da obra de Welzel já citada. Diversos autores importantes escreveram sobre estruturas lógico-objetivas e a natureza das coisas, podendo ser citados GuntherStratenwerth, Recasens-Siches, Karl Engisch e o próprio Cerezo Mir.

independentemente de um mandado ou de um costume, nos *obriga* a uma ação no mais íntimo do nosso ser. (grifo do autor). (WELZEL, 1971, p. 250)

Ainda na obra Direito Natural e Justiça Material (1971), já diversas vezes citada aqui, quando propôs seu projeto de filosofia, Welzel, inicialmente, exaltou o período do direito natural profano, no qual se insere Pufendorf, afirmando que do pensamento daquela época poderiam ser retirados os elementos que permitiam que a vida ainda fosse digna de ser vivida, enumerando a dignidade humana, a liberdade pessoal, igualdade perante a lei, tolerância recíproca e direito à felicidade. “O reconhecimento do homem como pessoa responsável é o pressuposto mínimo que tem que mostrar uma ordem social se esta não quer forçar simplesmente por seu poder, senão obrigar como um direito”. (WELZEL, 1971, p 252).

O diferencial dessa forma de pensar para a de Hartmann é a historicidade impregnada nos valores juracionalistas ora propostos. Não há a fuga das estruturas ônticas, pelo contrário, elas são utilizadas por Welzel na sua proposta de compreensão de mundo. São as estruturas ônticas que vinculam a interpretação, exatamente por esta ser vinculada àquelas, conformando o seu conteúdo. Por essa razão, a lei não pode obrigar um homem a viver 200 anos, assim como também não pode punir uma pedra.

Em virtude dessa vinculação entre interpretação de sentido e objetividades a interpretar, Welzel afirma que uma lei não pode se referir a meros processos causais, senão a atos humanos dotados de finalidade.

A estrutura da ação humana é o pressuposto de possibilidade de valorações, as quais, se hão de ter sentido, somente podem ser valorações de *uma ação*[...]. O campo da chamada doutrina da imputação ou da ação é, por isso, também onde a doutrina do direito natural realizou progressos mais firmes desde Aristóteles e os escolásticos. (WELZEL, 1971, p. 257)

A ação final, nesse sentido, é uma das estruturas lógico-objetivas que conformam a atividade do legislador e do intérprete, assim como o são a diferenciação dos sexos, a sociabilidade e a indigência física do homem⁸⁰.

Relacionando especificamente a teoria da ação finalista de sua lavra com a teoria da ação de Hartmann, Welzel (2011b) afirma que viu nesta apenas a

⁸⁰Os exemplos são dados pelo próprio Welzel, 1971, p. 257, nota 12 e p. 258. Citando outras estruturas lógico-objetivas relativas ao direito penal, p. Ex. Cerezo Mir (2004, p.2).

confirmação das suas próprias opiniões, sendo fundamentalmente oposto à doutrina dos valores contida nela, conforme já afirmado.

De fato, existe muita semelhança entre o conceito de ação de Welzel já transcrito acima e o de Hartmann. O chamado ato teleológico de Hartmann, apesar de ser único, foi descrito de forma fenomenológica dividido em três momentos distintos. Esse ato transcendente inicia-se quando o ser humano intui o valor (ou desvalor), e nele inspirado decide de que maneira realizará sua ação, determinando um fim a ser atingido por ela. Em seguida, escolhem-se os meios eficazes para a realização do fim escolhido, para só depois realizar a ação externamente. (ADEODATO, 2009, p.185)

4.8AVALIAÇÃO CRÍTICA DA RELAÇÃO ENTRE HANS WELZEL E SAMUEL PUFENDORF

Como se pode ver, ainda que em uma análise superficial, deve ter sido muito fácil para os críticos de Welzel rejeitarem a não vinculação entre as duas teorias da ação, dada a enorme semelhança entre o processo intelectual da vontade entre os dois autores⁸¹. Teria sido mais fácil para Welzel romper essa aparente inspiração se ele fundamentasse sua argumentação usando os seus conhecimentos já comprovados sobre o juracionalismo de Pufendorf. Welzel não faz nenhuma relação entre o seu conceito de ação e o de Pufendorf dentre as obras pesquisadas para o presente trabalho.

Não há como negar a influência Pufendorf sobre Welzel. Suficiente é afirmar que direito natural de Pufendorf foi o objeto da sua pesquisa de doutorado. Também é perceptível a atenção dada a Pufendorf na obra Direito Natural e Justiça Material, onde não faltam elogios ao seu sistema, ainda que afirme não se tratar de um gênio⁸².

⁸¹ Alguns autores aparentemente aceitaram as explicações de Welzel, como por exemplo ROXIN (2007, p. 201, nota 24) e JESCHECK (2002, p.226, nota 57).

⁸² “Samuel Pufendorf, uma cabeça clara, ainda que não um gênio, mas aberto a todas as ideias e carente de preconceitos, valente e lutador, que, com uma confiança inquebrantável no poder da razão, ia dar continuidade àqueles cometidos, não somente determinando a ruptura do Direito natural para todo um século, senão estabelecendo também decisivamente o fundamento para as ideias políticas do sistema do século XVIII, para os direitos da liberdade e do homem” (WELZEL, 1971, p. 134). Não são apenas essas as exaltações que o autor faz no texto, vez ou outra abrindo espaço para outros adjetivos suntuosos.

Na sua obra mais conhecida, Direito Penal Alemão, Welzel cita Pufendorf ao falar do conceito de ação no direito natural, afirmando que ele “não entendia como *actio humana* qualquer movimento proveniente de um homem, senão que somente aquele que é dirigido pelas capacidades humanas, ou seja, o intelecto e a vontade”. (WELZEL, 2011, p.72)

Welzel continua seu raciocínio afirmando que esse conceito foi introduzido na teoria jurídico penal por von Bohmer e serviu como base até o início do século XIX. É interessante notar que, diferentemente de outros conceitos de ação apresentados na obra que são prontamente alvo de críticas, o conceito de Pufendorf simplesmente é deixado no caminho da argumentação, sem qualquer outra referência quando o seu próprio conceito é apresentado.

Somente no prólogo da 9ª edição, em 1965, Welzel cita novamente Pufendorf, quando afirma que a obra Direito Penal Alemão

Se vincula a uma compreensão da ação humana no sentido de um acontecer guiado por uma finalidade, a qual é essencial para a unidade funcional de elementos objetivos e subjetivos. A dogmática penal alemã havia partido desde seu começo desta interpretação da ação (assim em Pufendorf e J. S. E. Böhmer) e a havia mantido com os hegelianos e ainda depois deles até o fim do século XIX (ainda em Ad. Merkel e Binding). (WELZEL, 2011a, p.14)

Ainda que haja aqui um indício de influência de Pufendorf, não fica claro de que forma e em que intensidade ela se deu, somente sendo possível essa análise a partir da leitura e comparação do conceito de ação de Welzel com o que foi até aqui explicado sobre o conceito de imputação de Pufendorf e todos os tópicos já tratados nos capítulos anteriores, e das opiniões de Welzel sobre sua doutrina na tese de doutoramento intitulada A Doutrina Jusnaturalista de Samuel Pufendorf, de 1928, e na obra Direito Natural e Justiça Material.

O conceito de ação presente no segundo parágrafo da obra *De Iure Naturae et Gentium* demonstra claramente a importância dada ao homem na construção da nova ordem jurídica, baseada na liberdade e na vontade humana⁸³.

Tendo como base esse conceito, os acontecimentos que não estiverem dentro da vontade humana estão regidos pela lei da causalidade, não sendo, portanto, atribuíveis ao homem como de responsabilidade sua. Logo, estaria definida

⁸³ O conceito de ação de Pufendorf está transcrito no início do presente capítulo.

uma distinção essencial para toda a obra e o sistema que se segue, colocando em contraposição o *entia moralia* e *entia physica*, estando dentro destes últimos os acontecimentos naturais ou humanos não determinados pela vontade.

Explicando de que forma o ente moral torna a compreensão de homem diferente mediante a filosofia da cultura, Welzel afirma que o mundo da cultura é o mundo dos entes morais, que são responsáveis por conferir direção e propósito para ações livres do homem, plasmando a vida humana a uma realidade determinada no seu significado e no seu valor (WELZEL, 1993).

A interpretação desenvolvida por Welzel do ente moral de Pufendorf é o que mais claramente parece tê-lo inspirado para a elaboração do seus próprios conceitos de ação e de estruturas lógico-objetivas. Fica bastante evidente essa relação quando comparados os excertos interpretativos de Welzel com o que já foi afirmado acima sobre esses dois conceitos.

As estruturas lógico-objetivas são semelhantes ao próprio conceito de ente moral apresentado por Welzel (1993, p. 47):

Em uma determinada parte do que já existe, no entanto, podem ser encontradas também outras formas que não afetam a substância desta forma física, mas atribuem às substâncias, fisicamente perfeitas, formas inteiramente novas de ser, que, ao contrário do mundo físico, são dotados de sentido e valor. Estes são os entes morais. A sua origem, que Pufendorf em contraposição à criação (*creatio*) do ente físico denomina atribuição (*impositio*), é ligada a um ser de índole determinada, e precisamente é possível somente mediante o livre obrar do homem. A liberdade de agir humana é o pressuposto fundamental para a existência de um mundo moral.

Nesse sentido, a liberdade é o que conforma o homem como tal, somente podendo ser ele considerado responsável pelos atos que pratica quando dotado de liberdade de ação. Essa liberdade pura, obviamente, não passa de uma abstração com finalidade metodológica, pois toda liberdade é de certo modo ligada à lei. O conteúdo liberdade de ação defendida por Pufendorf, livre e abstratamente considerada, foi assim interpretada e conceituada por Welzel (1993, p. 48):

À liberdade de ação pertence também o conhecimento do que se quer, em outras palavras, pertence ao intelecto. Este apresenta objetivos à vontade, por assim dizer, como um espelho, e expressa uma opinião sobre o objeto, o tempo, as formas e os meios pelos quais devemos agir.

Como pode ser facilmente notado a partir do que foi até aqui exposto, o conceito de ação de Pufendorf, tanto na sua literalidade quanto na interpretação feita por Welzel, é muito próximo do conceito de ação finalista hoje corrente na dogmática penal. Não só a descrição do que seria a ação, mas também as etapas do seu desenvolvimento, unindo conhecimento e vontade como partes do todo são de tal forma parecidos que é impossível não reconhecer que a principal influência de Welzel para a elaboração do seu sistema foi mesmo o seu conhecimento sobre a doutrina juracionalista de Pufendorf em todos os seus aspectos. Ademais, o que fez Welzel ao elaborar sua doutrina do finalismo, inserindo a ação como pedra angular do direito penal, foi semelhante ao que fez Pufendorf, que, para evoluir do pensamento grociano, optou por trazer para o centro do sistema jurídico o homem como ser livre e, somente como tal, capaz de responder pelos seus atos.

A defesa elaborada por Welzel da não vinculação do seu sistema ao ontologismo hartmanniano parece agora ter mais sentido. Porém, as bases doutrinarias apresentadas por ele como sendo sua inspiração verdadeira aparentam ter a finalidade de esconder a real origem do seu sistema, que, por portar tanta semelhança a outro, poderia esmaecer-lhe o brilho.

5CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Barão Samuel von Pufendorf foi um dos grandes jusracionalistas do século XVII, entretanto, apesar disso, foi aos poucos esquecido e, quando algum jurista se remete àquele período, é muito mais ordinária a alusão a Hugo Grócio com um salto quase cego até Immanuel Kant, como se entre os dois não houvesse nada digno de apreço, nada de substancial. Com o resgate da doutrina jurídica de Pufendorf, iniciada no século XX pela suave e sagaz pena de Hans Welzel, seguido de uma série de outros estudos por vezes profundos e ricos em pesquisas, alguns dos quais usados neste trabalho, a doutrina contemporânea pôde perceber o quanto é tributária das assertivas metódicas do jurista saxão e, felizmente, aquela escassez de informação sobre sua doutrina aos poucos se esvai pelas recentes pesquisas publicadas e pela gentileza de algumas universidades que digitalizaram e disponibilizaram ao público através da *internet* traduções até recentemente pouco acessíveis e de altíssimo nível, como é o caso da versão de *De Jure Naturae et Gentium* traduzida e comentada por Barbeyrac, que foi fundamental para a elaboração da presente dissertação.

Dentre tudo aquilo que produziu, Pufendorf deixou para o direito penal uma importante contribuição - a imputação – que, durante esta dissertação, tentou-se demonstrar a sua origem, os seus pressupostos e o seu método, com o objetivo de constatar que este instituto não só influenciou os juristas daquele tempo, como moldou a forma de atribuir responsabilidade pelo direito penal, que ainda estava para surgir como matéria autônoma e, indo além da clara influência que teve naqueles que beberam diretamente da sua fonte, deixou suas marcas na formação da moderna ciência penal ao influenciar diretamente Paul Johann Anselm von Feuerbach e, mais presentemente, fazendo parte, ainda que de forma silenciosa, do renascimento da ação humana para o direito penal com o finalismo de Welzel.

Assim como foi no seu tempo um dos responsáveis por colocar o homem no centro das doutrinas jurídicas ao considerar a sua ação o meio pelo qual ele deveria ser levado em conta pelo direito, foi por meio dessa mesma teoria que Hans Welzel pôde recolocar o homem no centro da dogmática penal para de maneira eficiente fugir dos perigos do direito penal do nacional socialismo e do determinismo do positivismo científico.

Desafortunadamente, o Brasil não tem produzido obras sobre a imputação no viés que foi nesta dissertação brevemente estudada. Isso se deve parcialmente ao grande foco dado à teoria da imputação objetiva, que ainda ocupa uma parte da doutrina nacional como se este tema pudesse resolver todos os problemas não resolvidos pelo finalismo welzeliano. De fato, a teoria da imputação objetiva constituiu um avanço doutrinário, notadamente pelo esforço de autores da envergadura de Claus Roxin, Gunther Jakobs, Bernd Schünemann, Wolfgang Frisch e porque não também dos tenazes críticos como Armin Kaufmann e Eugenio Raúl Zaffaroni, que pela sua sagacidade e respeitabilidade permitiram que a teoria nunca deixasse de se desenvolver, influenciando, de fato, julgamentos importantes em tribunais superiores.

Não obstante, quando se busca a origem da moderna teoria da imputação objetiva, comumente realiza-se uma breve referência a Pufendorf, apontando-o como criador da imputação, saltando séculos a frente para os trabalhos de Richard Hönig (*Kausalität und objektive Zurechnung*⁸⁴ de 1930) e Karl Larenz (*Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung* de 1926), que serviram de inspiração para as primeiras publicações de Claus Roxin sobre o assunto no início da década de 70, como por exemplo o texto *Reflexões sobre a Problemática da Imputação em Direito Penal*⁸⁵, publicado pela primeira vez em 1970 no *Festschrift* para o mesmo Hönig.

Analisando a posição da doutrina brasileira em relação à recepção da teoria da imputação objetiva, Nilo Batista (2010) tece alguns comentários servíveis ao que aqui se expõe. Criticando a postura subserviente de parte da doutrina nacional que importou acriticamente aquilo que foi produzido na Alemanha no pós-guerra, o professor brasileiro aponta inicialmente algumas exceções a esta regra, relacionando obras que tentaram expor a teoria de forma mais criteriosa, se

⁸⁴ Existe tradução para o castellano deste texto, da lavra de Marcelo A. Sancinetti e publicada na obra *Causalidad, riesgo e imputación – 100 años de contribuciones críticas sobre la imputación objetiva*, publicada pela editora Hammurabi de Buenos Aires pela primeira vez em 2009. Esta obra, como o seu nome sugere, contém mais de uma dezena de artigos que envolvem o desenvolvimento da teoria da imputação objetiva, desde um trabalho de Max Ludwig Müller datado de 1912 até o mais recente do próprio tradutor da obra, escrito em 2008, passando por nomes como Arthur Kaufmann, Friedrich Schaffstein, Gunther Stratenwerth, Ingeborg Puppe, Gunther Jakobs, Wolfgang Frisch, entre outros.

⁸⁵ Boa tradução para o português deste artigo pode ser encontrada na coletânea de artigos de Claus Roxin publicada como *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, editorial Vega, Lisboa, s/d. Esta coletânea traz ainda outros artigos importantes para a compreensão dos primeiros passos dados por Roxin na teoria da imputação objetiva, como por exemplo: *Violação do dever e resultado nos crimes negligentes* e *Sobre o fim de proteção da norma nos crimes negligentes*.

distanciando de outras que exaltavam de maneira quase exotérica as soluções por ela propostas.

Nilo Batista (2010) critica em seu texto exatamente a falta de pesquisas brasileiras a respeito da real origem do conceito de imputação, aquele conectado à noção de responsabilidade pessoal, como abordado ainda na introdução desta dissertação. Em dado momento, o professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro chega a considerar que os estudos sobre a imputação no Brasil tiveram essalacuna pela “má vontade de Nelson Hungria para com o termo imputabilidade, que ele – sob a influência da tradição – afirmava, não sem alguma dose de razão no contexto do debate, ‘referir-se mais à ação do que ao agente’” (BATISTA, 2010, p. 89). Talvez seja exagerado considerar o quase unânime Hungria como responsável pela “carreira acanhada da categoria”, pois desta forma apenas por ele ter alcançado a posição de penalista brasileiro mais influente do século XX, ser-lhe-iam imputados também quaisquer outros subdesenvolvimentos de categorias da teoria do delito.

O fato é que a imputação como método de atribuição de responsabilidade foi verdadeiramente deixado de lado nas discussões da dogmática penal contemporânea. No supramencionado texto, Nilo Batista (2010) expõe de maneira perfunctória – em razão mesmo de não ser outra a intenção do autor – brevepassagem da doutrina da imputação no Brasil, com base em texto da lavra de Tomás Antonio Gonzaga (1744 – 1810), muito mais conhecido pelas suas Cartas Chilenas e Marília de Dirceu. Nascido em Portugal, esse poeta arcádico mudou-se para Pernambuco ainda criança e fez carreira de jurista, poeta e ativista político no Brasil, falecendo em Moçambique após ser degredado. Em sua juventude voltou a Portugal onde cursou direito na Universidade de Coimbra, tornando-se bacharel em 1768, oportunidade na qual escreveu seu Tratado de Direito Natural.

Essa obra não teve a repercussão que poderia ter tido no Brasil, somente sendo publicada em escala comercial na década de 50 do século XX. Não cabe, em sede de conclusão dessa dissertação, expor em detalhes a noção de imputação desenvolvida pelo luso-brasileiro, bastando aqui informar que mesmo antes de entrar no tema especificamente, ainda tratando as ações humanas, Gonzaga (1957) utiliza abundantemente Samuel Pufendorf como referência, não sendo diferente quando então segue a sua exposição e chega na seara da responsabilidade penal, no capítulo intitulado “Da Imputação das Acções”, momento em que a sua inspiração

no autor saxão permanece presente de forma expressa em diversas citações diretas.

Citando apenas essa como a referencia “brasileira” na doutrina da imputação, Nilo Batista (2010) deixou de relacionar também o grande Tobias Barreto (1839 – 1889), que com o seu germanismo e profundo conhedor da doutrina estrangeira do período, não deixou de conceituar, no seu Prolegômenos do Estudo de Direito Criminal, a imputação no sentido que foi até agora debatido, assim se manifestando: “Imputar, no sentido do direito penal, é fazer remontar uma ação criminosa com os seus resultados, à vontade de um ser humano, como causa livre desta mesma ação, e torná-lo assim responsável por ela.” (BARRETO, 2012, p.136). Sobre o tema, o integrante da Escola do Recife não cita diretamente Pufendorf, baseando suas conclusões em Zachariae, mas vê-se claramente que sua opinião permanece na linha do estudo da imputação no sentido que foi tema deste trabalho.

De fato, essas são algumas exceções de textos publicados no Brasil acerca da imputação como método de responsabilização penal. O fato é que a tão debatida teoria da imputação objetiva na verdade pouco tem a ver com a imputação de Pufendorf, o que foi tema de investigações por parte de Pablo Sánchez-Ostiz (2008) e Paulo de Sousa Mendes (2007), não sendo correto relacionar diretamente as duas formas de imputação como sequência uma da outra, sob pena de cometer equívoco histórico-dogmático.

Além de trazer esta constatação, o resgate do estudo da imputação da maneira que foi elaborada e difundida por Samuel Pufendorf abre espaço à reflexão sobre o atual método Liszt-Beling de atribuição de responsabilidade penal, sendo possível usar toda a estrutura da imputação originária, assim como fez Hans Welzel no início do século XX, como tábula rasa para a recriação de um sistema de responsabilização condizente com as necessidades do nosso tempo.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito. Uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência** (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. 7. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2011.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução do grego de António de Castro Caeiro. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- BAR, Carl Ludwig von. A History of Continental Criminal Law. **The Continental Legal Histories Series**. Vol. VI. Boston: Little, Brown and Co., 1916. Disponível em: <<http://archive.org/details/historyofcontine00barl>>. Acesso em: 10 jun. 2013.
- BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito II**. 1. ed. Sergipe: Editoria Diário Oficial, 2012.
- BATISTA, Nilo. Imputação para principiantes (brasileiros). In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 2, n. 1. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2009. Disponível em: <www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n.2.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2013.
- BOBBIO, Norberto. Leibniz e Pufendorf. In: **Da Hobbes a Marx**. Saggi di Storia della Filosofia. Napoli: Morana, 1965.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.
- _____. Introdução às Ideias Jurídicas da Modernidade. In: BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo. (Coord.) **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.

BRITO, Alejandro Guzmán. Mositalicus y mosgallicus. In: **Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso**. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica, 1978. Disponível em: <<http://historiantigua.cl/wp-content/uploads/2011/12/20-guzman-brito-alejandro-mos-italicus-y-mos-gallicus-121.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

CARPINTERO, Francisco. "Mositalicus", "mosgallicus" y el humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica. In: **Veröffentlichungendes Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte**. Vol. VI. *Ius Commune*. Herausgegeben von Hulmut Coing. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1977. Disponível em: <<http://www.franciscocarpintero.com/contenido.html>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

_____. Imputatio. In: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**. Serie V. Anno LXXXI. Gennaio/Marzo 2004. Giuffrè Editore. Disponível em: <<http://www.franciscocarpintero.com/contenido.html>>. Acesso em: 25 set. 2011.

CATTANEO, Mario A. **Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale**. Milão: Edizioni di Comunità, 1970.

_____. Il Diritto Penale nel Pensiero di Ludwig Heinrich Jakob. In: **Il Illuminismo e Legislação Penal** – Saggi Sulla Filosofia del Diritto Penale nella Germania del Settecento. Milão: LED, 1993.

_____. Samuel Pufendorf e Paul Johann Anselm Feuerbach: Contratto Sociale, Secolarizzazione Penale e Prevenzione Generale. In: FIORILLO, Vanda, org. **Samuel Pufendorf Filosofo del Diritto e Della Política**. Napoli: Edizioni Città del Sole, 1996a.

_____. **L'Umanesimo Giuridico Penale di Karl Grolman**. Pisa: Edizioni ETS, 1996b.

CEREZO MIR, José. Ontologismo e Normativismo na Teoria Finalista. In: **Revista Ciências Penais**, vol. 0, 2004. Disponível em <<http://www.professorregisprado.com>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

DERATHÉ, Robert. **Rousseau e a ciência política de seu tempo**. 1. ed. São Paulo: Editora Barcarolla, 2009.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania.** 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FIORILLO, Vanda. **TraEgoismo e Socialitá.** II Giusnaturalismodi Samuel Pufendorf. Napoli: Jovene, 1992.

FRANKS, Robert Sleighholme. "Imputation". In: **Encyclopaedia of Religion and Ethics**. Vol. VII. Edinburgh: T. & T. CLARK, 1914. Disponível em:<<https://archive.org/details/EncyclopaediaOfReligionAndEthics.Hastings-selbie-gray.13Vols>>. Acesso em: 14 set. 2013.

GARCIA-MAYNEZ, Eduardo. Doctrina Aristotelica de la Imputación. **Revista de Filosofia Dianoia**, vol. 18, n. 18. Mexico, D.F.: Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, 1972. Disponível em: <http://dianoia.filosoficas.unam.mx/files/9513/6996/8756/DIA72_Garcia_Maynez.pdf>. Acesso em: 10 out. 2012.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1986.

GOYARD-FABRE, Simone. **Pufendorf et le Droit Naturel.** 1. ed. Paris: Presses Universitaires de France – PUF, 1994.

_____. **Filosofia crítica e razão jurídica.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GROTIUS, Hugo. **Le droit de la guerre et de la paix.** Tome Premier. Paris: Librairie de Guillaumin, 1867. Disponível em: <<http://www.archive.org/details/ledroitdelaguerr01grot>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

HABERMAS, Jurgen. **Teoría y Praxis. Estudios de filosofía social.** 5. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2012.

HAZARD, Paul. **La Crise de la conscience européenne: 1680-1715.** 3. ed. Paris: Librairie Générale Française, 2009.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Européia:** Síntese de Um Milênio. 1. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HOUAISS, Antônio. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa.**3. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

HRUSCHKA, Joachim. **Imputation.** In: Brigham Young University Law Review. Vol. 3. 1986. Dados de edição não disponíveis. Disponível em: <<http://lawreview.byu.edu/archives/1986/3/hru.pdf>> . Acesso em: 3 maio 2013.

_____. **Imputación y Derecho Penal.** 1. ed. Buenos Aires: Editorial B. de F, 2009.

HRUSCHKA, Joachim. BYRD, B. Sharon. **Kant's Doctrine of Right.** A commentary. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

JESCHECK, Hans Heinrich. WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal.** 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002.

KANT, Immanuel. **La metafísica de las costumbres.** 4. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas.** 10. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2011.

LAURENT, Pierre. **Pufendorf et la Loi Naturelle.** 1. ed. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1982.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Allemão.** Vol. I. Brasília: Senado Federal, 2006.

LOCKE, John. **Some Thoughts concerning Education.** 2. ed. London: Cambridge University Press, 1889. Disponível em: <<http://archive.org/details/somethoughtsconc00lockuoft>>. Acesso em: 10 maio 2013.

MENDES, Paulo de Sousa. **O Torto Intrinsecamente Culposo como Condição Necessária da Imputação da Pena.** 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

ORTS, Adela Cortina. Estudio Preliminar. In: KANT, Immanuel. **La metafísica de las costumbres.** 4. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. **La imputación y Teoria del Delito:** La doctrina kantiana de la imputación y la recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporâneo. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2008.

PAOLINELLI, Marco. A Filosofia na Alemanha na Era do Iluminismo. In. ROVIGHI, Sofia Vanni. (coord.). **História da Filosofia Moderna:** da revolução científica a Hegel. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

PRATS, Jaime Brufau. **La Actitud Metodica de Samuel Pufendorf y la Configuración de la "Disciplina Juris Naturalis".** Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968.

PUFENDORF, Samuel. **Le Droit de la Nature et des Gens ou Système General des Principes les plus Importants de la Morale, de la Jurisprudence, et de la Politique.** Tome Premier. 5. ed. Amsterdam: Pierre de Coub, 1734. Disponível em: <<http://archive.org/details/ledroitdelanatur01pufe>> Acesso em: 05 maio 2013.

_____. **The Elements of Universal Jurisprudence.** Oxford: The Clarendon Press. 1931.

_____. **De los Deberes del Hombre y del Ciudadano Segun la Ley Natural, en Dos Libros.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. **Os deveres do Homem e do Cidadão. De acordo com as leis do direito natural.** 1. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

RICOEUR, Paul. **O justo - 1.** A justiça como regra moral e como instituição. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General.** Tomo I. 1. ed. Madrid: Editora Civitas, 2007.

RUS RUFINO, Salvador. Estudio Preliminar. In: PUFENDORF, Samuel. **De los Deberes del Hombre y del Ciudadano Segun la Ley Natural, en Dos Libros.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

SEELMAN, Kurt. Gaetano Filangieri e la proporzionalità fra reato e pena. Imputazione e prevenzione nella filosofia penale dell'Illuminismo. In: **Materiali per una storia della giuridica**, v. XXXI, n. 1. Local não disponível: Il Mulino, 2001.

VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WEBER, Hellmuth von. **Lineamientos del Derecho penal Alemán.** Buenos Aires: Ediar, 2008.

WELZEL, Hans. **Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material.** Madrid: Editorial Aguilar, 1971.

_____. **La Dottrina Giustaturalistica di Samuel Pufendorf.** Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.

_____. **Derecho Penal Alemán. Parte General.** 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011a.

_____. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista.** Buenos Aires: Editorial B de F, 2011b.

_____. “Samuel, baron von Pufendorf”. In: **Encyclopaedia Britannica.** Sem data. Disponível em: <<http://global.britannica.com/EBchecked/topic/482927/Samuel-baron-von-Pufendorf>>. Acesso em: 12 nov. 2012.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Anselm Feuerbach: Perspectiva Actual de su Antropología Jurídica. Ensayo Preliminar. In. FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania.** 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.