

O VELHO HOMO MEDIUS

Luiz Vicente Cernicchiaro

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O Direito, como expressão cultural, traduz significado histórico. As normas, não obstante a conservação literal, com o passar do tempo, alteram o significado. Os exemplos repetem-se constantemente. O Código Penal da Itália, não obstante ser de 1930, sancionado no regime fascista, vem sendo interpretado conforme os princípios constitucionais de 1948. Ao leitor menos avisado pode dar a impressão de os julgados apoiarem-se em outro texto. Com efeito, particularmente a Corte Constitucional adaptou a lei ao novo contexto político e constitucional. No Brasil, ocorre o mesmo fenômeno. A chamada "sociedade conjugal de fato", *nomen iuris* pouco feliz, não foi absorvida pelo Código Civil, a não ser para gerar sanções (sentido negativo). No início de vigência do Código de Processo Civil anterior, o art. 2º, para propor a ação, exigia "legítimo interesse econômico ou moral". Com esteio nesse dispositivo, ao fundamento de o concubinato ser imoral, liminarmente, a companheira, desfeita a união, tinha sua postulação repelida. Hoje, contudo, outro é o quadro legislativo. A Constituição da República abandonou a afirmação de que a família se forma pelo casamento e consigna ser "reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar" (art. 226, § 3º). A jurisprudência, porém, sempre foi sensível ao tema. A pouco e pouco, firmou posição, culminando com Súmulas do Supremo Tribunal Federal.

A evolução do tema, certamente, não está encerrada. Espera-se, o instituto deverá deslocar-se do Direito das Obrigações para encontrar respostas no Direito de Família.

O *homo medius*, no Direito Penal, projeta instante histórico;

reflete momento da teoria geral do delito, ou, com mais ênfase, o próprio significado dessa área dogmática.

A Exposição de Motivos, referente à Parte Geral (1940), no ítem 17, mencionou: "A coação deve ser irresistível: se pode ser vencida (tendo-se, em vista, é claro, o padrão do *homo medius*, e não o do *homo constantissimus*), haverá apenas uma atenuante (art. 48, IV, c).

Homo medius traduz idéia de comportamento - padrão, hipoteticamente entendido, consoante normas culturais, o que a sociedade considera modelo ideal de conduta.

Em se tomando esse parâmetro, fácil constatar, o homem não será julgado consoante a sua conduta, posto, porém, em confronto com mera hipótese normativa. Ter-se-á, sem dúvida, consagrado a responsabilidade objetiva.

Hoje, o Direito Penal (não obstante transcorrido pouco mais de cinquenta anos) é informado por outros princípios. Dentre eles: responsabilidade subjetiva (a responsabilidade objetiva colide com a Constituição) e culpabilidade (sentido moderno). Antes, responsabilidade subjetiva era sinônimo de elemento subjetivo. Hoje, ao contrário, predominantemente, traduz idéia de reprovabilidade ao agente do crime.

Não há crime sem culpabilidade, ou seja, censura ao autor do delito. Seria contraditório punir alguém que houvesse praticado conduta aplaudida juridicamente.

Toda infração é desvaliosa. Daí o juízo de censura ao seu agente.

A culpabilidade, porque traduz juízo de valor, enseja graduação. Entre o grau mínimo e o grau máximo, há amplo espaço. Nesse quadrante, o juiz sensível saberá dimensionar o caso concreto. Não se olvide a advertência de Von Liszt de o delinqüente ter direito a "uma" pena, no sentido de a condenação penal projetar, com precisão, a resposta jurídica.

Fácil verificar, não mais se julga conforme padrão objetivo; impõe-se, isso sim, dimensionar o agente (como ele é).

A pena é medida da censura político-jurídica. Dirigida a alguém. Inconcebível tomar como referência terceira pessoa (ainda que hipotética).

O Direito Penal da culpa aboliu, às inteiras, qualquer resquício de responsabilidade objetiva. Inadequado falar em crime, inexistindo o vínculo subjetivo entre a conduta e o resultado. O delito, de outro lado, é conduta. O comportamento projeta vontade. Evidente, repita-se, de um homem, jamais de um padrão. Censura-se o homem pelo que ele fez, ou deixou de fazer. Inconcebível tomar terceiro para individualizar.

A moderna teoria da culpabilidade analisa o homem no contexto de sua grandeza, ou fraqueza. Dimensiona o mérito e o demérito. Projeta a individualidade. Examina o comportamento e suas circunstâncias. A pena é aplicada ao agente da infração. Contradição tomar como referência sujeito diferente.

O *homo medius* foi sepultado. O Direito como forma, cedeu passo ao sentido material das normas jurídicas.

O Direito Penal, reunindo as sanções mais severas (repercute também moralmente), reclama interpretação sistemática. Vale dizer, o sentido gramatical da lei está condicionado aos princípios. Caso contrário, o *homo medius*, apesar da certidão de óbito, poderá apresentar-se vivo, de corpo inteiro, em decisões judiciais. A barba, entretanto, estará longa e branca!