

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.1

SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL¹

CLAUS ROXIN

SUMÁRIO: 1. Sobre a teoria do ilícito: 1.1 O caráter avalorado (Wertfreiheit) da construção sistemática causal e final no âmbito do ilícito; 1.2 A teoria funcional do ilícito como uma teoria da imputação derivada da tarefa do Direito Penal, político-criminalmente fundada, e aberta para a dimensão empírica; 1.3 Objeções – 2. Sobre a teoria da responsabilidade: 2.1 Sua dedução da teoria dos fins da pena e a introdução da idéia de prevenção; 2.2 Consequências práticas e sua consonância com o ordenamento jurídico; 2.3 Objeções.

Resumo: Neste estudo, esforça-se o autor por demonstrar de que maneira um sistema político-criminalmente fundado pode libertar-se do normativismo e levar em conta conhecimentos empíricos, especialmente criminológicos, ao resolver problemas jurídicos. Numa primeira parte, expõe a nova teoria do injusto, funcionalmente construída, que adquire a forma de um juízo de imputação objetiva. Na segunda parte, cuida da “responsabilidade” (tradicionalmente conhecida por culpabilidade).

Palavras-chave: Teoria do delito – Conceito de crime – Funcionalismo – Política criminal – Injusto penal – Ilícito penal – Imputação objetiva – Culpabilidade – Responsabilidade – Fins da pena.

⁽¹⁾ (N. do T.) Tradução, de Luís Greco, autorizada pelo autor, do estudo “Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems”, originalmente publicado em Albrecht / Dünkler / Kerner / Kürzinger / Schöch / Sessar / Villmow (eds.), *Festschrift für Günther Kaiser* (Estudos em homenagem a Günther Kaiser), Duncker & Humblot, Berlin, 1998, p. 885 et seq.

Abreviaturas: BGHS_t = AT = Allgemeiner Teil (Parte Geral, refere-se a manuais); BGB = Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão); BGH = Bundesgerichtshof (Tribunal Federal, equivalente ao nosso STJ); BGHS_t = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Decisões do BGH em matéria penal); BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Decisões da Corte Constitucional); GA = Goldammer's Archiv für Strafrecht; GG = Grundgesetz (Lei Fundamental); GS = Gedächtnisschrift (Estudos em memória); FS = Festschrift (Estudos em homenagem); JA = Juristische Arbeitsblätter; JZ = Juristenzeitung; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; NSZ = Neue Zeitschrift für

A idéia de estruturar categorias basilares do Direito Penal sob aspectos político-criminais² permite transformar não só postulados sócio-políticos, mas também dados empíricos e, especialmente, criminológicos, em elementos fecundos para a dogmática jurídica. Se procedermos deste modo, o sistema jurídico-penal deixará de ser unicamente uma totalidade conceitualmente ordenada de conhecimentos com validade geral, mas abre-se para o desenvolvimento social, pelo qual também se interessa a criminologia, que se empenha na explicação e no controle da delinquência. Isto pode justificar que eu queira tecer algumas observações genéricas sobre questões sistemáticas fundamentais, oferecendo-as ao grande criminólogo e honrado colega, Günther Kaiser, com meus cordiais parabéns por seu septuagésimo aniversário.

1. Sobre a teoria do ilícito

1.1 O caráter avalorado (*Wertfreiheit*) da construção sistemática causal e final no âmbito do ilícito

É sabido que a teoria do ilícito penal neste século, com as construções sistemáticas da teoria clássica (e, mais tarde, neoclássica)³ do delito, a que se seguiu historicamente (após 1930) a teoria finalista da ação, foi edificada sobre os elementos basilares da causalidade ou da finalidade. Discutiu-se por bastante tempo se a causalidade, uma vez considerada elemento fundamental da realização do tipo, poderia dispensar um tratamento adequado aos delitos omissivos.

Strafrecht; Rn = Randnummer (número de margem); StGB = Strafgesetzbuch (Código Penal alemão); StPO = Strafprozeßordnung (Código de Processo Penal alemão); ZRP = Zeitschrift für Rechtspolitik; ZStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

- (2) Esta idéia é apresentada e mais detalhadamente desenvolvida em meu escrito *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. ed., 1973,* bem como em meu manual *Strafrecht, Allg. Teil*, 3. ed., 1997, vol. I, § 7, Rn. 51-84, passim. O que lá está dito não será aqui repetido.

* (N. do T.) A citada obra encontra-se traduzida para o português, sob o título *Política criminal e sistema jurídico-penal*, Renovar, Rio de Janeiro, 2000. Igualmente em português, sobre a proposta de Roxin, veja-se meu artigo "Introdução à dogmática funcionalista do delito", *RBCCrim* 32/120 *et seq.*, 2000.

- (3) (N. do T.) O conceito clássico de delito é o de Liszt e Beling, estruturado sobre um injusto objetivo e uma culpabilidade subjetiva, que se construiu sob a influência do naturalismo positivista. O neokantismo relativizou essa dura separação, permeando o injusto de elementos subjetivos, a culpabilidade de elementos objetivos e normativizando ambas as categorias, até chegar ao que hoje se chama conceito neoclássico de delito (cf. Roxin, *Strafrecht...*, § 7/13 *et seq.*; entre nós, Cézár Bitencourt. *Manual de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2000. vol. I, p. 137 *et seq.*).

Com a teoria finalista da ação surgiu ainda o problema quanto a se a culpa, constitutiva de certos tipos, poderia ser compreendida através do critério da finalidade.⁴

Em virtude de se terem solucionado de modo insatisfatório estas tentativas de integração é que, em grande medida, a discussão entre “causalistas” e “finalistas”, que dominou a doutrina nos primeiros 25 anos do pós-guerra, tenha hoje silenciado, e que ambas as concepções sistemáticas possuam somente um reduzido número de seguidores na Alemanha. Visto de uma retrospectiva histórico-dogmática, são mais as semelhanças que as diferenças entre as duas teorias que sobressaem: ambas fundamentam o sistema jurídico-penal em categorias ônticas, avaloradas, imunizadas de antemão contra objetivos sociais e político-criminais. O nexo causal (no sentido da teoria da equivalência) e também sua supradeterminação finalista tentam descrever leis estruturais de acontecimentos do mundo exterior, que são anteriores a toda valoração.

1.2 A teoria funcional do ilícito como uma teoria da imputação derivada da tarefa do Direito Penal, político-criminalmente fundada, e aberta para a dimensão empírica

Em face destas construções, a proposta sistemática teleológica/político-criminal (funcionalista), que desde 1970 encontra um número crescente de seguidores,⁵ realiza uma verdadeira revolução copernicana. A imputação objetiva, ao considerar a ação típica uma realização de um risco não permitido dentro do alcance do tipo,⁶ estrutura o ilícito à luz da função do Direito Penal. Esta teoria utiliza-se de valorações constitutivas da ação típica (risco não permitido, alcance do tipo), abstraindo de suas variadas manifestações ônticas.

Afinal, não se pode caracterizar o ilícito penal através de categorias como a causalidade ou a finalidade. O ilícito nem sempre é realizado final ou causalmente, como o provam os crimes omissivos. E ainda onde tais estruturas se apresentam, falta-lhes a referência ao Direito Penal, de modo que elas não bastam para caracterizar aquilo que há de jurídico-penalmente relevante em uma ação típica. Pelo contrário, tanto o injusto culposos, como o omissivo, na perspectiva de um sistema jurídico-penal funcionalista, são o resultado de uma imputação que se processa de acordo com critérios jurídicos. Os problemas da teoria causal e final da ação acima expostos perdem, de antemão, seu objeto.

⁽⁴⁾ Cf., quanto a isso, em confronto com as mais avançadas e fecundas concepções finalistas de Struensee (JZ 1987, p. 53 *et seq.*; 1987, p. 541 *et seq.*; GA 1987, p. 97 *et seq.*), por último Roxin, “Finalität und objektive Zurechnung” (“Finalidade e imputação objetiva”), *Armin Kaufmann-GS*, 1989, p. 237 *et seq.* (p. 247 *et seq.*).

⁽⁵⁾ Cf., quanto a isto, com ulteriores referências, Roxin, *Strafrecht*..., § 7, Rn. 24 *et seq.*

⁽⁶⁾ Cf., com mais detalhes, Roxin, *Strafrecht*..., § 11, Rn. 39 *et seq.*

Mas as diferenças entre as concepções de sistema vão além: se considerarmos a ação típica como realização de um risco não permitido, é porque estamos deduzindo o comportamento jurídico-penalmente relevante da tarefa do Direito Penal, de defender o indivíduo e a sociedade contra riscos sócio-politicamente intoleráveis. A idéia do risco vai, como se sabe, bem além da esfera da dogmática jurídico-penal, e tematiza problemas fundamentais da sociedade moderna e de seu direcionamento.⁷ O processamento dogmático desta idéia possibilita e favorece a introdução de questionamentos político-criminais e empíricos, e faz com que a dogmática, encerrada em seu edifício conceitual pelas anteriores concepções de sistema, se abra para a realidade.

A controvérsia a respeito da legitimidade ou não dos delitos de perigo abstrato,⁸ que hoje ocupa o centro das discussões fundamentais do Direito Penal – para ficar unicamente neste exemplo – não pode ser decidida no sentido de uma aceitação ou negação em bloco, mas unicamente através de investigações, análises e valorações político-criminais dos perigos decorrentes de determinado comportamento para um bem jurídico concreto. Este procedimento vale não só para a apreciação político-jurídica de normas já existentes, ou para fundamentar exigências a serem feitas de *lege ferenda*, mas também para os espaços interpretativos do Direito vigente. Aqui as ciências empíricas são necessárias mesmo para o trabalho dogmático.

O mesmo vale para o conceito de risco permitido: onde ele não estiver fixado legalmente, o juízo jurídico não poderá ser formulado sem levar em conta investigações empíricas. Quando se quer saber se contatos sexuais mantidos por uma pessoa infectada pelo HIV com uma pessoa não informada desta infecção, utilizando ou não preservativo, configuram lesões corporais, isto só pode ser decidido através de uma estimativa exata do risco de infecção com ajuda de critérios sócio-politicamente fundados sobre os limites daquilo que é socialmente tolerável.⁹ Assim, tanto a política social como alguns dados de realidade introduzem-se, através do princípio sistemático do risco, de modo imediato na interpretação das ações típicas.

Um sistema jurídico-penal teleológico-racional difere dos projetos sistemáticos causal e final no campo do ilícito não só através de sua abertura para o empírico e para a política criminal, mas igualmente porque ele reconhece a ação típica não exclusivamente como um dado prévio ontológico, e sim também como produto

(7) Comparem-se, por exemplo, o livro bastante discutido do sociólogo Beck sobre a *Risikogesellschaft* (Sociedade do Risco), 1986, a monografia de Kratzsch sobre *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht* (Direcionamento de comportamentos e organização no Direito Penal), 1985, e o trabalho de Prittwitz sobre *Strafrecht und risiko* (Direito Penal e risco), 1993.

(8) Cf., quanto a isso, com ulteriores referências, Roxin, *Strafrecht...*, § 2, Rn. 26 *et seq.*

(9) Cf., sobre os problemas e controvérsias aqui existentes, com maiores referências, Roxin, *Strafrecht...*, § 11, Rn. 108 *et seq.*

de uma valoração legislativa. Se, por exemplo, a venda de drogas a outrem na consciência dos possíveis efeitos, droga essa que vem a ser injetada pelo consumidor com resultado de morte, é ou não uma ação dolosa de homicídio, isto não pode ser respondido através de categorias como a causalidade ou a finalidade, mas unicamente através da teoria da imputação objetiva. Segundo ela, não existirá ação de homicídio, porque a imputação é limitada pelo princípio da auto-responsabilidade.¹⁰

1.3 Objeções

Depois de tudo isso será difícil concordar com a afirmação de Hirsch, um dos últimos defensores engajados do finalismo atualmente, no sentido de que “desde a reconstrução do sistema operada por Welzel, não surgiram concepções dogmáticas fundamentais convincentes”.¹¹ Nos delitos dolosos, considera ele os problemas de imputação objetiva uma questão de dolo.¹² Mas os casos de AIDS e drogas, acima descritos, já demonstram o quão pouco isto é verdadeiro. É certo que, nestes casos, ainda que os agentes tenham assumido o risco de (ou mesmo almejado) um resultado de lesão ou morte, estará ausente o dolo. Mas isto não é devido à ausência da finalidade em seu agir, mas sim ao fato de inexistir um tipo objetivo, sobre o qual o dolo do delito se possa projetar. A *sedes materiae* é, portanto, o tipo objetivo, não o dolo.¹³

Quanto aos delitos culposos, pensa Hirsch:¹⁴ “Se levarmos em consideração (...) o nexo de antijuridicidade¹⁵ do delito culposos, veremos que se trata, é verdade, de um ponto de vista objetivo, a saber, o vínculo condicional entre a ação

(10) BGHSr 32, p. 262, com comentário de Roxin, NSrZ 1984, p. 411. Mais detalhes quanto a tudo, Roxin, *Strafrecht...*, § 11, Rn. 91-104.

(11) Hirsch, *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln (Edição comemorativa da Faculdade de Direito de Köln)*, 1988, p. 399 et seq. (p. 420).

(12) Hirsch, “Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht” (“O desenvolvimento da dogmática jurídico-penal na República Federal da Alemanha, numa visão de princípios”), Hirsch/Weigend (eds.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland (Direito Penal e política criminal no Japão e na Alemanha)*, 1989, p. 65 et seq. (p. 68).

(13) Cf., quanto a isto, Roxin, “Die Lehre von der objektiven Zurechnung” (“A teoria da imputação objetiva”), *Sonderausgabe der Chengchi Law Review zum taiwanesisch-deutsch-spanischen strafrechtlichen Symposium (Edição especial da Chengchi Law Review para o Simpósio jurídico-penal taiwanês-alemão-espanhol)*, Taipei, 1989, p. 219 et seq. (p. 236 et seq.).

(14) Hirsch, “Die Entwicklung...”, p. 68.

(15) (N. do T.) O tipo objetivo do delito culposos compõe-se, segundo o finalismo (seguido por Hirsch), de uma violação do dever objetivo de cuidado, de um resultado lesivo, e de um nexo valorativo (a terminologia é bastante confusa: nexo de antijuridicidade, de violação do dever, de determinação...) entre o dever objetivo de cuidado e o resultado.

voluntária contrária ao dever de cuidado e o dano causado. Mas a espécie de relação entre a ação contrária ao dever de cuidado e o resultado decorre já da essência do delito culposo. Este só se aperfeiçoa se o resultado decorrer exatamente da referida violação do dever de cuidado. Aqui também não resta espaço, portanto, para uma autônoma teoria da imputação objetiva". Aquilo que aqui – numa roupagem ontológica – é referido como a "essência do delito culposo", não passa (abstraindo-se de que o mesmo vale para os delitos dolosos)¹⁶ da regra central da imputação, segundo a qual o resultado deve representar uma realização do risco não permitido que o dever de cuidado consubstanciado no tipo pretendia prevenir.¹⁷ Em substância, acaba-se de reconhecer que não é possível sistematizar a culpa utilizando-se do critério da finalidade, mas unicamente através das regras da imputação objetiva.

Outra crítica formulada ao sistema teleológico-racional, que opera com regras de imputação, dirige-se contra a suposta indeterminação de seus conceitos. "Atrás de cada teoria encontra-se hoje (...) facilmente a tendência, decerto não defendida por Roxin, de introduzir conceitos genéricos e pouco nítidos no lugar de uma construção e sistematização precisa e conforme a coisa".¹⁸⁻¹⁹ É certo que, quando se extraem decisões valorativas de premissas político-criminais e de dados empíricos, é possível, às vezes, sustentar opiniões diversas; trata-se de uma peculiaridade de todo trabalho jurídico, que jamais fornecerá soluções matematicamente seguras. Ainda assim, como demonstram recentes monografias,²⁰ a perspectiva funcional ou teleológico-racional conseguiu, no âmbito do injusto doloso ou culposo, chegar a distinções e precisões sistemáticas que ultrapassam consideravelmente, em fecundidade e aceitabilidade,²¹ todos os esforços anteriores.

Os seguidores da imputação objetiva costumam entender este nexos como o segundo requisito da imputação: a realização do risco dentro do alcance do tipo.

(16) Mais detalhes em Roxin, "Finalität...", p. 237 *et seq.*, confrontando-se com Armin Kaufmann, "Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?" ("Imputação objetiva em delitos dolosos?"), *Festschrift für Jescheck* (Estudos em homenagem a Jescheck), 1985, vol. I, p. 251 *et seq.*

(17) Cf., com mais detalhes, Roxin, *Strafrecht...*, § 11, Rn. 72 *et seq.*

(18) Hirsch, "Die Entwicklung"..., p. 69 *et seq.*

(19) (N. do T.) Hirsch utiliza os termos "*sachlich präzise Begriffsbildung und Systematisierung*". A primeira palavra – *sachlich* – é uma forma adverbial do substantivo *Sache*, coisa, e indica a preocupação finalista em levar em conta a natureza da coisa a ser regulada.

(20) Por exemplo, Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem* (Imputação objetiva e pessoal do comportamento, risco e lesão em sistema funcional do fato punível), 1981; Frisch, *Vorsatz und Risiko* (Dolo e risco), 1983; Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* (Comportamento típico e imputação do resultado), 1988.

(21) (N. do T.) A palavra alemã é *Konsensfähigkeit*, que se traduziria, literalmente, por capacidade de consenso.

2. Sobre a teoria da responsabilidade

2.1 Sua dedução da teoria dos fins da pena e a introdução da idéia de prevenção

Assim como o injusto deve ser sistematizado desde as tarefas do Direito Penal – a defesa contra riscos socialmente insuportáveis – utilizando-se de regras de imputação decorrentes, a responsabilidade, como segunda categoria central do sistema do fato punível, deve fundar-se sobre a teoria dos fins da pena. Enquanto a teoria do ilícito responde à pergunta sobre que atos são objeto de proibições penais, a categoria da responsabilidade visa a solucionar o problema dos pressupostos com base nos quais o agente poderá ser responsabilizado penalmente pelo injusto que praticou.

Contentar-se unicamente com a culpabilidade do autor é o ponto de vista das teorias retributivas puras, segundo as quais o sentido da pena se encontra exclusivamente na compensação da culpabilidade. Corresponde a uma tal teoria retributiva tornar a punibilidade do autor que agiu ilicitamente dependente só de sua culpabilidade. Era, portanto, conseqüente que, na época do Direito Penal puramente retributivo,²² o conteúdo do elemento do crime posterior à ilicitude, capaz de fundamentar a punibilidade individual, se esgotasse na “culpabilidade”. Curioso e anacrônico é, porém, que ainda hoje nossa dogmática leve em conta, ao lado do injusto penal, unicamente a “culpabilidade” como categoria autônoma do delito, apesar de que só raramente se defenda uma teoria retributiva estrita, e que esta concepção seja incompatível

(22) (N. do T.) A doutrina brasileira continua a sustentar, em grande parte, que a pena é retribuição, ou segue um ecletismo dentro do qual a retribuição ainda encontra lugar de destaque. Isto tem a ver não só com a influência italiana, principalmente do retributivista Bettiol, como também com a nova Parte Geral, de 1984, que se referiu à pena “necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Roxin parte do pressuposto de que a época de tais teorias esteja definitivamente superada, o que, se ainda é inexato em nosso país, não deixa de ser desejável.

A idéia comumente repetida entre nós, de que a pena deva corresponder à culpabilidade, de que esta seja não só o limite, mas também o fundamento da pena, igualmente é tributária deste pensamento retributivista hoje inaceitável. A doutrina moderna vem, cada vez mais, abandonando esta concepção “bilateral” de culpabilidade – em que a culpabilidade teria função tanto de limitar, como de fundamentar a pena, não podendo esta ultrapassá-la, nem tampouco lhe ficar aquém – por uma concepção “unilateral”, que vê a culpabilidade exclusivamente como limite da pena, podendo esta, contudo, ser-lhe inferior, por motivos de prevenção [a respeito, os pioneiros trabalhos de Roxin: “Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip”, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, ano 56, (1973), p. 316 *et seq.* (p. 319); “Zur Problematik des Schuldstrafrechts”, *ZStW* 96 (1984), p. 641 *et seq.* (p. 654)].

vel com nossa legislação penal, face ao disposto nos §§ 46, 46a, 47 StGB, 153 e seguintes, StPO.²³⁻²⁴

Se partirmos, contudo, do pressuposto de que a culpabilidade é, de fato, condição necessária, mas não suficiente da punição, deveremos acrescentar à culpabilidade – que é compreendida como agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas²⁵⁻²⁶ – uma necessidade preventiva de pena, assim como é indicado pelo desenvolvimento do Direito e pelas modernas teorias da pena. Se a influência que tais teorias exercem sobre o Direito sancionatório é tal que, mesmo quando existente a culpabilidade, arquiva-se o procedimento, deixa-se de aplicar a pena ou ela é suspensa condicionalmente, é inconseqüente e somente compreensível através do poder de inércia de dogmas tradicionais que, na medição da pena e na fundamentação da punibilidade, elas sejam tão pouco ou em nada consideradas.

No que se refere à medição da pena, na jurisprudência ainda (com pequenas flexibilizações possibilitadas pela teoria do espaço livre)²⁷ vige o preceito: “Quanto

(23) Cf., com mais detalhes, Roxin, *Strafrecht...*, § 3, Rn. 2-10, 44-47.

(24) (N. do T.) “§ 46, StGB. Princípios para a medição da pena. (1) A culpabilidade do autor é o fundamento da medição da pena. Devem-se levar em conta as conseqüências que sejam de se esperar da pena para a vida futura do autor na sociedade”. No (2), arrola a lei algumas circunstâncias que devem ser levadas em conta na fixação da pena, excluindo-se, no (3), aquelas que já tenham sido levadas em conta na qualidade de elementos do tipo legal.

O § 46a prevê a chamada “composição autor-vítima” (*Täter-Opfer-Ausgleich*), que tem por efeito uma diminuição ou, em certos casos, uma isenção da pena nas hipóteses em que o autor tenha reparado o prejuízo, ou empenhado sérios esforços no sentido de o fazer.

O § 47 StGB consagra o princípio da excepcionalidade das penas curtas de privação de liberdade, assim entendidas as inferiores a seis meses, que só se aplicarão quando exigências de prevenção especial ou geral as tornarem necessárias.

Os §§ 153 e seguintes da StPO, (que é o código de processo penal), consagram, entre outros, o princípio da oportunidade na criminalidade menos grave, o da insignificância, a suspensão provisória do processo etc.

(25) Não se pode examinar nesta sede os problemas especificamente vinculados ao conceito de culpabilidade. Aprofundadamente quanto a isto, Roxin, *Strafrecht...*, § 19, Rn. 1-59.

(26) (N. do T.) A expressão alemã é *Unrechthandeln trotz normativer Ansprechbarkeit*. *Ansprechbarkeit* é a substantivação do adjetivo *ansprechbar*, que significa a qualidade daquele com quem se pode falar, a possibilidade de alguém ser destinatário de determinada mensagem. Daí porque desdobrei, de modo talvez insatisfatório, a sucinta formulação alemã em algo mais longo.

O essencial é que, através desta formulação, procura Roxin encontrar um substrato empiricamente verificável para o conceito de culpabilidade, evitando cair nas aporias e na metafísica do “poder-agir-diversamente”, que ele considera cientificamente inverificável (*Strafrecht...*, § 19/36, 19/39).

(27) (N. do T.) Na Alemanha, discute a doutrina várias teorias a respeito da medição da pena. Para a teoria da pena pontual (*Theorie der Punktsrafe*), os critérios de medição da pena dados pela lei sempre conduziriam a uma única pena correta. Já para a

ao conteúdo, a pena não pode desvincular-se de sua finalidade de retribuição à culpabilidade nem para cima, nem para baixo” (BGHSt 24, 134). Por um lado, hoje se reconhece que a pena não possa ultrapassar a medida da culpabilidade.²⁸ Isto se explica com base na função de limitar a pena, desempenhada pelo princípio da culpabilidade, que, enquanto exigência do Estado de Direito, deve ser aceita de modo irrestrito. Mas como fundamentar que a pena não possa ficar aquém da medida da culpabilidade? Se é inegável que uma grande porcentagem de todos os delitos cometidos culpavelmente é simplesmente arquivada, na forma dos §§ 153 e seguintes, StPO, então inexistente argumento racional no sentido de que a aplicação da pena não possa desvincular-se da medida da culpabilidade “para baixo”, nos casos em que assim o demandarem necessidades preventivo-especiais, e em que o permitam exigências preventivo-gerais. Os §§ 46 I, 2, 46a, 47 do StGB apontam para este caminho das teorias da pena, sendo difícil compreender por que se hesita tanto em segui-lo. De qualquer maneira, aqui se encontra um campo de trabalho bastante fecundo para a política criminal e para a criminologia.

Tudo isto vale também para a dogmática, ou seja, para a determinação daquilo que é em si punível. Se a pena pressupõe culpabilidade, mas também uma necessidade preventiva de punição, é uma consequência necessária desta concepção de fins da pena que também os pressupostos da punição devam ser medidos com base nesta premissa. A categoria do delito que segue o ilícito deve, portanto – obviamente, permanecendo-se vinculado à lei – tomar por objeto, além da culpabilidade, também a necessidade preventiva da sanção penal, englobando as duas sob o conceito de “responsabilidade”.

2.2 Consequências práticas e sua consonância com o ordenamento jurídico

Já demonstrei várias vezes ser esta também a visão do legislador. Os §§ 33 e 35 do StGB,²⁹ por exemplo, são casos de redução, e não de exclusão, da culpabi-

Spielraumtheorie (que traduzi por teoria do espaço livre, ciente das limitações desta tradução), adotada pela jurisprudência, a pena adequada à culpabilidade nunca pode ser determinada com exatidão; restaria sempre um campo livre, uma margem dentro da qual o Tribunal poderia mover-se guiado por considerações de prevenção especial (cf. Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin : Duncker & Humblot, 1996, p. 880-881).

Spielraum, literalmente, significa espaço (*Raum*) de jogo (*Spiel*). Porém, seguir os espanhóis e falar em “espaço de jogo” (p. ex., Mir Puig, *Derecho Penal – Parte general*. 5. ed. Barcelona, 1998, § 3/55), significaria desconhecer que há certas palavras que, uma vez juntas, adquirem um terceiro significado, diverso da soma dos dois anteriores. *Spielraum* significa margem de liberdade, discricção, e foi este o sentido que tentei captar ao falar em “espaço livre”.

(28) (N. do T.) Veja-se a nota 22.

(29) (N. do T.) O § 33, StGB, prevê a causa de exculpação do excesso de legítima defesa, que opera quando o autor aja por algum motivo astênico (desorientação, medo ou

lidade; a não-punibilidade decorre somente de levar em conta o legislador a ausência da necessidade preventivo-geral e especial do sancionamento.³⁰

E quando o § 19 do StGB dispõe: “É incapaz de culpabilidade aquele que ainda não tem quatorze anos ao cometer o fato”, é evidente que isto – tomado literalmente – é correto em muitos, mas jamais em todos os casos. O jovem de treze anos que quebra as janelas do vizinho, sabe, em regra, que não é permitido agir assim, e pode comportar-se de acordo com esta exigência; a punição paternal não se aplicará sobre uma pessoa sem culpabilidade. Mas se o legislador, aqui, dispensa a pena, isto ocorre principalmente porque a coletividade não considera delitos cometidos por crianças uma especial ameaça, faltando, portanto, uma necessidade preventivo-geral de punição; e também porque a tentativa de educar crianças através da pena criminal é contra-indicada do ponto de vista preventivo-especial. Se, com o crescimento da criminalidade praticada por crianças nos últimos anos, já se escutam vozes a exigir a diminuição da maioridade penal para os 12 anos, isto só pode fundar-se não em uma culpabilidade recentemente descoberta no incapaz de culpabilidade, e sim na necessidade de uma prevenção mais eficaz. Será tarefa da criminologia demonstrar que instrumentos de educação e de controle social devem aqui ser utilizados e que, de qualquer maneira, o Direito Penal não é um meio idôneo para disciplinar e socializar crianças. Esta tarefa acaba por ser ocultada quando se interpreta, com a opinião dominante, o § 19 do StGB unicamente como uma presunção absoluta de que crianças sejam incapazes de culpabilidade, sem considerar as componentes preventivas. Pois, de acordo com esta concepção, as discussões sobre o rebaixamento da maioridade penal levam em conta unicamente o ponto de vista da capacidade de culpabilidade, chegando-se, previsivelmente, a resultados diversos. As questões decisivas sequer seriam notadas.

pavor). O § 35 do mesmo diploma prevê o estado de necessidade excludente de culpabilidade, que se dá quando o agente age para evitar um perigo para a vida, a integridade física ou a liberdade, sua ou de pessoa próxima, não se aplicando, contudo, a exculpante àquele de que, por sua especial posição jurídica, exija o ordenamento que enfrente o perigo, tampouco àquele que o tenha causado. Roxin costuma argumentar que em tais casos exista, sim, um “poder-agir-de-outra-maneira”, ou, como ele prefere, um “agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas”, de modo que a isenção de pena ocorre por considerações alheias à culpabilidade, que só podem ser preventivas. Explicitando: aquele que age em estado de necessidade exculpante não tem sua idoneidade para ser destinatário de normas suspensa. Ele continua sabendo, ou ao menos podendo saber, que roubar é ilícito. Contudo, se o Direito ainda assim o isenta de pena, isso se dá porque reconhece inexistir qualquer necessidade preventivo-geral ou especial a justificar a punição (veja-se, p. ex., Roxin, *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco, Rio de Janeiro : Renovar, 2000, p. 69-70).

⁽³⁰⁾ Mais detalhes quanto a isto, quanto ao posicionamento da literatura e quanto às respostas a suas diversas objeções, cf. Roxin, *Strafrecht...*, § 19, Rn. 1-9 e § 22, Rn. 7-14.

Contudo, a limitação da responsabilidade mesmo pelo comportamento culpável através da necessidade preventiva da sanção só é permitida nos limites da lei – e não através de uma apreciação da necessidade de pena a ser feita pelo juiz. Mas as possibilidades de uma interpretação restritiva da punibilidade, dentro dos limites do Direito vigente, são ainda mais amplas do que se está acostumado a considerar. Assim é que, por exemplo, dentro dos limites do preventivamente tolerável, podem ser isentos de responsabilidade penal aqueles atos praticados com base na liberdade de crença e consciência (art. 4, GG), e isto através de uma interpretação conforme a Constituição. Fundamentei este ponto de vista mais detalhadamente em outro lugar, onde tentei igualmente concretizar as exigências preventivas,³¹ mas também nesta questão serão necessárias pesquisas empíricas para que se preencha de conteúdo o conceito dogmático.

Algo similar ocorre com a desobediência civil, que cai dentro do âmbito de proteção³² dos arts. 5 e 8 da GG, e que, em suas manifestações socialmente suportáveis, pode ser tratada de modo mais tolerante;³³ isto possibilitaria soluções político-criminais bem mais sensatas do que aquelas que nos fornece a jurisprudência sobre o bloqueio sentado (BGHSt 41, 182).³⁴ Investigações empíricas e discussões político-criminais podem fornecer soluções aptas a gerar consenso também neste campo – bastaria que elas fossem admitidas na argumentação da dogmática jurídico-penal!

Por fim, também na culpa leve é possível, *de lege lata*, fundamentar uma isenção da responsabilidade penal, se entendermos a punição não como consequência necessária da culpabilidade, e introduzirmos na categoria da responsabilidade a necessidade de pena (*Strafbedürftigkeit*), que só surge com a indispensabilidade preventiva de uma sanção jurídico-criminal. Costuma-se reconhecer que,

(31) Roxin, *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund* (O ato de consciência como causa de isenção de pena), em: *Maihofer-Festschrift* (Estudos em homenagem a Maihofer), 1988, p. 389 *et seq.*; sintetizado em Roxin, *Strafrecht...*, § 22 C, Rn. 100-133.

(32) (N. do T.) A palavra alemã é *Schutzbereich*, tomado da teoria dos direitos fundamentais, na qual significa o campo da vida que é protegido pela vigência de determinado direito fundamental (Pieroth / Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*. 14. ed. Heidelberg : C. F. Müller, 1998. § 7/195 *et seq.*).

(33) Mais detalhes em Roxin, "Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam" (Considerações jurídico-penais sobre a desobediência civil), *Festschrift für Schüler-Springorum* (Estudos em homenagem a Schüler-Springorum), 1993, p. 441 *et seq.*; sintetizado em Roxin, *Strafrecht...*, § 22, D, Rn. 130-133.

(34) (N. do T.) Trata-se do conhecido caso da *Sitzblockade* (que traduzi por bloqueio sentado, cômico da precariedade de minha tentativa), em que duas mulheres bloquearam a passagem de uma rua em frente a um depósito de munições para protestar em defesa da paz, sendo condenadas, pelo BGH, pelo delito de coação (*Nötigung*), um equivalente de nosso constrangimento ilegal (Arthur Kaufmann. *Rechtsphilosophie*. 2. ed. München : Beck, 1997. p. 56 *et seq.*).

na culpa leve, é desnecessária a pena criminal:³⁵ a perturbação à ordem social pode ser resolvida através da compensação civil; e uma intervenção preventivo-especial se mostra desnecessária, porque mesmo a pessoa mais cuidadosa pode evitar pequenos descuidos em casos específicos, mas não permanentemente – está além da natureza humana comportar-se com precisão e cuidado jamais cessantes – de modo que uma pena nada conseguirá modificar.

Se, ainda assim, a dogmática mal enxerga a possibilidade de reduzir a punição dos delitos culposos a uma medida sócio-politicamente razoável,³⁶ isto decorre novamente da consideração irrefletida de que a culpabilidade – e também a culpa leve é culpabilidade – sempre tem de trazer consigo a punibilidade. Quando se reconhece, por outro lado, que mesmo nos delitos dolosos, segundo a vontade do legislador expressa nos §§ 33 e 35 do StGB, uma culpabilidade reduzida leva à isenção de pena, vê-se que a valoração legislativa apóia por completo a suposição de que o mesmo deva ocorrer aos delitos culposos. A causa de exculpação da inexigibilidade, reconhecida pela jurisprudência e, desde então, também pelo Direito costumeiro, pode, justamente em casos de exigências que sobrecarreguem os indivíduos, oferecer a esta solução um enquadramento jurídico-sistemático plausível. Este exemplo também demonstra o quão facilmente, se seguirmos a proposta aqui defendida, é possível integrar no sistema exigências reconhecidas racionalmente do ponto de vista político-criminal. Fica claro que a questão de quando, concretamente, um comportamento culposos se encontra fora das necessidades preventivas jurídico-penais, representa um campo fecundo de trabalho para a criminologia.

2.3 *Objecções*

Uma concepção de responsabilidade orientada pelos fins da pena, mesmo em um panorama traçado só em suas linhas fundamentais, já demonstra não serem pequenas as suas consequências sistemáticas e práticas. Mas, diversamente do que ocorre na teoria da imputação objetiva, reestruturadora do conceito de ilícito, e que se consolidou de modo vasto na doutrina, a complementação da categoria da culpabilidade através de considerações sobre a necessidade de pena ainda encontra muitos mal-entendidos, bem como objeções por eles provocados. A intenção de clarificar o problema justifica uma curta discussão com vozes representativas da crítica.

Hirsch³⁷ pensa que a proposta sistemática aqui defendida fundamenta a culpabilidade através da prevenção. “Com isso, o conceito de culpabilidade não pode desempenhar a função dele esperada, que é de limitar a pena em especial

(35) Cf., por exemplo, as referências em Roxin, *Strafrecht...*, § 24, Rn. 885, nota 107.

(36) Cf., porém, as referências em Roxin, *Strafrecht...*, § 24, Rn. 119.

(37) Hirsch, ZStW 106 (1004), p. 757; quanto a isto já Roxin, *Strafrecht...*, § 19, Rn. 9.

também face a necessidades de prevenção, eis que ele já está determinado pelas exigências da prevenção”. A consequência é tão correta quanto incorreta se mostra a premissa. Pois também de acordo com a teoria aqui defendida a punibilidade sempre exige uma culpabilidade, que, enquanto “agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas”, é independente de quaisquer considerações preventivas. A ausência de uma necessidade preventiva pode excluir a responsabilidade, não a culpabilidade.

Sobre “a ‘teoria político-criminal’ de Roxin”, diz Jescheck:³⁸ “Ela questiona ‘se, do ponto de vista jurídico-penal, é necessária uma sanção contra o autor individual’. A culpabilidade seria unicamente um limite ao poder punitivo estatal, tratando-se, materialmente, de nada mais que ‘agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas’. O decisivo passa a ser, assim, se a pena é merecida; logo, a culpabilidade é pressuposto, e não unicamente limitação da pena”. Também aqui há um mal-entendido, se bem que de outra espécie. Pois aquilo que limita uma pena é, obviamente, também seu pressuposto. Eu o declaro com toda clareza:³⁹ “Segundo a concepção aqui defendida, a pena sempre pressupõe culpabilidade, de modo que necessidade de prevenção alguma, pouco importa de qual tamanho, pode justificar uma pena que contrarie o princípio da culpabilidade.” Considerar que eu não reconheça a culpabilidade como pressuposto da pena não corresponde, portanto, à minha doutrina.

Lenckner,⁴⁰ que reproduz de modo correto o pensamento básico da concepção aqui sustentada, faz abordagem diversa: “Segundo esta teoria, a ‘culpabilidade’ no sentido de ‘agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas’ (...) é uma condição necessária, mas não suficiente para a ‘responsabilidade’ penal, pois esta é determinada complementarmente por exigências preventivas. Daí deveria decorrer ‘uma maior limitação da pena’ em comparação com ‘aquilo que o princípio da culpabilidade isoladamente pode garantir, o que está de acordo com o Estado de Direito’”. Lenckner objeta que, “tendo em vista a imprecisão de pontos de vista preventivos”, isto seria de duvidar-se, assim como “a fecundidade da teoria dos fins da pena para as causas de exclusão de culpabilidade e de exculpação,⁴¹ reunidas sob a rubrica causas de exclusão de responsabilidade”.

(38) Jescheck / Weigend, *Strafrecht, Allg. Teil*. 5. ed. 1996. p. 427.

(39) Roxin, *Strafrecht...*, § 19, Rn. 7.

(40) Schönke-Schröder / Lenckner, *StGB*, 25. ed., 1997, vor § 13, Rn. 117.

(41) (N. do T.) Alguns autores, como o citado Lenckner, distinguem causas de exclusão de culpabilidade (*Schuldausschliessungsgründe*) de causas de exculpação (*Entschuldigungsgründe*). Nas primeiras, que compreenderiam a inimputabilidade e o erro de proibição inevitável, estaria de antemão excluída a culpabilidade. Já nas segundas – estado de necessidade exculpante, coação irresistível – operaria não a total exclusão, mas uma simples redução na culpabilidade. Mas como tais causas de exculpação sempre prevêm ações orientadas a salvar algum bem jurídico, haveria, ao lado da redução na culpabilidade, uma redução no injusto. Esta redução no injusto, por fim, refletiria na culpabilidade, nela operando uma segunda redução. Em síntese: cau-

“Imprecisão” e “infecundidade” são, portanto, as palavras-chave de sua crítica. Porém, considerações preventivas, sem as quais ninguém consegue proceder a uma apreciação da necessidade de pena de um comportamento, não oferecem menos precisão que a tentativa de uma exata determinação da culpabilidade e de sua medida. O desconforto face aos espaços de liberdade ainda restantes é reduzido ainda decisivamente se recordarmos que, em primeiro lugar, se trata unicamente do desenvolvimento de decisões valorativas pré-dadas, feitas pelo legislador, e que, em segundo lugar, tais considerações preventivas só legitimam que se permaneça aquém da culpabilidade, não agravando, e sim beneficiando o cidadão nas zonas limítrofes da necessidade de pena. Por outro lado, postulações político-criminais como a de que é desnecessário, do ponto de vista preventivo, penalizar a culpa leve ou os atos de crianças, são criminologicamente verificáveis, e aptas a obter consenso. E a introdução dos direitos fundamentais também na esfera da dogmática jurídico-penal é um dever do qual esta, assim como o Processo Penal e outros ramos do Direito, não podem furtar-se.

Igualmente não posso admitir que seja “infecundo” valer-se da teoria dos fins da pena ao responder a pergunta quanto à punibilidade ou não de determinado comportamento.⁴² Pois para que deveria servir esta teoria, se não para determinar quando, no caso concreto, uma pena é necessária, e quando é possível dispensá-la? Parece-me, também, que a fecundidade da proposta aqui defendida esteja comprovada pelas conseqüências que, de modo rápido e sumário, acima expus, e que vão bastante além do estágio da discussão até agora alcançado.

Como último crítico, façamos referência a Lackner,⁴³ que admite, sem mais, a possibilidade de que “um juízo de reprovação em si fundado se torne, segundo a lei (p. ex., no estado de necessidade exculpante do § 35), sem efeito, em virtude de a proteção de bens jurídicos dispensar uma reação penal”, para logo após levantar reservas contra a concepção aqui sustentada, “eis que ela acarreta uma criticável redução do princípio da culpabilidade à função de limite superior da pena”. Se isto significa que eu não entenda a culpabilidade como pressuposto e razão de legitimidade da pena, é de aplicar-se aquilo que já disse a Jescheck. Se, por outro

sas de exclusão de culpabilidade, como o nome indica, excluem a culpabilidade; causas de exculpação reduzem o injusto e a culpabilidade a uma dimensão que não mais legitima a punição (cf., por todos e com referências, Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1995, § 43, II).

(42) Lenckner, *StGB...*, fundamenta suas dúvidas unicamente através de uma referência ao § 35, por ele interpretado como “uma dispensa da reprovação da culpabilidade legitimada pela concorrência de duas causas de diminuição da culpabilidade”. Isto não é, porém, uma interpretação correta; cf. minhas considerações – Roxin, *Strafrecht...*, § 22, Rn. 9/10. Mas mesmo que ela estivesse certa, se não levássemos em conta a necessidade preventiva de pena, seria inexplicável que a dupla diminuição da culpabilidade levasse à exclusão da punição (e não a uma simples redução).*

* (N. do T.) Cf. notas de rodapé 41 e 29.

(43) Lackner, *StGB...*, 22. ed., 1997, vor § 13, Rn. 24, 25.

lado, Lackner deseja expressar que toda a culpabilidade precisa ser punida – do contrário, o princípio da culpabilidade estaria “reduzido” – tal assertiva não estaria em consonância com a tarefa do Direito Penal, de proteção subsidiária de bens jurídicos, e tampouco com suas próprias considerações a respeito do § 35.

Logo depois, esclarece Lackner suas reservas da seguinte maneira: “Face ao estado atual da discussão, marcado por diversos mal-entendidos, tais vinculações internas entre culpabilidade e prevenção trazem consigo (...) o perigo de que o princípio da culpabilidade, fundado na idéia de liberdade, e que se encontra num plano diverso da busca de fins preventivos, seja diluído além de seus limites por elementos utilitaristas”. Mas não existe perigo algum na hipótese de, em um primeiro momento, verificarmos a culpabilidade do autor, e só após perguntarmos se podemos fazer vista grossa a esta culpabilidade por causa de pontos de vista político-criminalmente relevantes a serem extraídos do StGB ou da GG. O fato de culpabilidade e prevenção se encontrarem em “planos” diversos não é uma circunstância capaz de problematizar a reunião dos dois conceitos na categoria da “responsabilidade”, mas, pelo contrário, um pressuposto para a recíproca limitação de que aqui se trata: a punição de comportamentos culpáveis é restringida por exigências preventivas, e a punição fundada em exigências preventivas é limitada pelo princípio da culpabilidade. Isto não representa “diluição” alguma, e sim exatamente a função até hoje desempenhada pelo princípio da culpabilidade.

Se não quiséssemos reconhecer “elementos utilitaristas” como pressuposto da punibilidade, voltaríamos a uma teoria retributiva pura, o que também Lackner⁴⁴ não deseja. Pois ele ressalta, com razão, que a pena só está legitimada “quando ela se mostrar, simultaneamente, um meio necessário para a obtenção da tarefa protetiva de prevenção que assiste ao Direito Penal”. É exatamente este conhecimento que fundamenta a categoria da responsabilidade em um sistema funcionalista do Direito Penal.

Política criminal, prevenção e fins da pena possuem, assim, um direito de argumentar também na dogmática jurídico-penal. São idéias reitoras que podem constituir uma ponte de ligação com a criminologia.

(⁴⁴) Lackner, *StGB...*, § 46, Rn. 2.