

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

VINÍCIUS DE GOUVEIA

A RESPONSABILIDADE PENAL NA CONCEPÇÃO DE CLAUS ROXIN

**CURITIBA
2009**

VINÍCIUS DE GOUVEIA

A RESPONSABILIDADE PENAL NA CONCEPÇÃO DE CLAUS ROXIN

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof.^a M. Priscilla Placha Sá

CURITIBA
2009

TERMO DE APROVAÇÃO

VINÍCIUS DE GOUVEIA

A RESPONSABILIDADE PENAL NA CONCEPÇÃO DE CLAUS ROXIN

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2009.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. BREVE INTRODUÇÃO AO SISTEMA TELEOLÓGICO-RACIONAL (FUNCIONAL) DO DIREITO PENAL PROPOSTO POR CLAUS ROXIN ...	9
3. IMPUTAÇÃO SUBJETIVA: DA CULPABILIDADE À RESPONSABILIDADE PENAL	23
3.1. O CONCEITO PSICOLÓGICO DE CUPABILIDADE	23
3.2. OS CONCEITOS NORMATIVOS DE CULPABILIDADE	25
3.3. O CONCEITO NORMATIVO DE RESPONSABILIDADE	30
4. A RESPONSABILIDADE PENAL	33
4.1. A CAPACIDADE DE CULPABILIDADE	35
4.2. O CONHECIMENTO DO INJUSTO	38
4.3. A NORMALIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE SE ATUA	43
4.4. A RESPONSABILIDADE PENAL COMO CULPABILIDADE DO SUJEITO E NECESSIDADE PREVENTIVA DE PENA (VALORAÇÃO PROPRIAMENTE DITA)	44
4.4.1. Culpabilidade como realização do injusto apesar da idoneidade para ser Destinatário de normas	46
4.4.2. A necessidade preventiva de sanção penal deduzida do próprio ordenamento jurídico	49
5. CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	58

RESUMO

Este trabalho monográfico faz uma sucinta introdução ao sistema teleológico-racional (funcional) proposto por Claus ROXIN ao estudo do direito penal e faz disso um substrato a serviço de uma melhor compreensão da ideia de responsabilidade penal como elemento essencial ao conceito de delito. Fundando-se preponderantemente na pesquisa, na interpretação e na análise dialética de fontes documentais secundárias – em especial a literatura técnica publicada sobre o tema – o presente trabalho perpassa pelas principais teorias explicativas da culpabilidade e, ao fim, apresenta o conceito normativo de responsabilidade, ao qual não basta culpabilidade à punição do autor do fato, sendo preciso que a pena se revele como a consequência jurídica adequada – do ponto de vista preventivo geral e especial – à consecução daquela que é hoje a função primordial do direito penal: garantir a todos os cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sob a égide dos direitos humanos.

Palavras-chave: conceito analítico de crime; sistema teleológico-funcional; responsabilidade penal.

1. INTRODUÇÃO

Mais do que uma simples reestruturação conceitual, o traspasar da concepção de culpabilidade para um conceito funcional-normativo de responsabilidade é uma manifestação visível da verdadeira metamorfose pela qual o direito penal há de se submeter a fim de tomar feições mais condizentes com a realidade jurídica construída no seio de um Estado de Direito material¹.

Nessa esteira, ao professar a ideia de que a responsabilidade penal deva ser cunhada sob um viés político-criminal (com acento na teoria dos fins da pena) e que, portanto, a sua análise deva partir necessariamente do questionamento de se um tal comportamento é ou não é merecedor de pena², ROXIN acaba por direcionar o estudioso a uma profunda reflexão acerca da função hoje concebida ao direito penal, das expectativas sobre ele depositadas e dos resultados esperados – pelo Estado e pela sociedade – para o emprego de medidas penais de caráter sancionador.

Mesmo porque, como dito por NILO BATISTA conhecer as finalidades do direito penal não é mais do que conhecer os objetivos da criminalização de determinadas condutas, praticadas por determinadas pessoas, e os objetivos das penas e outras medidas jurídicas de reação ao crime, pelo que a indagação sobre fins – que comparece em vários momentos particulares (na interpretação da lei, na teoria do bem jurídico, no debate sobre a pena, etc.) ao longo de toda a dogmática jurídico-penal –

¹ FIGUEIREDO DIAS: “Sob esta designação quer-se compreender todo o Estado democrático e social que mantém intocada a sua ligação ao direito e mesmo a um esquema rígido de legalidade, e se preocupa por isso antes de tudo com a consistência dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa; mas que, por essa razão mesma, se deixa over, entro daquele esquema, por considerações de justiça na promoção e na realização de todas as condições – políticas, sociais, culturais, económicas – do desenvolvimento mais livre possível da personalidade ética de cada um. Não se trata pois tanto aqui de tomar qualquer posição na moderna controvérsia acerca da subsistência do Estado-providência ou do regresso a um Estado-liberal, quanto de caracterizar o Estado, fundamentalmente e na sua aceção social mais lata, como um *Estado de Justiça*.” (DIAS, J. F. **Direito penal**: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007, p. 26-27).

² ROXIN, C. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 67.

não pode deixar de se dirigir ao direito penal como um todo³.

Pensar o conceito de crime segundo os fins atribuídos à pena é, portanto, dar vazão à ideia de que hoje a existência do direito penal se justifica pelo seu caráter instrumental de direcionamento social (*gesellschaftliches Steuerungsinstrument*) totalmente secularizado, com o fim de chegar a uma síntese entre a garantia da paz, o sustento da existência e a defesa dos direitos do cidadão⁴.

E, de tal feita, direcionar o direito penal – e por via de consequência a pretensão punitiva do Estado – aos casos em que isso se mostrar de alguma utilidade e, mais do que isso, de estreita necessidade.

Afinal, pensar o direito funcionalmente é – antes de tudo – tentar atribuir-lhe uma razão para existir. Tanto mais frente à inegável crise estrutural e sistêmica hoje vivenciada no país, na qual o direito penal, há muito, deixou de ocupar a sua clássica posição de *última trincheira* e passou a perfilar a *linha de frente* do ordenamento jurídico, revelando o sistema prisional como a grande estrutura destinada pelo Estado a receber aqueles que a sociedade insiste em excluir⁵.

Ao fim e ao cabo, dar repercussão – ainda que limitada pela singeleza do presente trabalho – aos ideais de ROXIN, segundo os quais uma conduta só pode ser legitimamente apenada se e somente se o emprego de tão gravosa medida pelo ordenamento jurídico se mostrar útil e necessária à consecução dos fins do direito

³ BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 23.

⁴ ROXIN, C. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 29-30.

⁵ Gerando um paradoxo, assim descrito por ROXIN: “Deste modo, a condenação a presídio conduzia os condenados que mais urgentemente necessitavam de uma ressocialização, na maioria dos casos, definitivamente ao estado de associalidade.” (ROXIN, C. A culpabilidade com critério limitativo da pena. **Revista de direito penal**, ns. 11/12, jul.-dez. 1973, p. 16-17). Afinal, como asseverado pelo referido penalista: “Também aquele que deseja e profetiza um longo futuro para o direito penal terá de conceder que a justiça criminal é um mal talvez necessário e que, por isso, deve ser promovido – mas que continua sendo um mal. Ela submete numerosos cidadãos, nem sempre culpados, a medidas persecutórias extremamente graves do ponto de vista social e psíquico. Ela estigmatiza o condenado e leva à desclassificação e à exclusão social, consequências que não podem ser desejadas num Estado Social de Direito, o qual tem por fim a integração e a redução das discriminações.” (ROXIN, C. **Estudos...**, p. 2).

penal, é trazer-se a dogmática penal para rente à vida⁶, donde nunca haveria de se afastar⁷.

⁶ Isso porque, nos dizeres de ROXIN, “só a variedade da vida, com todas as suas transformações, possibilita a concretização das medidas que permitem uma solução correta, isto é, adaptada às peculiaridades do caso concreto” (ROXIN, C. **Política criminal...**, p. 83).

⁷ Pois como adverte NILO BATISTA, em expressa remissão à FARACO DE AZEVEDO: “a dogmática penal, ‘a menos que se converta em instrumento ideológico destinado a dissimular ou falsear a realidade, precisa manter-se rente à vida, recebendo seu influxo e sobre ela atuando, atenta à configuração da situação humana global a que se destina’, sem ‘perder de vista sua dimensão histórica e crítica’.” (BATISTA, N. op. cit., p. 122).

2. BREVE INTRODUÇÃO AO SISTEMA TELEOLÓGICO-RACIONAL (FUNCIONAL) DO DIREITO PENAL PROPOSTO POR CLAUS ROXIN

O sistema teleológico-racional ou funcional é o produto teórico dos esforços expendidos por uma vertente do pensamento jurídico-penal – nascida por volta de 1970 na então Alemanha Ocidental⁸ – com o propósito de construir um sistema orientado exclusivamente segundo os fins do Direito Penal⁹.

Segundo Claus ROXIN – precursor e figura mais proeminente da dogmática funcionalista¹⁰ – o erigir dessa concepção normativa (valorativa) firmaria o seu alicerce em premissas neokantianas¹¹ e neo-hegelianas¹², substituindo – contudo – a vaga orientação a valores culturais por um parâmetro sistematizador especificamente jurídico-penal: os fundamentos político-criminais das modernas teorias da pena¹³.

Nota-se, pois, que ROXIN retira a política criminal e a teoria dos fins da pena da periferia do conhecimento jurídico-penal e as coloca no centro das atenções, naquele que se revela como o grande traço diferencial do sistema teleológico-racional.

⁸ Embora o trato das circunstâncias históricas que afluíram para a criação do sistema funcional revele-se incompatível com o objetivo metodológico proposto ao presente capítulo – de realizar uma breve introdução ao tema –, ignorá-las seria um imperdoável menoscabo à sua cardinal valia para a compreensão do pensamento teleológico-racional. Assim, permite-se – ao menos – uma remissão a algumas obras que se dedicam ao assunto: ROXIN, C. *Derecho penal: parte general*: tomo I; ROXIN, C. *Política criminal e sistema jurídico-penal*; DIAS, J. F. *Direito Penal*: parte geral: tomo I e, em abordagem mais sintética, GRECO, L. Introdução à dogmática funcionalista do delito *in Revista brasileira de ciências criminais*, n. 32, ano 8, out-dez 2000.

⁹ Como apontado por Claus ROXIN, os adeptos da concepção teleológico-funcional ou racional – a despeito de várias divergências quanto ao resto – unem-se pela recusa às premissas sistemáticas do finalismo e pela ideia de que a construção sistemática jurídico-penal não deve orientar-se segundo dados prévios ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais etc.), mas ser exclusivamente guiada por finalidades jurídico-penais (ROXIN, C. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 205).

¹⁰ Ainda que sob o manto do pensamento funcionalista se agasalhem pensamentos tão heterogêneos que autores como Luís GRECO – expoente da doutrina pátria no estudo do sistema funcional – chegam a afirmar a existência não de um, mas a de diversos *funcionalismos* (GRECO, L. *op. cit.*, p. 131).

¹¹ Trata-se do que Luís GRECO denomina de *avanços imorredouros do neokantismo*, tais como a construção teleológica de conceitos e a materialização das categorias do delito (Ibid., p. 132).

¹² Com especial destaque para a ideia de superação ou suspensão dialética (*aufgehoben*) – tese e antítese interagindo e entrando em estado de suspensão para dar origem à síntese – muito utilizada por ROXIN em seus escritos.

¹³ ROXIN, C. **Funcionalismo...**, p. 205-206.

Inicialmente, para explicar o porquê de se orientar todo o sistema jurídico-penal segundo a teoria dos fins da pena, serve-se de raciocínio exposto por Luís GRECO¹⁴ e ora transformado no enunciado que se faz seguir: se o delito constitui o conjunto de pressupostos da pena, logo a concepção do delito (antecedente) deve ser feita com vista à pena (consequente), tomando – por certo – em especial consideração os fins a que se destina.

Segundo ideia esboçada por ROXIN, já em 1966, no parágrafo 2º, inciso I, do projeto alternativo de Código Penal da Alemanha Ocidental – do qual foi co-autor –, a pena (assim como a medida de segurança) serviria à proteção dos bens jurídicos e à reintegração do agente à comunidade jurídica¹⁵.

Avesso à ideia de que a sanção penal deva possuir um caráter retributivo, ROXIN concebe a pena como uma consequência jurídica, que opera seus efeitos tanto sobre a generalidade da população quanto sobre o autor do fato, no intuito de prevenir a prática de novos danos sociais.

Trata-se do que o referido autor denomina de proteção subsidiária de bens jurídicos pelos fins preventivos (geral e especial) da pena¹⁶.

Mas ROXIN – para a construção de seu sistema teleológico-racional – se vale de um referencial valorativo ainda mais específico, que lhe é muito característico e que

¹⁴ Originalmente, Luís GRECO escreveu: “Se o delito é o conjunto de pressupostos da pena, devem ser estes construídos tendo em vista sua consequência, e os fins desta” (GRECO, L. op. cit., p. 132).

¹⁵ Nas palavras de ROXIN: “O primeiro inciso estabelece os objetivos da pena. São, como o das medidas, de caráter geral ou especial-preventivo. A ‘proteção dos bens jurídicos’ assinala a função do Direito Penal, de proteger o indivíduo e a comunidade de abusos socialmente danosos de terceiros, ao passo que a ‘reintegração do agente’ expressa o objetivo da ressocialização.” (ROXIN, C. **Revista...**, p. 13).

¹⁶ Quanto aos fins preventivos da pena, muito esclarecedor é o seguinte excerto da obra de Luís GRECO: “A pena retributiva é rechaçada, em nome de uma pena puramente preventiva, que visa a proteger bens jurídicos ou operando efeitos sobre a generalidade da população (*prevenção geral*), ou sobre o autor do delito (*prevenção especial*). Mas enquanto as concepções tradicionais da prevenção geral visavam, primeiramente, intimidar potenciais criminosos (prevenção geral de intimidação, ou prevenção geral negativa), hoje ressaltam-se, em primeiro lugar, os efeitos da pena sobre a população respeitadora do direito, que tem sua confiança na vigência fática das normas dos bens jurídicos reafirmada (prevenção geral de integração, ou prevenção geral positiva). Ao lado desta finalidade, principal legitimadora da pena, surge também a prevenção especial, que é aquela que atua sobre a pessoa do delinquentes, para ressocializá-lo (prevenção especial positiva) ou, pelo menos, impedir que cometa novos delitos enquanto segregado (prevenção especial negativa).” (GRECO, L. op. cit., p. 132-133).

certamente constitui o principal matiz do seu trabalho doutrinário: as diretrizes reitoras da política criminal¹⁷.

A política criminal que, na concepção de ROXIN, não se limita a um viés meramente instrumental – como apregoado por LISZT, que a definia como o conjunto de métodos racionais, em sentido social global, de combate à criminalidade¹⁸ –, pois a municia de uma noção rica de conteúdo, capaz de integrar em seu bojo tanto o interesse na evitação e na persecução de crimes como o na preservação das liberdades e das garantias individuais^{19,20}.

Como assevera FIGUEIREDO DIAS, a política criminal surge como uma ciência *transpositiva, transdogmática e trans-sistemática* face a qualquer direito penal positivo, sendo-lhe incumbida a função última de servir como *padrão crítico* tanto do direito constituído quanto do constituendo, dos seus limites e da sua legitimação. Caberia, pois, à política criminal oferecer o critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade, constituindo – desse modo – a *pedra angular de todo discurso legal-social da criminalização/discriminação*²¹.

De tal feita que o direito penal se revelaria como a forma por meio da qual as finalidades político-criminais são transferidas para o âmbito da vigência jurídica²².

Nessa esteira, ROXIN parte da ideia de que todas as categorias do sistema do direito penal se baseiam em princípios reitores normativos político-criminais; todavia, como estes princípios não bastam, por si, à solução dos problemas concretos, ele os aplica sobre aquilo que denomina de *matéria jurídica* – isto é aos dados empíricos –

¹⁷ No dizer de Luís GRECO: “O que caracteriza o sistema de Roxin é a sua *tonalidade político-criminal*” (GRECO, L. op. cit., p. 135).

¹⁸ Como descrito por ROXIN, para LISZT, à política criminal recaia a tarefa social da ciência conjunta (total ou global) do direito penal, enquanto ao direito penal – no sentido jurídico do termo – competiria a função liberal-garantística de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face do Estado. Daí a clássica afirmação de que o direito penal seria a barreira intransponível da política criminal (ROXIN, C. **Política criminal...**, p. 2-3).

¹⁹ GRECO, L. op. cit., p. 136.

²⁰ Isso porque os valores de que se serve a política criminal advêm diretamente da ordem constitucional vigente em um Estado democrático de direito, refletindo – por conseguinte – o seu luzir de respeito e promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais (Ibid., p. 136-137).

²¹ DIAS, J. F. op. cit., p. 35.

²² ROXIN, C. **Política criminal...**, p. 82.

para só então chegar à conclusão mais adequada à realidade^{23, 24}.

Percebe-se da ideia acima esboçada, que – sem abrir mão do pensamento sistemático²⁵ –, ROXIN se vale de uma abordagem tópica²⁶ para a construção do conhecimento²⁷ por meio do qual problemas são resolvidos com o uso dos chamados *topoi*, isto é, “pontos de vista empregáveis de várias maneiras, aceitáveis em quaisquer situações, que são utilizados em sentido favorável ou contrário a uma determinada opinião e que podem nos conduzir ao verdadeiro”²⁸, que – reunidos em *catálogos de topoi* – teriam seus prós e contras discutidos com vista ao caso concreto, até que um acordo (*sensu communis*) surgisse a respeito da solução^{29, 30}.

²³ ROXIN, C. **Estudos...**, p. 61.

²⁴ Sobre este processo teleológico-racional de construção do conhecimento, assim se pronunciou FIGUEIREDO DIAS: “A **matéria** de regulamentação jurídica e de consideração dogmática não retira o seu conteúdo de sentido da valoração do legislador ou do aplicador, antes é ‘previamente dada’ através de princípios e estruturas de desenvolvimento ônticos, através da ‘natureza da coisa’. Mas com o reconhecer isto não fica resolvido o *problema* jurídico: importará sempre ainda escolher, de entre os diversos sentidos de juridicidade que os dados apriorísticos permitem, através de uma *valoração autónoma*, aquele que deve constituir o fundamento da regulamentação ou da resolução do concreto problema jurídico-penal – pelo menos uma autonomia relativa, dentro das possibilidades que lhe são oferecidas pela pré-determinação não jurídica do substrato – em momento essencial do pensamento jurídico-penal. Quando porém, em seguida, se afronta a questão do **critério de valoração**, não é suficiente dizer que o legislador o escolhe em inteira liberdade e que o intérprete só terá de ir buscar a lei. A solução terá antes de se alcançar por uma via apontada para a ‘descoberta’ (*hoc sensu*, a ‘criação’) de uma solução *justa* do caso concreto e simultaneamente adequada ao (ou comportável pelo) sistema jurídico-penal. O que se supõe a ‘penetração axiológica’ do problema jurídico-penal, a qual, no âmbito da dogmática, tem de ser feita por apelo ou com referência teleológica a finalidades valorativas e ordenadoras de natureza político-criminal, numa palavra, a **valorações político-criminais imanentes ao sistema**.” (DIAS, J. F. op. cit., p. 27-28).

²⁵ Para ROXIN o sistema é um elemento indispensável do direito penal do Estado de Direito (ROXIN, Claus. **Funcionalismo...**, p. 230), conferindo clareza, razoabilidade e previsibilidade à aplicação do direito. Ao referido penalista, o pensamento sistemático apresentaria vantagens irrenunciáveis, tais como a facilitação do exame de casos, a ordenação diferenciadora e correta da matéria jurídica, a simplificação e melhor manuseabilidade do direito e, até mesmo, um criativo desenvolvimento *praeter legem* do direito (Ibid., p. 212-218).

²⁶ Embora empregue, em sua obra, a denominação “pensamento problemático”, ROXIN admite ser a expressão um tanto imprecisa, pois também o pensamento sistemático se ocupa com a solução de problemas e – remetendo-se às lições de CANARIS – explica que a real diferença entre eles está em que, no pensamento tópico, a solução não surge do sistema, mas da discussão e do consenso sobre a concreta constelação de casos (Ibid., p. 227).

²⁷ Segundo ROXIN, a tópica não pode substituir o pensamento sistemático no direito penal, mas uma síntese entre pensamento sistemático e problemático é fecunda e, até certo grau, possível (Ibid., p. 227-228)

²⁸ VIEHWEG *apud* ROXIN, C. **Funcionalismo...**, p. 227.

²⁹ Ibid., p. 227-228.

³⁰ Como observado por ROXIN: “Na aplicação prática isso poderá significar que, diante de um determinado problema – algo que surge comumente no debate científico ou na discussão travada entre os juízes antes de se lavrarem a sentença – em primeiro lugar se devam passar em revista todas as

Como descrito por Luís GRECO, a metodologia empregada por ROXIN consubstancia-se em uma síntese do ontológico com o valorativo, pois exige que o jurista proceda, ao mesmo tempo, dedutiva e indutivamente³¹.

A valoração político-criminal representaria um *primeiro passo*: o fundamento dedutivo do sistema; contudo, esta dedução deve ser complementada pela indução, representada pelo exame minucioso da realidade e dos problemas com os quais se defrontará o valor, ao ser concretizado em diferentes grupos de casos³².

Isso – ainda segundo GRECO³³ – porque a fórmula dedutiva será sempre vaga e genérica, não constituindo mais do que uma *linha de orientação*, razão pela qual é preciso complementá-la, concretizá-la, aproximando-a dos casos em que será aplicada. Daí a necessidade do pensamento indutivo, realizado por meio da composição de grupos de casos^{34,35}.

A ideia de ROXIN seria, portanto, a de estruturar as categorias basilares do direito penal com base em pontos de vista político-criminais, permitindo a transformação não só de postulados sócio-políticos, mas também de dados empíricos e, especialmente, criminológicos, em elementos fecundos para a própria dogmática jurídica^{36, 37}, de modo que o sistema jurídico penal deixe de ser unicamente uma

soluções e argumentos imagináveis, para que depois, numa análise dos prós e contras, tome-se uma decisão capaz de ser aceita pela generalidade das pessoas (C. **Funcionalismo...**, p. 228).

³¹ GRECO, L. op. cit., p. 137.

³² Id.

³³ Ibid., p. 138.

³⁴ Acerca da composição de grupos de casos, oportuna a nota do tradutor inserida pelo próprio Luís GRECO na obra “Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal” de Claus ROXIN, ora transcrita: “Para chegar a uma maior segurança ao operar conceitos indeterminados e cláusulas gerais, a doutrina alemã se utiliza da construção de grupos de casos, concretizações do termo genérico e abstrato, que permitam ao juiz a sua aplicação clara às hipóteses que tenha diante de si. A teoria da imputação objetiva, por ex., se compõe justamente de concretizações sucessivas de conceitos indeterminados através de grupos de casos. O elemento normativo genérico “criação de um risco juridicamente desaprovado” será concretizado em grupos de casos como a “diminuição do risco”, o “risco juridicamente irrelevante”, o “risco permitido” etc.” (ROXIN, C. **Funcionalismo...**, p. 228).

³⁵ Mesmo porque a dogmática funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade (da matéria jurídica), de modo que o problema jurídico só pode ser resolvido por intermédio de considerações axiológicas, que digam respeito à eficácia e à legitimidade do Direito Penal (GRECO, L. op. cit., p. 135).

³⁶ ROXIN, C. **Estudos...**, p. 62.

³⁷ Afinal, na concepção de ROXIN, “o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as conseqüências

totalidade conceitualmente ordenada de conhecimentos com validade geral, mas se abra a objetivos mais amplos, como o desenvolvimento social^{38,39}.

Nessa esteira, o primeiro passo na resolução de problemas na dogmática do direito penal se daria sempre pela tomada de uma ideia orientadora normativa, a qual receberia contornos diversos a depender das características do dado da vida a que ela se aplique⁴⁰.

Este procedimento de *concretização do valor* – como professado por ROXIN – se daria com o emprego de uma técnica denominada de *resistência da coisa* (*Widerstand der Sache*), segundo a qual, quanto menores os atritos entre o conceito e o objeto a que ele se refere, ou ainda, quanto mais fácil e naturalmente venham surgindo as soluções, maiores as probabilidades de que o resultado do trabalho dogmático signifique um acerto^{41,42}.

Percebe-se, do método acima descrito, um processo de *funcionalização* dos conceitos caros à dogmática penal, dos quais se passa a exigir, não só uma robustez teórica, mas também a capacidade de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando consequências justas e adequadas⁴³.

Isso porque, para ROXIN, a intervenção jurídico-penal só se faz legítima para atender àquela que é a função social do direito penal⁴⁴: garantir aos cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sob a garantia de todos os direitos

detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positiva de proveniência lisztiana” (ROXIN, C. **Política criminal...**, p. 20).

³⁸ ROXIN, C. **Estudos...**, p. 62.

³⁹ Para ROXIN “o direito penal do futuro, ao levar adiante os postulados iluministas, e sob os pressupostos de um mundo completamente modificado, tornar-se-á cada vez mais um instrumento de direcionamento social (*gesellschaftliches Steuerungsinstrument*) totalmente secularizado, com o fim de chegar a uma síntese entre a garantia da paz, o sustento da existência e a defesa dos direitos do cidadão” (Ibid., p. 29-30).

⁴⁰ Ibid., p. 62.

⁴¹ GRECO, L. op. cit., p. 138.

⁴² No outro extremo (o da inadequação), ROXIN conclui que onde estiver ausente a *resistência da coisa*, o sistema terá perdido o seu contato com a realidade (ROXIN, C. **Funcionalismo...**, p. 226).

⁴³ GRECO, L. op. cit., p. 132.

⁴⁴ Para o penalista alemão, tudo o que estiver além desta função sequer pode ser objeto do direito penal (ROXIN, C. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 16).

humanos, se – e somente se – tais metas não puderem ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem, com menor intensidade, a liberdade desses cidadãos⁴⁵.

Às circunstâncias reais ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre – com a garantia, a cada um na sociedade, de todos os direitos humanos e civis – ou para o funcionamento de um sistema estatal baseado nestes objetivos⁴⁶, ROXIN dá o nome de bens jurídicos.

Pois é justamente a proteção desses bens jurídicos, o que – na concepção do referido pensador do Direito – irá governar a tarefa político-criminal do Direito Penal⁴⁷, mote de toda reestruturação proposta por ROXIN à ciência jurídico-penal⁴⁸.

Como resultado da incorporação de valores político-criminais à teoria geral do delito, ROXIN propõe que cada categoria integrante do conceito estratificado de crime (a ação, o tipo, o injusto e a responsabilidade) deva ser observada, desenvolvida e sistematizada sob o ângulo de sua respectiva função político-criminal.⁴⁹

A categoria da ação – dando vazão a todo o pensamento dantes esposado – deixaria de ser definida com base em um dado empírico preexistente (causalidade, comportamento voluntário ou finalidade), passando a se constituir de um aspecto valorativo: alguém age quando um determinado efeito – dele decorrente ou não – possa lhe ser atribuído enquanto pessoa, isto é, enquanto centro anímico de atividade⁵⁰. Assim, um *agir* ou *omitir* só terá relevância para o direito penal quando se revelar como a *exteriorização da personalidade* do agente⁵¹.

⁴⁵ ROXIN, C. **A proteção...**, p. 16-17.

⁴⁶ Ibid., p. 18, 19.

⁴⁷ Ibid., p. 61.

⁴⁸ Escreve ROXIN, em prefácio elaborado especialmente para a tradução brasileira de sua obra: “Nesta oportunidade, tentei, em oposição aos esforços naturalistas-causais, bem como aos finalistas – teorias que partiam de fundamentos ônticos – sugerir uma concepção normativa, que orientasse o sistema jurídico-penal em pontos de vista valorativos político-criminais. Naturalmente tenho passado as últimas décadas empenhando esforços no sentido de desenvolver a idéia base desta aqui presente primeira tentativa.” (ROXIN, C. **Política criminal...**, p. XI).

⁴⁹ Ibid., p. 29.

⁵⁰ ROXIN, C. **Funcionalismo...**, p. 232-233.

⁵¹ Explica Juarez CIRINO DOS SANTOS: “A definição de ação como *manifestação da personalidade* permitiria excluir, por um lado, todos os fenômenos somático-corporais insuscetíveis de controle do *ego* e, portanto, *não-dominados* ou *não-domináveis* pela vontade humana: força física

Com o que se excluem do conceito de ação penalmente relevante os efeitos que partem unicamente da esfera corporal do homem (“somáticos”) – ou do âmbito material, vital e animal do ser –, os quais não estão submetidos ao controle do “eu”, isto é, da instância condutora anímico-espiritual do ser humano⁵².

Observa ROXIN que por trás dessa concepção de ação se encerra uma finalidade político criminal, pois, independentemente da aparência exterior e das consequências causais do existir humano, ao se valorar algo como uma não-ação exclui-se de antemão aquilo que não se submete às categorias do proibido e do permitido⁵³.

O tipo – entendido como a ameaça abstrata de pena⁵⁴ – perfaz uma finalidade de caráter preventivo-geral, pois ao capitular um determinado comportamento em um tipo penal, o que se pretende é motivar o indivíduo a omitir o comportamento ali descrito (nos casos de delitos comissivos) ou, no extremo oposto, realizar a ação devida (nos casos de delitos omissivos)^{55,56}.

Esta orientação preventivo-geral leva a uma interpretação em mão dupla: por um lado, cada tipo deve ser interpretado segundo o fim da lei (isto é teleologicamente), de modo que os comportamentos legalmente desaprovados sejam completamente compreendidos e que o efeito motivador preventivo-geral se mostre livre de lacunas; por outro, uma prevenção geral eficaz pressupõe igualmente a determinação da lei,

absoluta, convulsões, movimentos reflexos etc., não constituem *manifestação da personalidade*; por outro lado, exclui pensamentos e emoções encerrados na esfera psíquico-espiritual do ser humano, porque não representam *manifestação da personalidade*” (SANTOS, J. C. **A moderna teoria do fato punível**. 4.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 25).

⁵² Tradução livre do espanhol: “y so falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera cororal (‘somática’) del hombre, o ‘del ámbito material, vital y animal del ser, sin estar sometidos al control del ‘yo’, de la instancia condutora anímico-espiritual del ser humano” (ROXIN, C. **Derecho penal: parte general**. tomo I. 1. ed. 2. reimp. Madrid: Civitas, 2003, p. 252).

⁵³ ROXIN, C. **Funcionalismo...**, p. 233.

⁵⁴ Para ROXIN, no plano do tipo “uma ação é declarada em regra punível, independentemente da pessoa do autor concreto e da situação concreta em que ela ocorre (ou seja, salvo situações e circunstâncias especiais)” (Ibid., p. 233).

⁵⁵ Ibid., p. 233-234.

⁵⁶ Ao referido autor, esse nível valorativo tem por tarefa o controle de comportamentos (*Verhaltenssteuerung*): “ele diz aos cidadãos o que, segundo as regras do direito penal, devem omitir e, em certos casos, fazer, combinando uma valoração com uma diretriz de comportamento” (ROXIN, C. **Estudos...**, p. 68).

com a maior exatidão e fidelidade possíveis ao sentido literal (interpretação gramatical), o que é exigido pelo princípio *nullum crimen sine lege*⁵⁷.

Essa ameaça de imposição de pena – ainda em grau de abstração – não pode ainda desatender à função precípua do direito penal de oferecer uma proteção subsidiária aos bens jurídicos, de modo que a ação típica deve necessariamente manifestar-se como o “menoscabo de um bem jurídico, isto é, como lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico”.⁵⁸

Na concepção de ROXIN, para atender a seu escopo de proteger bens jurídicos contra ataques humanos, deve o direito penal proibir a criação de riscos não permitidos e, ademais, valorar a infração na forma de uma lesão do bem jurídico, como injusto penal; de modo que as ações típicas sejam sempre lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não permitidos, criados pelo homem⁵⁹.

Trata-se da aplicação da teoria da imputação objetiva (retomada e aprimorada por ROXIN), segundo a qual um resultado causado pelo agente só preenche o tipo objetivo e deve, portanto, ser imputado como sua obra quando: (1) o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação, (2) o risco se realiza no resultado concreto e (3) este resultado se encontra dentro do alcance do tipo⁶⁰.

Assim, a conduta típica deixa de ser um acontecimento primariamente causal ou final⁶¹ para se tornar a realização de um risco não permitido dentro do âmbito (ou seja, do fim de proteção) do respectivo tipo, com o que ROXIN entende ser possível salvaguardar, de modo razoável sob a perspectiva político-criminal, o tipo de uma extensão ilimitada – em especial nos delitos culposos –, reduzindo a punibilidade ao que seja indispensável do ponto de vista preventivo-geral: à criação e realização de riscos intoleráveis para um convívio seguro entre as pessoas⁶².

⁵⁷ ROXIN, C. **Funcionalismo...**, p. 234.

⁵⁸ ROXIN, C. **A proteção...**, p. 40.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 40.

⁶⁰ ROXIN, C. **Estudos...**, p. 104.

⁶¹ Isso porque, segundo ROXIN, a causalidade é “só uma condição necessária, mas não suficiente, do injusto penal”, enquanto que a finalidade é “só um elemento do injusto doloso, e não, assim, pura e simplesmente, do injusto” (ROXIN, C. **A proteção...**, p. 42).

⁶² ROXIN, C. **Política criminal...**, p. XII.

Também para ROXIN a tipicidade é indiciária da antijuridicidade, de modo que toda conduta típica seria também antijurídica quando ausente alguma causa de justificação^{63, 64}.

Assim, de estreita valia para ROXIN⁶⁵, é a inclusão da antijuridicidade como categoria autônoma do conceito de crime, haja vista que – ao mencionado penalista – ela designa uma propriedade da ação típica, a saber, a sua contradição com as proibições e os comandos do direito penal; sendo muito mais proveitoso o emprego da ideia de injusto – ação típica e antijurídica – reunindo o objeto de valoração da antijuridicidade junto com seu predicado de valor^{66, 67}.

⁶³ Na obra traduzida para o espanhol: “*Una conducta típica es antijurídica si no hay una causa de justificación (...) que excluya la antijuridicidad.*” (ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 557).

⁶⁴ Nos dizeres de Juarez CIRINO DOS SANTOS: “A relação entre antijuridicidade e tipicidade funciona como regra e exceção: **se a tipicidade da ação indica a antijuridicidade, então toda ação típica é antijurídica, exceto as ações típicas justificadas.** Em regra, o legislador descreve nos tipos legais ações realizadas ou omitidas contrárias ao direito, ou seja, ações ou omissões de ação antijurídicas, excepcionalmente permitidas nas situações concretas denominadas causas de justificação, como a legítima defesa, o estado de necessidade etc. Logo, a tipicidade não seria simples *ratio cognoscendi*, mas a própria *ratio essendi* da antijuridicidade. Por essa razão, a antijuridicidade da ação típica é determinada por um critério negativo: ausência de causas de justificação. A praticidade desse critério explica sua adoção generalizada: ausente causa de justificação, está caracterizada a antijuridicidade; presente causa de justificação, está excluída a antijuridicidade.” (SANTOS, J. C. op. cit., p. 145-146).

⁶⁵ Para Luís GRECO, ROXIN ainda mantém tipo e antijuridicidade em categorias distintas por conta da diversidade de princípios e valorações político-criminais a regê-los. Afirma o doutrinador: “para ele [ROXIN], o tipo tem, além da função de concretizar o princípio *nullum-crimen*, uma função motivadora preventivo-geral; enquanto a antijuridicidade se importa com o princípio *nullum-crimen* de maneira menos drástica, tendo por tarefa político criminal muito mais a solução de conflitos sociais, e dando azo a considerações oriundas de todo o ordenamento jurídico, e não só do direito penal” (GRECO, L. op. cit., p. 146). Com o acato de que deve necessariamente servir-se aquele que desdiga qualquer conclusão de Luiz GRECO acerca da obra de ROXIN (haja vista sua condição de discípulo, colaborador e tradutor do mestre em diversas obras), em estudos mais recentes ROXIN tem aparentemente trabalhado a antijuridicidade muito mais como um elemento do injusto do que propriamente como uma categoria autônoma. Isso pode ser aferido, por exemplo, do seguinte excerto: “*En este tercer ‘escalón del delito’ debería hablarse de ‘injusto’ y no de mera ‘antijuridicidad’. Pues así como el tipo acoge dentro de sí la acción (sólo las acciones pueden ser típicas), el injusto contiene acción y tipo: sólo las acciones típicas pueden ser injusto penal. En cambio, la antijuridicidad no es una categoría especial del Derecho penal, sino de todo el ordenamiento jurídico: hay conductas que pueden ser antijurídicas para el Derecho civil o el Derecho público y no obstante ser irrelevantes a efectos penales; y las causas de justificación también proceden de todos los campos del Derecho, lo que no deja de ser importante para los criterios rectores del injusto*” (ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 219).

⁶⁶ Traduzido livremente do espanhol: “*la antijuridicidad designa una propiedad de la acción típica, a saber, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho penal, mientras que por injusto se entiende la propia acción típica y antijurídica, o sea el objeto de valoración de la antijuridicidad junto con su predicado de valor.*” (Ibid., p. 557-558).

⁶⁷ (ROXIN, C. *Funcionalismo...*, p. 235-236).

Na categoria do injusto, “a ação típica concreta é analisada segundo o aspecto da autorização ou da proibição, levando-se em contra todos os elementos reais da situação particular”.⁶⁸

Sob o aspecto político-criminal, o juízo de injusto é moldado por três funções⁶⁹: solucionar colisões de interesses de forma relevante para a punição de um ou mais envolvidos no fato; servir como ponto de apoio para as medidas de segurança e outras consequências jurídicas e ligar o direito penal à totalidade do ordenamento jurídico, integrando-o a suas valorações decisivas⁷⁰.

ROXIN propõe, ainda, uma “expansão da sistemática da ‘culpabilidade’ através de pontos de vista preventivos”⁷¹, dando ensejo à categoria que denomina de responsabilidade (*Verantwortlichkeit*), na qual o aplicador da norma ocupa-se em saber se o autor do fato – individualmente – merece a punição (prevista até então em abstrato) pelo injusto por ele realizado⁷².

Nessa linha, a responsabilidade pressupõe sempre a existência de dois requisitos: a culpabilidade do autor do fato e a necessidade preventivo-geral ou especial de punição, os quais interagem e se limitam reciprocamente⁷³, pois se de um

⁶⁸ ROXIN, C. **Funcionalismo...**, p. 235.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 236.

⁷⁰ Isso porque, na visão de ROXIN, cada alteração na ordem jurídica, tomada como um todo (e, assim, advindas não só de modificações na lei positiva, mas também de criações do direito costumeiro e jurisprudencial em qualquer ramo do Direito), implica na formação do que ele denominou de direito de intervenção (por meio do qual um interesse individual – ou mesmo uma necessidade social global – deve ceder a outro, a ele conflitante) e, por conseguinte, em uma readequação dos parâmetros que delimitam a convivência harmônica entre liberdade individual e necessidade social, com reflexos na permissão, ou não, de determinados riscos (ROXIN, C. **Política criminal...**, *passim*).

⁷¹ *Ibid.*, p. XII.

⁷² ROXIN, C. **Funcionalismo...**, p. 241.

⁷³ Acerca da correlação entre os dois requisitos da responsabilidade, muito esclarecedores são os exemplos trazidos por ROXIN em sua obra: “Quando alguém causa um acidente de trânsito por um ligeiro descuido, aplicar uma pena severa pode ser muito adequado por razões de prevenção geral. Todavia, o princípio da culpabilidade obriga a imposição de uma pena exígua para uma ligeira negligência e, deste modo impede que a liberdade do indivíduo seja sacrificada pelo interesse da intimidação geral. O mesmo vale para uma extensão extrema da prevenção especial. Se alguém furta uma bicicleta, este delito relativamente inofensivo pode ser, não obstante, o sintoma de profunda alteração da personalidade. Se, sob o ponto-de-vista de uma teoria da pena orientada unilateralmente para a prevenção especial, se mantivesse e se submetesse um criminoso a adequado tratamento em estabelecimento próprio até que pudesse ser posto em liberdade restabelecido, em condição de adaptado social, isto poderia eventualmente durar muitos anos. Neste caso, o princípio da

lado as necessidades preventivas jamais podem levar a uma punição quando inexistir culpabilidade, de outro a culpabilidade de uma pessoa não basta para legitimar a pena se esta não for indispensável do ponto de vista preventivo⁷⁴.

Segundo ROXIN, a culpabilidade consiste em um “agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas”⁷⁵, ou seja, na violação do comando normativo por quem tenha discernimento suficiente para compreender a mensagem que a norma aviltada visava transmitir⁷⁶.

Só depois de confirmada essa aptidão para compreender a mensagem insculpida no comando normativo (*Unrechthandeln trotz normativer Ansprechbarkeit*) é que a pena pode ser considerada uma consequência jurídica legítima para o fato praticado e um exercício limitado do poder interventivo do Estado sobre a liberdade individual de seu autor.

Todavia – como afirmado por Luiz GRECO⁷⁷ – a culpabilidade, por si só, é incapaz de fundamentar a pena num direito penal orientado, não por critérios retributivistas⁷⁸, mas pela finalidade exclusiva de proteção a bens jurídicos. Daí a

culpabilidade também força a limitar a duração do tratamento – independentemente de seu êxito – conforme à insignificância do delito. Preserva-se assim a autonomia do indivíduo quanto a intromissões desmedidas do Estado.” (ROXIN, C. **Revista...**, p. 10).

⁷⁴ ROXIN, C. **Política criminal...**, p. XII-XIII.

⁷⁵ ROXIN, C. **Estudos...**, p. 144.

⁷⁶ Acerca do viés comunicativo da norma, BUSATO E HUAPAYA – servindo-se da premissa lançada por VIVES ANTÓN de que a norma penal é uma regra de conduta que pode ser expressa linguisticamente – afirmam que “a norma termina funcionando como veículo do processo de comunicação que se estabelece entre a sociedade e o cidadão sob a forma de exigências mútuas baseadas em valores compartilhados” (BUSATO, P. C.; HUAPAYA, S. M. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007, p. 108, 109).

⁷⁷ GRECO, L. *op. cit.*, p. 153.

⁷⁸ Leciona ROXIN: “A teoria da retribuição tampouco é aceitável, porque sua premissa, de que o injusto cometido pelo agente é compensado e saldado pela pena retributiva, é irracional e incompatível com os fundamentos teórico-estatais da Democracia. Ou seja, que um mal (o fato punível) possa ser anulado pelo fato de que agregue um segundo mal (a pena), é uma suposição metafísica que somente pode-se fazer plausível por um ato de fé. Na medida em que se derive o poder do Estado da autoridade divina, pode-se ser conseqüente contemplando o juiz como um executor terreno do juízo penal divino, outorgando-se à sua decisão a força para redimir a culpabilidade humana e para a reimplantação da Justiça. Todavia, já que nos regimes democráticos todo o poder estatal (e assim também o poder judiciário) emana do povo, não tem a decisão judicial uma legitimação metafísico-teológica, mas sim exclusivamente um fundamento racional na vontade dos cidadãos. Esta vontade pode ser orientada para fins de prevenção especial ou geral, mas não para a compensação de culpabilidade, a qual escapa ao poder humano.” (ROXIN, C. **Revista...**, p. 9).

necessidade de se agregar, à culpabilidade, considerações de prevenção geral e especial.

Isso porque é possível que o legislador renuncie à pena (ou autorize o magistrado a fazê-lo), quando ela se mostre desnecessária ou mesmo nociva do ponto de vista preventivo geral e especial^{79, 80}.

A categoria sistemática da responsabilidade desenvolvida por ROXIN fundamenta-se, pois, sobre a ideia de uma dupla limitação do direito estatal de punir, feita por meio da culpabilidade e das necessidades preventivas (geral e especial) de punição. Faltante um desses dois pressupostos fica excluída a responsabilidade penal e, porquanto, a punibilidade, uma vez que a legitimidade da pena está intrinsecamente ligada tanto à receptibilidade da mensagem normativa quanto à necessidade social da aplicação de uma sanção penal.

Com isso, a responsabilidade se apresenta como a realização dogmática da teoria político-criminal dos fins da pena e, em regra, como uma indicação ao juiz para que ele aplique a sanção no caso concreto⁸¹. Ao fim e ao cabo, a concepção político-criminal fundante, aqui, não se dirige ao fato (no sentido de sua necessidade de pena abstrata ou de sua proibição em concreto), mas ao próprio autor (ou seja, de sua

⁷⁹ ROXIN, C. **Estudios...**, p. 152.

⁸⁰ Nesse sentido, também, MUÑOZ CONDE e GARCIA ARÁN ao afirmarem: “*Así, por ejemplo, la correlación entre culpabilidad y prevención general, es decir, defensa de determinados intereses, legítimos o ilegítimos (que esa es otra historia) por medio de la pena, es evidente. Si en un momento histórico determinado se consideró, por ejemplo, que debían ser declarados exentos de responsabilidad criminal el menor de cierta edad [...], el que, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica o de un estado de intoxicación plena, no puede comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, o el que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tiene alterada la conciencia de la realidad [...], ello no se hizo para debilitar la prevención general o la defensa de los intereses de la sociedad frente a esas personas, sino precisamente por lo contrario, porque el efecto intimidatorio general y la defensa social se fortalecían al declarar exentos de responsabilidad criminal (es decir, de culpabilidad) a unas pocas personas de las que, como la experiencia enseña, no puede esperarse que cumplan las expectativas de conducta contenidas en las normas penales, confirmando así la necesidad de su cumplimiento por las demás personas que no se encuentran en esa situación. Estas razones de prevención general están también avaladas por razones de prevención especial, ya que tampoco desde el punto de vista individual es necesaria en estos casos una pena, sino una medida de curación o educación del sujeto que se encuentra en estas situaciones.*” (MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. **Derecho penal: parte general**. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p. 395).

⁸¹ ROXIN, C. **Funcionalismo...**, p. 241-242.

necessidade individual de pena)⁸².

Por fim, ROXIN se atenta para a existência de outros pressupostos de punibilidade⁸³ (condições objetivas de punibilidade e fundamentos excludentes de pena⁸⁴), perceptíveis em alguns poucos dispositivos penais – e a eles restritos –, em que a decisão sobre a necessidade de pena funda-se em considerações extrapenais e, portanto, alheias à teoria dos fins da pena⁸⁵.

Trata-se de valores e interesses afetos a outras áreas do direito e da política – descritos por ROXIN como verdadeiros *corpos estranhos* ao direito penal –, mas nele inseridos a fim de impor sua sobrepujança à valoração jurídico-criminal ordinária^{86, 87}.

Feita esta breve, porém imprescindível, andança, por entre os conceitos básicos do sistema jurídico-penal à luz da dogmática funcionalista e dos ensinamentos de Claus ROXIN, faz-se, enfim, possível um primeiro passo para a almejada travessia, partindo da culpabilidade em direção à responsabilidade penal.

⁸² ROXIN, C. **Funcionalismo...**, p. 242.

⁸³ Embora não tome propriamente um partido no acirrado debate travado entre aqueles que defendem e aqueles que negam a inclusão da punibilidade como categoria autônoma do conceito de crime.

⁸⁴ SANTOS, J. C. op. cit., p. 267.

⁸⁵ ROXIN, C. **Funcionalismo...**, p. 242.

⁸⁶ Id.

⁸⁷ Como exemplo, ROXIN cita o caso dos crimes contra estados estrangeiros, que – segundo a legislação alemã – só podem ser punidos se existente, entre a Alemanha e o Estado ofendido, uma relação diplomática que garanta a reciprocidade. Para o mencionado penalista, tal exigência “deriva unicamente de motivos de política externa, a saber, o desejo de que os interesses alemães no exterior se vejam protegidos da mesma maneira” (Ibid., p. 242-243).

3. IMPUTAÇÃO SUBJETIVA: DA CULPABILIDADE À RESPONSABILIDADE PENAL

Imputar – em uma acepção usual do termo – significa atribuir a alguém ou a alguma coisa a responsabilidade pela causação de um determinado fato⁸⁸. Essa ideia, quando transposta ao direito (e mais especificamente ao direito penal), fez-se ligar umbilicalmente à noção de culpa (elemento de viés subjetivo, em geral atrelado a um ‘mal-querer’⁸⁹), razão pela qual à categoria do delito em que se analisa a viabilidade de imputação do fato a um sujeito deu-se o nome de culpabilidade.

3.1. O CONCEITO PSICOLÓGICO DE CULPABILIDADE

A culpabilidade, ao direito penal, nasceu psicológica, sendo-lhe atribuída a função de reunir em uma única categoria os elementos subjetivos do delito⁹⁰.

A chamada teoria psicológica – desenvolvida no final do século XIX em vazão ao positivismo científico⁹¹ (causalismo naturalista) então imperante⁹² – encontrou enorme repercussão com os trabalhos de LISZT e BELING, para os quais a culpabilidade vinha a ser a relação subjetiva ou psíquica estabelecida entre o autor e o

⁸⁸ Nesse sentido PRADO E SILVA, A. e outros (coord.). **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. 9. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1987, p. 954.

⁸⁹ KELSEN, por exemplo, descreve a culpa como um “certo estado mental do delinqüente, a saber, o de que ele prevê ou pretende o efeito prejudicial (a chamada *mens rea*)” (KELSEN, H. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 94).

⁹⁰ PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 429.

⁹¹ Esse quadro do pensamento vigente à época foi muito bem retratado por Tatiana Machado CORRÊA no seguinte excerto de seu artigo: “No fim no século XIX, com a ascensão o capitalismo industrial, o Positivismo postulou a neutralidade da ciência. Sob esse novo enfoque, passou-se a defender que não existiria a causa de um evento sem efeito e que mediante a observação poderiam ser conhecidas as leis que regeriam os fenômenos. O conhecimento dos fatos dependeria da observação, de forma que uma proposição só poderia ser reconhecida como verdadeira se fosse confirmada empiricamente. Encarava-se o processo de conhecimento como uma relação entre sujeito e objeto. Em suma, o Positivismo ignorava a influência da ideologia do investigador científico e considerava que o conhecimento poderia ser explicado pelas leis que o regulariam.” (CORRÊA, T. M. Em busca de um conceito latino-americano de culpabilidade *in* **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 75, ano 16, nov-dez 2008, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 71-99, p. 73).

⁹² PRADO, L. R. *op. cit.*, p. 428.

fato^{93, 94}.

Na concepção de LISZT, ato culpável seria a ação dolosa ou culposa do indivíduo imputável⁹⁵, donde a doutrina extraiu os chamados elementos formadores da culpabilidade segundo a teoria psicológica: a imputabilidade e o dolo ou culpa.

A imputabilidade (ou capacidade de culpabilidade) constituiria a aptidão geral ou abstrata de compreender o valor do fato e de querer conforme essa compreensão, restando excluída ou reduzida, portanto, nos casos de imperfeição (imaturidade) ou de defecção (doença mental) o aparelho psíquico⁹⁶. Já o dolo ou culpa representariam a relação psicológica propriamente dita, sendo o dolo a consciente realização de todas as circunstâncias que caracterizam o crime e a culpa, a causação do resultado por deturpação da consciência do agente⁹⁷.

Com o século XX e a emersão de novas correntes jus-filosóficas, essa concepção psicológica da culpabilidade passou a sofrer severas críticas por parte da doutrina. No entender de seus críticos, essa formulação não ordenava sistematicamente a imputabilidade (colocando-a ora como pressuposto do dolo e da culpa e ora como pressuposto da pena); também não explicava – ao menos não convincentemente – a questão da culpa inconsciente (na qual a propalada relação psicológica entre autor e fato era inexistente); não era tampouco capaz de explicar adequadamente o estado de necessidade exculpante (em que, ainda que presente o dolo, não havia culpabilidade); não compreendia, ademais, a culpabilidade como um conceito graduável e, por fim,

⁹³ PRADO, L. R. op. cit., p. 429.

⁹⁴ Oportuna a compilação feita por Tatiana CORRÊA: “Com base nesse paradigma causal, Franz von Liszt elaborou sua teoria do delito, pela qual o crime seria um injusto contra o qual o Estado cominara uma pena e que não existiria sem uma mudança no mundo exterior, sem um resultado. A causalidade possuiria dois elementos: objetivo (fundamentaria o ato ilícito) e subjetivo (parte subjetiva do processo causal). A culpabilidade era delineada como a relação psicológica do autor da ação com o fato: ‘Não basta que o resultado possa ser objectivamente referido ao acto de vontade do agente: é também necessário que se encontre na culpa a ligação subjectiva. Culpa é a responsabilidade pelo resultado produzido’ (*sic*). Compartilhando do mesmo entendimento, Ernst von Beling, afirmava que a culpabilidade seria uma especialização da manifestação de vontade no delito no âmbito subjetivo: ‘O juízo de que alguém tenha agido ‘culpavelmente’ expressa um juízo valorativo sobre a fase interna (espiritual ou ‘subjetiva da ação (...) O que importa é o estado anímico do sujeito ao tempo da ação’.” (CORRÊA, T. M. op. cit., p. 73-74).

⁹⁵ LISZT *apud* PRADO, L. R. op. cit., p. 429.

⁹⁶ SANTOS, J. C. op. cit., p. 201-202.

⁹⁷ LISZT *apud* CORRÊA, T. M. op. cit., p.74.

agasalhava uma metodologia científica positivista naturalista e jurídica já superada pela dimensão axiológica de cunho neokantiano⁹⁸.

O empenho em responder a tais críticas levou os pensadores da época a uma reconstrução do conceito de culpabilidade, substituindo o caráter subjetivo por um juízo valorativo. Nasceram as chamadas teorias normativas da culpabilidade⁹⁹.

3.2. OS CONCEITOS NORMATIVOS DE CULPABILIDADE

À primeira tentativa em se conceber à culpabilidade uma natureza normativa, deu-se o nome de teoria psicológico-normativa (ou normativa complexa).

De matiz eminentemente neokantista (valorativa e finalista¹⁰⁰), essa concepção foi inaugurada com os estudos de Reinhard von FRANK, que então propunha que a culpabilidade não se constituiria exclusivamente da relação psicológica do sujeito com o resultado, mas de três elementos essenciais: a normalidade mental do sujeito (imputabilidade); a concreta relação psíquica do sujeito com o fato ou, ao menos, sua possibilidade (dolo ou culpa) e a normalidade das circunstâncias em que atua o sujeito¹⁰¹. Unindo esses três elementos estaria a idéia de reprovabilidade¹⁰², uma vez que, para FRANK, um comportamento proibido só poderia ser atribuído à culpabilidade de alguém se fosse possível reprovar-lhe sua realização¹⁰³.

O conceito psicológico-normativo de FRANK experimentou um ulterior – e muito importante – desenvolvimento pelas mãos de James GOLDSCHMIDT, que deduzia a reprovabilidade (não fundamentada de maneira mais detalhada por FRANK) da infração a uma norma de dever específica¹⁰⁴. Junto à norma jurídica – que exigiria

⁹⁸ PRADO, L. R. op. cit., p. 430.

⁹⁹ Com razão Luiz Regis PRADO destaca que “não há uma teoria normativa, mas sim uma variedade de teorias normativas da culpabilidade” (Id.).

¹⁰⁰ Id.

¹⁰¹ ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 795.

¹⁰² ROXIN, em expressa referência à doutrina de FRANK, escreve: “*Como lazo de unión, como ‘breve síntesis de los elementos concretos de la culpabilidad’, halló el concepto de la reprochabilidad*” (Id.).

¹⁰³ FRANK *apud* SANTOS, J. C. op. cit., p. 202.

¹⁰⁴ ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 795.

uma conduta externa e cuja infração fundamentaria a antijuridicidade – existiria, implicitamente, uma norma de dever a impor que cada um disponha sua conduta interna de maneira congruente com as exigências impostas pelo ordenamento jurídico a sua conduta externa^{105, 106}.

Contribuindo para o aprimoramento da teoria, Berthold FREUDENTHAL propôs que a reprovabilidade da conduta dependeria da possibilidade de se exigir do agente um comportamento diverso do previsto na norma (o poder atuar de outro modo)¹⁰⁷. Para FREUDENTHAL, se evitar um fato punível pressupõe uma capacidade de resistência inexigível do homem do povo, então a incapacidade de agir conforme a norma de dever exclui a exigibilidade de comportamento diverso e, conseqüentemente, a culpabilidade¹⁰⁸.

Edmund MEZGER, dando traços finais à teoria, conceitua a culpabilidade como “o conjunto dos pressupostos da pena que fundamentam, diante do autor, a reprovabilidade pessoal da conduta antijurídica”¹⁰⁹ representando, “ao mesmo tempo e sempre, um juízo valorativo sobre uma situação de fato da culpabilidade (a chamada concepção normativa da culpabilidade)”¹¹⁰.

Para MEZGER, contudo, a culpabilidade – como injusto reprovável pessoalmente – não poderia se restringir à culpabilidade pelo fato concreto, devendo

¹⁰⁵ Reproduzindo as lições de GOLDSCHMIDT, relata ROXIN: “Junto a la ‘norma jurídica’, que exigiría una conducta externa y cuya infracción fundamentaría la antijuridicidad, existiría ‘implícitamente’ una ‘norma de deber’ que impondría a cada cual ‘disponer su conducta interna del modo necesario para que se pueda corresponder con las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico a su conducta externa” (ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 796).

¹⁰⁶ Aclaradoras, aqui, as palavras de Juarez CIRINO DOS SANTOS, a quem: “GOLDSCHMIDT aprimora o conceito, distinguindo entre *norma jurídica* (Rechnorm), como exigência objetiva de comportamento exterior, e *norma de dever* (Pflichnorm), como exigência subjetiva de atitude pessoal conforme a *norma jurídica*. A distinção entre *norma jurídica* e *norma de dever* permite, por um lado, fundamentar a *reprovação* do autor na *consciência da antijuridicidade* do tipo de injusto realizado (excluída ou reduzida nas situações de erro de proibição) e, por outro lado, fundar a *exigibilidade* de motivação conforme a *norma de dever* na normalidade das circunstâncias do fato (excluída ou reduzida nas situações de exculpação).” (SANTOS, J. C. op. cit, p. 202-203).

¹⁰⁷ PRADO, L. R. op. cit., p. 431.

¹⁰⁸ FREUDENTHAL *apud* SANTOS, J. C. op. cit., p. 203.

¹⁰⁹ MEZGER *apud* PRADO, L. R. op. cit., p. 431.

¹¹⁰ Id.

abranger também a culpabilidade pela condução de vida do sujeito¹¹¹. Seria, pois, uma “mescla de culpabilidade do fato com culpabilidade do autor”¹¹².

A culpabilidade – após a intervenção de FRANK, GOLDSCHMIDT, FREUDNTHAL e MEZGER – permaneceu sendo o vínculo psicológico entre o autor e o fato, porém seu interesse ao direito penal ficou condicionado a um juízo de reprovação calcado na exigibilidade, pelo ordenamento jurídico, de uma conduta diversa da praticada no caso concreto.

Assim, segundo a teoria psicológico-normativa, a culpabilidade passaria a constituir-se não só da capacidade de culpabilidade (imputabilidade) e da relação psicológica concreta do autor com o fato (sob as formas de dolo ou culpa), mas também da exigibilidade de comportamento diverso (fundada na normalidade das circunstâncias do fato)¹¹³.

Ademais, o dolo puro e simples (livre de valoração), foi substituído pelo *dolus malus* (imbuído de um elemento normativo: a consciência da ilicitude do fato) e a imputabilidade deixou de ser considerada pressuposto para firmar-se na condição de elemento constitutivo da culpabilidade¹¹⁴.

A manutenção de elementos subjetivos no conceito de culpabilidade, contudo, não agradava a uma parte da doutrina, que concebia a culpabilidade como puro juízo de valor.

Tem-se, com isso, início a concepção da teoria normativa pura ou finalista da culpabilidade^{115, 116}.

¹¹¹ MEZGER, E. *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 51.

¹¹² CORRÊA, T. M. op. cit., p. 76.

¹¹³ Nesse sentido: SANTOS, J. C. op. cit., p. 203.

¹¹⁴ PRADO, L. R. op. cit., p. 432.

¹¹⁵ Nos dizeres de WELZEL: “As doutrinas do tipo e do injusto dão guarida, cada vez mais, a elementos anímicos, que haviam sido atribuídos, em princípio, erroneamente, ao conceito de culpabilidade: primeiro os elementos subjetivos do injusto e depois a vontade de ação. O conceito de culpabilidade, como tal, não compreende, ao contrário, elementos subjetivo-anímicos e conserva apenas o critério normativo da *reprovabilidade*, com base no qual se examina se a vontade de ação é *culpável*. Nesse processo não se perdeu nenhum dos elementos anteriores, mas cada um ganhou um lugar mais apropriado, devido ao conhecimento da estrutura final da ação.” (WELZEL, H. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 92).

Com a teoria finalista e o conceito pessoal de injusto propostos por WELZEL, operou-se, nas palavras de Juarez CIRINO DOS SANTOS, uma verdadeira revolução tanto na teoria do tipo quanto na teoria da culpabilidade, ensejada por meio do deslocamento de dolo – a partir de então entendido como consciência e vontade do fato – e culpa (ou imprudência) – como infração objetiva a um dever de cuidado – da culpabilidade para o tipo subjetivo do injusto, excluindo os componentes psicológicos da culpabilidade e reduzindo-a, enfim, a mero juízo de valor, expresso pelo critério da reprovabilidade¹¹⁷.

A culpabilidade, com o advento da teoria finalista, torna-se juízo de reprovação (conceito formal) calcado sobre a estrutura lógico-real¹¹⁸ do livre arbítrio, do poder agir de outra maneira¹¹⁹ (conceito material de culpabilidade)¹²⁰.

¹¹⁶ Embora grande parte da crítica à teoria psicológico-normativa se concentre na manutenção dos elementos subjetivos da culpabilidade, é preciso tomar também em consideração que o próprio finalismo nasce como a negação da doutrina neokantista, em especial quanto à indeterminação dos valores que deveriam orientar os juízos normativos. Essa linha de pensamento é muito bem abordada por Luís GRECO, quando – em expressa remissão às lições de WELZEL – escreve: “O sistema finalista tenta superar o dualismo metodológico do neokantismo negando o axioma sobre o qual ele assenta: o de que entre ser e dever ser existe um abismo impossível de ultrapassar. A realidade, par o finalista, já traz em si uma ordem interna, possui uma lógica intrínseca: *a lógica da coisa* (Sachlogik). O direito não pode flutuar nas nuvens do dever ser, vez que o que vai regular é a realidade. Deve, portanto, descer ao chão, estudar essa realidade, submetê-la a uma análise fenomenológica, e só após haver descoberto suas estruturas internas, passar para a etapa da valoração jurídica. ‘Os conceitos científicos não são variadas ‘composições’ de um material idêntico e avalorado, mas ‘reproduções’ de pedaços de um complexo ser ôntico, ao qual são imanentes estruturas gerais e diferenças valorativas, que não foram fruto da criação do cientista’. Qualquer valoração que desrespeite a lógica da coisa será, forçosamente, errônea.” (GRECO, L. op. cit., p. 127).

¹¹⁷ SANTOS, J. C. op. cit., p. 203.

¹¹⁸ Em trecho da obra de WELZEL colacionado por Luís GRECO, resta firmado o entendimento de que a teoria finalista “parte do axioma de que a matéria e a regulamentação jurídicas não estão, ou pelo menos não completamente, subordinadas ao poder de disposição do legislador, mas de que ele se encontra, isso sim, vinculado a determinadas estruturas lógico-reais, que em certa medida lhe apontam qual é a regulamentação correta, de modo que quando ele as perca de vista, não atingirá seu objetivo: construirá muito mais uma regulação inadequada, contraditória e lacunosa. Essas estruturas lógico-reais são o objeto eterno da ciência jurídica, que também preexistem ao legislador” (GRECO, L. Op. cit., p. 127).

¹¹⁹ Ibid., p. 129.

¹²⁰ Juarez CIRINO DOS SANTOS esclarece que “a redefinição de *culpabilidade* como *reprovabilidade* tem a natureza de uma definição formal, ou seja, de substituição de uma palavra que, como ocorre com toda definição formal, não explica porque o sujeito é culpável, ou porque o sujeito é reprovável. Explicar *porque* o sujeito é culpável, ou *porque* é reprovável – ou seja, mostrar a gênese real do juízo de reprovação – produz a necessidade de uma definição material do conceito de culpabilidade” (SANTOS, J. C. op. cit., p. 204-205). Igualmente, ROXIN: “*El concepto normativo de culpabilidad sólo afirma que una conducta culpable ha de ser ‘reprochable’*. *Pero el mismo es de naturaleza completamente formal y no responde la cuestión relativa a de qué presupuestos materiales*

Para WELZEL, a culpabilidade corresponderia a uma *qualidade valorativa negativa* da vontade de ação (mensurável segundo um juízo externo de valor) e não a vontade em si¹²¹.

Como juízo valorativo, a culpabilidade se definiria como a reprovabilidade da resolução da vontade, de tal feita que apenas aquilo que dependesse da vontade do homem poderia ser-lhe reprovado como culpável¹²².

A reprovabilidade da culpabilidade pressupõe, nessa esteira, que “o autor tenha podido adotar uma resolução de vontade antijurídica de modo mais correto, ou seja, conforme a norma, e isso não no sentido abstrato de *um homem qualquer* no lugar do autor, mas no sentido concreto de que *esse homem, nessa situação*, teria podido adotar uma resolução de acordo com a norma”¹²³. Tenha, em suma, o poder concreto de agir de outra maneira.

Logo, para a teoria do poder agir de outra maneira (*andershandelnkönnen*), o autor deve ser pessoalmente reprovado porque se decidiu pelo injusto, tendo o poder de se decidir pelo direito^{124, 125}.

Luiz Regis PRADO consigna em sua obra, contudo, que essa concepção decorrente do finalismo, ainda que entenda a culpabilidade basicamente como juízo axiológico, conserva em seu âmago um elemento mínimo de ordem psicológica (o “mínimo motivo real de dúvida de que se atou contrariamente ao Direito”)^{126, 127}.

depende la reprochabilidad. Se trata de la cuestión del concepto material de culpabilidad.” (ROXIN, C. **Derecho penal...**, p. 798).

¹²¹ WELZEL, H. op. cit., p. 89.

¹²² Ibid., p. 88.

¹²³ Ibid., p. 93.

¹²⁴ SANTOS, J. C. op.cit., p. 206.

¹²⁵ No mesmo sentido ROXIN: “*el contenido de la culpabilidad se define tradicionalmente ‘como el ‘poder evitar y consiguiente responsabilidad’ de la persona por haber formado antijurídicamente su voluntad’. ‘La culpabilidad...fundamenta el reproche personal contra el sujeto de que no omitió la acción antijurídica aunque pudo omitirla.’ El BGH ha hecho suya también esta concepción: ‘La culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se le reprocha al sujeto que no se haya comportado conforme a Derecho, que se haya decidido por el injusto aunque habría podido comportarse conforme a Derecho, decidirse por el Derecho. La base interna del reproche de culpabilidad radica en que el ser humano está revestido de autodeterminación moral libre, responsable y es capaz por ello de decidirse por el Derecho y contra el injusto...’.*” (ROXIN, C. **Derecho penal...**, p. 799).

¹²⁶ PRADO, L. R. op. cit., p. 434.

Mas ao fim e ao cabo, o conceito de culpabilidade, orientado finalisticamente, acaba por integrar-se de três elementos: a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento do injusto e a exigibilidade de uma conduta em conformidade com a norma^{128, 129}.

O conceito formal de culpabilidade inaugurado pela teoria finalista (resumindo-o a um juízo de reprovação) é acatado pela maioria da hodierna doutrina, que diverge – apenas – quanto à determinação do conteúdo da culpabilidade no direito penal (ou seja, o seu conceito material)¹³⁰.

3.3. O CONCEITO NORMATIVO DE RESPONSABILIDADE

Mesmo sem negar os avanços trazidos pela doutrina finalista¹³¹, ROXIN afirma que o conceito normativo de culpabilidade deve ser aperfeiçoado de modo a que se

¹²⁷ Com o que acaba por se aliar àqueles que se opõem à afirmação de que o conceito finalista de culpabilidade é puramente normativo. Nessa esteira, escreve: “Muitos autores negam o caráter *puramente* normativo da culpabilidade finalista (v.g., Cerezo Mir, Hirsch, Stratenwerth). Na verdade, há apenas uma acentuação do aspecto normativo” (PRADO, L. R. op. cit., p. 432).

¹²⁸ Utilizou-se aqui a nomenclatura empregada por ROXIN em sua obra (ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 796). Na literatura nacional, contudo, tais elementos são tradicionalmente denominados: imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa (PRADO, L. R. op. cit., p. 434).

¹²⁹ Ao que Juarez CIRINO DOS SANTOS acrescenta: “A universalidade dessa estrutura do conceito não é gratuita: define culpabilidade como reprovação de um sujeito imputável (o sujeito *pode saber o que faz*) que realiza, com consciência da antijuridicidade (o sujeito *sabe, realmente, o que faz*) e em condições de normalidade de circunstâncias (o sujeito *tem o poder de não fazer o que faz*), um tipo de injusto.” (SANTOS, J. C. op. cit., p. 204).

¹³⁰ São objetos de estudo por ROXIN, além da culpabilidade como o poder de atuar de outro modo (WELZEL), a culpabilidade como atitude interna juridicamente desaprovada (GALLAS, JESCHECK e WESSELS) e a culpabilidade como dever de responder pelo próprio caráter (DOHHA e ENGISCH). Distanciando-se – por outro lado – do conceito normativo, ROXIN aponta para a teoria funcional de JAKOBS da culpabilidade como atribuição segundo as necessidades preventivo-gerais (ROXIN, C. *Derecho penal...* p. 799-807). Opondo-se bruscamente a todas as teorias apontadas, ZAFFARONI vem desenvolvendo, em seus últimos trabalhos, a ideia de culpabilidade por vulnerabilidade, a qual pode ser encontrada – entre outros – em: ZAFFARONI, E. R. Culpabilidade por vulnerabilidade *in Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade* 14/36, Rio de Janeiro, 2004 e, sinteticamente, em CORRÊA, T. M. op. cit., p. 71-99.

¹³¹ Consigna o mencionado autor em sua obra: “*El concepto normativo de culpabilidad tiene razón y supone un gran avance frente al concepto psicológico de culpabilidad en cuanto que en él se expresa la idea de que en la categoría del delito que sigue al injusto se trata de un valoración del acontecer del hecho de otro tipo en comparación con la contrariedad a deber y no sólo de un puro estado de cosas psíquico*” (ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 797).

torne um conceito normativo de responsabilidade¹³².

Isso porque, segundo ROXIN, ao direito penal vigente em um Estado Democrático, o mero juízo de reprovação da conduta não deve bastar à responsabilização do agente^{133, 134}.

Ademais, para ROXIN, decisivo à caracterização da culpabilidade não é o poder de atuar de outro modo, mas o querer do legislador – fundado em pontos de vista jurídico-penais – de responsabilizar ao autor do fato¹³⁵.

Deve-se, assim, partir do pressuposto de que a culpabilidade é, de fato, condição necessária, mas não suficiente da punição; havendo de lhe ser acrescido um juízo normativo quanto à necessidade preventiva de pena¹³⁶.

Todavia, se a pena pressupõe não só a culpabilidade, mas também a necessidade

¹³² ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 797.

¹³³ Para ROXIN: “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 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, 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 com nossa legislação penal” (ROXIN, C. *Estudos...*, p. 85-86).

¹³⁴ O arremate ao pensamento esboçado acima é dado por ROXIN em outra obra: “Na verdade, a teoria da retribuição pressupõe já a necessidade da pena, que deveria fundamentar. Pois se o seu significado assenta na compensação da culpa humana, não se pode com isso pretender que o Estado tenha de retribuir com a pena toda a culpa. Cada um de nós considera-se culpado perante o próximo de muitas maneiras, mas não somos por isso puníveis. E, igualmente, a culpa jurídica acarreta conseqüências de tipo diverso, como por exemplo um dever de indemnização por dano, mas apenas em raras ocasiões uma pena. A teoria da retribuição, portanto, não explica em absoluto *quando* se tem de punir, mas apenas refere: «Se impuserdes – sejam quais forem os critérios – uma pena, com ela tereis de retribuir um crime». Fica por resolver a questão decisiva de saber sob que pressupostos a culpa humana autoriza o Estado a castigar. Deste modo, a teoria da retribuição fracassa perante a tarefa de estabelecer um limite, *quanto ao conteúdo*, ao poder punitivo do Estado. Ela ao impede que se inclua no Código Penal qualquer conduta, e que, caso se verifiquem os critérios gerais de imputação, tal conduta seja efectivamente punida; concede, de certo modo, um cheque em branco ao legislador. Assim se explica também a sua utilização, que perdurou sem qualquer alteração constitucional desde o absolutismo até hoje, e que revela sob este ponto de vista não apenas uma debilidade teórica mas também um perigo prático.” (ROXIN, C. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3.ed. Lisboa: Vega, 1998, p. 17-18).

¹³⁵ Traduzido livremente do espanhol: “*Lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico-penales, quiera hacer responsable al autor de su actuación*” (ROXIN, C. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid:Reus, 1981, p. 71).

¹³⁶ ROXIN, C. *Estudos...*, p. 87.

preventiva de punição, é consequência necessária desta concepção de fins da pena que também os pressupostos da punição devam ser medidos com base nessa mesma premissa¹³⁷. Nessa esteira, ROXIN conclui: “A categoria do delito que se segue ao ilícito deve, portanto – obviamente, permanecendo-se vinculado à lei –, tomar por objeto, além da culpabilidade, também a necessidade preventiva do sancionamento penal, englobando as duas sob o conceito de ‘responsabilidade’.”¹³⁸

Ao que se chega, enfim, à concepção de responsabilidade penal de Claus ROXIN, objeto maior do presente estudo.

¹³⁷ ROXIN, C. *Estudos...*, p. 89.

¹³⁸ Id.

4. A RESPONSABILIDADE PENAL

Na opinião de ROXIN nenhuma categoria do direito penal é tão controvertida quanto a culpabilidade, e nenhuma é tão indispensável¹³⁹. Controvertida – segue o autor – por uma série de mal-entendidos¹⁴⁰ e indispensável por constituir o critério central de toda imputação¹⁴¹. Ao que conclui não ser possível existir direito penal sem o princípio da culpabilidade: “é possível conferir a este outra denominação, mas não se pode eliminá-lo”.¹⁴²

Como já dantes referido no presente estudo, a proposta feita por ROXIN consiste em uma reestruturação da categoria tradicionalmente denominada de culpabilidade de modo a fazê-la mais consentânea com a moderna teoria dos fins da pena¹⁴³. Para tanto, serve-se não só de uma mudança de valor referencial (deixando de lado a etérea exigibilidade de uma conduta diversa e passando a centrar-se na ideia de necessidade de pena¹⁴⁴), mas também de uma agregação de princípios vetores da

¹³⁹ ROXIN, C. *Estudios...*, p. 133.

¹⁴⁰ Por mal-entendidos entenda-se a compulsão do direito penal em servir-se de conceitos e valores que não lhe são pertinentes, comprometendo-lhe a cientificidade e deixando-o vulnerável a discursos ideológicos. Afirma ROXIN: “Adiante-se uma palavra a respeito dos mal-entendidos que desde há muito tempo sobrecarregam o conceito de culpabilidade no direito penal. Se alguém comete um crime – p. ex., pratica um roubo, ou mata uma pessoa – temos um acontecimento cuja relevância transcende ao direito penal. Tal fato apresenta dimensões sociais, éticas, religiosas, por vezes mesmo políticas e metafísicas, as quais tentamos engloba sob o conceito de culpabilidade. Para conferirem à sua disciplina uma aura superior, tentaram os penalistas, comumente, apoiar-se em ciências como a teologia, a filosofia ou a sociologia, transportando a noção de culpabilidade ali existente para o campo do direito penal; ou buscaram orientação nas ciências da natureza, que desconhecem qualquer culpabilidade, e tentando outorgar ao direito penal o ideal de exatidão, sem conceito de culpabilidade, a elas inerente. Todas essas abordagens são caminhos errados. Ao direito penal não importam os conceitos de culpabilidade de outras disciplinas, muito menos da metafísica. O juiz penal não exerce a magistratura como representante da divindade, não se podendo permitir juízos éticos com mais caráter vinculante do que possuem as concepções morais do cidadão normal, juridicamente leigo. As questões de culpabilidade, tais como são tratadas na grande literatura podem consistir em um objeto legítimo da filosofia do direito; esta porém, é um setor da filosofia, não da ciência jurídica” (Ibid., p. 133-134).

¹⁴¹ Para o referido penalista esta imputação de um acontecimento exterior a um cidadão determinado é o objeto único da dogmática jurídico-penal (Ibid., p. 133).

¹⁴² Id.

¹⁴³ ROXIN: “A *continuación*, voy a intentar fundamentar más detenidamente la tesis que ya he esbozado en una ocasión anterior, a saber: que los principios político-criminales de la **teoría del fin de la pena** sustentan la categoría sistemática que comúnmente se denomina «culpabilidad».” (ROXIN, C. *Culpabilidad...*, p. 70).

¹⁴⁴ O seguinte excerto demonstra com clareza a propalada mudança: “Es cierto que desde la perspectiva de dicha concepción no es muy adecuado el concepto de «culpabilidad» para designar la

política criminal, obtendo desta lavra o que ROXIN denominou de responsabilidade (*Verantwortlichkeit*).

No cerne da categoria responsabilidade, o direito penal se interessa, unicamente, em determinar sob que pressupostos e em que medida alguém pode ser responsabilizado por um comportamento lesivo, de maneira que se lhe aplique uma sanção penal^{145, 146}.

Todavia, antes de prosseguir esmiuçando a categoria da responsabilidade, é preciso repetir uma pequena digressão feita por ROXIN com o intuito de conferir uma maior tecnicidade à abordagem do tema.

Segundo o referido autor¹⁴⁷, a culpabilidade – em qualquer de suas concepções normativas – não constitui um mero juízo de valor (por mais específico que seja), uma vez que também contém elementos de natureza essencialmente material, sejam eles de caráter subjetivo, sejam de caráter objetivo (capacidade de culpabilidade, possibilidade de conhecimento do injusto, normalidade da situação em que se atua, entre outros). Assim, em se querendo falar com maior exatidão, é aconselhável distinguir entre o objeto da valoração (o tipo da culpabilidade¹⁴⁸), a valoração propriamente dita (que a

*categoría sistemática que estamos discutiendo, pues habría que forzar mucho el lenguaje para equipara la culpabilidad a la necesidad de una sanción penal. Antes bien, lo más conforme al fin que se pretende será seguir la terminología de Welzel y del Tribunal Supremo Federal, discuida al principio y según la cual en el ámbito del Derecho Penal «culpabilidad» sólo puede significar que el autor ha actuado ilícitamente, aunque se habría podido comportar lícitamente. Según la concepción que defendemos, podemos dejar de lado la cuestión de si es posible la «culpabilidad» en ese sentido; ya que, aunque en el caso concreto se parta de la posibilidad del poder actuar de otro modo, conforme a la concepción que a continuación intentaré fundamentar más detenidamente, siempre se podrá contestar negativamente a la cuestión de la necesidad jurídico-penal de sancionar.(...)Por ello ya no hablaré a continuación de culpabilidad, sino de responsabilidad.” (ROXIN, C. **Culpabilidad...**, p. 71).*

¹⁴⁵ ROXIN, C. **Estudios...**, p. 133.

¹⁴⁶ Em sua obra de cunho manualístico, o autor complementa: “*La responsabilidad designa, tras la antijuridicidad, una valoración ulterior y que por regla general da lugar a la punibilidad, en el marco de la estructura del delito. Mientras que con el predicado de la antijuridicidad se injuicia el hecho desde la perspectiva de que el mismo infringe el orden del deber ser jurídico-penal y que está prohibido como socialmente dañino, la responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto. Quién cumple los requisitos que hacen aparecer como ‘responsable’ una acción típicamente antijurídica se hace acreedor, desde los parámetros del Derecho penal, a una pena.*” (ROXIN, C. **Derecho penal...**, p. 791).

¹⁴⁷ ROXIN, C. **Culpabilidad...**, p. 58.

¹⁴⁸ Preferiu-se aqui a tradução literal da expressão *tipo de la culpabilidad* empregado por MUÑOZ CONDE em sua tradução para o espanhol (ROXIN, C. **Culpabilidad...**, p. 58) àquela empregada, em nosso idioma, por FIGUEIREDO DIAS: *tipo de culpa* (DIAS, J. F. op. cit., p. 529),

maioria designa de reprovabilidade) e a união do objeto e de seu predicado de valor (a culpabilidade ou, mais precisamente, o fato culpável). Em sentido amplo, o objeto da reprovabilidade é a totalidade do fato, isto é, o injusto mais os elementos específicos da culpabilidade; já em sentido estrito, é possível limitar o tipo da culpabilidade às circunstâncias que, sem pertencer ao injusto, são decisivas à reprovabilidade.

Mutatis mutandi, é o que ocorre também com o conceito normativo de responsabilidade.

Inicialmente, quanto ao objeto do juízo de responsabilidade em sentido estrito, são decisivas à reprovabilidade da conduta, segundo a atilada doutrina de ROXIN: a capacidade de culpabilidade, a possibilidade de conhecimento do injusto e a normalidade da situação em que se atua¹⁴⁹.

4.1. A CAPACIDADE DE CULPABILIDADE

A capacidade de culpabilidade ou imputabilidade¹⁵⁰ constitui-se do conjunto de faculdades psíquicas e físicas mínimas a que os atos de um indivíduo possam ser motivados pelos mandamentos normativos^{151, 152}. Aquele que eventualmente careça dessa capacidade, quer porque não tenha maturidade suficiente, quer porque sofre de alguma alteração psíquica relevante, não pode ser reputado culpado e, por conseguinte,

por vislumbrar, nessa segunda hipótese, uma proximidade danosa com a ideia de tipo culposo (o que, em nada, contribuiria com o escopo da presente obra).

¹⁴⁹ Nesse sentido: ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 791.

¹⁵⁰ A fim de evitar eventuais críticas acerca da sinonímia entre estes dois vocábulos, repiso a nota do tradutor constante da própria obra de ROXIN: “*La expresión que utiliza Roxin es ‘Schuldfähigkeit’ cuya traducción literal es ‘capacidad de culpabilidad’ expresión que tb. se utiliza a veces en España, pero que es menos frecuente que la de ‘imputabilidad’, cuya traducción alemana más fiel es ‘Zurechnungsfähigkeit’, expresión que tb. se usa, pero actualmente menos que la primera.*” (Ibid., p. 819).

¹⁵¹ Assim se pronunciam MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN: “*La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, de hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico, se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad.*” (MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. op. cit., p. 403).

¹⁵² Para Juárez CIRINO DOS SANTOS, a capacidade de culpabilidade é o “atributo jurídico de indivíduos com determinados níveis de *desenvolvimento biológico* e de *normalidade psíquica*, necessários para compreender a natureza proibida de suas ações e orientar o comportamento de acordo com essa compreensão” (SANTOS, J. C. op. cit., p. 212).

responsabilizado penalmente por seus atos, ainda que típicos e antijurídicos¹⁵³.

A lei penal brasileira¹⁵⁴, como bem consigna Juárez CIRINO DOS SANTOS, estatui a idade de dezoito anos como marco do desenvolvimento biológico mínimo para atribuir capacidade de culpabilidade a alguém (artigo 27 do Código Penal Brasileiro) – um critério cronológico empírico, mas preciso – e, complementarmente, pressupõe ser o indivíduo portador de aparelho psíquico livre de defeitos, funcionais ou constitucionais, capazes de excluir ou de reduzir a capacidade de compreender a natureza proibida de suas ações, ou de orientar o comportamento de acordo com essa compreensão (artigo 26, *caput* e parágrafo único, do Código Penal Brasileiro) – critério que o autor reputa controvertido, por conta do conflito da psiquiatria sobre o conceito de doença mental^{155, 156}.

Igualmente incapazes de culpabilidade são aqueles que praticam o injusto sob o estado de embriaguez completa ou efeito de droga, se proveniente de caso fortuito ou de força maior (artigo 28, § 1º, do Código Penal Brasileiro e artigo 44, segunda parte, da Lei nº 11.343/2006) e os dependentes de droga (artigo 44, primeira parte, da Lei nº 11.343/2006), quando – por conta de seu estado momentâneo de anormalidade psíquica – tornam-se, nos dizeres normativos, inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinarem-se de acordo com esse entendimento

¹⁵³ Traduzido livremente do espanhol: “*Quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir graves alteraciones psíquicas, no puede ser dclarado culpable y, por conseguinte, no puede ser reonsable penalmente de sus actos, por más que éstos sean típicos y antijurídicos.*” (MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. op. cit., p. 403).

¹⁵⁴ E aqui se permite deixar um pouco de lado a doutrina de ROXIN – fugidia à realidade jurídico-positiva brasileira – porque centrada na interpretação autêntica dada à matéria pelo § 20 do Código Penal Alemão (StGB), assim traduzido por Luís GRECO: “§20. Incapacidade de culpabilidade por perturbações anímicas. Atua sem culpabilidade aquele que, ao praticar o fato, por perturbação anímica doentia (*krankhafte seelische Störung*), por uma perturbação profunda da consciência (*tiefgreifende Bewußtseinsstörung*) ou por imbecilidade (*Schwachsinn*) ou qualquer outra grave degeneração anímica, seja incapaz de compreender o caráter ilícito do fato ou agir segundo essa compreensão” (ROXIN, C. **Estudos...**, p. 237). Note-se que o conteúdo do dispositivo legal conduz o intérprete a uma necessária reflexão acerca de cada um dos estados ou diagnósticos patológicos ali descritos, o que se revela – contudo – de quase nenhuma serventia ao estudo do tema sob a ótica da legislação pátricia vigente.

¹⁵⁵ SANTOS, J. C. op. cit., p. 212.

¹⁵⁶ Em suma: “o critério legal para determinar a capacidade de culpabilidade é negativo, funcionando como regra/exceção: o Estado *presume* a capacidade de culpabilidade de indivíduos maiores de 18 anos (regra), excluída ou reduzida em hipóteses de psicopatologias constitucionais ou adquiridas (exceção).” (Ibid., p. 213).

(perdem, enfim, sua qualidade de destinatários idôneos do conteúdo da norma)^{157, 158}.

Essa capacidade de culpabilidade pode, contudo, não estar de todo suprimida, mas apenas notavelmente diminuída (em razão das doenças e alterações da normalidade psíquica acima enumeradas)¹⁵⁹, quando então o ordenamento jurídico pátrio prevê, ao caso, uma redução da pena (artigos 26, parágrafo único, e 28, § 2º, do Código Penal Brasileiro e 46 da Lei nº 11.343/2006).

A solução apresentada pelo direito pátrio, contudo, é outra diante da chamada *actio libera in causa*, isto é, da “auto-incapacitação temporária com o propósito de praticar crime determinado ou em situação de previsibilidade de praticar crime determinado (ação anterior), realmente praticado no estado subsequente de incapacitação temporária (ação posterior)”¹⁶⁰.

O artigo 28, II, do Código Penal Brasileiro, não exclui a capacidade de culpabilidade daquele que se embriaga por ato voluntário ou culposo, auto-suprimindo a sua dirigibilidade normativa e o faz – segundo a atilada doutrina de ROXIN¹⁶¹ – de maneira acertada, haja vista que ao referido penalista, a solução oferecida ao caso pela dogmática jurídico-penal, deve se dar segundo o chamado modelo (ou teoria) do tipo, para o qual a imputação não se relaciona com a conduta durante a embriaguez – ou

¹⁵⁷ Juarez CIRINO DOS SANTOS, tendo em mente as lições professadas por ROXIN, afirma que: “Em *teoria*, ocorre divisão do trabalho entre *peritos* e *juízes*, em que os primeiros identificam a patologia psíquica e verificam seu efeito sobre as funções de representação e de vontade do aparelho psíquico, e os segundos formulam um juízo definitivo sobre a capacidade de compreensão do injusto e de controle do comportamento conforme essa compreensão; na *prática*, os peritos são verdadeiros *juízes paralelos*, cujo *poder* reside o exercício de um *saber* especializado, imune à crítica de leigos.” (SANTOS, J. C. op. cit., p. 216).

¹⁵⁸ Importante ressaltar que, por uma questão de finalidade preventivo-especial, a norma (mais precisamente o parágrafo único do artigo 45 da Lei 11.343/2006) prevê como consequência jurídica ao caso de absolvição fundada em dependência química aferida pericialmente a possibilidade de o juiz, na sentença, determinar o encaminhamento do agente para tratamento médico adequado.

¹⁵⁹ Segundo ROXIN: “*No obstante, la capacidad de control es un concepto graduable: a la persona le puede costar más o menos poderse motivar por la norma. En consecuencia, cuando aún existe capacidad de control, pero está sustancialmente reducida, por regla general disminuye la culpabilidad.*” (ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 839).

¹⁶⁰ SANTOS, J. C. op. cit., p. 220.

¹⁶¹ Para tanto, traduziu-se livremente o seguinte excerto: “*según el modelo del tipo (...) la imputación no se conecta con la conducta durante la embriaguez, sino con el hecho de embriagarse o con la conducta que de cualquier otro modo provoca la exclusión de la culpabilidad. Esta conducta previa se interpreta como causación dolosa o culposa y por tanto, en su caso, punible del resultado típico.*”(ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 851).

estado análogo –, mas sim com o fato de embriagar-se ou com a conduta que, de qualquer outro modo, provoca a exclusão da culpabilidade. Esta conduta prévia (ação anterior) deve ser interpretada como a causação dolosa ou culposa – e, portanto, punível – do resultado típico (tendo em vista a criação de um risco não permitido).

Por fim, no que se refere ao cometimento de delitos por crianças e adolescentes, a disciplina da matéria pela Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), em especial quanto às consequências jurídicas atribuídas ao fato (medidas especiais de proteção e medidas sócio-educativas), se mostra bastante congruente com a proposição de ROXIN segundo a qual – a despeito de ter sua personalidade ainda em desenvolvimento (condição esta expressamente assumida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 6º) – a criança ou o adolescente poderá ser, concretamente, uma destinatária idônea do conteúdo da norma e, ainda sim, terá a sua responsabilidade penal excluída (o que em nada obsta a responsabilização pelos demais ramos do direito) por conta da incidência direta de um princípio vetor da política criminal¹⁶².

4.2. O CONHECIMENTO DO INJUSTO

O conhecimento do injusto (*Unrechtsbewußtsein*¹⁶³) – também chamado consciência da antijuridicidade¹⁶⁴ – significa, *grosso modo*, que o sujeito sabe que o

¹⁶² Afirma ROXIN: “*La experiencia de la vida enseña que los niños mayores la mayoría de las veces saben perfectamente que romper a pedradas cristales de ventana, hurtar, etc., no está permitido. A menudo los niños están también del todo en situación de poderse motivar por esas prohibiciones, de modo que la culpabilidad en sí habría de afirmarse. Pero como hechos de los niños no conmueven a los ojos de los adultos la conciencia jurídica colectiva, y con la imposición de sanciones criminales está preventivo especialmente conraindicada, el legislador ha excluido con razón la responsabilidad.*” (ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 819).

¹⁶³ Novamente se faz mister a reprodução da nota de tradução constante da obra de ROXIN em espanhol: “*Traduzco aquí por regla general ‘Unrechtsbewußtsein’ por ‘conciencia de la antijuridicidad’ (que literalmente corresponde a ‘Bewußtsein der Rechtswidrigkeit’) porque aquellas dos expresiones son las más utilizadas actualmente em la doctrina alemana y española respectivamente para referirse al conocimiento por el sujeto del carácter prohibido de su conducta. No obstante, la traducción más literal de ‘Unrechtsbewußtsein’ sería ‘conciencia del o de lo injusto’ o (la que resultaría preferible y más coincidente con el tenor del art. 14.3 CP, aunque no ha arraigado la traducción de ‘Unrecht’ por hecho ilícito o por ilicitud, que en definitiva serían menos extrañas en castellano que ‘hecho injusto’ e ‘injusto’) ‘conciencia de la ilicitud’*” (Ibid., p. 864).

¹⁶⁴ SANTOS, J. C. op. cit., p. 220.

que faz não é juridicamente permitido, mas sim proibido¹⁶⁵. Segundo CIRINO DOS SANTOS, o seu estudo tem por fim identificar as situações negativas desse conhecimento (isto é, a existência de um não-saber), representadas pelo erro de proibição direto e pelo erro de tipo permissivo¹⁶⁶.

ROXIN explica o conhecimento do injusto segundo o que se convencionou designar de teoria da culpabilidade¹⁶⁷ – atribuindo-lhe a natureza de elemento (subjetivo) do conceito de culpabilidade e a função de servir como um dos parâmetros para a mensuração da reprovabilidade da conduta do agente –, entendendo residir aí a solução mais correta do ponto de vista político-criminal¹⁶⁸.

Segundo ROXIN, a antijuridicidade que serve de objeto à consciência do injusto¹⁶⁹ deve ser necessariamente concreta¹⁷⁰. Assim, só existirá, de fato, consciência quando o sujeito reconhecer como injusto a lesão específica do bem jurídico abarcada pelo tipo aplicável^{171, 172}.

¹⁶⁵ ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 866.

¹⁶⁶ SANTOS, J. C. op. cit., p. 223.

¹⁶⁷ Em apertada síntese, duas são as teorias que se propõem a explicar o conhecimento do injusto: a teoria do dolo e a teoria da culpa. Segundo CIRINO DOS SANTOS, “a teoria da culpa considera o *conhecimento do injusto* elemento do *dolo*, constituído, portanto, pela consciência (e vontade) do *fato* e pela consciência (e vontade) o *desvalor do fato*”, enquanto que a teoria da culpabilidade “separa *conhecimento do fato* e *conhecimento da antijuridicidade do fato*: a *consciência e vontade* do fato constituem o *dolo*, como elemento subjetivo geral dos crimes dolosos; a *consciência da antijuridicidade* é o elemento especial da culpabilidade, como fundamento concreto do juízo de reprovação” (Ibid., p. 225).

¹⁶⁸ Afirma ROXIN: “*No obstante, una absolución general en caso de falta de conocimiento de la norma, como postula – cuando no se castiga la comisión imprudente – la teoría del dolo, no sería tampoco la solución políticocriminalmente correcta en tales tipos, porque una interpretación así paralizaría los esfuerzos por conocer el Derecho y derogaría en la práctica normas que nadie conoce. Será preferible tener en cuenta desde la perspectiva de la teoría de la culpabilidad la menor necesidad de pena y, según la situación del caso, no pocas veces incluso la falta total de necesidad de pena del sujeto que actúa en error de prohibición en estos ámbitos, haciendo un uso generoso de la posibilidad e atenuación de la pena y, cuando se pueda renunciar totalmente a una pena, juzgando el error de prohibición como invencible conforme parámetros normativos*” (ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 865).

¹⁶⁹ O “substrato psíquico mínimo de conhecimento do injusto necessário pra configurar a consciência da antijuridicidade do fato” (SANTOS, J. C. op. cit., p. 226).

¹⁷⁰ ROXIN: “*Sin embargo, la afirmación de que la antijuridicidad es el objeto del conocimiento del injusto requiere aún una última precisión. En efecto, la antijuridicidad es el punto de referencia de un error relevante conforme al § 17 no como prohibición abstracta, sino sólo en relación con el injusto concreto, del tipo correspondiente.*” (ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 869).

¹⁷¹ ROXIN: “*La conciencia de la antijuridicidad existe cuando el sujeto reconoce como injusto la lesión específica del bien jurídico abarcada por el tipo aplicable.*” (ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 869).

Por esta razão, a consciência do injusto é divisível não só em relação a tipos distintos, mas também dentro de um mesmo tipo, quando este protege a bens jurídicos diversos¹⁷³.

Todavia, se o que une todos os erros de proibição é o fato de o sujeito se equivocar acerca da proibição específica do tipo, o que os distingue é justamente as razões objetivas e subjetivas capazes de levar um indivíduo a incorrer em erro¹⁷⁴. Faz-se possível falar então em modalidades específicas de erro de proibição.

A primeira delas constitui-se do chamado erro sobre a existência de uma proibição (o agente é de todo alheio à existência de norma a proibir a conduta perpetrada); a segunda, do que se denomina erro sobre a validade (o sujeito conhece a norma proibitiva, mas a considera inválida, por exemplo, porque emanada de órgão supostamente incompetente ou porque afronta a um direito fundamental); a terceira, do que se denomina erro de subsunção (o sujeito interpreta equivocadamente a descrição típica e chega à conclusão de que não a realizará com a sua conduta) e a quarta, do chamado erro sobre a existência ou sobre os limites de uma causa de justificação (o agente pratica a conduta com a crença de estar acobertado por uma causa excludente da culpabilidade que, de fato, não existe)¹⁷⁵.

Segundo Juarez CIRINO DOS SANTOS¹⁷⁶, com vistas ao direito brasileiro, as três primeiras modalidades acima descritas constituem hipóteses do que aqui se categorizou como erro de proibição direto (assim denominado porque seu objeto é a própria lei penal), já a quarta modalidade configura uma categoria autônoma denominada erro de proibição indireto (justamente porque seu objeto é uma causa de

¹⁷² Juarez CIRINO DOS SANTOS afirma que para ROXIN o “objeto da consciência do injusto seria a chamada *antijuridicidade concreta*, como conhecimento da *específica lesão do bem jurídico compreendido no tipo legal respectivo*, ou seja, o conhecimento da *proibição concreta* do tipo de injusto” (SANTOS, J. C. op. cit., p. 229). Ao que se complementa com a transcrição de excerto da obra do próprio ROXIN, a exprimir que “*la culpabilidad es siempre culpabilidad por el hecho: sólo se puede realizar culpablemente el tipo determinado (y no algo antijurídico in abstracto). El que se realice culpablemente el tipo A no dice todavía nada sobre si se conoció o se pudo conocer también el injusto del tipo B*” (ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 869).

¹⁷³ Ibid., p. 870.

¹⁷⁴ Id.

¹⁷⁵ Ibid., p. 871- 873.

¹⁷⁶ SANTOS, J. C. op. cit., p. 243- 247.

justificação). Para o penalista paranaense haveria, ainda, uma terceira categoria de erro, denominada erro de tipo permissivo, cujo objeto seria a situação justificante (isto é, o erro se daria por uma representação errônea dos pressupostos objetivos de justificação legal)¹⁷⁷.

ROXIN atenta, ainda, para o que denomina de consciência eventual (ou condicionada) do injusto¹⁷⁸, ocorrida quando ao sujeito não se faz clara a situação jurídica: por exemplo, considera provável que a sua conduta é permitida, mas conta também com a possibilidade se tratar de uma conduta proibida¹⁷⁹. Ao que propõe uma valoração diferenciadora: se o sujeito tem a possibilidade de desvanecer as suas dúvidas (consultando a um advogado, ou mesmo a um comentário ao Código Penal) e não o faz, não há que se falar em isenção ou mesmo mitigação da pena; todavia, se o sujeito não podia dirimir a sua dúvida, ou ainda, se a dúvida recai sobre duas condutas potencialmente puníveis, é possível então falar-se em uma redução (ou até mesmo em isenção) da pena¹⁸⁰.

Em última instância, para que se tenha caracterizada a exclusão da

¹⁷⁷ Com o que Juarez CIRINO DOS SANTOS afirma a opção de ROXIN pela teoria limitada da culpabilidade, ao atribuir “conseqüências diferentes ao *erro de proibição*: a) o *erro de proibição direto*, que tem por objeto a *lei penal*, considerada do ponto de vista da *existência*, da *validade* e do *significado* da norma, exclui ou reduz a *reprovação de culpabilidade*; b) o *erro de proibição indireto* (ou *erro de permissão*), eu tem por objeto os *limites jurídicos* de causa de justificação legal, ou a *existência* de causa de justificação não prevista em lei, também exclui ou reduz a *reprovação de culpabilidade*; c) o *erro de tipo permissivo*, que tem por objeto os pressupostos objetivos de justificação legal e, portanto, existe como errônea representação da *situação justificante*, incide sobre a realidade do fato e, por isso, exclui o *dolo* – e não, apenas, a reprovação de culpabilidade –, funcionando como verdadeiro erro de tipo, com punição alternativa por *imprudência*, se existir o tipo respectivo.” (SANTOS, J. C. op. cit., p. 225-226).

¹⁷⁸ FIGUEIREDO DIAS denomina o instituto de “consciência condicionada (ou eventual) do lícito” (DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit., p. 556), CIRINO DOS SANTOS prefere “conhecimento condicionado do injusto” (SANTOS, J. C. op. cit., p. 231) e LUZÓN PEÑA, CONLLEDO e REMESAL o denominam “*conciencia eventual de la antijuridicidad*” (ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 874).

¹⁷⁹ Id.

¹⁸⁰ ROXIN, ao fim, faz a seguinte ponderação: “*En tales casos se habrá de exigir que el sujeto – en cuanto sea posible dentro de las prisas – lleve a cabo una ponderación en la que se habrán de tener en cuenta sobre todo el valor de los bienes jurídicos en conflicto y la probabilidad de que uno de los posibles modos de conducta sea el conforme al Derecho. Si a pesar de todo elige la alternativa equivocada, su impunidad se deriva inmediatamente del principio de culpabilidad, porque el sujeto no pudo actuar sino con conciencia eventual de la antijuridicidad, de modo que no se le puede hacer tampoco un reproche por su conducta.*” (Ibid., p. 875-876).

culpabilidade pelo desconhecimento do injusto (erro de proibição) é preciso que se configure a total inacessibilidade do agente à mensagem normativa, isto é a invencibilidade do erro de proibição¹⁸¹. Todavia – para ROXIN –, se ao agente for possível a percepção dos indícios da antijuridicidade de sua conduta, mas apenas e tão-somente por meio de esforços extremos¹⁸², ainda que exista alguma (pequena) culpabilidade, é possível a exclusão da responsabilidade, quando isso se mostrar tolerável sob o ponto de vista de uma consciência jurídica geral^{183, 184}.

Assim, segundo a concepção aqui defendida, em sentido jurídico um erro de proibição não é invencível apenas quando a suscitação de dúvidas era materialmente impossível, mas também quando o sujeito possuía razões sensatas para supor, ao seu feito, um caráter permitido, de tal maneira que a sanção – segundo os critérios preventivos geral e especial – se mostre totalmente desnecessária¹⁸⁵.

¹⁸¹ Nos dizeres de ROXIN: “*La regulación del §17 inc. 1, según la cual el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad, se deriva inmediatamente del principio de culpabilidad. Pues, cuando alguien no tiene la posibilidad de acceder al conocimiento del injusto, no es accesible para el mandato de la norma. Entonces en la situación concreta no es ‘asequible normativamente’; falta la culpabilidad que consiste en la actuación a pesar de existir aseguibilidad normativa (...). De ello se deriva que en el error de prohibición la culpabilidad consiste únicamente en la posibilidad de acceder al conocimiento del injusto, y no v.gr. en la infracción, independiente de lo anterior, d un deber de extender o poner en tensión la conciencia (hacer un esfuerzo de conciencia) o de informarse.*” (ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 878).

¹⁸² A ideia de invencibilidade do erro, utilizada também pelo Código Penal Brasileiro (artigo 21, *caput* e parágrafo único) deve ser apreciada segundo um critério de razoabilidade, afinal, nos dizeres de ROXIN, “*dado que la cognoscibilidad objetiva de una prohibición o mandato jurídicos está asegurada por el principio de determinación, teóricamente se puede vencer cualquier error de prohibición incluso cuando faltan todos los medios propios de conocimiento, informándose hasta que salgan a la luz las razones que se oponen a la conformidad a Derecho de una conducta. Pero unas exigencias tan exageradas entorpecerían la vida social y no se corresponden tampoco por lo demás con los esfuerzos que la ley espera.*” (Ibid., p. 879).

¹⁸³ Ibid., p. 879-880.

¹⁸⁴ Em conta desse raciocínio, ROXIN faz uma distinção entre causas de exclusão da culpabilidade em sentido estrito e causas de exclusão da responsabilidade (Ibid., p. 792). Exemplo da primeira hipótese seria o erro de proibição invencível e da segunda, o erro de proibição vencível por meios desproporcionais.

¹⁸⁵ ROXIN: “*Por tanto, en sentido jurídico un error de prohibición no sólo es invencible cuando la formación de dudas era materialmente imposible, sino también cuando el sujeto poseía razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho, de modo que la actitud hacia el Derecho ue se manifiesta en su error no precisa de sanción*” (ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 880).

4.3. A NORMALIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE SE ATUA

Residualmente, é preciso aferir se as condições em que o injusto foi praticado não interferiram substancialmente na condição do agente como destinatário idôneo da norma¹⁸⁶.

Isso porque as expectativas normativas depositadas sobre os indivíduos tomam em conta uma condução de vida segundo um estado de normalidade, que nem sempre se verifica no caso concreto. Dessa feita, o caráter preventivo da pena não surtiria qualquer efeito se a sanção fosse dirigida sobre aquele que atuou antijuridicamente frente a uma situação concreta extraordinária¹⁸⁷.

Note que a análise da normalidade ou anormalidade das circunstâncias em que se atua – para ROXIN – não tomam em conta o suposto poder de atuar de maneira diversa (concreta ou abstratamente)¹⁸⁸, mas a real acessibilidade normativa do sujeito

¹⁸⁶ Segundo Juarez CIRINO DOS SANTOS: “o último estágio da pesquisa consiste no exame da *normalidade/anormalidade* das circunstâncias de realização do tipo de injusto por um autor *capaz de culpabilidade*, com conhecimento *real* ou *possível* da proibição concreta: circunstâncias *normais* fundamentam o juízo de *exigibilidade de comportamento conforme o direito*; ao contrário circunstâncias *anormais* podem constituir *situações de exculpação* que excluem ou reduzem o juízo de *exigibilidade de comportamento conforme o direito*: o autor reprovável pela realização não-justificada de um tipo de crime, com conhecimento real ou possível da proibição concreta, é *exculpado* pela anormalidade das circunstâncias do fato, que excluem ou reduzem a exigibilidade de conduta diversa.” (SANTOS, J. C. op. cit., p. 248).

¹⁸⁷ ROXIN: “Se em tais situações o legislador renuncia à penal, tal ocorre porque ele a considera desnecessária, ou mesmo nociva, de um ponto de vista preventivo geral e especial. Aquele que realiza um tipo penal em situação de estado de necessidade é, em geral, fiel ao direito e não necessita de qualquer intervenção ressocializadora. Afinal, ele provavelmente jamais se encontrará em tal situação novamente. Se tal possibilidade, contudo, existe porque o autor é, p. ex., bombeiro ou policial, incidirá o § 35 I 2 (‘relação jurídica especial’), e a exculpação será negada. E tampouco por motivos de prevenção geral se mostra necessária a punição do autor, uma vez que a população se mostra compreensiva face a seu comportamento, não precisando da pena para reestabelecer a paz social. O legislador, contudo, teme que não se dirigirá tamanha compreensão se o próprio autor provocou a situação da qual só pôde salvar-se através da ação ilícita. Tampouco pode, por motivos de prevenção geral, ser aceito que, p. ex., bombeiros ou policiais se esquivem de seus deveres referindo-se ao § 35.” (ROXIN, C. *Estudos...*, p. 152-153).

¹⁸⁸ Isso porque, ao mencionado penalista: “*Los defensores de la concepción del poder actuar de otro modo intentan salir al paso de esta consecuencia, fijándose no en el poder del sujeto individual, sino en el ‘poder de la persona media que existe conforme a experiencia’, en la capacidad de la ‘mayoría de las personas’. El ‘reproche de culpabilidad contra el individuo’ se reformula entonces así: ‘El sujeto habría podido actuar de otro modo en la situación en la que se encontraba, en el sentido de que, conforme a nuestra experiencia en casos análogos, otro en su lugar habría actuado posiblemente de otro modo en las circunstancias concretas, empleando la fuerza de voluntad que le faltó al sujeto.’; Pero desde una perspectiva indeterminista es imposible basar un reproche moral contra una persona individual en capacidades que quizá otras personas tengan, pero que*

ao tempo dos fatos e, principalmente, a capacidade de autodeterminação dela decorrente¹⁸⁹.

Afinal, os reflexos dessa interferência sobre a idoneidade à recepção do conteúdo da norma (e à capacidade de autodeterminação que dela decorre) deverão necessariamente ser tomados em consideração quando da análise da necessidade preventiva de pena¹⁹⁰.

4.4. A RESPONSABILIDADE PENAL COMO CULPABILIDADE DO SUJEITO E NECESSIDADE PREVENTIVA DE PENA (VALORAÇÃO PROPRIAMENTE DITA)

Analisados os elementos que constituem o objeto de valoração pela responsabilidade penal, conforme a reestruturação e a funcionalização propostas por Claus ROXIN, resta ao seguimento do presente trabalho a apreciação do juízo valorativo propriamente dito. Ao que se passa sem maiores dilações.

O juízo de responsabilização penal, segundo a doutrina professada por ROXIN, compõe-se da aferição de dois dados normativos que devem agregar-se ao injusto: a culpabilidade do sujeito e a necessidade preventiva de sanção penal deduzida da lei¹⁹¹.

Nessa linha, o sujeito atua culpavelmente quando realiza um injusto jurídico-penal apesar de lhe ser possível o alcance da mensagem trazida pela norma em uma situação concreta¹⁹², bem como de prover-se, ao tempo, de capacidade suficiente de

precisamente le faltan al sujeto! Ello no sólo carece de lógica, sino que supone un abandono del punto de partida que al propio sujeto le ha de ser posible una decisión libre.” (ROXIN, C. **Derecho penal...**, p. 800).

¹⁸⁹ ROXIN: “Minha concepção, que sempre venho defendendo, diz: a culpabilidade, para o direito penal, é a realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas e da capacidade de autodeterminação que daí deve decorrer.” (ROXIN, C. **Estudos...**, p. 138).

¹⁹⁰ A título de exemplo, pode-se mencionar o caso do sujeito que age sob coação moral irresistível (digamos o gerente de uma agência bancária que abre o cofre sob a ameaça de uma arma de fogo). Nesse caso, há uma completa deturpação da relação ordinária entre a norma e o seu destinatário, pois, ainda que faticamente possível, a conduta conforme o direito (caracterizada por uma resistência) torna-se inacessível ao agente por conta da promessa de morte pelo coator.

¹⁹¹ ROXIN, C. **Derecho penal...**, p. 792.

¹⁹² Luís GRECO, ao traduzir as obras de ROXIN para o português, se utiliza da composição “idoneidade para ser destinatário de normas” e explica, em nota específica, que: “a expressão alemã é *Unrechthandeln trotz normativer Ansprechbarkeit*. *Ansprechbarkeit* é a substantivação do adjetivo

autocontrole, de modo que lhe era psiquicamente acessível uma alternativa de conduta conforme o direito¹⁹³.

Mas a culpabilidade nem sempre se mostra suficiente à responsabilização penal do sujeito, razão pela qual ROXIN propõe ao intérprete da norma a realização de um juízo normativo complementar, consistente na aferição de uma necessidade preventiva (geral ou especial) de pena segundo os critérios trazidos pelo próprio ordenamento jurídico¹⁹⁴.

Assim, segundo a opinião aqui defendida, a pena sempre irá pressupor a

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, mas que, pelo menos, parece-me guardar estreita correspondência semântica com o original. Outras propostas seriam a de *Díaz Y García Conlledo*, in: Roxin, *Derecho penal, Parte General*, 1997, p. 807: ‘asequibilidad normativa’; e a de *Cirino dos Santos*, *A moderna teoria do fato punível*, 2000, p. 212: ‘dirigibilidade normativa’, que dificilmente explicitam de modo correto a idéia contida na expressão original. O essencial é que, através desta formulação, procura Roxin encontrar um substrato empiricamente verificável para o conceito de culpabilidade, evitando, ao mesmo tempo, cair nas aporias e na metafísica do ‘poder-agir-diversamente’, que ele considera cientificamente inverificável” (ROXIN, C. **Estudios...**, p. 87).

¹⁹³ Em espanhol: “*El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídicopenal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la orma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequeble una alternativa de conducta conforme a Derecho.*” (ROXIN, C. **Derecho penal...**, p. 792).

¹⁹⁴ Em alusão à lavra de ROXIN: “*La necesidad preventiva de punición no precisa de una fundamentación especial, de modo que la responsabilidad jurídicopenal se da sin más con la existencia de culpabilidad. Sin embargo, esto no es así en todos los casos. V gr. En el estado de necesidad disculpante (§35) el legislador parte – con razón – de la idea de que el peligro podría ser soportado en caso de necesidad, o sea de que el sujeto tiene la alternativa de la conducta conforme a Derecho. Si no, no podría exigir que se actúe conforme a Derecho y que se soporte peligro en los casos del §35 I 2 sin infringir el principio de culpabilidad. Si con todo el mismo renuncia con carácter general según el §35 I 1 a la punición, lo hace pese a la existencia de culpabilidad (disminuida), porque considera que en tales situaciones excepcionales sólo se da una necesidad preventiva de punición en los casos especiales del §35 I 2.*” (Id.). O teor do § 35 do Código Penal Alemão é assim traduzido por Luís GRECO: “§ 35. *Estado de necessidade exculpante.* (1) Aquele que, em perigo atual, não evitável de outra maneira, para a vida, integridade física ou liberdade, comete uma ação antijurídica para afastar o perigo de si, de um parente ou de uma pessoa próxima, age sem culpabilidade. Isto não vale se, segundo as circunstâncias, lhe fosse exigível enfrentar o perigo, a saber, por ter o próprio autor o causado ou por se encontrar ele numa relação jurídica especial; ainda assim, a pena pode ser reduzida segundo o § 49, Abs. 1, se o autor não tivesse que enfrentar o perigo com base na relação jurídica especial. (2) Se, ao cometer o fato, supõe erroneamente o autor circunstâncias que o iram desculpar segundo o Abs. 1, só será punido se o erro for evitável. A pena deve ser reduzida segundo o § 49, Abs. 1.” (ROXIN, C. **Estudios...**, p. 238). No Brasil, ideia bem similar se encontra insculpida no artigo 39 do Código Penal Militar (estado de necessidade como excludente da culpabilidade), a seguir: “Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe seja razoavelmente exigível conduta diversa” (ANGHER, A. J. (org.). **Vade mecum acadêmico de direito**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009, p. 437).

culpabilidade, de modo que nenhuma necessidade preventiva de penalização, por maior que seja, possa – de per si – justificar uma sanção penal que contradiga o princípio da culpabilidade¹⁹⁵. A exigência do reconhecimento da necessidade preventiva como pressuposto adicional à responsabilização penal significa tão-somente uma ulterior proteção do indivíduo frente à intervenção do direito penal, uma vez que restringe a admissibilidade de punição da conduta culpável ao condicioná-la a um critério de imprescindibilidade do ponto de vista preventivo¹⁹⁶.

4.4.1. Culpabilidade como realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas

Conforme antecipado em capítulos anteriores, ROXIN resume o seu conceito material de culpabilidade com a fórmula “realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas e da capacidade de autodeterminação que daí deve decorrer”.^{197, 198}

Por meio da concepção de “idoneidade para ser destinatário de normas” (*Unrechthandeln trotz normativer*), ROXIN apregoa existir culpabilidade em um sujeito quando ele estava disponível – no momento do fato – para a mensagem trazida na norma, de acordo com o seu estado mental e anímico, isto é, quando se lhe fazia psicologicamente acessível a possibilidade de decisão por uma conduta orientada conforme a norma, quando a faculdade psíquica de controle (seja ela livre, seja determinada) que, na maioria das situações existe em um adulto são, de fato se fazia

¹⁹⁵ ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 793.

¹⁹⁶ Nesse sentido: “La exigencia de reconocimiento de la necesidad preventiva como presupuesto adicional de la punibilidad significa únicamente una ulterior protección ante la intervención del Derecho penal, en cuanto que ya no sólo se limita lo preventivamente admisible mediante el principio de culpabilidad, sino que también se restringe la posibilidad de punición de la conducta culpable mediante la exigencia de que la misma sea preventivamente imprescindible.” (Id.).

¹⁹⁷ ROXIN, C. *Estudios...*, p. 138.

¹⁹⁸ Seguem esta mesma proposta MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN: “La norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena.” (MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. op. cit., p. 396).

presente no caso concreto^{199, 200}.

Não se trata, pois de uma hipótese indemonstrável²⁰¹, mas de um fenômeno científico empírico, pois – como assevera o penalista alemão – a psicologia e a psiquiatria vêm desenvolvendo – cada vez mais – critérios avaliativos por meio dos quais se mostra possível constatar empiricamente as restrições de capacidade de autocontrole, bem como medir a sua gravidade²⁰².

Como decorrência da idoneidade de destinação ao conteúdo normativo, ROXIN atribui ao sujeito a capacidade de se comportar conforme a norma (ao que denomina autodeterminação ou autocontrole), sendo possível, assim, atribuir-lhe culpabilidade pelo simples fato dele não ter adotado nenhuma das alternativas de conduta (congruentes com a norma) que, em princípio, lhe eram psicologicamente acessíveis²⁰³.

204.

¹⁹⁹ ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 807.

²⁰⁰ Um pouco mais a fundo, acerca dos critérios para a construção de uma idéia de acessibilidade ao conteúdo da norma, assim se pronunciam MUÑOZ CONDE e GARCÍA ARÁN: “A partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural del individuo, se espera que este pueda motivarse por los mandatos norativos. La evoución cultural y los conocimientos sociológicos, psicológicos y biológicos han permitido fijar en la legislación unos criterios para determinar los casos en los que, a partir de un determinado grado de desarrollo biológico, psíquico y cultural, es posible atribuir al individuo el hecho cometido y hacerle responsable del mismo. El fundamento común a estos criterios que englobamos en el concepto de culpabilidad se encuentra, por tanto, en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad, en una vida en común pacífica y justamente organizada. La «motivabilidad», la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas es, según creo, la facultad humana fundamental que, unida a otras (inteligencia, afectividad, etc.), permite la aribuición de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de reponsabilidad por la acción por él cometida. Cualquier alteración importante de esa facltad – cualquiera que sa el origen de la misma – deberá determinar la exclusión o, si no es tan importante, la atenuación de la culpabilidad. En estos casos, la tarea del Estado social y democrático de Derecho no consiste en castigar a los que no están en condiciones de poder participar en condiciones de igualdad en la configuración de la vida social, sino en «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de os grupos en que se integra, sean reales y efectivas; remover los obstáculos qu impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»”(MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. op. cit., p. 396-397).

²⁰¹ Afastando-se, como dito anteriormente, das aporias e conceitos metafísicos (ROXIN, C. *Estudios...*, p. 87), que balizam todas as demais concepções de culpabilidade (poder agir de outro modo, ânimo merecedor de repreensão etc.) e que, porquanto as tornam indemonstráveis empiricamente e, pior, suscetíveis a um direcionamento político-ideológico.

²⁰² ROXIN, C. *Derecho penal...*, p. 807.

²⁰³ *Ibid.*, p. 808.

²⁰⁴ Não se trata, portanto, de dizer que o sujeito poderia efetivamente agir de outro modo, o que não é possível se afirmar com precisão – mas apenas que, quando exista uma capacidade de

Dessa feita – segundo a concepção esposada por ROXIN²⁰⁵ – a culpabilidade é um dado misto empírico normativo, pois se por um lado é empiricamente constatável a idoneidade para ser destinatário de normas e a capacidade geral de autodeterminação dela decorrente (com o que não se nega a confluência de valorações na fixação dos limites da idoneidade de destinação normativa, afinal, trata-se de fato comum a todo e qualquer conceito jurídico), por outro se atribui (em especial para aqueles que não pretendam se comprometer com uma posição indeterminista) a possibilidade de se aferir normativamente a faculdade do sujeito, decorrente da própria idoneidade, de conduzir-se conforme o direito^{206, 207}.

Ademais, segundo o próprio ROXIN²⁰⁸, este conceito de culpabilidade tem a vantagem de se bem adequar à concepção que restringe o direito penal ao absolutamente indispensável do ponto de vista social. Afinal, a paz e a segurança jurídica em uma sociedade resultam da expectativa de que os seres humanos – mediante proibições e mandamentos – pautem-se, via de regra, por uma conduta de fidelidade ao direito. Por conta disso, quando alguém infringe a uma lei penal, cria-se uma espécie de comoção na consciência jurídica geral (e, com ela, descontentamento e

controle intacta e, com ela, a idoneidade para ser destinatário da norma, pode-se falar em liberdade (ROXIN, C. *Derecho penal*..., p. 808).

²⁰⁵ Ibid., p. 810.

²⁰⁶ Traduziu-se livremente o seguinte excerto: “*En la concepción aquí defendida, la culpabilidad es un dato mixto empírico-normativo. Es empíricamente constatable la capacidad general de autocontrol y la asequibilidad normativa que con ella se produce (con ello no se niega que en la zona límite de dicha asequibilidad normativa confluyen valoraciones, pero eso sucede en todos los conceptos jurídicos). En cambio, se atribuye normativamente – en cualquier caso por quien no quiera comprometerse a una posición indeterminista – la posibilidad, derivada de esa constatación, de conducta conforme a Derecho.*” (Id.).

²⁰⁷ Ao que ROXIN complementa: “Assim vistas as coisas, deve-se responder à antiga controvérsia, quanto a se a culpabilidade é um dado real ou uma atribuição, quanto a se ela se localiza na cabeça do agente ou do julgador, com um ‘tanto-quanto’. A idoneidade para ser destinatário de normas pode, enquanto dado empírico, ser verificado na psique do agente. O poder-agir-de-outro-modo daí decorrente – enquanto não se admitir a perspectiva de um indeterminismo estrito, que considera também a liberdade de decisão do homem algo realmente comprovável – é uma atribuição normativa, ainda que fundada sócio-psicologicamente. Mas como vimos, isto, a rigor, não importa, de maneira que – contra a intensa crítica de muitos colegas – a cabo por seguir a opinião hoje dominante, segundo a qual a discussão jurídico-penal pode abstrair do problema epistemológico e científico do livre-arbítrio. Ainda que este problema deva ser solucionado desta ou de outra maneira, diante a idoneidade para ser destinatário de normas, podemos partir do reconhecimento recíproco da liberdade de ação, enquanto um princípio sócio-politicamente razoável.” (ROXIN, C. *Estudios*..., p. 148).

²⁰⁸ ROXIN, C. *Derecho penal*..., p. 810-811.

insegurança), a qual só se resolve com a reafirmação da vigência da norma, mediante a punição do sujeito²⁰⁹. Nessa esteira, se os delitos ficassem – em regra – impunes, as normas perderiam amplamente o seu poder de motivação e a sociedade se direcionaria mais e mais a um estado de anarquia. Em extremo diametralmente oposto – segue ROXIN – a incidência do direito penal se mostra desnecessária e inadequada quando a suposição de que um indivíduo era destinatário idôneo da norma é afastada em razão de seu estado mental ou anímico, ou ainda, por circunstâncias atinentes ao feito (pessoas mental ou psiquicamente enfermas, imaturas, ou a quem a norma se mostre totalmente inacessível), pois delas não se espera – em regra – uma estrita observância às normas. Ao que se conclui que, nesses casos, a vigência da norma, aos olhos da opinião pública, não fica diminuía por conta de tais feitos (nem tampouco se fomenta a reprodução de condutas socialmente indesejadas)²¹⁰.

A culpabilidade, quando assim concebida, se torna fundamento e limite a uma legítima intervenção estatal mediante pena.

4.4.2. A necessidade preventiva de sanção penal deduzida do próprio ordenamento jurídico

MUÑOZ CONDE e GARCIA ARÁN afirmam que o conceito de culpabilidade (extensível, aqui, à idéia de responsabilidade) tem um fundamento social, mais do que psicológico; não se trata, pois, de uma categoria abstrata ou “ahistórica” ou, muito menos, contrária às finalidades preventivas do direito penal (como crêem alguns), mas do resultado de todo um processo de elaboração conceitual destinado a explicar por

²⁰⁹ Nesse ponto, ainda que ressalvadas as suas importantes dessemelhanças, é possível traçar um paralelo entre a concepção de ROXIN e a teoria da culpabilidade funcional defendida por JAKOBS, segundo a qual a culpabilidade é o meio de “*corrección de la confianza en la corrección de una norma*” (JAKOBS, G. *Derecho penal: parte general*. Madrid. Marcial Pons, 1995, p. 581).

²¹⁰ Especificamente quanto às crianças, ROXIN afirma que “a punição não só é desnecessária de um ponto de vista preventivo, como também extremamente contra-indicada. O aprisionamento – afinal, da pena de multa nem há o que dizer – não poderia provocar nas crianças nada de positivo, mas sim graves danos. Razões preventivo-gerais tampouco existem, porque hoje há consenso social a respeito de que crianças podem ser educadas com outros meios. O comportamento errôneo praticado por crianças tampouco induz adultos à imitação” (ROXIN, C. *Estudios...*, p. 154).

que e para que – em um determinado momento histórico – se recorre a um meio de defesa social tão gravoso como a pena e em que medida se pode ou deve fazer uso desse meio²¹¹.

Do ponto de partida de que se lança ROXIN, os limites da faculdade estatal de punir só podem resultar da finalidade que tem o direito penal no âmbito do ordenamento estatal de garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas²¹². Assim, se a sanção penal for utilizada quando bastem outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica (ou, muito pior, se esta ordem social sequer restou aquebrantada), carecerá da legitimidade que lhe advém da necessidade social, e a paz social – ao fim – vê-se perturbada pela presença de um exército de pessoas com antecedentes penais numa medida superior à que pode ser fundamentada pela cominação legal²¹³.

A pena, portanto, ao referido autor, só se revela uma consequência jurídica legítima quando atendidas as suas finalidades preventivas, extraídas do que ele denomina de teoria unificadora dialética a integrar prevenção geral e especial e a submetê-las aos limites da culpabilidade^{214, 215}.

Por meio da teoria unificadora dialética, ROXIN, tenta compor os fins da pena, tanto sobre a sociedade quanto sobre a pessoa do autor do fato, de modo que ambas

²¹¹ Traduziu-se livremente o seguinte excerto: “*De ahí se deriva que el concepto de culpabilidad tiene un fundamento social, antes que psicológico, y que no es na categoría abstracta o ahistórica al margen o incluso, como algunos creen, contraria a las finalidades preventivas del Derecho penal, sino la culminación de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para qué, en un momento histórico determinado, se recurre a un medio defensivo de la sociedad tan grave como la pena y en qué medida debe hacerse uso de ese medio.*” (MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. op. cit., p. 394).

²¹² ROXIN, C. **Estudios...**, p. 32.

²¹³ ROXIN, C. **Problemas...**, p. 28.

²¹⁴ GRECO, L. op. cit., p. 133.

²¹⁵ Acerca dos limites da culpabilidade, ROXIN pondera, exemplificativamente, que: “não é lícito ressocializar com a ajuda de sanções jurídico-penais pessoas que não são culpadas de agressões insuportáveis contra a ordem dos bens jurídicos, por mais degeneradas e inadaptadas que sejam essas pessoas. Caso este ponto de vista seja ignorado, estaremos sob a ameaça do perigo de uma associação colectivista que oprime o livre desenvolvimento da personalidade.” (ROXIN, C. **Problemas...**, p. 41).

interajam ao bem da constituição de uma justa pena²¹⁶.

Segundo ROXIN essa teoria intenta corresponder à realidade, reconhecendo as antíteses inerentes a toda a existência social para, de acordo com o princípio dialético, poder superá-las (*aufgehoben*); ou seja, tem de criar uma ordem que demonstre que, na realidade, um direito penal só pode fortalecer a consciência jurídica da generalidade, no sentido da prevenção geral, se ao mesmo tempo preservar a individualidade de que a ele está sujeito; que o que a sociedade faz pelo delinqüente também é afinal o mais proveitoso para ela; e que só se pode ajudar o criminoso a superar a sua inidoneidade social (prevenção especial) de uma forma igualmente frutífera para ele e para a comunidade se, a par da consideração da sua debilidade e da sua necessidade de tratamento, não se perder de vista a imagem da personalidade responsável para a qual ele aponta (a personalidade do delinqüente não deve, pois, ser humilhada, mas desenvolvida)²¹⁷.

ROXIN, contudo, adverte que tais necessidades preventivas devem ser determinadas não segundo a opinião pessoal do juiz, mas a lei ou as decisões valorativas legais^{218, 219}.

Um bom exemplo²²⁰ da exclusão da responsabilidade penal frente a uma desnecessidade preventiva de pena nos é dada pelo artigo 121, § 5º, do Código Penal

²¹⁶ Afinal, como tão bem assevera ROXIN: “a justificação da pena não depende da conveniência, mas da justiça” (ROXIN, C. **Problemas...**, p. 39).

²¹⁷ Ibid., p. 45.

²¹⁸ ROXIN, C. **Estudos...**, p. 156.

²¹⁹ Como bem assevera ROXIN: “enquanto os fundamentos da valoração provierem do sentimento jurídico ou de orientações isoladas, sem encontrar apoio na lei, permanecerão eles turvos, casuais e sem poder de convencimento científico” (ROXIN, C. **Política criminal...**, p. 18).

²²⁰ De todo mister advertir que os exemplos citados doravante não foram extraídos da obra de ROXIN, mas suscitados pelo próprio autor do trabalho monográfico, na tentativa de transpor as hipóteses trazidas pelo referido mestre à realidade nacional. Isso porque, em suas obras, ROXIN serve-se de casos próprios ao ordenamento jurídico alemão, tais como o estado de necessidade exculpante (que entre nós só é expressamente admitido em crimes militares – artigo 39 do Código Penal Militar Brasileiro –, ainda que parte da doutrina defenda ser possível a aceitação do instituto também aos crimes comuns, aplicando indiretamente o disposto no artigo 24, § 1º, do Código Penal Brasileiro); a exculpação do excesso em legítima defesa motivados por afetos astênicos (ou fracos), tais como o medo, o susto ou a perturbação (aqui raramente defendida em razão do teor do artigo 23, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro) e hipóteses supralegais de estado de necessidade exculpante, tais como a eutanásia (hoje francamente admitida pela jurisprudência alemã, mas sem repercussões significativas em terras brasileiras), figuras que não encontram paridade na legislação brasileira.

Brasileiro, equivocadamente denominado pela doutrina de perdão judicial.

Segundo o referido dispositivo legal, o Estado pode, eventualmente, renunciar à pena quando caracterizado que, em um caso de homicídio culposo, as consequências atingiram o agente de forma tão gravosa que a sanção penal se torna desnecessária.

Por certo que o legislador aqui está a falar de uma desnecessidade de pena sob o aspecto preventivo; afinal é de todo despiciendo o emprego da sanção penal – quer para restabelecer a paz social, quer para ressocializar o autor do fato – a alguém que venha a padecer sob o jugo de uma consequência extra-penal tão gravosa que torne inócua aquela que ROXIN reputa ser reação mais forte da comunidade frente a um ato socialmente lesivo: a pena^{221, 222}.

De igual sorte, o artigo 242, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro, autoriza o magistrado a deixar de aplicar a pena prevista em abstrato nas condutas de dar parto alheio como próprio e de registrar como seu o filho de outrem, quando praticado por motivo de reconhecida nobreza.

Perceba que o fato da pessoa atuar movida por uma emoção (no presente caso o amor materno ou paterno-filial), via de regra (artigo 28, inciso I, do Código Penal Brasileiro), não bastaria à exclusão da culpabilidade na sistemática jurídica brasileira.

E, de fato, parece indefensável o desposamento da tese de que não haveria, aqui, a idoneidade de destinação do comando normativo e, porquanto, tratar-se-ia de um caso de exculpação.

A ausência de punição, contudo, se explica facilmente se admitimos como válida a proposta de ROXIN de tratar casos como estes por causas de exclusão da responsabilidade penal, fundadas em uma evidente desnecessidade de prevenção geral e especial. Pois seria de todo descabida a punição de alguém que – mesmo não tendo optado por uma conduta conforme o direito – traz uma pessoa para o seio da sua

²²¹ Ao que arremata: “Com efeito, para a pessoa atingida, cada pena significa não raro o extermínio da sua existência ou, em qualquer caso, restringem fortemente a sua liberdade pessoal” (ROXIN, C. **Problemas...**, p. 28).

²²² O pai que comete homicídio culposo contra o próprio filho e o condutor de veículo automotor que, em razão do acidente que vitimou outra pessoa, fica tetraplégico são apenas alguns dos casos que a doutrina e jurisprudência apontam como exemplos de aplicação do instituto em comento.

família (que hoje se conceitua justamente pelo vínculo de afetividade constituído entre os seus membros²²³), oportunizando-lhe o pleno desenvolvimento da sua personalidade.

A própria Constituição da República traz hipóteses de exclusão da responsabilidade, com base em diretivas político-criminais, ao prever como fundamentais o direito à liberdade de consciência e de crença (artigo 5º, inciso VI) e a garantia de que ninguém será privado de direitos (dentre os quais, por certo, o de liberdade pessoal) por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política (artigo 5º, inciso VIII).

Isso porque, como bem se apercebe ROXIN, ao fazê-lo, o constituinte acabou por mitigar o caráter injusto de condutas como os atos de consciência e de desobediência civil²²⁴.

Segundo ROXIN, no âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais deve-se decidir, por meio de um juízo de ponderação, “se no caso concreto a lei penal deve prevalecer ou se a eficácia do direito fundamental pode levar a uma renúncia à pena”²²⁵. Ao mencionado penalista, isto leva à consequência de que – unicamente nos

²²³ Luiz Edson FACHIN – remetendo-se aos ensinamentos de Paulo LÔBO – escreve: “A verdade sociológica da filiação se constrói, revelando-se não apenas DNA descendência, mas no comportamento de quem expende cuidados, carinho no tratamento, quem em público, quer na intimidade do lar, com afeto verdadeiramente paternal, construindo vínculo que extrapola o laço biológico, compondo a base da paternidade. É à luz de uma hermenêutica constitucional de valorização da dignidade da pessoa humana – princípio fundante da República conforme se extrai do art. 1 da Carta Magna – que afirma Paulo Luiz Netto LÔBO: ‘a repersonalização, posta neste termos [...] é a afirmação da finalidade mais relevante da família: realização da afetividade pela pessoa do grupo familiar; no humanismo que só se constrói na solidariedade; com outro’.” (FACHIN, L. E. **Comentários ao novo código civil**, volume XVIII: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 25).

²²⁴ O ato de consciência, segundo ROXIN, deve ser entendido como toda decisão moral séria – orientada pelas categorias do “bom” e do “mau” – que o indivíduo tem interiormente, em uma determinada situação, por vinculante e incondicionalmente obrigatória para si, de modo que não poderia atuar contra ela sem um sério conflito com a sua própria consciência (ROXIN, C. **Derecho penal...**, p. 942). Os atos de desobediência civil, por sua vez, constituem-se de infrações legais empregadas como meio de protesto, pacífico-simbólico, em nome de um bem comum (Ibid., p. 953).

²²⁵ Mais propriamente, o juízo de ponderação leva a um sopesamento de princípios (e não de princípios e regras). Nesse sentido cita-se: ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 160. Ao que se sugere que a ponderação se dê não entre o princípio constitucional e a regra de direito penal, mas entre os princípios constitucionais da liberdade (artigo 5º, inciso VI), da defesa da paz (artigo 4º, inciso VI) e da segurança (artigo 5º, *caput*).

casos de delitos leves e dentro de limites relativamente estreitos – é possível uma exclusão da responsabilidade, apesar de se ter de admitir a culpabilidade do autor; afinal, num Estado de Direito Democrático, opiniões divergentes não podem ser motivo para quebrar as leis vigentes, mas, ainda sim, pode-se conceder uma exclusão da responsabilidade, na medida em que isso seja preventivamente tolerável²²⁶.

Com o que, novamente se afirma a necessidade preventiva de pena como um dos elementos nucleares da responsabilização penal do sujeito. Em outras palavras, deve-se afastar a intervenção estatal por meio do direito penal daqueles que não sejam, de fato, mercedores de pena.

²²⁶ ROXIN, C. *Estudos...*, p. 162.

5. CONCLUSÃO

Colhe-se, como frutos do conhecimento obtido ao longo deste estudo, algumas conclusões que – por sua relevância – merecem ser, ao fim, retomadas.

Ao abordar o direito penal sob uma perspectiva sistemática teleológico-racional, ROXIN retira a política criminal e a teoria dos fins da pena da periferia do conhecimento jurídico-penal e as coloca no centro das atenções da dogmática e do próprio direito penal, o que se revela como o grande traço diferencial da doutrina por ele professada.

Dessa feita, ao se estruturar as categorias basilares do direito penal sobre pontos de vista político-criminais, oportuniza-se a transformação não só de postulados sócio-políticos, mas também de dados empíricos e, especialmente, criminológicos, em elementos fecundos para a própria dogmática jurídica, de modo que o sistema jurídico penal deixa então de ser unicamente uma totalidade conceitualmente ordenada de conhecimentos com validade geral e se abre a objetivos mais amplos, como o desenvolvimento social.

Afinal, por meio deste processo de *funcionalização* dos conceitos mais caros à dogmática penal, passa-se a deles exigir não só uma robustez teórica, mas também a capacidade de desempenhar um papel acertado no sistema, de maneira a que se alcance consequências ao mesmo tempo justas e adequadas.

Até mesmo porque, a intervenção jurídico-penal – segundo as lições professadas por ROXIN e de todo esposadas ao longo deste estudo monográfico – só se faz legítima para atender àquela que é a função social do direito penal: garantir aos cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sob a garantia de todos os direitos humanos, se – e somente se – tais metas não puderem ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem, com menor intensidade, a liberdade desses cidadãos.

É com base nesse pensamento que ROXIN afirma que o conceito normativo de culpabilidade deve ser aperfeiçoado de modo a que se torne um conceito normativo de

responsabilidade.

Isso porque, segundo ROXIN, ao direito penal vigente em um estado democrático, o mero juízo de reprovação da conduta não deve bastar à responsabilização do agente.

Deve-se, assim, partir do pressuposto de que a culpabilidade é, de fato, condição necessária, mas não suficiente à punição, havendo de lhe ser acrescido um segundo juízo normativo, consistente na avaliação da concreta necessidade preventiva de pena.

A culpabilidade, contudo, abandona seu matiz finalista de reprovabilidade moral – de todo incongruente com um Estado de Direito material que se assente sob os postulados da laicidade, da democracia e do respeito às diferenças – e passa a ser compreendida como a realização do injusto apesar da idoneidade de seu autor para ser destinatário de normas e da capacidade de autodeterminação que daí deve decorrer.

Nessa linha, tem-se por culpável o sujeito que realiza um injusto jurídico-penal apesar de lhe ser possível o alcance da mensagem trazida pela norma em uma situação concreta, bem como de prover-se, ao tempo, de capacidade suficiente de autocontrole, de modo que lhe era psiquicamente acessível uma alternativa de conduta conforme o direito.

Todavia, como dito anteriormente, a culpabilidade nem sempre se mostra suficiente à responsabilização penal do sujeito, razão pela qual ROXIN propõe ao intérprete da norma a realização de um juízo normativo complementar, consistente na aferição de uma necessidade preventiva (geral ou especial) de pena segundo os critérios trazidos pelo próprio ordenamento jurídico.

Busca-se – com base nos critérios político-criminais exteriorizados ao longo de todo o ordenamento jurídico-constitucional – definir o motivo pelo qual àquela situação da vida é atribuída uma pena como consequência jurídica correlata, com o que se faz possível uma eventual ruptura dessa relação entre causa eficiente e efeito necessário – que se estabelece entre a conduta e a pena – nos casos em que a sanção jurídico-penal se mostre inadequada ou mesmo prejudicial à solução do conflito

gerado no meio social.

Assim, segundo a opinião aqui defendida, a pena sempre irá pressupor a culpabilidade, de modo que nenhuma necessidade preventiva de penalização, por maior que seja, possa – de per si – justificar uma sanção penal que contradiga o princípio da culpabilidade, de maneira que a exigência do reconhecimento da necessidade preventiva como pressuposto adicional à responsabilização penal significa tão-somente uma ulterior proteção do indivíduo frente à intervenção do direito penal, uma vez que restringe a admissibilidade de punição da conduta culpável ao condicioná-la a um critério de imprescindibilidade do ponto de vista preventivo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANGHER, Anne Joyce (org.). *Vade mecum acadêmico de direito*. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CORRÊA, Tatiana Machado. Em busca de um conceito latino-americano de culpabilidade *in: Revista brasileira de ciências criminais*, n. 75, ano 16, nov-dez 2008, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 71-99.

DIAS, Jorge de Figueredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo código civil*, volume XVIII: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito *in: Revista brasileira de ciências criminais*, n. 32, ano 8, out-dez 2000, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 120/163.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MEZGER, Edmund. *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1998.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, volume 1: parte geral, arts. 1.º a 120. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO E SILVA, Adalberto e outros (coord.). *Dicionário brasileiro da língua portuguesa*. 9. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1987.

ROXIN, Claus. A culpabilidade com critério limitativo da pena. **Revista de direito penal**, ns. 11/12, jul.-dez. 1973, p. 7-20.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

_____. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Tradução de Muñoz Conde, *Madrid*: Reus, 1981.

_____. *Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. 2. reimp. *Madrid*: Civitas, 2003.

_____. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução de Luís Greco. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. Lisboa: Vega, 1998.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed., Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas por Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.