

# Responsabilidade e Culpabilidade no Funcionalismo Teleológico-Racional

Rodrigo Francisconi Costa PARDAL\*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Dogmática e Direito Penal. 1.1 Noção de dogmática. 1.2 Crise e críticas: modelos dogmáticos anteriores ao funcionalismo teleológico. 1.3 Dogmática jurídico-penal e política criminal. 2 Sistema e estrutura analítica no funcionalismo teleológico-racional. 2.1 A importância do sistema na dogmática jurídico-penal. 2.2 O sistema funcionalista de Claus Roxin. 2.2.1 A tipicidade. 2.2.2 A antijuridicidade. 2.3 A culpabilidade. 3 Responsabilidade e culpabilidade. 3.1 Evolução histórica da culpabilidade. 3.1.1 Conceção psicológica. 3.1.2 Conceção psicológico-normativa. 3.1.3 Conceção normativa pura. 3.2 Culpabilidade e livre-arbítrio. 3.3 Culpabilidade e necessidade preventiva como pressupostos da responsabilidade. 3.4 Consequências da concepção adotada no funcionalismo teleológico-racional. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** Ao longo das décadas foram feitas diversas propostas dogmáticas para o Direito Penal, cada uma com suas peculiaridades e bases científicas. Os moldes dogmáticos aplicados até então, desde o causalista até o finalista, passam por uma crise que afeta a própria identidade do Direito Penal, pois esses modelos não atenderiam às expectativas da sociedade atual, dentre outros motivos, por não permitirem infiltrações axiológicas. Ocorre que os modelos em referência, por serem estanques e menos suscetíveis a valorações, podem revelar-se distantes da realidade e sem eficácia no caso concreto. Diante disso, surgem algumas tendências, dentre elas a de Claus Roxin. O funcionalismo teleológico-racional, permitindo a penetração político-criminal na dogmática, passou a rever as concepções anteriores,

---

\* Professor de Direito Penal do Curso preparatório Damásio de Jesus. Assistente jurídico do Tribunal de Justiça. Graduado em Direito Penal PUC-SP. Pós-graduado em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público (SP) e pela Universidade de Salamanca-Espanha. Mestrando em Direito Penal pela PUC-SP.

inclusive a neokantiana, e buscou funcionalizar as categorias delitivas, de modo a atender aos fins político-criminais, tendo dessa inovação surgido duas peças centrais: a imputação objetiva e a ampliação da culpabilidade à ideia de responsabilidade, esta última enriquecida pelos fins da pena. A culpabilidade, por sua vez, independente do livre arbítrio e inserida em um contexto maior, demonstra uma nova concepção de teoria do delito, que certamente ensejará algumas consequências práticas, conforme demonstrado.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Dogmática. Política criminal. Funcionalismo. Culpabilidade. Responsabilidade.

### **Introdução**

Dentre tantas características que podem ser enumeradas em um dado grupo social, por mais tradicional ou atento aos costumes que este seja, vemos como inerente a mudança, a transformação, de forma mais ou menos lenta, ou até encontrando resistência, mas tal característica é sempre marcante e não necessariamente implica evolução, mas sempre uma releitura das concepções até então estipuladas.

O que importa – e tem maior relevância nessas mudanças, independentemente do quanto acrescentem – é o descontentamento, o inconformismo com o que está posto. Diante desse cenário, o estudioso se vê obrigado a tentar rever o que está estipulado e sugerir algo novo.

A ciência do Direito, bem como o Direito Penal, não foge a essa regra, de maneira que habitualmente surgem novos e variegados modelos teóricos como forma de rechaçar ou complementar algo que fora desenvolvido por outra teoria. Tenta-se, destarte, demonstrar que a concepção apresentada é de alguma forma, qualquer que seja ela, mais apropriada que a outrora sustentada.

Sem prejuízo das demais áreas do conhecimento penal, na seara da culpabilidade e teorias do crime surgem discussões ferrenhas e de grande atualidade que estão longe de serem superadas.

Particularmente como uma das teorias envolvidas nas concepções referidas aqui, estão o modelo de sistema funcionalista-teleológico racional ou moderado do penalista alemão Claus Roxin e o tratamento dado à culpabilidade por essa teoria.

Propomo-nos, neste trabalho, certamente com grande dificuldade traçar em linhas gerais a teoria supra e, especificamente, com detalhes mais

aprofundados, a noção de culpabilidade, tais como são sistematizadas nas ideias de Claus Roxin.

Serão analisadas inicialmente as bases teóricas que fundamentam o sistema em estudo, o teor axiológico que o determina, particularmente as bases político-criminais. Daí já se verifica um primeiro ponto polêmico, o da possibilidade de valorações na própria teoria do delito, ou, no caso específico, a penetração de valorações político-criminais no próprio sistema jurídico-penal.

Já traçada esta discussão, ingressaremos de vez no modelo funcionalista teleológico-racional, assentando suas bases: a imputação objetiva e a responsabilidade como união da culpabilidade e da necessidade preventiva da pena, sendo esta última pilastra sistemática o foco de nosso trabalho.

Explicaremos também que a ingerência axiológica no sistema, de maneira a torná-lo mais aberto em termos normativos, tende a conduzi-lo para uma maior aproximação com a realidade, daí o porquê de se mostrar importante o empirismo no sistema em apreço.

Não só aproximariam da realidade essas valorações, mas concederiam funções ao sistema, razão pela qual a teoria é chamada de “funcional”, haja vista haver o objetivo de se funcionalizarem as categorias delitivas, o que se verificará na oportunidade da análise da tipicidade, antijuridicidade e, posteriormente, da responsabilidade.

No último capítulo, será feita uma breve digressão histórica do instituto da culpabilidade, o que sem dúvida auxiliará na compreensão do tratamento dado por Claus Roxin a essa categoria. Verificaremos o tratamento dado ao livre-arbítrio, tradicionalmente conhecido como um fundamento da culpabilidade, na concepção do funcionalismo moderado.

Após isso, trataremos da inovação mais cristalina, do nosso ponto de vista, na estrutura analítica proposta, a substituição da culpabilidade pela responsabilidade como elemento do delito. Essa inovação traz em si inúmeras consequências, as quais serão analisadas adiante.

Importa, por fim, ressaltar que não teremos a pretensão de criticar a teoria aqui ventilada, mas tão somente descrevê-la e colocá-la, quando possível, em conflito com as demais existentes, com o intuito de delimitarmos seus objetos de estudo e peculiaridades.

## **1 Dogmática e Direito Penal**

Por ser nosso trabalho a análise do funcionalismo de Claus Roxin, com maior enfoque na culpabilidade, ou seja, o estudo de determinado modelo

dogmático, é importante que, antes de ingressarmos neste estudo, tratemos de forma genérica o objeto deste, qual seja, a dogmática.

### **1.1 Noção de dogmática**

Jesús-María Silva Sánchez (2002, p. 63) define dogmática como “La conformación de un sistema coherente y ordenado desde sus conceptos más abstractos a los más concretos”.

A dogmática também pode ser entendida como “um método a que podemos incorporar um número maior ou menor de dados para a construção de seus conceitos, e esta incorporação de dados não dependerá do método em si, mas da ideologia que fundamenta o âmbito de dados a serem levados em consideração” (ZAFFARONI, 2007, p. 148).

Há inúmeras definições desse instituto<sup>1</sup>, no entanto, entendemos que a dogmática penal consiste na formação de um sistema harmônico, formado por elementos de quaisquer ordens, respeitada a Dignidade da Pessoa Humana, com escopo de delimitar, fundamentar e aplicar o Direito Penal.

Optamos por uma definição própria, diferente das demais aqui referidas, por apresentar um norte valorativo, axiológico, qual seja, a Dignidade da Pessoa Humana, cujo escopo é oferecer uma blindagem ao modelo dogmático, impedindo a infiltração de valores prejudiciais ao Estado Democrático de Direito.

É importante ressaltar que algumas ideologias, por serem hostis, não se compatibilizam com certos modelos de dogmática, pois podem conduzir a uma insegurança jurídica na aplicação do direito e, por conseguinte, gerar autoritarismo.

Apenas a título de exemplificação, um Direito Penal, sistematicamente fundamentado na “segurança da sociedade” ou nos “valores da família”, pode mostrar-se excessivamente arbitrário e perfeitamente passível de ser moldado, para atender a fins não democráticos.

Isto se dá, porque as valorações em questão, por si sós, são abrangentes por demais e não implicam necessariamente uma aplicação das leis penais que tutele os direitos dos cidadãos, ou respeite a dignidade destes, na verdade, fornecem um juízo muito amplo de valoração que não propicia a blindagem adequada na utilização do Direito Penal.

---

<sup>1</sup> Conforme lição de José Cerezo Mir (2007, p. 92).

Destarte, a dogmática é importante e necessária para manter a segurança jurídica e os princípios do Estado Democrático de Direito, mas tão somente esta não é capaz de resguardá-los, conforme veremos a seguir.

### **1.2 Crise e críticas: modelos dogmáticos anteriores ao funcionalismo teleológico**

No que tange à crise da dogmática, que na verdade consiste na crise de um modelo dogmático, esta tem ocorrido, dentre outros fatores, porque a antinomia entre liberdade e segurança deixou de ser automaticamente decidida em favor desta, o que já demonstra o início de uma tensão interna.

Trata-se inicialmente de uma crise de legitimação, questionando-se a utilização do maquinário penal como recurso estatal. Sem prejuízo desse problema, há também a crise na ciência do Direito Penal, que consiste em uma crise de identidade, a qual questiona o próprio modelo sistemático e dogmático adotado, bem como sua utilidade social (SÁNCHEZ, 2002, p. 14).

É certo que o Direito Penal, entendido como o *ius puniendi* estatal, fundamentado e limitado pela existência de um conjunto de normas primárias e secundárias, está em crise. Passou-se, dessa forma, a questionar a autêntica utilidade social e a validade científica dos modelos até então adotados.

Pôs-se em cheque o modelo clássico dedutivo, abstrato e, em suma, alheio à realidade social do delito. Com isso, passou a se ressurgir contra o caráter meramente retributivo da pena e a abstração excessiva da dogmática, de cunho quase artístico. Diante disso, resultou imperiosa a necessidade de se orientar o Direito Penal e não o construir em si mesmo, em um universo alienante e alienado.

Em razão disso, transcorridos anos de processo de despenalização, voltamos a um processo de criminalização, o qual se caracteriza muitas vezes por legislações de cunho meramente retórico, simbólico, sem aplicação útil. Essa legislação expansiva, violadora da ideia da *ultima ratio*, que tende a aumentar a punição, na verdade retira a eficácia do Direito Penal, tornando-o cada vez mais não efetivo (SÁNCHEZ, 2002, p. 16).

Os efeitos até então almejados com a aplicação e em alguns casos a expansão do Direito Penal, controle social, proteção aos bens jurídicos e no que tange à pena, prevenção especial positiva (ressocialização) e intimidação, dentre outros objetivos, na prática, não foram atingidos, conforme queriam os modelos existentes.

Diante dessa situação, surgiram iniciativas destinadas a abandonar a elaboração sistemática do Direito Penal, ou mitigá-la em face de valorações de cunho político-criminal, as quais teriam ficado até então ofuscadas pelo rigor teórico das construções sistemáticas.

Por esses fatores, Jesús-María Silva Sánchez (2002, p. 15) afirma que a década de 1970, se mostrou como de parâmetros ecléticos, no que tange aos fins do Direito Penal, sua fonte de legitimação, ou até com relação ao seu método de estudo. Feita a análise de tal ciência sob o enfoque tanto de um sistema como de um problema, alternou-se entre modelos abstratos e concretos.

Deve-se também a crise à polêmica sustentada pelos causalistas e finalistas, a qual tem se desenvolvido nos estreitos limites do positivismo jurídico, que impõe a interpretação do Direito Positivo e seu desenvolvimento em um sistema fechado, conforme princípios lógico-dedutivos. A elaboração de um sistema almejava banir de sua estrutura qualquer consideração de índole criminológica ou político-criminal (ROXIN, 2006b, p. 17).

A limitação ontológica defendida pelo finalismo encontrou um ambiente favorável no cenário pós-Guerra, quando se sentiu a necessidade de limitação de poderes que gerassem excessos, os quais ocorreram nesse período. Portanto, pela concepção em foco, buscou-se limitar o poder do legislador, a tirania do Estado e, por conseguinte, a normatividade, cuidando da conduta como um conceito pré-jurídico, precedente a qualquer valoração jurídica.

A dogmática, segundo essa concepção, não poderia atender a valorações de conteúdo variável em função da diversidade do sujeito e das condições culturais, deveria ter como objeto básico ou permanente, o supranacional, o suprapositivo da matéria jurídica, sendo esse material permanente, a estrutura lógico-objetiva (SÁNCHEZ, 2002, p. 58).

Diante do problema apontado, surgiram na Alemanha duas tendências para superar de alguma maneira esse estado de coisas.

A primeira tendência nega a importância do sistema, substituindo-o por um pensamento problemático, cujas soluções derivam de elementos dos mais diversos que auxiliarão na resolução do problema e não de axiomas previamente dados em um sistema dogmaticamente fechado.

A outra tendência também almeja penetrar no problema, no entanto sem renunciar ao sistema; para tanto, o pensamento problemático deve desembocar em um sistema orientado, a fim de que se possa manter o caráter científico. Nesta última tendência se encontra a obra de Claus Roxin

(MUÑOZ, 1981, Prefácio, p. 18) que será analisada com maior cuidado adiante, com enfoque na culpabilidade, objeto central deste nosso trabalho.

Em face disso, verifica-se, portanto, uma fase de transição na dogmática jurídico-penal, caracterizada pelo predomínio de correntes de caráter eclético. Somam-se alguns elementos de caráter axiológico, surgindo a referência teleológica e uma conseqüente tendência à normatização de conceitos jurídico-penais, sendo estes uma orientação para facilitar o atendimento das finalidades político-criminais do sistema.

Em face dessa nova tendência, criticou-se também o caráter ontológico empregado pelo finalismo, cujo objetivo foi, com um conceito prévio, com base em algo a partir de sua essência, oferecer certa neutralidade à sistemática penal e afastá-la de ideologias e do arbítrio. Em que pese esse objetivo, há quem entenda que as estruturas em questão em nada impediram infiltrações ideológicas na dogmática, ademais, o finalismo levado às últimas conseqüências, dada sua ênfase no elemento volitivo, acarretaria diversos perigos para o Estado Democrático de Direito, punindo tentativas inidôneas ou atos preparatórios bem distantes do resultado (ROXIN, 2008, p. 57).

Figueiredo Dias também entende que a postura metodológica, amparada em conceitos ontológicos, não merece prosperar, visto que essa característica cercearia por demais as opções jurídico-políticas ou político-criminais do legislador. Também considera que o conceito de ação encontra substrato em um falso ontologismo, uma vez que os animais também, segundo a Biologia, antecipam os fins e escolhem os meios para alcançar com sua ação (DIAS, 2007, p. 247). Ademais, do ponto de vista normativo, é insuscetível de se oferecer uma base unitária a todo atuar humano.

Diante disso, surgem alguns inconvenientes de se levar em consideração tão somente elementos de um sistema fechado, deixando de lado o empirismo (experiências, práticas), ou a finalidade da pena, pois desse raciocínio pode brotar uma ciência penal distante da realidade e sem eficácia.

Criticou-se também o fato de o legislador aparecer vinculado de modo determinante por uma concreta configuração dada por uma matéria prévia; na verdade, a vinculação aludida seria relativa, pois o legislador pode levar em consideração um ou outro aspecto da matéria já configurada.

A natureza das coisas não teria o condão de impor uma solução concreta na esfera jurídica, mas tão somente fixaria um marco. As orientações político-criminais seriam, assim, a única forma de atribuir um conteúdo racional ao sistema, pela insegurança que produz a argumentação ontológica diante de

uma sociedade tão pluralista, o que tornaria impossível qualquer fundamentação pautada em estruturas imutáveis (SÁNCHEZ, 2002, p. 66).

Passou-se a pensar na criação de um sistema aberto, apto a permanente remodelação em face de suas consequências e das problemáticas que surgem.

Também como resultado as discussões em comento, surge outra crítica, feita por Claus Roxin, segundo a qual, ao elaborar-se um pensamento sistemático, não é dada a devida importância à utilidade prática dessas categorias. O autor também não vê com seriedade qualquer possibilidade de abandono do sistema, exemplificando com um Direito Penal sem a parte geral e sujeito a valorações de qualquer forma. Portanto, critica-se não a adoção do modelo sistemático em si, mas a equivocada abordagem de seu desenvolvimento dogmático (ROXIN, 2006b, p. 40).

### **1.3 Dogmática jurídico-penal e política criminal**

A profundidade da relação entre ambos os institutos dogmática jurídico-penal e política criminal é discussão objeto de muita polêmica na doutrina e de salutar importância para que entendamos posteriormente o funcionalismo e a estrutura da culpabilidade em Claus Roxin, daí por que trataremos, agora, de esboçar algumas ideias sobre esse tema. Não eram, nem são, portanto, pacíficas entre ambas as disciplinas a hierarquia e a forma como se relacionam.

Franz von Liszt<sup>2</sup>, citado por Figueiredo Dias (1999, p. 292) define a política criminal como o “conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com esta relacionadas”.

Ao tratar da política criminal, o autor afirma que esta exige a imposição da pena não por si só, mas como meio adequado ao fim, de modo a impedir que o agente reincida na criminalidade (LISZT, 2003, p. 153).

Ainda sobre o tema, Franz von Liszt assevera que o Direito Penal é a barreira intransponível da política criminal. O jurista alemão também sustenta que a política criminal devia remeter-se à função de revelar os caminhos da reforma penal, mas sem influenciar a sistematização desta.

---

<sup>2</sup> Na obra *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, p. 292.



Portanto, haveria aí uma diferença entre o substrato das concepções de política criminal e da dogmática, restando que os métodos científicos de uma não se confundiriam com a outra, dado o caráter positivista e “intocável” da dogmática até determinado período (DIAS, 1999, p. 31).

A frase segundo a qual o Direito Penal é a barreira intransponível da política criminal teria vindo como resposta à construção de política criminal introduzida pela Escola Sociológica do Direito Penal, pois esta poderia ruir os conceitos existentes no Direito Penal (ROXIN, 2006a, p. 224).

Hierarquicamente também por uma visão mais formalista, segundo entendimento que Figueiredo Dias (1999, p. 27) tem da obra de Franz von Liszt, a política criminal estaria subordinada à dogmática, razão pela qual se cada diretriz apontar para direção diferente, independentemente do caminho a que leve a dogmática apenas positivista, esta terá que ser levada em conta, em detrimento de outra visão não prevista no sistema.

Do desencontro apontado urge que os comandos político-criminais teriam que ceder a eventual alteração legislativa, o que justificaria o raciocínio de que a política criminal seria uma ciência nitidamente auxiliar da reforma penal.

Franz von Liszt compreendia o delito e a pena como uma generalização conceitual oriunda de considerações puramente técnico-jurídicas que se desenvolviam por um sistema fechado nos preceitos da lei, devendo a ciência do direito ser meramente sistemática, pois, se assim não fosse, o Direito restaria abandonado ao acaso e à arbitrariedade (ROXIN, 2006b, p. 34).

O cerne da discussão consiste não na existência ou não de um sistema – em que pese trabalharmos este ponto adiante –, pois, quanto a isso, grande parte dos doutrinadores o enxerga como necessário para garantir a segurança jurídica e a proteção do Estado Democrático. Na verdade, a discussão trazida a este trabalho e que importa para delinear o funcionalismo teleológico diz respeito a até que ponto esse sistema admite caracteres de cunho político-criminal em seu conteúdo.

No que tange aos caracteres ontológicos do finalismo, estes, por se basearem em preceitos lógico-dedutivos, não permitiriam maior maleabilidade, que seria causada por uma ingerência problemática no sistema, pois, se isso ocorresse, desnaturar-se-ia a própria estrutura dogmática do finalismo.

Para Claus Roxin (2006b, p. 37), em havendo um sistema fechado, surgiriam resultados materialmente injustos, além do que sua finalidade

restaria prejudicada, pois, mesmo atendendo à sistematização, ocorreriam resultados inadequados do ponto de vista político-criminal, não sendo razoável uma decisão estritamente técnica que se distancie do caso concreto.

A evolução do estatuto da política criminal perante a dogmática, segundo Figueiredo Dias (1999, p. 33), foi ao encontro de uma nova concepção de Estado, não mais um Estado de Direito Formal, de natureza liberal e individualista, ou social, mais preocupado com o funcionamento do Sistema Social, mas sim de um Estado de Direito material contemporâneo, o qual mantém intocada sua relação com o direito. Mesmo em um esquema rígido de legalidade, esse Estado de Direito material contemporâneo preocupa-se com a consciência efetiva dos direitos e garantias e, por essa razão, deixa-se mover dentro daquele esquema, para alcançar a justiça.

Essa modificação teria propiciado que a dogmática jurídico-penal perdesse a absoluta autonomia, em face da influência de substratos não jurídicos (DIAS, 1999, p. 35). Pensamos também que não apenas por essa mudança na mentalidade de Estado, mas sim pelas próprias consequências percebidas ao se aplicar a dogmática mais formalista, sem permissão de ingerência de qualquer valoração. Na verdade, a própria realidade se encarregou de demonstrar as imperfeições das teorias sustentadas, não necessitando de uma nova mentalidade estatal para que isso ocorresse.

Terá, na verdade, que se associar a solução justa ao caso concreto e que seja ao mesmo tempo adequada ao sistema jurídico-penal, havendo o que Figueiredo Dias (1999, p. 36) chama de “penetração axiológica” na dogmática. Essa “penetração axiológica” será feita tendo como referência bases teleológicas e finalidades valorativas de ordem político-criminal. A dogmática terá, destarte, a função de estabelecer critérios de valor funcional teleologicamente orientados, os quais servirão como espécies de princípios.

Como decorrência desses acontecimentos, haverá uma determinação da dogmática pautada por preceitos político-criminais e não por mera influência destes, como era admitido anteriormente. A título de exemplo, começa-se pelos elementos do delito, as noções de tipicidade, ilicitude e culpabilidade – manteremos o foco nesta última –, não mais serão consideradas por si mesmas, mas sim regidas sob o manto dos valores político-criminais.

Também a política criminal tornar-se-á ciência não apenas para as tarefas da reforma penal, mas para definir os limites da punibilidade, utilizando-se, portanto, dos instrumentos e da estrutura do sistema jurídico-

penal para alcançar suas finalidades. Se a ciência penal não for direcionada a certas finalidades, pode tornar-se uma peça inútil, meramente decorativa.

Em face dessas consequências, Figueiredo Dias (1999, p. 42) afirma que a política criminal surge como uma ciência transpositiva, transdogmática e trans-sistemática. No entanto, o autor ressalta que, apesar desta predominância, a política criminal deve encontrar limitação na própria concepção de Estado, deve condicionar-se estritamente pelos seus fundamentos jurídico-políticos, sendo, destarte, intrassistemática em face da concepção de Estado.

Ainda sobre a estrutura do sistema do Direito Penal, afirma-se que a orientação teleológica deste garante a congruência entre a consequência sistemática e a correção material pretendida, sendo uma espécie de vetor para que os postulados sistemáticos se corrijam ou se adaptem ao caso concreto.

Pela mesma razão ora exposta, o sistema pode descartar as soluções de problemas que sejam incompatíveis com seus fins; também resta excluída a possibilidade de que as soluções se produzam como conclusões de necessidades axiologicamente cegas, pois, nesses casos, as referidas decisões não estariam acobertadas pelo sistema (ROXIN, 2006a, p. 216).

Claus Roxin (2006a, p. 224) considera as valorações político-criminais verdadeiros fundamentos do sistema penal e da interpretação das categorias desse sistema. Para esse jurista, dogmática e pensamento sistemático seriam formas de hermenêutica, ao passo que a política criminal se preocuparia em desenvolver e impor novas concepções de fins jurídico-penais.

Como decorrência desse raciocínio, o jurista germânico em comentário trata de efetuar uma inclusão axiológica na teoria do crime, conforme veremos a seguir, de maneira que serão amplamente influenciadas as categorias delitivas, como a própria culpabilidade, a qual passa a figurar dentro de uma categoria maior, a responsabilidade. Esse tema será analisado com mais profundidade adiante, neste estudo.

Consideradas essas premissas, a aplicação do direito não seria meramente a subsunção lógica de uma lei a dado caso concreto, mas sim tornar concreta uma abstração legal, delineando e adequando a legislação à política criminal, a qual, por sua vez, está revestida pelo manto da dogmática.

Verifica-se uma separação entre duas etapas nas quais se aplicariam as valorações político-criminais, a legislativa e a dogmática; no entanto, ambas não se confundem e nem devem confundir-se, segundo Claus Roxin (2006a, p. 225), pois isso resultaria em violação à separação de poderes.

Ao contrário, a dogmática deve exercer sua função restringida pela lei, nos limites interpretativos.

Mostra-se de grande valia ressaltar que, pela nossa compreensão da relação entre política criminal e dogmática jurídico-penal, não se verificou em nenhum momento, ao menos nos entendimentos aqui traçados, uma ideia de negação da autonomia de um ou de outro, nem tampouco se percebeu, mesmo em Franz von Liszt, a ausência de influência entre ambas as ciências.

Portanto, o ponto central reside na profundidade da influência político-criminal no Direito Penal, se limitada a esta ou se chega a penetrar na própria dogmática. É, pois, partindo desta discussão que verificaremos posteriormente o quanto a concepção de Claus Roxin sofreu influências de cunho axiológico em seu sistema.

## **2 Sistema e estrutura analítica no funcionalismo teleológico-racional**

Expostas as premissas epistemológicas do sistema, passaremos a analisar sua estrutura analítica, seus elementos, atendo-nos antes à importância da sistematização que será abordada.

### **2.1 A importância do sistema na dogmática jurídico-penal**

Conforme assinalamos, em face da já referida crise na dogmática, surgiram duas tendências, uma negando a importância do sistema, a qual argumenta que se deve levar em conta os problemas de cada caso, e outra entendendo pela manutenção do sistema, sendo esta a posição a ser desenvolvida aqui.

Argumenta-se em defesa do pensamento sistemático, que, quando a dogmática assinala limites e define conceitos, possibilita uma aplicação segura e calculável do Direito Penal, subtraindo deste a irracionalidade, a arbitrariedade, a improvisação. Quanto mais pobre for o desenvolvimento da dogmática, tão mais imprevisíveis serão as decisões dos Tribunais, havendo o perigo de a decisão jurídica se converter em uma questão de loteria, o que pode gerar uma aplicação caótica e sem rumo do Direito Penal (ORDEIG, 1970 apud ROXIN, 2006a, p. 207).

Uma primeira vantagem do pensamento sistemático é simplificar e direcionar o exame do caso, pois se segue a ordem previamente estipulada na estrutura delitiva, tipicidade, antijuridicidade e, esgotadas estas, verificam-se a culpabilidade e a função da pena no caso concreto. Tais estruturas mostram-se ordenadas em uma sucessão lógica –, inicialmente, a proibição da conduta em diferentes graus; em seguida, a censura dessa conduta; e, por fim, a necessidade de sua punição.

Essa estruturação do delito possibilita que todas as questões importantes sejam examinadas, de forma que se determine realmente a punibilidade, ademais, o esquema sistemático gera uma economia na prestação jurisdicional, pois quando demonstramos que o agente não incorreu em um dos elementos, não há necessidade de se verificar a ocorrência dos demais. Assim, por exemplo, quando o fato praticado é atípico, nem se verifica a antijuridicidade ou a culpabilidade sobre o autor, pois este não praticou nenhum fato descrito como crime em um tipo penal (ROXIN, 2006a, p. 207).

Acerca dessa característica fragmentada do conceito de delito, Eugenio Raúl Zaffaroni entende por ser uma concepção estratificada. O autor utiliza-se desse termo em analogia aos “estratos”, camadas minerais de densidade uniforme que constituem os terrenos sedimentários. O penalista argentino também afirma que um conceito unitário normalmente se esgota no formal e na prática não conceitua nada, além de ser ineficaz.

Nessa característica de conceito unitário encontra-se a “Escola de Kiel”, setor do penalismo nacional socialista alemão, que negava a própria dogmática, substituindo-a por um critério político que devia ser considerado em cada caso (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 333).

Ademais, a segurança oferecida pelo pensamento sistemático, em comparação ao problemático, configura-se no âmbito instrumental em efetiva garantia para o acusado, cujas chances de ter tuteladas suas prerrogativas são maiores, pois sabe de antemão as regras a que se submeterá e, mesmo no Direito material, delimita o caminho a ser traçado dentro da dogmática para que se dê ou não sua responsabilidade pelo fato praticado.

A própria delimitação da estrutura delitiva, nem tanto em seu aspecto material, mas no analítico, também é uma forte garantia ao acusado, uma vez que, sabedor dos elementos e estruturas que o julgador irá analisar para auferir se houve prática delitiva, poderá moldar a defesa consoante esses postulados.

Outro ponto elencado refere-se ao fato de que apenas com o sistema é possível uma ordenação da matéria jurídica diferenciando de modo adequado cada objeto. Citamos como exemplo as causas de justificação e de exculpação, lembrando-nos aqui do tratamento dado ao estado de necessidade para a teoria diferenciadora – não acolhida no ordenamento pátrio –, essa organização garante uniformidade e racionalidade ao se aplicar o Direito (ROXIN; 2006a, p. 208).

O racionamento apontado enseja uma simplificação na aplicação do Direito, pois dispensa o aplicador da lei de uma tarefa mais trabalhosa caso a

matéria jurídica fosse composta de um gigantesco número de preceitos não ordenados sistematicamente ou se a resolução dos problemas fosse extraída de casos análogos.

Por fim, a sistematização em tela, ao influenciar as normas jurídicas com aspectos teleológicos, possibilita maior desenvolvimento do Direito, de modo que as próprias normas se adaptam ou se modificam em face das tendências dogmáticas que se mostram necessárias e interessantes à ciência jurídico-penal.

## **2.2 O sistema funcionalista de Claus Roxin**

Neste tópico, teceremos alguns comentários acerca do sistema funcionalista teleológico-racional ou moderado de Claus Roxin, sem deixar de ressaltar que não é esta a única proposta funcionalista existente. Não cabe discorrer aqui sobre as demais, por não serem objeto do nosso trabalho<sup>3</sup>.

Por volta da década de 1970, os defensores de um sistema funcionalista passaram a sustentar que deveria ser rechaçado o ponto de partida do sistema finalista, partindo da hipótese de que a formação de um sistema jurídico-penal não pode se vincular a realidades ontológicas prévias, mas sim deve guiar-se exclusivamente pelas finalidades do Direito Penal.

Tenta-se com essa nova tendência elaborar e desenvolver um novo conteúdo fundado nos postulados neokantianos, os quais, nos sistemas neoclássicos, tiveram um desenvolvimento insuficiente e ainda foram prejudicados pelo período nazista. O avanço almejado consistiria em substituir a vaga orientação neokantiana aos valores culturais por um critério de sistematização especificamente jurídico-penal: as bases político-criminais da moderna teoria dos fins da pena (ROXIN, 2006a, p. 203).

Portanto, são retomados alguns valores, como a construção teleológica de conceitos e a materialização das categorias do delito, acrescentando-se, porém, uma ordem a esses pontos de vista valorativos: eles são dados pela missão constitucional do Direito Penal, que é proteger bens jurídicos mediante prevenção geral ou especial. Os conceitos são submetidos à funcionalização, isto é, exige-se deles que sejam capazes de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando consequências justas e adequadas (GRECO, 2000, p. 06).

---

<sup>3</sup> Podemos citar as propostas de Günther Jakobs, Schmidhäuser e Rudolphi, dentre outras.

No que tange à importância da teoria dos fins da pena na dogmática funcionalista, Luís Greco (2000, p. 06) assevera:

A teoria dos fins da pena adquire portanto valor basilar no sistema funcionalista. Se o delito é o conjunto de pressupostos da pena, devem ser estes construídos tendo em vista sua consequência, e os fins desta. 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 e 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 delincente, para ressocializá-lo (prevenção especial positiva) ou, pelo menos, impedir que cometa novos delitos enquanto segregado (prevenção especial negativa).

Conforme esboçamos anteriormente, Claus Roxin parte da necessidade de uma correção valorativa na dogmática jurídico-penal com base em elementos de cunho político-criminais, os quais atuarão na própria dogmática e no sistema.

Com isso, cria-se uma harmonia entre a dogmática e as valorações político-criminais, de tal modo que não pode haver contradição entre ambas, uma vez que são analisadas agora sob o mesmo enfoque, devendo formar uma síntese. Essa unidade sistemática entre política criminal e Direito Penal deve ser incluída na própria estrutura do delito, refletindo tal inclusão na bipolaridade, na consideração dos aspectos formais e materiais dos elementos do delito (ROXIN, 2006b, p. 53).

Destarte, consoante esta visão de sistema jurídico-penal, tem-se que o trabalho do dogmático é identificar a que valoração político-criminal corresponde cada conceito da teoria do delito e assim funcionalizá-lo, isto é, construí-lo e devolvê-lo de modo que atenda essa função da melhor maneira possível (GRECO, 2000, p. 07).

O fato de o sistema de Claus Roxin substituir as difusas valorações neokantianas por valorações político-criminais impede que ele caia no normativismo extremo. Dá-se, assim, atenção à matéria jurídica de modo a não deixar escapar nenhuma peculiaridade relevante. Ademais, nesse sistema, os valores não provêm de nenhuma política criminal, mas sim daquela acolhida pelo Estado Social de Direito.

Expostas essas premissas, o penalista alemão verifica que são necessários três requisitos para um sistema: clareza e ordenação conceitual, referência à realidade e orientação com base em finalidades político-criminais (ROXIN, 2006b, p. 58).

Do postulado, resultaram duas peças centrais. A primeira é a teoria da imputação objetiva. O tipo objetivo, para os clássicos e especificamente para Ernst von Beling, esgotava-se no conteúdo do tipo, vindo, posteriormente, a ser enriquecido com caracteres normativos e, por fim, com os subjetivos com o finalismo; no entanto, para as três concepções sistemáticas no que tange aos delitos de resultado, reduzia-se à mera causalidade. Em troca, a visão teleológica tem feito depender a imputação de uma realização de um perigo não permitido dentro do fim de proteção da norma, substituindo-se, destarte, a categoria científico-natural ou lógica da causalidade por um conjunto de regras orientadas por valorações jurídicas (ROXIN, 2006a, p. 204).

Aqui, já esboçando o ponto central do nosso trabalho, a segunda pilastra do sistema racional-final ou teleológico constitui a ampliação da culpabilidade à categoria da responsabilidade; àquela como condição de toda a pena, deve-se acrescentar sempre a necessidade preventiva (geral ou especial), de tal modo que a culpabilidade e as necessidades de prevenção e da pena se limitam reciprocamente e só em conjunto dão lugar à responsabilidade pessoal do sujeito, o que enseja a imposição da sanção.

### **2.2.1 A tipicidade**

Dentre outras concepções, é possível entender que a tipicidade engloba a relação entre a conduta humana e a descrição abstrata da norma penal incriminadora e consiste na conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal (BITTENCOURT, 2006, p. 324). Também pode ser entendida como a subsunção ou adequação do fato ao modelo previsto no tipo legal (PRADO, 2007, p. 352).

Em nossa visão, a tipicidade pode ser definida como a adequação da conduta humana aos elementos da norma penal incriminadora. É feita uma



operação chamada de juízo de tipicidade, consistente em uma operação intelectual de conexão entre a infinita variedade de fatos possíveis da vida real e o modelo típico previsto em lei (BITTENCOURT, 2006, p. 323).

Verificam-se, segundo Claus Roxin, sem prejuízo de outras classificações, três funções que o tipo deve cumprir: a primeira, de cunho sistemático; a segunda, de natureza dogmática; e, a terceira, de feição político-criminal.

No sentido sistemático, o tipo abarca o conjunto de elementos que permitem saber de qual delito está se tratando (BELING, 1906 apud ROXIN, 2006, p. 277), já no sentido dogmático consiste em descrever os elementos cujo engano exclui o dolo e, por fim, seu significado político-criminal se consubstancia em sua função de garantia, pois apenas um Direito Penal em que a conduta proibida seja descrita em tipos se adequa ao princípio da legalidade.

O tipo como realizador do princípio da legalidade descreve condutas de duas formas distintas. A primeira consiste na descrição da forma mais precisa possível – em respeito à taxatividade – de ações. Já no segundo método não interessa a qualidade externa da conduta do autor, uma vez que o fundamento da sanção é a violação das exigências de conduta esperadas em função do papel social desempenhado pelo *agente* (ROXIN, 2006b, p. 62).

Na segunda classe de delitos, os consistentes em infração de um dever referem-se a setores da vida moldados juridicamente cuja capacidade de funcionamento deve ser protegida. Já nos delitos de ação penetra o autor, pondo em perigo a paz em âmbitos que deveriam ter permanecido intactos. Naquela modalidade de delitos, isto é, nos delitos consistentes em infração de um dever, é indiferente que a conduta se dê de forma comissiva ou omissiva, para efeito de sua tipificação (ROXIN, 2006b, p. 64).

A verificação da tipicidade de dada conduta no caso concreto, quando limitada pela imputação objetiva, pelos princípios da confiança ou da insignificância, tem o condão de tornar a interpretação restritiva o máximo possível, o que sem dúvida vai ao encontro dos princípios da legalidade, taxatividade e da natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal.

Ademais, no tipo se valora a ação de acordo com a necessidade abstrata da pena, de maneira que a finalidade político-criminal dessa cominação penal em abstrato é a preventivo-geral, pois se espera que o indivíduo, sabendo da proibição daquela conduta pelo sistema, não aja da forma descrita no tipo.

Essa finalidade preventivo-geral conduz a uma dupla via de interpretação. Primeiro, o postulado de que todo tipo deve ser interpretado

segundo o fim da lei (teleologicamente), de tal maneira que se abarquem as condutas desaprovadas legalmente e não haja lacunas para as consequências preventivo-gerais. Já o segundo aspecto, referente a uma prevenção geral eficaz, pressupõe uma precisão da lei de modo que esta seja fiel ao seu conteúdo, como exige o princípio da legalidade. Deste modo, o tipo se encontra de antemão no campo de tensão entre o fim e a precisão da lei (ROXIN, 2006a, p. 219).

Além da necessidade da pena com base no critério preventivo-geral, outro critério político-criminal reitor do tipo é o princípio da culpabilidade, que imprime um caráter ao tipo, excluindo-se deste as lesões a bens jurídicos produzidas por mera causalidade.

### **2.2.2 A antijuridicidade**

Inicialmente, Claus Roxin parte da distinção entre antijuridicidade formal e material. Aquela, na medida em que contradita uma proibição ou mandamento legal, e esta, quando ocorre uma lesão de bens jurídicos socialmente nociva. A antijuridicidade formal é uma categoria do Direito Positivo, enquanto a material é um princípio de política criminal.

Portanto, é a antijuridicidade o setor das soluções sociais dos conflitos, o campo em que se chocam os interesses individuais opostos ou as exigências sociais com as necessidades do indivíduo. Também é o espaço em que se trata de conciliar as intervenções necessárias de caráter administrativo com o Direito ou quando situações de necessidade iminentes e imprevisíveis exigem uma decisão, a qual deve ser sempre aquela socialmente justa (ROXIN, 2006b, p. 59).

Diante das premissas supra, deve haver uma sistematização das causas de justificação, o que resta dificultado em face das peculiaridades e variados fundamentos encontrados em cada causa excludente da antijuridicidade. Por esta razão, a condução destas causas, a partir de uma ideia reitora comum, cairia em um plano abstrato e sem conteúdo, razão pela qual cada causa deve ser justificada segundo suas particularidades (ROXIN, 2006a, p. 573).

Diante disso, estruturação em comento apenas pode dar-se mediante um enfoque pluralista<sup>4</sup>, o qual identifica em certos princípios sociais o funda-

---

<sup>4</sup> Segundo Juarez Cirino Santos (2007, p. 230), há dois grupos principais de teorias que fundamentam as justificações: as monistas, que destacam a finalidade como princípio unitário fundamentador das justificações (nesse sentido, Liszt, Sauer, Noll e Mezger), e as pluralistas, dentre elas, a de Claus Roxin, que fundamentam cada justificação com um princípio que lhe é peculiar.

mento das justificações, diferenciando-se esses postulados do tipo, dentre outros aspectos, na medida em que estes se encontram limitados pelos conceitos fixados, enquanto as razões que permitem a detenção de pessoas, entrada em moradias e ataques à integridade corporal alheia mudam constantemente (ROXIN, 2006b, p. 76).

Esses princípios ordenadores se apresentam em número e combinações diferentes nas diversas causas de justificação e permitem ver tanto a estrutura das causas de justificação em particular como seu contexto.

Basicamente, são apontados cinco princípios ordenadores sociais: da proteção, da prevalência do Direito, da proporcionalidade, da ponderação de bens e da autonomia, restando ponderar que não consistem em *numerus clausus*, nem assim poderiam ser concebidos em face das peculiaridades ora explanadas (ROXIN, 2006a, p. 575).

A título de exemplificação, trataremos de apenas duas excludentes de antijuridicidade, quais sejam, legítima defesa e estado de necessidade.

Na excludente da legítima defesa, os princípios da autoproteção de bens ou interesses e o da prevalência do direito são os regentes, de modo que qualquer pessoa, a princípio, tem o direito de se defender de ataques proibidos de tal maneira que não sofra nenhum dano, importando aqui salientar que os mandamentos referidos encontram limites no princípio da proporcionalidade, reitor de todo o ordenamento jurídico, que conduz à renúncia da legítima defesa nas hipóteses de absoluta desproporcionalidade entre os bens em conflito (ROXIN, 2006a, p. 78).

Já no tocante ao estado de necessidade, os argumentos utilizados para justificá-lo baseiam-se inicialmente na controvérsia existente entre as duas teorias que pretendem definir sua natureza jurídica, quais sejam, a unitária e a diferenciadora<sup>5</sup>, tendo sido aquela adotada no ordenamento jurídico pátrio.

Claus Roxin (ROXIN, 2006b, p. 79) ao tratar do tema alega que o estado de necessidade defensivo se baseia nos princípios da autoproteção e ponderação de bens, enquanto o estado de necessidade supralegal está amparado pela ponderação de bens e pela autonomia.

---

<sup>5</sup> A teoria unitária disciplina o estado de necessidade como causa exclusivamente justificante ou exculpante, não fazendo a diferenciação em face do valor dos bens jurídicos tutelados; já a teoria diferenciadora disciplina o estado de necessidade simultaneamente como causa excludente da antijuridicidade e da culpabilidade dependendo da valoração dada aos bens jurídicos em conflito.

Por sua vez, Juarez Cirino Santos sustenta a justificação da excludente em análise em três fundamentos: primeiro, no do espaço livre do direito, diante da impossibilidade de o ordenamento jurídico disciplinar conflitos insolúveis; segundo, na preponderância ou equivalência do bem jurídico protegido; e, terceiro, na exculpação, verifica-se a inexigibilidade de comportamento conforme ao direito, em hipótese de bens jurídicos equivalentes (SANTOS, 2007, p. 247).

Em que pese concordarmos com o explicitado aqui, as explicações apresentadas se encaixam na hipótese da teoria diferenciadora, a qual, apesar de entendermos como a mais escoreta, não é adotada no ordenamento brasileiro, o que nos faz ver como necessária a fundamentação da excludente aqui analisada em face da teoria unitária.

A ponderação de bens não faz sentido, uma vez que a natureza da excludente – para a teoria adotada no Brasil – não é afetada pela relação valorativa entre os bens em conflito; também não há que se falar em prevalência do direito, uma vez que não há no estado de necessidade nenhuma agressão injusta ou ato ilícito a ser enfrentado pelo agente que atua sob o manto da excludente.

Pelos motivos expostos, apenas vemos como plausíveis de fundamentar o estado de necessidade as teorias da autoproteção e da autonomia.

### **2.2.3 A culpabilidade**

Em face de ser o instituto da culpabilidade o foco do nosso trabalho, bem como ter sido inserido na categoria de responsabilidade, faremos sua análise em item próprio, com os devidos detalhamentos e críticas.

## **3 Responsabilidade e culpabilidade**

Aqui chegamos ao ponto alto do trabalho, de modo que serão analisados ambos os institutos, evolução e delineamentos para verificarmos como operam no sistema de Claus Roxin. Notamos, inicialmente, que a culpabilidade deixou de ser um elementar *per si* do sistema e passou a ser um compartimento em outro elemento, qual seja, a responsabilidade.

### **3.1 Evolução histórica da culpabilidade**

Inicialmente, faz-se de grande importância elencarmos que há diferentes concepções de culpabilidade, dentre elas, uma como princípio, que estatui o brocardo jurídico *nula poena sine culpa* vedando a responsabilidade objetiva, e outra que a coloca como elemento do crime, sendo esta última, foco do nosso trabalho.

Os antecedentes da teoria da culpabilidade remontam ao Direito Penal italiano da Baixa Idade Média, particularmente dos séculos XVI e XVII, tendo Samuel von Puffendorf (1634-1694) como primeiro a se aproximar da ideia de culpabilidade. No entanto, a sistematização é de data recente, em meados do século XIX com Adolf Merkel e Karl Binding, os quais delinearão a definição e estrutura de culpabilidade em moldes semelhantes às concepções atuais (BITTENCOURT, 2006, p. 417).

Considerado por Eugenio Raúl Zaffaroni (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 517) o conceito mais debatido da teoria do delito, é o elemento em que o homem está mais presente do que nunca. Trata-se de uma espécie de coroamento da teoria, pois todos os erros cometidos nos estratos anteriores terão aqui repercussão.

Também sobre a importância da categoria aqui analisada, Liszt diz que “É pelo aperfeiçoamento da doutrina da culpa que se mede o progresso do Direito Penal” (LISZT, 2003, p. 260). Por sua vez, Claus Roxin (2008, p. 135) expõe que nenhum elemento do direito penal é tão controverso e indispensável quanto a culpabilidade, de maneira que esta é a espinha dorsal, tanto da imputação objetiva quanto da subjetiva.

Importa aqui fazer uma diferenciação entre justificação e culpabilidade, antes de prosseguir no tema. O conceito analítico de fato punível ou de crime é edificado com base nas categorias elementares do tipo de injusto e da culpabilidade, aquele como objeto de valoração e esta como juízo de valoração (SANTOS, 2007, p. 281).

No momento em que dada conduta é justificada, comunica o Direito que esta é tolerada, permitida pelo ordenamento, mas não fomentada ou estimulada, tal tolerância se dá por razões estudadas linhas atrás, que, conforme vimos, podem variar segundo a concepção adotada.

Se, ausente a ilicitude, o direito não permitiu ou não tolerou aquela conduta, ela é proibida, sendo, portanto, ilícita penalmente, no entanto, o agente não pratica crime por outras razões, as quais também variarão consoante a teoria que seguirmos.

A alternância entre conduta ilícita e não culpável ou lícita tem, além de diferenças comunicativas, importância para efeito de indenização, pois na justificação há uma situação de conflito que o direito resolve concedendo excepcionalmente uma permissão, enquanto na culpabilidade há uma situação na qual a ordem jurídica restou violada (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 518).

O conceito atual preponderante de culpabilidade normativa é produto inacabado de uma evolução que se estende por séculos, desde o conceito psicológico do século XIX, passando pelos conceitos psicológico normativo, normativo puro e, finalmente, já no século XXI, surge a ideia de Claus Roxin, da responsabilidade, que guarda em si a ideia de culpabilidade normativo-empírica, objeto do nosso trabalho e que será tratada a seguir com mais detalhes.

### **3.1.1 Concepção psicológica**

A teoria psicológica tem estrita correspondência com o causal-naturalismo de Franz von Liszt e Ernst von Beling, sendo produto do positivismo científico imperante no final do século XIX, impulsionado pelas teorias de Charles Darwin, Herbert Spencer e Auguste Comte (PRADO, 2007, p. 424).

Para que se pudesse falar em culpabilidade, fazia-se necessária uma ligação subjetiva entre o autor e o fato, sendo a culpa – como elemento do crime – definida por Franz von Liszt (2003, p. 60) como a responsabilidade pelo resultado produzido.

Dessa forma, preenchia-se a culpabilidade com o pressuposto da imputabilidade do agente e um dos elementos subjetivos que deveriam estar presentes, quais sejam, dolo ou culpa.

Nessa concepção, vigorava uma dicotomia entre duas categorias: o injusto, formado pela tipicidade e pela antijuridicidade, e a culpabilidade; a tipicidade e a antijuridicidade tinham até então natureza eminentemente objetiva, pois vigorava a concepção de tipo criada por Ernst von Beling (datada de 1906), inspirada no *Tatbestand*, a qual conferia à tipicidade cunho objetivo; a antijuridicidade era vista como contrariedade da conduta em face do ordenamento. Já a culpabilidade tinha natureza subjetiva, em face dos elementos dolo e culpa nele presentes.

Também podem ser usados outros termos para se diferenciar as duas fases na estrutura analítica; a primeira externa, consistente na contrariedade do fato ao conjunto de normas, e a segunda interna, marcada pelo vínculo subjetivo já mencionado. Percebe-se, portanto, dessa construção sistemática, que era inexistente qualquer aspecto valorativo ou normativo.

Nesse vínculo psíquico em que consistia a culpabilidade esgotava-se todo seu conteúdo, e é justamente a existência desse liame que tornava o agente responsável pelo fato praticado. Não obstante o que mencionamos linhas atrás, fazia-se necessário o pressuposto da imputabilidade, o que torna então a posição do agente perante a lei penal dividida em três momentos:

a imputabilidade, a culpabilidade e, por fim, se ocorridos os anteriores, a responsabilidade penal (BRUNO, 2005, p. 15).

Portanto, apenas ficaria afastada a culpabilidade, segundo esse raciocínio, por algum evento que eliminasse o vínculo psicológico existente, como o erro e a coação (BITTENCOURT, 2006, p. 418).

Ressaltamos que o dolo existente na concepção em apreço é o chamado dolo normativo, uma vez que é explicitado, para Franz von Liszt, pela teoria da representação, a qual pressupõe a representação subjetiva e a previsão do resultado como certo ou provável<sup>6</sup>.

O termo “psicológica” sugere que a culpabilidade, por ser interna e deter uma relação entre o agente e a conduta praticada, apenas pode estar situada na própria mente do agente, raciocínio esse que já nos permite tecer a primeira crítica à essa visão de culpabilidade, relacionada à culpa inconsciente.

Ora, se o dolo consistia, dentre outros aspectos, em previsão e, daí sim, estaria na mente do agente, como explicar no mesmo elemento delitivo (culpabilidade), também como relação interna, a culpa inconsciente sobre a qual nem há previsão subjetiva? A inobservância de um dever de cuidado não é algo que está na mente do agente, mas sim fora dela e só pode ser analisada por terceiros. Em face disso, verificou-se que é incoerente a culpa – especialmente a inconsciente –, dentro de um aspecto psicológico e na mente do agente.

Mesmo com relação à culpa consciente, quando a doutrina, de um modo geral, tentava justificar pela previsibilidade subjetiva existente – o que não ocorre na inconsciente –, recebeu críticas no sentido de que mesmo assim não há nenhuma relação psíquica, mas somente mera possibilidade (BITTENCOURT, 2006, p. 419).

Outra dificuldade encontrada pela teoria psicológica foi explicar as situações em que não havia responsabilidade penal, ainda que subsistisse o dolo e, portanto, o nexó psicológico; por exemplo, nas hipóteses de embriaguez, estado de necessidade exculpante, em que não há culpabilidade.

---

<sup>6</sup> Para Franz von Liszt (2003, p. 276), o dolo compreende a representação do ato voluntário, a previsão do resultado e a representação de que o resultado será efeito do ato voluntário, portanto, a representação da causalidade. É considerado normativo, pois o que no finalismo será chamado potencial consciência da ilicitude está nesta construção dentro do próprio dolo, mas apenas como consciência da ilicitude.

### 3.1.2 Concepção psicológico-normativa

A teoria que agora será analisada, também chamada de complexa (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 520) ou simplesmente normativa<sup>7</sup> da culpabilidade teve como nome inicial o de Reinhard Frank, em 1907 (*Über den Aufbau des Schuldbegriff*), quando este afirmou que a culpabilidade não se esgotava no nexó psicológico; ademais, disse o autor, “um comportamento proibido só pode ser atribuído à culpabilidade de alguém se é possível reprovar-lhe sua realização” (FRANK apud SANTOS, 2007, p. 284). Dessa forma, acrescentou-se à culpabilidade a ideia de reprovabilidade baseando-se na teoria das circunstâncias concomitantes.

Diante da teoria em análise, o estado anormal das circunstâncias em que o autor atua é elemento da culpabilidade. Circunstâncias anormais afastariam a reprovabilidade; dessa maneira, a culpabilidade é ao mesmo tempo relação psicológica e juízo de reprovação, consequência essa que nos autoriza a ratificar nossa opinião de que chamar tal concepção unicamente de normativa é indesejável.

Em seguida, James Goldschmit (1913) afirma que a culpabilidade, além de relação psíquica, é uma valoração de acordo com a exigência normativa (GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de La culpabilidad*, apud PRADO, 2007, p. 426). Essa ideia é explanada com base nos conceitos de “norma de dever” e “norma de direito”, os quais fixam o limite extremo das vigências postas à motivação, ou seja, à exigibilidade (GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de La culpabilidad*, apud PRADO, 2007, p. 426). A motivação normal, ou seja, a atuação do agente sem qualquer impedimento à sua capacidade de compreensão do ato é característica positiva da culpabilidade, enquanto a motivação anormal é sua característica negativa (PRADO, 2007, p. 426).

A distinção entre norma de direito e norma de dever, aquela relacionada ao injusto e com caráter objetivo e geral e esta relacionada à culpabilidade

---

<sup>7</sup> Esta concepção, a nosso ver, é indesejada, pois confunde a teoria normativa com a normativa pura de Hans Welzel, além do que, tratar institutos ou teorias diferentes com o mesmo nome, é anticientífico, bem como conduz a confusões, daí a necessidade de diferenciá-los no que tange à nomenclatura. Em regra, faz-se isso dividindo-se entre *lato* e *stricto sensu*, o que, segundo entendemos, também não resolve, permanecendo a falta de tecnicismo. Nessa esteira, ver crítica de Juarez Cirino Santos (2007, p. 169, nota de rodapé).



e de caráter subjetivo e individual (BITTENCOURT, 2006, p. 421), permite, por um lado, fundamentar a reprovação do autor na consciência da antijuridicidade do tipo de injusto realizado e, por outro, fundar a exigibilidade de motivação conforme a norma de dever na normalidade das circunstâncias do fato (SANTOS, 2007, p. 285).

Posteriormente, Berthold Freudenthal (1922) concebeu o conceito de inexigibilidade como fundamento geral supralegal de exculpação, sob o seguinte argumento: se evitar um fato punível pressupõe capacidade de resistência inexigível, então a incapacidade de agir conforme a norma deve excluir a exigibilidade de comportamento diverso e, por consequência, a culpabilidade (SANTOS, 2007, p. 285).

Por fim, Edmund Mezger (1932), ao dar especial ênfase aos aspectos normativos, foi o grande difusor dessa concepção de culpabilidade, entendida como reprovabilidade. Por conseguinte, a concepção referida passa a ter como elementos a imputabilidade (que deixa de ser seu pressuposto), o dolo (ainda contendo a consciência da ilicitude, *dolus malus*) ou culpa e, por fim, a exigibilidade de conduta conforme o direito.

Um inconveniente da teoria em comento diz respeito ao dolo – ao mesmo tempo psicológico e normativo –, no caso do criminoso habitual ou por tendência, que, em decorrência do meio onde vive, não tem consciência da ilicitude e, por isso, é considerado inculpável, mesmo sua conduta sendo considerada altamente censurável (BITTENCOURT, 2006, p. 421).

### **3.1.3 Concepção normativa pura**

A ideia de culpabilidade pautada pela concepção normativa pura foi, sem dúvida, umas das maiores contribuições da teoria finalista para a dogmática jurídico-penal cujo ícone é o alemão Hans Welzel.

Iniciou-se a mudança na estrutura da culpabilidade ao retirar dela todos os elementos subjetivos e os transferir para a própria conduta. É importante aqui observar que não se trata de mero jogo de encaixe de peças por si só, como costuma ser explanado, mas, ao contrário, há razões filosóficas e questões práticas a influenciarem a presente mudança.

Para fundamentar a mudança em questão, Hans Welzel (2001, p. 35) afirma que o defeito fundamental da teoria da ação causal é desconhecer a função absolutamente constitutiva da vontade como fator de direção da ação, ademais, ignora que toda ação é uma obra mediante a qual a vontade humana configura, dirigindo o suceder causal. Continua o jurista alemão demonstrando o fracasso da teoria causal no que tange à tentativa, pois esta

não é um mero processo causal que não produz seu efeito, mas sim uma ação que aponta para um resultado previamente eleito, portanto, ação que tem a vontade como seu elemento constitutivo (WELZEL, 2001, p. 35).

Ademais, Hans Welzel (2001, p. 36) alerta que o dolo constitui uma espécie de vontade final de realização das circunstâncias de fato de um tipo legal e, por conseguinte, é elemento da ação e parte desta, que se compõe não apenas de elementos objetivos, mas também de subjetivos. Portanto, ao se retirar o dolo do tipo e mantê-lo na culpabilidade, retira-se, na verdade, o próprio tipo subjetivo.

Assim, excluídos os componentes ditos “psicológicos”<sup>8</sup> da culpabilidade, esta passa a ser um mero juízo de valor, expresso pela reprovabilidade. No tocante ao dolo, este passa a ser apenas a consciência e vontade da realização do tipo (WELZEL, 1956, p. 74), exigindo apenas o conhecimento real e atual das características do tipo no momento do fato, enquanto a consciência da ilicitude conforma-se com o conhecimento em potencial (WELZEL, 1956, p. 174). Em consequência disso, a potencial consciência da ilicitude ou da antijuridicidade, por ser um juízo que se faz acerca do autor, permanece na culpabilidade, mas separada do dolo, o qual deixa de ser considerado normativo ou *dolus malus*.

Representa-se a culpabilidade nesta concepção pelo termo reprovabilidade e contém uma dupla relação: a ação do autor não é como exige o direito, apesar de ele, autor poder ter agido conforme a norma. A reprovabilidade aludida linhas atrás incide sobre a resolução da vontade, pois esta se construiu e se exteriorizou de forma antijurídica, embora pudesse ter se desenvolvido conforme a norma.

Claus Roxin (2006a, p. 797), ao tratar dessa concepção, alega que a culpabilidade como reprovabilidade realmente é uma condição necessária para fazer o indivíduo responder por sua conduta, no entanto, não suficiente para determinar a responsabilidade, pois deve ser acrescentada a necessidade preventiva da pena como requisito da responsabilidade.

O autor supracitado exemplifica com o excesso na legítima defesa impulsionado pelos afetos astênicos, alegando que essa conduta é reprovável

---

<sup>8</sup> A ressalva feita pelas aspas está a indicar que, a nosso ver, a culpa não tem caráter psicológico, mas sim valorativo, normativo, daí o porquê de ela não ser explicada adequadamente pela teoria psicológica da culpabilidade, conforme já analisado.

e culpável, no entanto, nesta situação, o legislador não considera necessária a imposição de uma pena.

### **3.2 Culpabilidade e livre-arbítrio**

A culpabilidade, por incidir sobre a resolução de vontade, conforme explicitado linhas atrás, parte do pressuposto de que somente aquilo que depende da vontade do agente pode ser censurado, ou seja, somente quando este podia agir conforme a norma e não agiu, sua conduta será tida como reprovável.

Para censurarmos alguém por uma atitude, é necessário que saibamos se o agente que praticou dada conduta tinha condições de agir de forma diversa, ou seja, nas circunstâncias do caso concreto, tinha a liberdade de optar entre o ato conforme a norma e mesmo assim logrou seguir o caminho antijurídico.

Essa liberdade de escolha, diante de uma dada circunstância, chamada de livre-arbítrio, é o que tem fundamentado a estrutura tradicional da culpabilidade.

A submissão da culpabilidade ao livre-arbítrio conduz ao que Figueiredo Dias (2007, p. 516) chama de *culpa da vontade*, pois erige-se a liberdade da vontade como pressuposto material para aferição da culpabilidade.

Com relação à impossibilidade de demonstração do poder-agir de outro modo na culpabilidade, Francisco de Assis Toledo (1994, p. 244) posiciona-se no sentido de que é um esforço inútil pretender comprovar ou demonstrar que um ato ou o homem são livres.

A ideia de liberdade seria verificada da própria vivência do homem, de suas experiências, não necessitando ser demonstrada empiricamente. Essas experiências nos forneceria a sensação de poder-agir de outro modo. Ademais, sem acreditarmos nessa liberdade como uma “crença”, toda a convivência humana estaria comprometida, pois dessa é um verdadeiro fundamento (TOLEDO, 1994, p. 244).

A afirmação feita por Francisco de Assis Toledo, em que pese te cunho extremamente pragmático, não se mostra suficiente para encerrar um problema tão intrincado quanto o do livre-arbítrio. Na verdade, o jurista citado nem teve essa pretensão.

Simplemente pela sua importância e necessidade para o fundamento não só da culpabilidade, mas de boa parte da essência humana, acredita-se na possibilidade da liberdade de agir, sem nenhum outro contorno que lhe

dê sustentáculo científico, mas tão somente crê-se nela, pois seria indispensável à culpabilidade.

Com a devida vênia, vemos com receio essa posição, pois estamos analisando um dos requisitos para aferição da prática delitiva e não podemos agir dessa forma quando são trazidos à lume valores tão estimados e preciosos que o Estado deve guardar, como a liberdade e a dignidade, dentre outros.

A simples aceitação do livre-arbítrio porque sem ele o sistema padeceria não é motivo para pensar dessa maneira; ademais, conforme será explicado adiante, as sensações ou impressões que temos por vezes podem nos induzir a erro, motivo pelo qual devem ser vistas com parcimônia.

Figueiredo Dias (2007, p. 516) também menciona as dificuldades que surgem ao ser feita essa abordagem da culpabilidade. A primeira é a impossibilidade de demonstração empírica; e a segunda, a insustentabilidade político-criminal dessa liberdade.

O “poder agir de outro modo” teria que ser passível de comprovação tanto na vertente teórica quanto na prática, pois só assim será possível obter-se um critério exequível para demonstrar a culpabilidade, no entanto, não existe essa comprovação. Em face dessa situação e do fracasso da sociologia e da psicologia em concluir algo sobre o tema, o catedrático de Coimbra sustenta que a referência ao livre-arbítrio como pressuposto material da culpabilidade deve ser abandonada.

A propósito do problema político-criminal, o inconveniente seria o de, sempre que o criminoso afirmasse não poder agir de outra maneira e não se fizesse prova do contrário, ele seria absolvido com base no princípio *in dubio pro reo*. Outro problema diz respeito ao fato de que justamente o criminoso de maior periculosidade, que vive em um ambiente mais criminógeno, teria sua pena diminuída em face da diminuição do seu poder de liberdade de ação (DIAS, 2007, p. 518).

Claus Roxin (2008, p. 147) também critica o critério do livre-arbítrio, alegando que este, além de empiricamente inverificável, é quase inviável, o que enseja o fracasso dessa concepção, pois se baseia em um pressuposto não verificável. Ademais, a apreciação da culpabilidade amparada em um fenômeno não constatável deveria ao menos, em tese, conduzir sempre a uma absolvição em face do princípio *in dubio pro reo*.

Ainda, pode-se afirmar que a maioria das pessoas tem a sensação de poder, ao menos em regra, agir segundo sua livre vontade. Isso não comprova muito, pois, da mesma forma que nossos olhos nos passam a impressão de que o Sol gira em torno da Terra, essa sensação de liberdade também

pode nos enganar, além de que até mesmo os loucos na maioria das vezes consideram-se normais (ROXIN, 2008, p. 147).

Em face do inconveniente ora explicitado, tentou-se criar um conceito de culpabilidade que não dependesse da capacidade de livre-arbítrio do agente. Daí surgiu a concepção de culpabilidade como agir ilícito. Apesar da idoneidade para ser destinatário das normas, chegou-se a esse conceito no nosso idioma pela tradução de Luís Greco que entendeu ser esse o que guarda maior correspondência semântica com o nome original em alemão<sup>9</sup>.

Pela tradução que fizemos com base no Tratado de Claus Roxin em espanhol, dá a culpabilidade quando o agente, no momento do fato, tem a capacidade de se comportar conforme a norma, quando lhe é psiquicamente acessível a tomada de decisão orientada conforme a norma e quando a possibilidade psíquica de controle existente encontra-se naquele caso concreto, portanto, não se trataria de uma hipótese indemonstrável, mas de um fenômeno científico empírico (ROXIN, 2006a, p. 807).

Em existindo esta dirigibilidade ou acessibilidade normativa ou ainda aptidão para ser destinatário da norma, não haveria necessidade de se comprovar o livre-arbítrio, pois parte-se do pressuposto de que o agente podia se comportar conforme a norma e se tornou culpável por não adotar uma alternativa que lhe era acessível. Na verdade, não se analisa se o agente podia atuar de outro modo, o que na verdade não se pode saber, mas apenas se verifica se existia uma capacidade de controle intacta e com ela a acessibilidade normativa. No caso de isso ocorrer, o agente será tratado como livre (ROXIN, 2006a, p. 808).

A constatação normativa de que uma pessoa cuja capacidade psíquica de controle em determinada situação está em ordem e por essa razão pode atuar livremente, é amparada pela autocompreensão natural do ser humano que se baseia na consciência de liberdade; existe, de certa maneira, um acordo de que o Direito Penal deve partir do livre-arbítrio, mesmo que não o possa demonstrar (ROXIN, 2006a, p. 809).

---

<sup>9</sup> No caso, a expressão *Unrechthandeln trotz normativer Ansprechbarkeit*. Há outros termos; na tradução do Tratado de Roxin em espanhol feita por Díaz Y García Conlledo recebe o nome de *asequibilidad normativa*; por sua vez, Juárez Cirino Santos (2007, p. 290) chama de dirigibilidade normativa. Ambos os conceitos são criticados por Luís Greco por acreditar que não explicitam de modo satisfatório a ideia contida na expressão germânica.

Essa concepção de culpabilidade defendida tem caráter misto, de cunho empírico-normativo, uma vez que, por um lado, a capacidade geral de autocontrole e a aptidão para ser destinatário das normas são empiricamente constatáveis e, por outro, será analisada normativamente a possibilidade de comportamento conforme o direito.

Há críticas a essa concepção em razão do entendimento de que um determinista não deveria adotá-la, pois, para fazê-lo, necessariamente, deveria crer no livre-arbítrio. No entanto, segundo expõe Claus Roxin, justamente por sua concepção não depender do livre-arbítrio, é que tanto deterministas quanto indeterministas podem adotá-la, já que a liberdade – ou sua ausência – não é requisito para fundamentar a culpabilidade.

### **3.3 Culpabilidade e necessidade preventiva como pressupostos da responsabilidade**

Por fim, expostas as concepções anteriores e a discussão acerca do livre-arbítrio na culpabilidade, insta fazermos a análise da responsabilidade que é elevada à categoria delitiva e tem como pressupostos, entre outros, a culpabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a normalidade das situações em que atua o agente (ROXIN, 2006a, p. 791), sem prejuízo da existência da função preventiva da pena para que este seja responsável. É importante ressaltar que os aspectos preventivos podem ser constatados tanto como excludentes de responsabilidade como da própria culpabilidade.

A exigibilidade de conduta diversa não se encontra aqui inserida justamente pela impossibilidade já demonstrada de se verificar e comprovar empiricamente o “poder-agir de outro modo”.

Para a concepção aqui analisada, um sujeito atua culpavelmente quando realiza um injusto jurídico penal, mesmo que ao momento tivesse capacidade suficiente de autocontrole e pudesse agir em atenção à norma no caso concreto, de modo que lhe era psiquicamente acessível uma alternativa de conduta conforme ao Direito. Uma atuação desse modo culpável, a princípio, precisaria de uma sanção penal por razões preventivas (ROXIN, 2006a, p. 792).

A categoria delitiva, que a princípio seria a culpabilidade, vem enriquecida do ponto de vista político-criminal pela teoria dos fins da pena. Enquanto a teoria do ilícito responde à pergunta sobre que atos são objeto de proibições penais, a categoria da responsabilidade visa solucionar o problema dos pressupostos com base nos quais o agente poderá ser responsabilizado penalmente pelo injusto praticado.

Tradicionalmente, denominou-se culpabilidade a categoria do delito que segue o injusto; com isso, reduz-se o problema, pois a ideia de que o legislador, ainda que exista culpabilidade, renuncia à pena quando esta não se demonstra indispensável contribui de maneira importante para a solução de alguns problemas discutidos durante a exclusão da responsabilidade. Ademais, apenas mediante o reconhecimento da culpabilidade e da necessidade preventiva como pressupostos da responsabilidade, a dogmática pode conectar-se com a teoria dos fins da pena, pois hoje se reconhece que apenas culpabilidade e necessidades preventivas conjuntamente podem dar lugar a uma sanção penal.

Portanto, o legislador pode renunciar a uma sanção, ainda que exista mínima culpabilidade, pois, nesses casos, não se justifica uma pena estatal, quando desnecessários ou sem efetividade os efeitos preventivos (geral ou especial) que recairiam sobre o agente (ROXIN, 2006b, p. 89).

Em face do exposto, é mais exato falar de responsabilidade em vez de culpabilidade, pois esta consiste apenas em um dos fatores que decidem sobre a responsabilidade jurídico-penal.

Não obstante, contentar-se unicamente com a culpabilidade do autor seria referendar o ponto de vista das teorias retributivas puras, segundo as quais o sentido da pena se encontra exclusivamente na compensação da culpabilidade.

O raciocínio retributivista enseja a ideia de que a pena deve corresponder não só ao limite, mas ao fundamento da pena (concepção bilateral), consequência essa que Claus Roxin (2008, p. 86) entende como inaceitável, pois vê a culpabilidade apenas como limite da pena (concepção unilateral), tanto é que esta pode ser inferior por motivos de prevenção.

Portanto, não bastando a culpabilidade para fundamentar a pena, devem-se demonstrar presentes também as considerações preventivas gerais ou especiais, para que o agente seja responsabilizado pelo fato cometido.

Desse modo, a responsabilidade designa, após a antijuridicidade, uma valoração ulterior e que por regra geral dá lugar à punibilidade, na estrutura do delito. Conforme assinalamos linhas atrás, a responsabilidade depende, além da prática do injusto, de dois dados: da culpabilidade e da necessidade preventiva da sanção penal.

Essa ampliação da categoria delitiva, ao contrário do que se pode pensar, não geraria insegurança jurídica, segundo Claus Roxin (2008, p. 793), pois, conforme sustenta:

Cuando se interpreta el Derecho vigente no se trata de posibilitar al juez una exención de pena conforme a sus propias representaciones político-criminales, sino que se deben averiguar las hipótesis preventivas que sirven de base a la ley. Ello no abre mayores espacios de libertad que los que en otros casos se conceden a la interpretación del Derecho vigente y al desarrollo de La dogmática jurídico-penal.

A exigência do reconhecimento da necessidade preventiva para que seja aplicada a pena demonstra uma posterior proteção ante a intervenção do Direito Penal. Passa-se, destarte, a exigir mais para a consideração da prática criminosa e, obviamente, havendo mais um aspecto a ser analisado, o crime precisa de mais requisitos para que se concretize, o que, desde que feito nos limites de certos parâmetros, é saudável ao Estado Democrático de Direito.

Portanto, a culpabilidade é concebida em um nível mais amplo, englobada pela responsabilidade, e esta, sim, considerada categoria delitiva.

### **3.4 Consequências da concepção adotada no funcionalismo teleológico-racional**

Com a proposta de construção analítica delitiva aqui estudada, que não consiste em mero “rearranjo de peças”, mas busca oferecer uma nova sistemática de teoria do delito, passa-se, conforme explicitado linhas atrás, a exigir mais para que se considere a prática delitiva, ou, em outros termos, com esse acréscimo de elementos para caracterização do delito cria-se mais um obstáculo à ocorrência do crime.

Em razão disso, o agente que comete o injusto responsável deve preencher mais requisitos para que se dê a prática delitiva, não apenas em face da necessidade preventiva da pena, mas também da imputação objetiva, requisitos esses que, respectivamente, na responsabilidade e na tipicidade atuam orientando a dogmática.

Ora, se são necessários mais elementos para que se configure o delito, então a princípio temos que restou diminuído o poder punitivo estatal, o *jus puniendi*, uma vez que os elementos integrantes do conceito analítico até então entendidos como tal não são mais suficientes.

Isso ocorre, pois, mesmo havendo o mínimo de culpabilidade, o agente pode não ser considerado responsável pelo fato praticado, uma vez que a relação entre responsabilidade e finalidade preventiva da pena tem perfeita consonância com o ideal do Estado Democrático de Direito, pois, além de tornar mais dificultosa a caracterização do delito, mitiga o poder estatal de punir.



Outro ponto positivo, ainda sob o prisma da garantia dos direitos fundamentais, é que será feita uma ponderação entre a aplicação da lei penal e o direito fundamental violado, com base na necessidade preventiva da pena (ROXIN, 2004, p. 71), para se aferir eventual exclusão da responsabilidade. Esse exercício de otimização jurisdicional um provimento judicial cujas garantias individuais são seu paradigma.

Uma das dúvidas que surgem diz respeito à verificação da necessidade de aplicação da pena, uma vez que, obviamente, esta não pode ser estipulada com base em total arbítrio do Juiz. Já ciente disso, Claus Roxin expõe que essa determinação será feita segundo a lei ou consoante as diretrizes valorativas e parâmetros legais (ROXIN, 2004, p. 66, 67), obviamente com certa discricionariedade, o que não fulmina ou prejudica a aplicação da lei penal, já que certa flexibilidade é necessária para a harmonização com o princípio positivado no art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal, qual seja, o da individualização da pena.

A caracterização da irresponsabilidade do agente em face da inexistência de prevenção (geral ou especial) nos conduz a outra consequência, que, aliada à crítica feita por Claus Roxin da concepção de culpabilidade como fundamento da pena, permite-nos concluir que, com a estrutura aqui analisada, almeja-se evitar a punição do agente e consequente aplicação de pena com caráter meramente retributivo. Portanto, praticado um injusto culpável e não havendo necessidade preventiva da pena, não há que se falar em crime e tampouco em aplicação da pena. *A contrario sensu*, aplicar a pena na hipótese de ausência da função preventiva é usar a força estatal simplesmente para punir por punir, retribuindo o mal praticado com outro mal, o que vai ao desencontro de um Direito Penal respeitador da Dignidade da Pessoa Humana.

Ora, se a concepção de Dignidade da Pessoa Humana<sup>10</sup> é fundamento da República, e o Direito Penal dá as costas a esse pilar normativo, temos que esse ramo do Direito está em conflito com o próprio modelo de Estado adotado, o que, por óbvio, não pode ocorrer sob pena de pôr em risco as próprias instituições estatais.

Outro ponto a ser ressaltado diz respeito ao tratamento que se pode dar à menoridade em face da responsabilidade. Como é cediço, a aferição

---

<sup>10</sup> É de grande valia lembrarmos da fórmula-instrumento de Immanuel Kant (2007, p. 239), segundo a qual o homem deve ser visto como um fim em si mesmo e não um meio para outro fim, sob pena de ter desrespeitada sua dignidade.

da inimputabilidade com base na idade do agente é feita unicamente por um critério biológico, o que gera uma situação, no mínimo, esdrúxula, pois o inimputável por menoridade de um dia para o outro se torna imputável, passando a responder penalmente pelos atos a partir daí praticados.

Obviamente, isso não quer dizer que o indivíduo no dia em que completa dezoito anos adquire pleno discernimento, pois antes este era ausente. Na verdade, o legislador assim agiu porque se fazia necessário traçar um parâmetro, uma referência, daí o porquê da presunção legal que emanou da Constituição Federal (art. 228).

Pois bem, expostas essas premissas e sem querermos ingressar na discussão acerca da menoridade<sup>11</sup>, faremos a análise de seu tratamento à luz do funcionalismo de Claus Roxin. A título de exemplo, o jovem de treze anos, ao quebrar a janela do vizinho, sabe, em regra, que não é permitido agir assim e pode comportar-se de acordo com essa exigência, ou seja, tem aptidão para ser destinatário das normas, no entanto, age de forma ilícita, mas mesmo assim não é punido.

Ora, se analisarmos racionalmente e com critérios dogmáticos, o adolescente do exemplo, em regra, é sim culpável, em que pese a disposição legal em contrário<sup>12</sup>, tanto assim que, na maioria dos casos, sofreria punição familiar por ter tido tal conduta.

Nessa hipótese, então, a dispensa de pena ocorreria segundo Claus Roxin (2008, p. 90), pois a coletividade não considera delitos cometidos por criança uma especial ameaça, faltando, portanto, uma necessidade preventiva geral de punição, além do que a tentativa de educar crianças

---

<sup>11</sup> Há quem sustente que a idade deve ser diminuída, outros no entanto, como Cezar Roberto Bittencourt (2006, p. 440) entendem que o critério da inimputabilidade deve ser mitigado, não visto de forma inflexível e maniqueísta como é atualmente (antes de dezoito é inimputável e depois de tal idade imputável), mas sim de forma gradativa, com uma responsabilidade penal diminuída, avaliando-se o caso concreto. Esta posição nos parece a mais razoável.

<sup>12</sup> Importante ressaltar aqui que não se quer com tal entendimento fazer uma interpretação *contra legem* ou modificar o tratamento jurídico dado pela Constituição Federal ao menor de dezoito anos, o que está posto no ordenamento assim está e continuará até que outra lei revogue tácita ou expressamente, até porque o raciocínio seguido tem fundamento em um dado sistema, que não é o aqui trabalhado. O que tento aqui é demonstrar o tratamento que seria dado, tanto pela lei, quanto pela dogmática, caso a linha de pensamento aqui explanada fosse aplicada.

por meio da aplicação de pena criminal é contraindicada do ponto de vista preventivo especial. Por consequência, tem-se a exclusão da responsabilidade, mas não da culpabilidade.

De fato, há outros meios, instâncias informais de controle – religião, esportes, cultura, educação, família –, muito mais adequados e idôneos para disciplinar e socializar menores de idade que praticam ilícitos penais. Portanto, as discussões e análises dos casos em torno da maioridade devem ter em vista não apenas a capacidade de culpabilidade legalmente exposta, mas também a necessidade preventiva da sanção.

Tanto a maioridade quanto as excludentes de antijuridicidade por afetos astênicos – no caso de desespero – não podem, segundo Claus Roxin (2008, p. 158), ser compreendidas adequadamente se analisadas somente sob o aspecto da culpabilidade.

Na hipótese de erro de proibição, há, em regra, a isenção de pena quando for inevitável (art. 21 do CP). Acerca do assunto, defende o penalista alemão que nenhum erro de proibição é, na prática, absolutamente inevitável, pois se a situação em foco ocorresse, a proibição penal seria nula em face do princípio da determinação (ROXIN, 2008, p. 158).

Claus Roxin demonstra hipóteses de exclusão de responsabilidade positivadas no *Strafgesetzbuch* (*StGB* – o Código Penal alemão), no entanto, não agiremos dessa maneira, pois alguns institutos lá tratados não são delineados em nosso ordenamento. Preferimos demonstrar aqui, no nosso Código Penal, com base em nosso entendimento, uma hipótese que se encaixaria na situação abordada.

O art. 121, § 5º, do CP, que traz uma hipótese de perdão judicial, é, a nosso ver, clara hipótese de exclusão de responsabilidade por não haver necessidade preventiva na aplicação da pena, haja vista o próprio dispositivo em seu fim aludir à falta de necessidade da sanção penal<sup>13</sup>.

Provavelmente, há muitas consequências que poderiam ser mencionadas se continuássemos a explanação – como o estado de necessidade exculpante –, no entanto, tornaria o trabalho cansativo para o leitor e ultra-

---

<sup>13</sup> Art. 121, § 5º: “Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.”.

passaria nosso objetivo, qual seja, apontar de forma genérica as implicações do modelo aqui trabalhado.

## **Conclusão**

Propomo-nos, no transcorrer deste trabalho, a traçar um panorama geral acerca do funcionalismo de Claus Roxin com ênfase na culpabilidade. Inicialmente, foi de grande importância tratarmos, ainda que em breve síntese, dos modelos dogmáticos e sistemas existentes – ao menos os mais conhecidos –, para identificar possíveis equívocos nos modelos em questão, muitas dessas críticas com esteio na análise do próprio Claus Roxin.

Fez-se necessária ainda, antes da análise da teoria funcionalista moderada, uma breve explanação acerca da relação entre dogmática jurídico-penal e política criminal, haja vista ter a presente análise importância crucial para o ulterior entendimento das ideias que seriam expostas nos itens seguintes.

Ante a posição existente de ser desnecessária a manutenção de um sistema, iniciamos o segundo item justificando a necessidade de sua existência, momento em que elencamos algumas consequências que geram o referido posicionamento.

Já com algumas bases assentadas em nosso trabalho, por fim, passamos a traçar e delimitar as linhas gerais do funcionalismo teleológico-racional. Fizemos referência a dois institutos que são de plena importância nesse sistema, quais sejam, a imputação objetiva e a consideração da culpabilidade e da necessidade preventiva da pena como partes da responsabilidade, esta sim, elemento do crime.

Em seguida, estudamos cada categoria delitiva sob o bojo do sistema roxiniano, isto é, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade – esta última, incluída na responsabilidade –, que, por ser o foco do nosso trabalho, restou analisada no último item com mais detalhamento.

No terceiro e último item, ao analisarmos a culpabilidade e a responsabilidade, tecemos um breve contorno histórico da concepção da culpabilidade e, na medida do possível, colocamos as críticas mais comumente feitas em cada modelo.

No próximo subitem foi tratada a questão da culpabilidade fundamentada pelo livre-arbítrio e, posteriormente, tecemos as críticas pertinentes a esse modelo. Em seguida, expusemos a proposta de Claus Roxin para o fundamento da culpabilidade, a qual faz independe da liberdade de agir

a fundamentação em referência, pelos inconvenientes demonstrados no trabalho.

Fizemos a explanação do tema envolvendo a culpabilidade e a necessidade preventiva da pena como requisitos da categoria delitiva “responsabilidade”, o que gerou, dentre outros motivos, a não mais aplicação da pena tão somente com a ocorrência da culpabilidade, que passa a ser um dos elementos necessários para a prática de crime e eventual punição.

Já no último subitem, fizemos alguns apontamentos no que tange às consequências da teoria estudada, em especial resultados práticos da mudança da categoria delitiva para responsabilidade.

Procuramos, na medida do possível e das limitações do trabalho, tomar como base as ideias do próprio Claus Roxin ao analisar o funcionalismo e seus contornos, apenas reportando-nos a outros autores com escopo de complemento. Vemos essa questão como de especial importância, pois, por vezes, algumas ideias e teorias estrangeiras, quando abordadas no País, não contam com o devido rigor científico ou com o devido comprometimento ao raciocínio original, o que prejudica a compreensão das teorias estudadas.

Optamos também por não tecer críticas ao modelo aqui apresentado, de maneira que o trabalho teve cunho expositivo-descritivo, e se adotou esse posicionamento, inicialmente, por ser um tema novo sobre o qual há pouca discussão; ademais, para que se possa criticar algo, é pressuposto o conhecimento sobre o tema. Em face de haver poucas obras tratando do tema e de não haver muito desenvolvimento sobre o assunto – ao menos no Brasil –, consideramos pertinente explicar as diretrizes que cercam o funcionalismo teleológico e o tratamento dado à culpabilidade, ainda que não o tenhamos feito em profundidade em razão de sua complexidade.

Salientamos, ainda, que as tendências anteriores, em sua maioria pelo excesso de formalismo e apego a estruturas lógico-objetivas, seja pelo caráter mecanicista ou ontológico, apresentavam diversos inconvenientes, dentre os quais o distanciamento dos problemas da realidade, além de essas estruturas não protegerem o Direito Penal de abusos como se pensara.

Justamente em decorrência dos inconvenientes apontados, surgiram as tendências ecléticas, assim chamadas por permitirem ingerências axiológicas na estrutura do delito, como forma de flexibilizar o modelo dogmaticamente fechado e aproximá-lo da realidade, bem como trazer uma resolução de problemas mais eficaz.

A flexibilização do modelo de dogmática, ao menos na concepção de Claus Roxin, à qual se ateuve nosso trabalho, dá-se com a penetração de

valores de cunho político-criminal, os quais atuariam como verdadeiros fundamentos do Direito Penal e da interpretação das categorias sistemáticas.

Já no sistema de Claus Roxin, mostrou-se interessante o conceito material de culpabilidade como agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário das normas. O referido conceito desvincula a culpabilidade do livre-arbítrio. Assim, não se pergunta neste caso se o agente podia agir de outra forma, de modo que tal ideia passa a ser irrelevante para a verificação da culpabilidade. Essa concepção, chamada pelo próprio Claus Roxin de empírico-normativa, teria a vantagem de ser empiricamente demonstrável, sem deixar de constituir um juízo de valor acerca da conduta proibida praticada.

No que tange à concepção da responsabilidade, englobando culpabilidade e necessidade preventiva da pena, esta também trouxe, a nosso ver, vantagens. Além dos motivos expostos no próprio trabalho, o fato de afastar a punição baseada meramente na retribuição, e, por via oblíqua, fazer que a culpabilidade deixe de ser fundamento da pena, já que esta não mais bastaria para tanto.

O que deve ser verificado é a aplicabilidade das ideias aqui analisadas no Brasil, pois, vale dizer, foram organizadas na Alemanha e, a princípio, para o modelo existente lá. Devemos atentar, portanto, para a possibilidade de sua implementação em nossa realidade. Ademais, é preciso discutir mais detalhadamente até que ponto a penetração axiológica na dogmática é, de fato, segura, como assevera Claus Roxin.

Por fim, devemos ater-nos à situação em que são cumpridas as penas no Brasil, especificamente as privativas de liberdade. Em teoria, é altamente desejável que se evite, por meio da dogmática, que a pena vise unicamente à retribuição, no entanto, o que se tem verificado na prática é que as punições, quando muito, têm conseguido surtir esse efeito.

Portanto, trata-se não da mera discussão de teorias, mas da forma como estas, aliadas a outros inúmeros fatores, inclusive de cunho administrativo, serão aplicadas, haja vista que só fazem sentido se tiverem aplicabilidade e relevância prática, até porque, é importante ressaltarmos que antes do Direito Penal se encontram as instâncias informais de controle e todos os demais ramos, e que este apenas deve ser levado em consideração quando todos estes institutos fracassam e não o contrário, como se tem visto nos dias atuais.

PARDAL, R. F. C. Responsibility and culpability in the teleological-rational functionalism. *Justitia*, São Paulo, v. 202/203, p. 309-349, Jan./Dec. 2011-2012.

- **ABSTRACT:** Over the decades there were several dogmatic proposals to the Criminal Law, each with its own peculiarities and scientific bases. The dogmatic molds applied so far, since the causalist to the finalist, go through a crisis that affects the very identity of the Criminal Law, because these models not meet the expectations of today's society, among other reasons, for not allowing infiltration axiological. It happens that the models in question, for being watertight and less susceptible to valuations, can be far from reality and ineffective in this case. Therefore, there are some trends, among them Claus Roxin. The teleological-rational functionalism, allowing the political-criminal penetration in the dogmatic, started to review the previous conceptions, including the neo-Kantian, and sought to functionalize the criminal categories in order to meet the political and criminal purposes, and on such innovation arisen two centerpieces: the objective imputation and the expansion of culpability to the idea of responsibility, the latter enriched by the purpose of punishment. The culpability, in turn, regardless of free will and placed in a larger context, demonstrates a new conception of tort theory, which certainly entail some practical consequences, as shown.
- **KEY WORDS:** Dogmatic. Political criminal. Functionalism. Culpability. Responsibility.

### Referências

BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Forense, 2005. t. II.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra, 2007. t. I.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1954. t. I, v. I.

- GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 32, out./dez. 2000.
- \_\_\_\_\_.; LOBATO, Danilo. *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación*. 2. edición. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal*. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003. t. I.
- MIR, José Cerezo. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: RT; Lima: ARA, 2007.
- PRADO, Luiz Régis Prado. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1.
- ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.
- \_\_\_\_\_. A culpabilidade e a sua exclusão no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 46, p. 46-72, jan.-fev. 2004.
- \_\_\_\_\_. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006a. t. I.
- \_\_\_\_\_. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006b.
- \_\_\_\_\_. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch, 2002.
- SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007.
- TAVARES, Juarez. *Teorías del delito: variaciones, tendencias*. Trad. Nelson R. Pessoa. Buenos Aires: Hammurabi, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.



---

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. v. I.

