

## 2

## Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal

CLAUS ROXIN

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Universidade Ludwig Maximilian, Munique.

### ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

**RESUMO:** O autor sustenta a necessidade da construção sistemática do Direito Penal, começando com uma crítica definitiva aos sistemas de Direito Penal fundados ontologicamente, a saber: o sistema clássico e o sistema fundado a partir da teoria finalista da ação. Após, empreende uma exposição crítica da teoria sistêmica e hegeliana defendida por Jakobs e seus discípulos, apontando os pontos de contato e as divergências entre esse sistema e o por ele defendido. Ao fim, expõe o autor a sua própria construção sistemática, fundada politicamente-criminalmente e que permite ao Direito Penal abranger tanto dados empíricos como normativos em sua construção dogmática.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria do delito – Sistemas de direito penal – Finalismo – Normativismo – Funcionalismo – Fundamentos político-criminais do sistema jurídico-penal.

**ABSTRACT:** The author supports the need to systematically construct Criminal Law starting with a definite criticism of Criminal law systems which have been ontologically founded namely: the classical system and the system which started from the finalist theory of action. Later, he critically addresses the systemic and Hegelian theory defended by Jakobs and his disciples, pointing out to similarities and discrepancies between both systems and the system defended by him. Lastly, the author proposes his own systematic construction, which is politically-criminally grounded and which enables Criminal Law to encompass both empiric and normative data in its dogmatic construction.

**KEYWORDS:** Theory of the offense – Criminal law systems – Finalism – Normativism – Functionalism – Political fundaments – Offenders of the legal-criminal system.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. A necessidade de um sistema de direito penal e a possibilidade de sua construção – 3. Sistemas de direito penal fundados ontologicamente: 3.1 O sistema “clássico” ; 3.2 A teoria finalista da ação – 4. A concepção sistêmica e hegeliana de Jakobs – 5.

A própria concepção, fundada politicamente-criminalmente: 5.1 O injusto; 5.2 Culpabilidade e responsabilidade.

### 1. INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

*José de Sousa e Brito* é um importante filósofo do direito, teórico do direito e penalista. Mais do que isso, é também uma adorável pessoa, que acompanhou a minha esposa e a mim em vários passeios por Portugal, mostrando-nos, assim, as belezas de sua terra natal. Ele também visitou, por várias oportunidades, nossa casa em Stockdorf. Dessa forma, tornamo-nos amigos. Em razão disso é que para mim representa uma grande honra e prazer oferecer uma pequena contribuição e participar, por ocasião dos 70 anos de *Sousa e Brito*, de um *Liber Amicorum* em sua homenagem.

Em maio de 1991, o *Prof. Brito* – que certamente me perdoará por encurtar, segundo o costume alemão, o seu sonoro nome – discorreu a respeito de um tema fundamental na para mim inesquecível comemoração do meu doutoramento *honoris causa* em Coimbra:<sup>2</sup> “Elaboração de um sistema jurídico-penal entre a jurisprudência formal dos conceitos e a dissolução funcional”. Ele propôs, nessa conferência, “na esteira de uma política criminal teleológica”, um sistema de delito fundado em “três valorações fundamentais”: tratava-se “da valoração do injusto construída sobre a lesão do bem jurídico ou do desvalor de ação; da valoração da culpabilidade, baseada na realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas; e, por fim, da valoração da punibilidade, reconduzida à necessidade de pena”.<sup>3</sup> O próprio *Brito* acentuou que essa concepção “se aproxima da hoje praticamente dominante doutrina de Roxin”.<sup>4</sup> De fato, considero

1. Trad. Alaor Leite e revisão de Luís Greco, do original *Gedanken zur strafrechtlichen Systembildung*, publicado em: *Liber Amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º aniversário – Estudos de direito e filosofia*. Orgs: Augusto Silva Dias; João Lopes Alves; Luís Duarte d’Almeida; Paulo de Sousa Mendes; João António Raposo. Coimbra: Almedina, 2009, p. 777-792.
2. BRITO. In: SCHÜNEMANN, Figureiredo Dias (Hrsg.). *Bausteine des europäischen Strafrechts*. Coimbra – Symposium für Claus Roxin, 1995, p. 71-86.
3. BRITO (como na nota de rodapé n. 2), p. 75.

essa configuração sistemática correta. Em razão disso é que posso recorrer a Brito ao tentar, nas próximas páginas, expor de forma mais aproximada minhas principais ideias sobre a construção sistemática do Direito Penal, discutindo com as concepções divergentes.

## 2. A NECESSIDADE DE UM SISTEMA DE DIREITO PENAL E A POSSIBILIDADE DE SUA CONSTRUÇÃO

Um Direito Penal concebido de forma sistemática não possui *status* de evidência nem mesmo em países com alto grau de desenvolvimento cultural. A Inglaterra, por exemplo, não conhece, em razão do *case law* que vige por lá, nem o que nós chamamos de parte geral do Direito Penal, nem mesmo sua sistematização e elaboração dogmática. Consequência disso é uma grande falta de clareza sobre conceitos relevantes como o de causalidade, dolo e culpabilidade.<sup>5</sup> Eis porque um Direito Penal concebido de forma sistemática é dominante não apenas na Europa, mas também na América Latina e na Ásia Oriental. Uma configuração sistemática permite reconduzir a extensa matéria dos pressupostos gerais do delito a conceitos fundamentais uniformes, esclarecer as relações entre eles e, através do desenvolvimento de soluções calculáveis e transcendentais aos casos individuais, garantir a isonomia na aplicação do Direito.

Decerto, a capacidade de rendimento de um sistema de Direito Penal depende de sobre quais fundamentos ele é edificado. É verdade que qualquer sistema leva alguma ordem ao mundo conceitual do Direito Penal. No entanto, se os elementos sistemáticos do Direito Penal forem construídos ou ordenados de forma incorreta, isso pode conduzir a resultados equivocados. Em razão disso é que a discussão em torno da estrutura sistemática correta no Direito Penal não é, como por vezes é mencionado, um estéril jogo conceitual, mas sim um trabalho sobre os fundamentos do Direito Penal. Gostaria de esclarecer isso nas páginas seguintes – na medida do possível, dentro do espaço de que disponho – com a ajuda de concepções sistemáticas que

4. BRITO (como na nota de rodapé n. 2), p. 76.

5. Isso aparece de forma pormenorizada no escrito de habilitação de Safferling que veio a lume em 2008: SAFFERLING, *Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*. A respeito, ver minha resenha em JZ 2008, p. 988.

dominaram o século XX ou que possuem grande influência na atualidade. Para tanto, iniciarei com as propostas sistemáticas fundadas ontologicamente que dominaram os dois primeiros terços do século XX e que ainda hoje possuem defensores em muitos países (item 3). Após, partirei para o modelo diametralmente oposto, uma concepção teórico-sistemática puramente normativa que, através de Jakobs e seus alunos estrangeiros, conquistou forte influência internacional na atualidade (item 4). Por fim, apresentarei meu próprio sistema, que recorre a ideias reitoras político-criminais e busca abranger tanto dados empíricos como normativos em sua relação dialética (item 5).

## 3. SISTEMAS DE DIREITO PENAL FUNDADOS ONTOLOGICAMENTE

### 3.1 O sistema “clássico”

O denominado sistema clássico de Direito Penal, situado no início do desenvolvimento dos sistemas e que ainda hoje é ensinado em certos países, baseia-se em fundamentos científicos naturalistas de significado essencial para o pensamento jurídico do século XIX. Todos os elementos objetivos do delito eram reconduzidos ao dogma causal e reunidos sob o conceito de injusto. Todas as partes subjetivas do acontecimento delitivo configuravam, segundo esse sistema, a “culpabilidade” do autor. A culpabilidade era, então, a segunda categoria do delito ao lado do injusto e se decompunha em dolo e culpa, entendidos como “formas de culpabilidade”.

A bipartição dos pressupostos do delito correspondia à exigência de distinções claras. O fato de se afirmar que o injusto seria algo objetivo e a culpabilidade algo subjetivo trazia consigo uma certa evidência também para o senso comum, o que explica o sucesso dessa proposta de sistema. Entretanto, suas fraquezas emergem de forma tão clara após um olhar mais acurado, que só se pode tratá-la atualmente como uma proposta definitivamente fracassada. As razões para tanto são as expostas resumidamente abaixo:

a) A recondução do injusto à causalidade acaba por proporcionar um âmbito objetivo de responsabilidade excessivamente amplo. O fabricante e o vendedor de um automóvel compõem a relação causal de um acidente fatal causado pelo comprador do veículo. Não parece

ser plausível afirmar aqui que eles realizaram um injusto de homicídio.

b) Nas omissões, falta a causalidade em sentido científico-naturalista. O injusto omissivo não é, portanto, apreensível a partir dessa perspectiva.

c) Tampouco a tentativa é explicável a partir de um conceito de injusto referido à causalidade. Afinal, o tipo da tentativa não pressupõe causalidade.

d) Também o conteúdo de injusto em todos os delitos estruturados de forma normativa seria falseado ao se partir do ponto de vista do causalismo. Prova cabal disso é o famoso exemplo, segundo o qual o injusto do crime de injúria estaria na agitação das ondas sonoras e na causação de uma irritação sensorial no ouvido do afetado.<sup>6</sup> Afinal, esse fenômeno naturalístico ocorre exatamente da mesma forma numa manifestação elogiosa, de modo que ele não basta para caracterizar o conteúdo específico da injúria.

e) Uma compreensão causal do injusto conduz também a resultados materialmente equivocados. Assim, por exemplo, ocorre na Alemanha com a ainda não completamente superada teoria subjetiva da participação, que busca distinguir a autoria da participação com a ajuda de uma vontade de autor (vontade de ter o fato como seu) e vontade de partícipe (vontade de tomar parte num fato alheio) – que não possuem existência real. Essa concepção parte da premissa de que uma distinção objetiva entre as formas de contribuição seria impossível, já que todas as contribuições causais para o acontecimento seriam equivalentes.

f) Tampouco pode a culpabilidade ser compreendida como um fenômeno puramente subjetivo. De pronto, isso é válido para a culpa inconsciente, na qual as circunstâncias que fundamentam a culpabilidade não estão de todo contidas na consciência do autor.

g) As causas de exculpação, como o estado de necessidade exculpante, o excesso na legítima defesa e mesmo a incapacidade de

6. Compare-se a respeito ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 82. (NT) Existe tradução portuguesa – de acesso relativamente difícil – de lavra de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, editada pela Vega, de Lisboa.

culpabilidade (§§ 35, 33, 20 StGB), influenciam, de fato, a situação psíquica do autor, mas se baseiam no entanto, em fundamentos objetivos, fáticos.

Tomadas essas considerações em conjunto, deve-se considerar o sistema “clássico” de Direito Penal como definitivamente refutado e atualmente indefensável.

### 3.2 A teoria finalista da ação

A teoria finalista da ação dominou a discussão em torno do sistema jurídico-penal, sobretudo no período imediatamente posterior à guerra (aproximadamente entre 1945 e 1965). Isso se pode dizer não só da ciência jurídico-penal alemã, uma vez que esta teoria, fundada pelo penalista *Hans Welzel*, exerceu e em parte ainda exerce igualmente grande influência internacional. Segundo essa teoria, o sistema de Direito Penal é fundado não sobre a causalidade, mas sim sobre a vontade humana que dirige o acontecimento no sentido da finalidade delitiva.

Na medida em que a finalidade do atuar humano é erigida a pedra fundamental do sistema de delito, o sistema clássico foi, de certo modo, posto de ponta-cabeça. Isso porque o objetivismo do sistema clássico foi substituído por um ponto de partida subjetivo. Ambas as concepções que, neste ponto, são diametralmente opostas, igualam-se, entretanto, em um aspecto: ambas possuem uma base ontológica. “A finalidade é um conceito ontológico, como o é, do mesmo modo, a causalidade”, afirma o próprio *Welzel*.<sup>7</sup>

A teoria finalista da ação formulou o injusto e a culpabilidade sobre fundamentos essencialmente aperfeiçoados, de forma que sua ressonância internacional é bastante compreensível. Não se pode mesmo compreender o injusto, por exemplo, do furto ou do estelionato ou ainda da tentativa sem recorrer aos fins subjetivos propostos pelo autor. E quando se conceitua a culpabilidade – como faz a teoria finalista da ação –, não como conceito compreensivo dos elementos subjetivos, mas como “reprovabilidade”, nela podem ser integrados, sem problema algum, os elementos objetivos de que depende a reprovação da culpabilidade.

7. WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, 1949, p. 7.

O finalismo também conduziu a resultados aceitos posteriormente pelo legislador alemão, de modo que eles encontram acolhida na praxis jurídica, já independentemente da validade teórica dessa doutrina. Assim, a distinção legislativa entre o erro de tipo excludente do dolo e o erro de proibição excludente da culpabilidade em caso de inevitabilidade foi consolidada pela teoria finalista da ação. Afinal, enquanto a falta de direcionamento da ação exclui o dolo, a falta de consciência do injusto não altera o consciente domínio do curso causal, nem, portanto, a finalidade e o dolo, podendo influenciar apenas a existência e a quantificação da reprovabilidade. Também o fato de o Código Penal alemão apenas permitir participação em fato doloso (§ § 26, 27 StGB) pode ser reconduzido à teoria finalista da ação. Isso em razão da consideração de que se o injusto típico pressupõe o dolo do autor no sentido de uma consciente dominabilidade do curso causal, deve igualmente ser exigido o dolo na correspondente participação.

A despeito das vantagens e consequências práticas enumeradas, o sistema finalista de Direito Penal possui também pontos fracos que impossibilitaram sua imposição generalizada na Alemanha e também no cenário internacional.<sup>8</sup> Apenas resumo os seus principais déficits:

a) A teoria finalista da ação não consegue esclarecer de forma satisfatória nem os delitos culposos, nem os delitos omissivos. Afinal, aquele que atua culposamente não dirige o curso causal no sentido do resultado. O injusto do delito culposos não está no fim proposto pelo autor, mas sim na causação evitável de um resultado não querido. Foi justamente esse fato que possibilitou ao sistema clássico de delito, que se contentava com a causalidade da ação culposa, resistir por tanto tempo às investidas finalistas. Da mesma forma, fracassa a teoria finalista da ação diante dos delitos omissivos, como, aliás, o admitem os próprios finalistas desde o escrito de habilitação de *Armin Kaufmann*.<sup>9</sup> Afinal, aquele que se omite não domina nenhum curso causal, e o que

8. Estabeleci especialmente uma discussão com a teoria da ação finalista em duas oportunidades: em meu trabalho *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*. ZStW 74 (1962), p. 515 e ss. (também publicado em *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 72 e ss.). Após em: *Festschrift für Androulakis*, 2003, p. 573 e ss. (“Vorzüge und Defizite des Finalismus. Eine Bilanz”).

9. ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959.

se lhe reprova é não ter intervindo num curso causal dele independente.

b) O finalismo é capaz de limitar drasticamente, é verdade, o amplo conceito de injusto do sistema clássico, já que consegue explicar sem problemas – permanecerei com o exemplo utilizado acima – por que o fabricante e o vendedor do carro acidentado não realizaram o injusto de homicídio. Ocorre que também a explicação finalista estende demais o âmbito objetivo do injusto. Afinal, no nosso exemplo também ela enxerga como preenchido o tipo objetivo de um homicídio e pode apenas afastar o tipo com considerações relativas à falta do dolo. E quando, por acaso, a vontade do agente esteja sim dirigida à realização do resultado – o vendedor de carro vende ao odiado comprador um carro de corrida com um bom desconto, porque quer que o comprador morra –, necessitará a teoria finalista da ação de procurar, em vão, por razões concludentes para a negação do homicídio doloso.

c) Também a teoria finalista da ação não esclarece corretamente o significado social do injusto quando surgem elementos normativos do tipo não dirigíveis pela vontade. No exemplo da injúria, supracitado para criticar a compreensão causal do injusto, tampouco a teoria finalista da ação significa um avanço. Afinal, continua sem sentido buscar compreender a injúria como a direção final das ondas sonoras no sentido do tímpano do afetado.

d) Pode-se igualmente criticar os resultados obtidos pela teoria finalista da ação na medida em que não é possível deduzir soluções de problemas jurídicos de dados ontológicos como a finalidade da ação humana. As soluções apenas podem ser alcançadas a partir de valorações e nunca a partir de meros dados do ser. Quando os finalistas supõem, seguindo a chamada teoria estrita da culpabilidade, que nos casos de legítima defesa putativa existe um fato punível doloso, pois a vontade final do autor se dirige à lesão ou à morte da vítima, estamos diante de uma forma de argumentar equivocada.<sup>10</sup> Afinal, é uma questão valorativa se diante de casos como esse devemos afirmar uma ação dolosa ou culposa. Ocorre que essas razões valorativas, nesse caso, levam a que se afirme um fato culposos, na medida em que o autor errou

10. Nesse sentido também Brito (como na nota de rodapé n. 2, p. 71).

sobre as circunstâncias de fato e a ele é apenas reprovável sua falta de atenção, o que é característico dos delitos culposos. Em razão disso é que a teoria estrita da culpabilidade foi recusada pela magistratura e pela opinião da doutrina amplamente dominante. Ela tampouco foi codificada pelo legislador alemão.<sup>11</sup> No entanto, mesmo ali onde o legislador alemão adotou posicionamentos finalistas – como na recusa

11. (NT) Nem pelo legislador brasileiro. Esse fato foi ignorado por aqueles que afirmaram e afirmam que a reforma da parte geral de nosso Código ocorrida em 1984 teria adotado o finalismo. Diferentemente do legislador alemão, que preferiu o silêncio e parece ter compreendido bem o papel que lhe cabia diante de tema tão controvertido, nosso legislador afirmou ter adotado a chamada “teoria limitada da culpabilidade”. Na afirmação transparece uma aparente definição do legislador apta a calar os esforços doutrinários. Ocorre que essa afirmação não deve ser tomada como uma decisão definitiva em razão da heterogeneidade de fundamentações que essa teoria possui (abstraindo do problema terminológico que envolve essa teoria denunciado especialmente por HRUSCHKA, Wieso ist die “eigenschränkte Schuldtheorie” eigenschränkt? In: *Festschrift Roxin*, 2001, p. 441 e ss., que coloca em questão até que ponto essa teoria propõe realmente uma “limitação”, concluindo que a denominação é equivocada, porque o termo “teoria limitada” tem o sentido de que não se segue de forma conseqüente as premissas de que parte, e a teoria limitada da culpabilidade não realizaria essas correções de rota). Não por outro motivo fala Roxin em um “caos de teorias” em torno do tema do erro nas causas de justificação (ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4. Aufl., 2006, p. 626). A *homogeneidade* no nome “teoria limitada da culpabilidade” – ou seja, o fato de todas as fundamentações serem reunidas sob a mesma rubrica em razão da conseqüência comum a que chegam (ausência de punição dolosa em caso de erro de tipo permissivo) – não deve, nesse caso, esconder a *heterogeneidade* na sua fundamentação. A diferença no que se refere à fundamentação possui relevantes conseqüências *sistemáticas* e *práticas*. *Sistemáticas* ao projetar seus efeitos para a teoria da participação e da tentativa. *Práticas* em razão de se poder chegar à solução da punibilidade ou da não punibilidade a depender da fundamentação da qual se parta. Vale dizer: nosso art. 20, § 1.º e o n. 17 de nossa exposição de motivos da nova parte geral não são o ponto de chegada, mas sim o ponto de partida da discussão em torno do tema. Sobre esse ponto específico a respeito da heterogeneidade nas fundamentações da teoria limitada da culpabilidade ver GRÜNWARD, Zu den varianten der eingeschränkten Schuldtheorie. In: *Gedächtnisschrift Peter Noll*, 1984, p. 183 e ss.

da teoria do dolo e da participação em fato não doloso –, isso se deve não a leis do ser, mas a valorações político-criminais que até hoje, com razão, são controvertidas.

e) Por fim, nem tampouco a compreensão da culpabilidade como reprovabilidade, que já havia sido desenvolvida no período pré-finalista,<sup>12</sup> satisfaz completamente. Afinal, não se tem, de nenhuma forma, informação a respeito de por que o autor é reprovado pelo seu atuar injusto. O conteúdo do conceito de culpabilidade permanece, em razão disso, arbitrário.

#### 4. A CONCEPÇÃO SISTÊMICA E HEGELIANA DE JAKOBS

Em franca oposição ao sistema “clássico” e ao sistema finalista funda *Jakobs* sua concepção de Direito Penal não a partir de pressupostos ontológicos, mas sim a partir de pressupostos normativos, a saber: os fins da pena. Ele enxerga o fim da pena na manutenção e confirmação da validade da norma, em conformidade com as teses da moderna sociologia sistêmica. Segundo sua posição, o delinquente afirma a “não validade da norma no caso concreto”, enquanto a pena confirma “a incompetência do autor para tal afirmação” e, assim, “a validade da norma”.<sup>13</sup> “Crime é, portanto, o fato de o autor desacreditar a norma”.<sup>14</sup> De forma mais simplificada:<sup>15</sup> “o fato lesiona a validade da norma; a pena é a eliminação dessa lesão”. A pena e sua execução possuem fundamentalmente uma função simbólica, no exato sentido *hegeliano*, de “negação da negação do Direito”: elas restabelecem o Direito lesionado, independentemente de todas as conseqüências sociais daí advindas.

Essa concepção sistemática é, de fato, normativa, mas dispensa tanto questões valorativas como empíricas. Ela dispensa questões valorativas na medida em que não leva em conta o conteúdo da norma a

12. Fundamental a respeito da história dogmática do conceito de culpabilidade ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strarechtssystemtischen Schuldlehre*, 1974.
13. JAKOBS, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen” Prinzipien, *ZStW* 107 (1995), p. 843 e ss. (p. 849).
14. JAKOBS, Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?, *Festschrift Saito*, p. 17 e ss. (p. 33).
15. JAKOBS (como na nota de rodapé n. 14, p. 35).

ser estabilizada. Ela se adequa, como o próprio *Jakobs* afirma,<sup>16</sup> a um Estado escravocrata como, da mesma forma, à nossa moderna sociedade livre. Em ambos os casos, o Direito Penal estabiliza a validade das respectivas normas. Tampouco o reconhecimento de uma autonomia pessoal dos cidadãos está necessariamente ligado a uma teoria desses moldes,<sup>17</sup> pois a estabilização normativa independe dessa autonomia.

Essa concepção não só não leva em consideração questões valorativas como também dispensa questões empíricas. A pergunta sobre quais consequências psicológicas ou sociais produz a pena é, para *Jakobs*, indiferente, já que a seu ver, com a pena o Direito lesionado já foi restabelecido. Como afirma *Jakobs*,<sup>18</sup> “não se trata de evitar que o violador da norma pratique novos fatos, nem tampouco se trata de conter as inclinações para a lesão da norma existentes em outras pessoas”. Em outra passagem:<sup>19</sup> com a execução da pena “seu fim está sempre alcançado. (...) Se serão produzidos também efeitos psicológico-individuais ou psicológico-sociais – intimidação, exercício de confiança no Direito, entre outros – não é essencial para o fim da pena”.

Dessa ideia de construção do Direito Penal a partir de considerações normativas, mas sem levar em conta questões valorativas e empíricas, pode-se retirar duas consequências fundamentais para a construção sistemática. Gostaria de limitar minhas considerações a elas.

Primeiramente desaparece a separação entre injusto e culpabilidade. Pelo contrário, todo injusto penal e mesmo toda ação relevante para o Direito Penal passam a pressupor a culpabilidade do autor. Afinal, se para o Direito Penal apenas importa o fato de o autor desacreditar a norma, a lesão à validade desta, então apenas um autor culpável pode lesionar a norma. O fato realizado por um doente

mental não é um questionamento da validade da norma, mas, como afirma *Jakobs*,<sup>20</sup> uma consequência “da pessoa como natureza, e não como participante competente da comunicação”. Também os seus alunos se manifestam nesse sentido. *Lesch* afirma:<sup>21</sup> “injusto penal é a própria culpabilidade jurídico-penal”, e “culpabilidade é o injusto penal”. Também *Pawlik*:<sup>22</sup> “partindo-se de um conceito de crime que coloca em primeiro plano a contradição entre a vontade do autor e da vontade geral (...), não há espaço para um injusto independente da culpabilidade”.

Em segundo lugar, ao se partir das premissas jurídico-penais de *Jakobs*, a culpabilidade perde sua função de limitação da punibilidade. Afinal, se a pena serve apenas para a estabilização da norma e a garantia da autonomia pessoal não é pressuposto necessário para a sua admissão, então é possível que doentes mentais devam ser punidos quando isso for necessário para a estabilização da norma. Nesse sentido é o exemplo bastante citado ao qual também *Brito* se refere:<sup>23</sup> “assim, a exculpação de autores por impulso (*Triebtäter*) tornou-se discutível somente quando medicina chegou ao ponto de oferecer receitas para tratá-los”. Numa publicação do ano de 2008 se manifesta *Jakobs*:<sup>24</sup> “que o juízo de culpabilidade apenas pode ser individualizado (ou seja, ocorrer uma ex- ou des-culpa), quando isso não violar a tarefa de ordenação social da norma (*Ordnungsaufgabe der Norm*)”.

Essa doutrina quase não possui mais semelhanças com o sistema “clássico” e com o finalista. Embora eu compartilhe seu ponto de partida normativo e sua preocupação com os fins da pena, tenho contra ela no mínimo quatro objeções, da mesma forma que as tinha quando da análise do sistema clássico e do finalista, e que passo a expor de forma resumida:

16. JAKOBS (como na nota de rodapé n. 13, p. 854).

17. JAKOBS (como na nota de rodapé n. 13, p. 854): O imperativo jurídico de que se deve respeitar o outro como pessoa seria “compatível com um ponto de vista funcional, embora outras concepções permaneçam como possíveis”.

18. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3. Aufl., 2008, p. 114.

19. JAKOBS (como na nota de rodapé n. 14, p. 34).

20. JAKOBS (como na nota de rodapé n. 13, p. 864).

21. LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, p. 205.

22. PAWLIK, *Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter? Anmerkungen zur Unterscheidung von Unrecht und Schuld im Strafrecht, Festschrift Otto*, 2007, p. 133 e ss. (p. 147).

23. BRITO (como na nota de rodapé n. 2, p. 71).

24. JAKOBS (como na nota de rodapé n. 18, p. 107).

a) O desvalor de um comportamento delitivo não está na produção de uma lesão abstrata da norma, mas na lesão real a bens. *Jakobs* inverte as coisas quando, por exemplo, enxerga a relevância social de um homicídio não na “lesão do corpo da vítima” ou no “extermínio de sua consciência”, mas na afirmação do autor de que “o corpo e a consciência não devem ser respeitados”.<sup>25</sup> Não é já a opinião do autor a respeito da norma que é socialmente lesiva, mas apenas a lesão levada a cabo.

b) Tampouco o fim do Direito Penal e da execução da pena está apenas no reforço da norma. Afinal, se se tratasse apenas do reforço da norma, seria possível renunciar a outras consequências e se contentar com uma desaprovação pública do fato. O reforço da norma é inútil se não vier acompanhado de uma redução de novos fatos puníveis. Dessa forma, quando *Jakobs* considera as finalidades preventivo-gerais e preventivo-especiais da pena como “não essenciais” para o fim por ele proposto, acaba por ignorar a tarefa de condução social que cabe ao Direito Penal.

c) A equiparação entre injusto e culpabilidade viola o Direito positivo e nivela a diferença material existente entre infração da norma proibitiva e necessidade de punição.

Começemos com considerações de Direito positivo. O Código Penal alemão diferencia claramente os fatos que “não são antijurídicos” (§ § 32, 34 StGB) daqueles que “não são culpáveis” (§ § 17, 20 StGB). Além disso, é possível se defender de agressões não culpáveis, mas não contra agressões que não sejam antijurídicas (§ 32 StGB). Também o tratamento da falta de consciência do injusto como possível causa de exculpação (§ 17 StGB) pressupõe a separação entre injusto e culpabilidade. Por fim, as medidas de segurança estão ligadas ao injusto, e a pena à culpabilidade.

A despeito das considerações de Direito positivo, a distinção entre injusto e culpabilidade é materialmente fundada, o que é turvado com a equiparação das categorias. Trata-se de duas perguntas completamente diferentes, saber se se deve comunicar a todos os cidadãos a punibilidade de um comportamento ou se, após a infração dessa norma em todos os casos, a punição é permitida ou necessária. A

25. JAKOBS (como na nota de rodapé n. 14, p. 33).

proibição diz respeito ao injusto e se dirige a todos os cidadãos como máxima apta a guiar seus comportamentos, enquanto a culpabilidade é sempre uma questão de responsabilidade individual após o cometimento do fato. Igualar esses dois aspectos diversos significa substituir a clareza a que se chegou após longo labor dogmático por uma confusão.

O argumento de que não se poderia proibir algo a um sujeito que ele não esteja em condições de seguir, que sempre surge em favor da fusão entre injusto e culpabilidade, é falso. Também o doente mental acaba por violar a proibição de matar – seria equivocado supor que ele mata em conformidade ao direito. O que ocorre é que ele não pode ser punido por isso.

Apenas como argumento adicional poder-se-ia mencionar que o nivelamento das duas categorias sistemáticas do Direito Penal não merece aplauso, pois a premissa de que parte, a saber, da compreensão do fato punível como agressão à validade da norma, é errônea.

d) Por fim, não posso aceitar a tese de que a culpabilidade deve ser avaliada não segundo as capacidades individuais do autor, mas sim segundo necessidades estatais (a “tarefa de ordenação social da norma”). Isso porque assim se resolve a relação de tensão existente entre direitos de intervenção do Estado e a liberdade dos cidadãos unilateralmente em favor dos interesses estatais em estabilizar a norma. O Direito Penal no seio de um Estado de Direito funda-se, no entanto, no dever de respeito do Estado para com a autonomia e direitos fundamentais de seus cidadãos, como está disposto na Constituição alemã. O Tribunal Constitucional alemão reconduziu, com razão, o princípio da culpabilidade à dignidade humana (art. 1 da Lei Fundamental alemã). Na medida em que um sistema de Direito Penal viole essa disposição, não pode pretender ter qualquer validade.

## 5. A PRÓPRIA CONCEPÇÃO, FUNDADA POLÍTICO-CRIMINALMENTE

### 5.1 O injusto

Também eu discordo, nesse particular com *Jakobs*, das já criticadas fundamentações ontológicas do injusto e busco deduzir as categorias do injusto normativamente dos fins do Direito Penal. Ocorre que à alternativa formulada por *Jakobs*<sup>26</sup> – “O que protege o Direito

Penal: bens jurídicos ou a validade da norma?” – respondo de forma diversa, já que para mim o objeto de proteção do Direito Penal é o bem jurídico, e não a validade da norma.

Assim, conceituo bens jurídicos como dados imprescindíveis para a livre e pacífica convivência dos seres humanos sob a garantia de todos os direitos assegurados pela Constituição. São bens jurídicos, por exemplo, a vida humana, a integridade física, a autodeterminação sexual, a propriedade e patrimônio, e também os chamados bens jurídicos da coletividade, como a moeda e a administração da justiça. Afinal, sem uma moeda intacta e uma administração da justiça que funcione não é possível uma livre e pacífica convivência na sociedade moderna. Tarefa do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos apenas quando essa proteção não possa ser alcançada por meio de outras medidas sócio-políticas menos gravosas (como o Direito Civil, o Direito Público ou o Direito de contraordenações), pois o princípio da proporcionalidade exige que o Estado se dê por satisfeito com a intervenção menos intensa possível. Em breves palavras, isso significa: tarefa do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos. Injusto é todo comportamento a que deve ser cominada uma pena por razões ligadas à proteção de bens jurídicos.

De início, um conceito de injusto desses moldes diferencia-se da versão que compreende o injusto como violação da validade da norma em dois pontos centrais. Ao contrário da lesão à validade da norma, que representa uma atribuição abstrata e possui uma existência puramente ideal, a violação do bem jurídico é algo real. Não é necessário que sempre se esteja diante de uma realidade física como no homicídio. Basta uma realidade social, como ocorre nos crimes contra a honra, ou ainda de uma violação psíquica, como ocorre no constrangimento ilegal (Nötigung, § 240 StGB). Além disso, esse conceito de injusto não se adequa a normas de conteúdo qualquer, senão que toma como fundamento valorativo nossa Constituição: a discriminação de minorias étnicas ou o tolhimento do direito de exercício de crença são violações de bens jurídicos, corretamente cominadas de pena (§ § 130, 166 StGB). E está correto, pois tais comportamentos não são compatíveis com uma livre e pacífica convivência humana sob o domínio da Lei Fundamental. De fato, o ponto de partida da

aqui desenvolvida concepção de injusto é normativo, na medida em que é reconduzido ao fim do Direito Penal como proteção subsidiária de bens jurídicos. Ocorre, no entanto, que esse padrão normativo se materializa na plenitude das manifestações da vida, e, por levar em conta essa realidade, é saturado de dados empíricos.

O conceito de injusto aqui mencionado possui também várias consequências para a dogmática do injusto penal que não eram acessíveis às propostas ontológicas de sistema: ele funda a teoria da imputação objetiva, atualmente um tema central da dogmática jurídico-penal dentro da discussão alemã e internacional. Se a tarefa do Direito Penal repousa na proteção do bem jurídico, e se se lança a pergunta de como o legislador pode alcançar tal objetivo, então a resposta só pode ser uma: proibindo todas as ações que representem um risco não permitido para o bem jurídico protegido e imputando ao autor o resultado típico, que surge como realização de um risco não permitido. O característico de uma ação de homicídio não está na causalidade para o resultado ou na sua produção finalisticamente orientada, mas sim no fato de que no resultado morte se realiza um risco não permitido para a vida humana criado pelo autor.

Aquele que, por exemplo, produziu um acidente fatal em razão de uma violação de dispositivos de trânsito, realizou uma ação (culposa) de homicídio. No entanto, aquele que apesar da cuidadosa atenção prestada a todos os dispositivos se envolveu num acidente fatal não é autor de uma ação de homicídio, mas sim um coautor de uma infelicidade, que agiu atipicamente. Evidentemente a teoria da imputação objetiva não se esgota nessa ideia básica que demonstrei através de meu exemplo. Muito mais, ela se estende por todo o injusto, em uma estruturada rede de regras de imputação.<sup>27</sup> Também está provado que uma concepção de injusto assim construída oferece uma capacidade de rendimento na resolução de problemas jurídicos práticos que não foi alcançada pelas outras concepções sistemáticas e que não se deixa abalar por eventuais vozes críticas que aparecem na literatura.<sup>28</sup>

Por fim, deve ser destacado que minha concepção de injusto alcança de três formas algo que as citadas propostas de sistemas não nos

26. JAKOBS (como na nota de rodapé n. 14).

27. Detalhadamente a respeito ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4. Auflage, 2006, § 11 Rn. 44 e ss.

puderam dar ou que sequer foi por elas ambicionado: um tratamento sistemático do equilíbrio entre interesses de proteção e interesses de liberdade, essencial para o moderno Direito Penal.

A primeira manifestação desse equilíbrio de interesses está no fato de apenas lesões de bens jurídicos poderem ser objeto do injusto penal. Violações à moral ou outros comportamentos desaprovados não justificam a proibição, enquanto a convivência pacífica dos cidadãos não for por eles ameaçada. Infelizmente, isso foi ignorado pelo nosso Tribunal Constitucional<sup>29</sup> em recente decisão ao responder afirmativamente à pergunta sobre a constitucionalidade da proibição penal do incesto entre irmãos. Apenas o *Prof. Hassemer*, o único penalista entre os juizes da Corte que votaram no caso, opinou pela inconstitucionalidade do dispositivo, com base na concepção de bem jurídico por ele e também por mim defendida.

A segunda manifestação desse equilíbrio entre interesses de proteção e interesses de liberdade está contida no princípio da proteção subsidiária de bens jurídicos. Ali onde bastem possibilidades de proteção menos gravosas, não é necessário Direito Penal. Por exemplo, provavelmente o problema da distorção da concorrência nos esportes profissionais causado pelo *doping* pode ser solucionado de melhor forma por meio de um controle mais intenso por parte dos organismos esportivos do que por meio do Direito Penal, desde que se condicione o repasse de recursos públicos à efetividade desse controle.<sup>30</sup>

Em terceiro lugar, também a teoria da imputação objetiva contribui para que os interesses sociais de liberdade e de livre desenvolvimento sejam resguardados em relação à igualmente importante necessidade de segurança. É evidente que se poderia garantir a vida

28. A esse respeito tratei de forma mais aproximada em ROXIN, Streitfragen bei der objektiven Zurechnung, *Festschrift Maiwald*, a ser publicado em 2010.

29. BVerfG 2 BvR 392/07 de 26.02.2008.

30. A esse respeito ROXIN, *Doping e direito penal*. Trad. Alaor Leite e revisão de Luís Greco do original *Doping und Strafrecht*, texto de palestra proferida no dia 01.07.2009 na Ludwig Maximilians Universität München. (NT) O texto referido é parte de um livro a respeito do *doping* e de seu tratamento no Direito Penal: ROXIN; L. GRECO, *Doping e direito penal*. Trad. e introdução por Alaor Leite, no prelo.

humana de melhor forma ao se proibir completamente a circulação de carros, acabando, assim, com os acidentes automobilísticos fatais. Ocorre que isso significaria que o tráfego e a mobilidade das pessoas seriam limitados de uma das formas mais drásticas imagináveis. A teoria da imputação objetiva possibilita aqui um equilíbrio de interesses, através de um cuidadoso trabalho de distinguir no interior da rede de regras de trânsito entre aqueles riscos que são permitidos e aqueles que já não o são e que possibilitam uma imputação jurídico-penal.

Após tudo isso, dificilmente será colocado em dúvida que uma fundamentação sistemática do conceito de injusto penal nos moldes da aqui desenvolvida difere essencialmente em seu conteúdo e também possui vantagens na aplicação prática se comparada com a recondução unilateral do injusto à causalidade, à finalidade ou à violação da validade da norma. Alegro-me muito saber que nosso homenageado, o *Prof. Brito*, encontra-se no mesmo caminho quando descreve ser “a valoração do injusto construída sobre a lesão do bem jurídico ou do desvalor de ação” uma das “três valorações fundamentais” de seu sistema de delito. A referência ao desvalor de ação não significa nenhuma divergência da minha concepção, pois se refere à tentativa, tema que não pude tratar especificamente no presente texto.

## 5.2 Culpabilidade e responsabilidade

Posso assim passar para a análise do próximo degrau sistemático, tradicionalmente denominado culpabilidade. Ao contrário das concepções já referidas, não vejo a culpabilidade nem como conceito compreensivo dos elementos subjetivos do delito, nem como reprovabilidade e nem tampouco como imputação realizada segundo fins estatais. Por culpabilidade entendo a realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas. Idônea para ser destinatária de normas é qualquer pessoa que esteja fundamentalmente em condições de compreender as proibições e mandatos penais e orientar seu comportamento de acordo com eles. Para avaliar se alguém possui essas condições normalmente basta a observação das outras pessoas, ou, nos casos duvidosos, essas condições podem ser determinadas por meio de um parecer psicológico ou psiquiátrico. Um conceito de culpabilidade construído sobre essas bases possui um duplo significado

para o sistema de Direito Penal e para a administração da justiça penal.

Primeiramente, ele deixa o Direito Penal livre da discussão a respeito da liberdade de vontade, que, em razão dos resultados da moderna neurociência, foi de novo fortemente reanimada. Eu tendo para uma versão “compatibilista”, em grande parte também defendida na moderna filosofia, que entende serem compatíveis a liberdade do agir humano e o condicionamento neuro-fisiológico das decisões humanas. Quando uma pessoa é idônea para ser destinatária de normas, isto é, quando consegue em princípio se orientar por normas, então um fato que ocorra sem coação e que corresponda ao seu desejo deve ser a ela imputado como ação livre e punível, se tiver ocorrido a violação de uma norma penal, ainda que essa ação seja de alguma forma condicionada pela estrutura de seu cérebro. Afinal, uma decisão que não esteja condicionada por nada é o acaso e, por isso mesmo, não pode ser imputada a um autor.

Em segundo lugar, a determinação da culpabilidade e sua extensão, tarefas de grande significado para a aplicação do Direito Penal, estabelecem um limite para a intervenção estatal: ninguém pode ser punido sem culpabilidade e ninguém pode ser punido de forma mais gravosa do que a correspondente ao grau de sua culpabilidade. O Tribunal Constitucional alemão alçou esse assim denominado “princípio da culpabilidade” a um nível constitucional e o fundamentou de três formas: no direito fundamental de livre desenvolvimento da personalidade, na proibição de excesso como parte do princípio do Estado de Direito e na dignidade humana.<sup>31</sup> De maior relevo é a derivação do princípio da culpabilidade da dignidade humana, que não admite qualquer limitação ou ponderação: se alguém for punido por um fato pelo qual não possa ser responsabilizado como pessoa em razão de um comportamento culpável, estará ele sendo instrumentalizado para fins que não se compatibilizam com a garantia de sua autonomia. Essa observação remonta a um já antigo pensamento kantiano, que permanece ainda hoje com a mesma atualidade de antes. Uma tal violação da dignidade humana ocorre igualmente quando alguém é punido de

forma mais gravosa do que corresponde à extensão da sua culpabilidade. Afinal, naquela parte da pena que ultrapassa sua culpabilidade, o indivíduo é instrumentalizado para fins alheios à sua pessoa. Quando, portanto, *Jakobs* liga a imputação de culpabilidade a considerações sobre os fins do Estado, acaba por abrir mão de um dos mais importantes pilares da proteção da personalidade no atual Direito Penal. Isso não é compatível com a Constituição e deve ser igualmente negado de um ponto de vista político-criminal.

Uma concepção que almeje a sistematização do comportamento punível não chegou ao fim de sua tarefa com a estruturação da culpabilidade. Isso porque a culpabilidade é sempre condição necessária, mas não em todos os casos suficiente para a aplicação da pena. Num Estado moderno, a punição apenas pode ser compreendida como elemento de controle social: a sanção deve motivar tanto o autor como a coletividade a omitirem futuras ações puníveis. O fim da pena é, portanto, preventivo. Uma retribuição abstrata, livre de qualquer referência aos fins sociais, da forma como Kant a enxergava, não é mais hoje plausível, embora ainda possua defensores na doutrina. Afinal, num Estado de Direito apenas estão justificadas intervenções coercitivas na liberdade dos cidadãos quando socialmente necessárias. As intervenções fora dessa hipótese seriam mesmo inconstitucionais por violarem a proibição de excesso.

Minha concepção de sistema fundada politicamente criminalmente baseia-se na consideração de que o injusto é definido a partir do fim do Direito Penal (proteção subsidiária de bens jurídicos), mas que a categoria sistemática posterior ao injusto apenas se define a partir do fim da pena a ser aplicada concretamente. Esse fim é a prevenção limitada pela culpabilidade (*schuldbegrenzte Prävention*). Quando esse for o caso, a punição, cuja elaboração sistemática cabe a essa categoria da teoria do delito, pressupõe duas ordens de considerações: a culpabilidade do autor, imprescindível para possibilitar uma punição e cuja extensão determina os limites da sanção, e adicionalmente a necessidade preventiva de uma punição. Segundo minha teoria, a categoria sistemática que se segue ao injusto não é apenas a “culpabilidade”, como supõe a doutrina tradicional, mas também a “necessidade preventiva de uma punição”. Eu englobo esses dois pressupostos da punição num conceito superior: a “responsabilidade”.

31. Os três princípios mencionados encontram-se, por exemplo, em: BVerfG NJW 2004, 273; Art. 1 GG (a garantia da dignidade humana é colocada em primeiro plano especialmente em: BVerfGE 45, 223).

Se a necessidade de complementação do critério da culpabilidade permaneceu oculta nas antigas concepções sistemáticas, isso não se deve apenas à força que a filosofia idealista (Kant e Hegel) possui na tradição do Direito Penal alemão, mas também à circunstância de que, em regra, uma punição faz-se necessária, por razões preventivas, após a realização culpável de um injusto penal.

Ocorre que o próprio Direito positivo fornece exceções a essa regra. Quando o Código Penal alemão resolve não punir o chamado excesso na legítima defesa (§ 33 StGB), ou seja, a situação daquele que ultrapassa os limites permitidos da legítima defesa em razão de desorientação, medo ou susto, não está declarando ausente a culpabilidade do autor, ainda que se admita que aqui ela é bastante reduzida.<sup>32</sup> Afinal, quando o legislador obriga o agredido a se manter dentro de determinados limites, supõe o legislador que uma pessoa normal esteja em condições de respeitar essas fronteiras. Quando são ultrapassados os limites da legítima defesa estamos diante não apenas de um injusto penal (por exemplo, uma lesão corporal), mas de um injusto culpável, na medida em que o autor poderia ter se orientado de acordo as determinações da legítima defesa. A pergunta a ser feita é: será necessária uma punição nesses casos por razões preventivas? A essa pergunta o legislador – com razão – respondeu negativamente. Primeiramente, o autor não necessita de uma intervenção por razões preventivo-especiais, pois ele não agiu por motivações criminosas, mas deixou de seguir às exigências legais apenas numa situação incomum e que provavelmente não se repetirá. Também por razões preventivo-gerais a punição é desnecessária, pois uma reação excessiva causada por medo não convida à imitação e porque os demais cidadãos demonstram-se compreensivos, entendendo o comportamento da vítima de uma agressão antijurídica como algo contingente, dependente da situação, sem sentirem qualquer necessidade de punição.

Essas considerações valem também para o estado de necessidade exculpante (§ 35 StGB), como na situação daquele que lesiona um terceiro para salvar de um perigo uma pessoa próxima. É possível deduzir da categoria da necessidade preventiva de pena, acrescida à culpabilidade, mesmo uma causa supralegal de exclusão da responsabilidade. Gostaria de clarificar isso com a ajuda de um caso espetaculoso ocorrido na Alemanha no ano de 2004. O presidente da polícia de Frankfurt coagiu um sequestrador, ameaçando torturá-lo, a

indicar o local onde teria escondido o refém. O presidente da polícia queria salvar a vida do jovem sequestrado, o que não foi possível, pois o jovem já havia morrido anteriormente. Essa ameaça de tortura foi uma realização antijurídica do tipo de constrangimento ilegal (§ 240 StGB), na medida em que não apenas o Direito positivo alemão, mas também vários dispositivos internacionais cogentes proíbem sem qualquer exceção a ameaça de tortura. A coação era igualmente culpável, já que o presidente da polícia conhecia tais dispositivos, e poderia

32. (NT) Importante apenas esclarecer que o excesso na legítima defesa causado (ou no mínimo cocausado) por desorientação, medo ou susto – chamados estados ou afetos astênicos – é expressamente regulado no citado § 33 StGB como causa de exculpação, dispositivo que inexistente no Código Penal brasileiro. A discussão a que Roxin se refere é a respeito dos fundamentos que sustentam a exclusão de culpabilidade no caso do excesso na legítima defesa. A doutrina dominante fundamenta a exculpação do excesso em dois pensamentos principais, a saber: (a) a diminuição do conteúdo de injusto que ocorre diante da existência da situação justificante de legítima defesa deságua na consequente diminuição da culpabilidade do autor (o excesso na legítima defesa representaria uma espécie de “justificação parcial”); (b) o fato de o autor ultrapassar os limites da legítima defesa em razão de estar sob influência de estados ou afetos astênicos (desorientação, medo ou susto) dificulta a configuração de uma vontade conforme a norma, o que diminui a culpabilidade do autor. Sobre essa fundamentação, que na doutrina recebe o nome de “dupla diminuição da culpabilidade” (*doppelte Schuldinderung*), ver RENGIER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2009, p. 258-259 e WESSELS; BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 39. Aufl., 2009, p. 159. Roxin, ao contrário da doutrina dominante, fundamenta a exculpação na desnecessidade preventivo-geral e especial de pena, afirmando a existência de culpabilidade nesse caso, como o texto esclarece. Para mais detalhes ver ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4. Aufl., 2006, p. 992; logo após a reforma do Código Penal alemão já manifestava Roxin a mesma opinião: ROXIN, *Über den Notwehrerzess, Festschrift Schaffstein*, 1975, p. 126. A opinião dominante na Alemanha apenas aceita o chamado *excesso intensivo*, ou seja, o ato de extrapolar a necessidade na utilização dos meios de defesa em razão de desorientação, medo ou susto, e não o *excesso extensivo*, referido à atualidade da agressão (FRISTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 2009, p. 202). É discutível também se a exculpação do § 33 StGB é aplicável aos casos em que aquele que extrapola os limites da legítima defesa provocou anteriormente a situação justificante:

ter agido de outro modo. Mas será que havia aqui uma necessidade preventiva de pena? Isso pode ser colocado em dúvida ao se refletir acerca do fato de que o autor queria salvar uma vida humana e agiu segundo a sua consciência, e não por motivações criminosas. Decerto, a determinação dos pressupostos de uma exclusão supralegal da responsabilidade desses moldes exige ainda algumas precisões, o que pertence às tarefas do futuro.

A categoria sistemática da responsabilidade aqui desenvolvida possui, então, um potencial de inovação. Também ela alcança aquilo que no âmbito do injusto através da proteção subsidiária de bens jurídicos e da imputação objetiva já tinha sido alcançado: um justo equilíbrio entre o poder de sancionar e a garantia da liberdade. Afinal, a possibilidade de punição que se abre após a realização do injusto pelo autor é limitada duplamente: por meio da culpabilidade e de sua extensão de um lado e por meio da exigência de necessidade preventiva de punição por outro.

Para mim representa uma especial alegria perceber que os caminhos pelos quais me movimento com a categoria sistemática da responsabilidade foram igualmente percorridos pelos pensamentos do Prof. Brito. Quando ele, como já foi citado logo no início, indica como

RENZIKOWSKI, Der "verschuldete" Notwehrexzess, *Festschrift Lenckner*, 1998, p. 249 e ss., especialmente p. 260. No Brasil, Brandão e Cirino dos Santos defendem, a meu ver corretamente, a exculpação nos casos de excesso intensivo, a despeito de não existir regulamentação expressa na legislação brasileira (BRANDÃO, *Curso de direito penal*, 2008, p. 199 e CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal*. 3. ed. 2008, p. 338 e ss., que se mostra igualmente simpático à admissão da exculpação no excesso extensivo). Interessante seria propor uma aplicação analógica do dispositivo vigente previsto no Código Penal Militar, de redação semelhante ao existente no natimorto Código de 1969: "Excesso culposo. Art. 45. O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível, a título de culpa. Excesso escusável. Parágrafo único. Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação. Excesso doloso Art. 46. O juiz pode atenuar a pena ainda quando punível o fato por excesso doloso". Sobre o tratamento em geral do excesso na doutrina brasileira ver também as exposições de BITENCOURT, *Tratado de direito penal*. 14. ed. 2009. vol. 1, p. 350 e ss. e MESTIERI, *Manual de direito penal*, 1999, p. 195 e ss.

a segunda das "três valorações fundamentais" que compõem seu sistema teleológico e político-criminal "a valoração da culpabilidade baseada na realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas" e caracteriza como a terceira "a valoração da punibilidade reconduzida à necessidade de pena", então concordamos em todas as ideias principais que compõem o conteúdo da categoria sistemática da responsabilidade por mim desenvolvida.

Se encerro meu contributo com os carinhosos cumprimentos pelo 70.º aniversário de meu amigo *Sousa e Brito*, isso não ocorre apenas por razões pessoais, mas também por ligação científica.