

FUNDAMENTOS POLÍTICO-CRIMINAIS E DOGMÁTICOS DO DIREITO PENAL

POLITICAL-CRIMINAL AND DOGMATIC FUNDAMENTS OF CRIMINAL LAW

CLAUS ROXIN

Professor emérito, Dr. Dr. h. c. mult., Universidade de Ludwig Maximilian Munique, Alemanha.

Traduzido por

ALAOR LEITE

Mestre pela Universidade Ludwig Maximilian, de Munique, Alemanha.

Doutorando na mesma instituição.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo é um apanhado dos principais paradigmas do autor para a teoria do delito, e, ainda, para toda a sua teoria do direito penal. A política criminal é deslocada para o papel de limitadora da finalidade do direito penal, interferindo diretamente nos elementos analíticos do delito e na aplicação da pena. A criação do risco não permitido e suas consequências no sistema penal também são exploradas ao longo do texto.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do delito – Política criminal – Proteção de bens jurídicos – Tipicidade – Risco não permitido.

ABSTRACT: The purpose of the essay is to describe the main concept of criminal law developed by the author. The author describes shortly his ideas of action, causation, imputation and responsibility.

KEYWORDS: Criminal law theory – harm principle – Causation, imputation and responsibility.

O meu tema não poderá ser desenvolvido argumentativamente dentro dos poucos minutos de que disponho, de modo que me limitarei a enunciar as minhas teses. Creio que todas as questões suscitadas poderão ser debatidas no tempo disponível para a discussão.

I. No âmbito da tipicidade, o meu ponto de partida é a finalidade do direito penal. A partir dessa finalidade é que se poderá determinar, desde uma perspectiva político-criminal, o que o Estado pode sancionar com pena, e, desde uma perspectiva dogmática, quais características um comportamento deve apresentar para que se possa imputá-lo a um causador a título de realização do tipo.

II. Segundo a minha concepção, a finalidade do direito penal é a proteção de bens jurídicos. Compreendo por bens jurídicos todos os dados necessários para uma convivência livre e pacífica dos cidadãos sob a égide dos direitos humanos. Isso vale tanto para bens jurídicos individuais, como vida, saúde ou propriedade, quanto para bens jurídicos coletivos, tais como a organização do Estado ou a Justiça.^{NT1} Afinal, uma convivência livre e pacífica pressupõe o funcionamento do aparato estatal e da Justiça.

III. Contudo, a finalidade do direito penal deve sofrer uma limitação ulterior decorrente da exigência político-criminal segundo a qual apenas se pode ameaçar com pena aquelas lesões de bens jurídicos que não possam ser evitadas por meio de medidas menos incisivas. Ruídos perturbadores e estacionamentos em lugares proibidos estorvam igualmente a convivência humana. No entanto, bastam para a sua evitação as multas do direito administrativo sancionador, de caráter menor e sem o conteúdo discriminatório do direito penal. Para a compensação de violações contratuais simples bastam as sanções do direito civil.

Tudo isso conduz à seguinte tese: A tarefa do direito penal consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos. Na teoria do Estado, o princípio da subsidiariedade encontra seu fundamento na proibição de excesso, segundo a qual o Estado não pode limitar a liberdade dos cidadãos em maior medida do que aquela necessária para assegurar a paz e a liberdade.

IV. Também a finalidade do direito penal repousa em uma premissa da teoria do Estado, a saber, o modelo do contrato social. Segundo este, o soberano – isto é, o povo – deve apenas repassar ao Estado a tarefa de assegurar uma convivência livre e pacífica sob a égide dos direitos humanos. A tarefa de tutelar os cidadãos em sentido moral, religioso, ideológico ou apenas paternalista, ao contrário, não lhe foi repassada pelo detentor do poder estatal (o povo).

V. Essa concepção produz consequências consideráveis na legislação. Assim, o Estado não está autorizado, por exemplo, a punir o comportamento homossexual ou o incesto entre irmãos adultos. Ao Estado é igualmente defeso punir a negação não discriminatória de fatos históricos, a posse de determinadas drogas, quando destinada exclusivamente para consumo próprio, ou um transplante de órgãos realizado por um médico e por meio do qual um doador vivo almeja contribuir para salvar a vida de um terceiro. Afinal, nenhum desses comportamentos implica violação da paz e da liberdade.

Todavia, todos esses comportamentos são sancionados penalmente na Alemanha, à exceção da homossexualidade – e mesmo esta era punível até 1969. O fato de que a minha concepção limitadora da punibilidade não representa uma opinião meramente lateral e isolada pode ser comprovado pelos senhores ao observarem

NT1. Justiça no sentido de Poder Judiciário; como instituição, não como conceito.

que: a manutenção da punibilidade do incesto por nosso Tribunal Constitucional encontrou amplo rechaço; a punibilidade da negação de fatos históricos (por exemplo, um genocídio praticado pelos turcos na Armênia) foi declarada inconstitucional na França; por fim, o Tribunal Constitucional argentino declarou inadequada a punição da posse de drogas para consumo próprio. Estamos diante, portanto, de um problema de grande atualidade também no plano internacional.

VI. Os efeitos dogmáticos do princípio da proteção de bens jurídicos são igualmente significativos na teoria do tipo. A resposta à pergunta sobre como devem ser formuladas normas que se destinam a assegurar a proteção de bens jurídicos é apenas uma: a norma deve proibir todo comportamento que represente um risco não permitido para o bem jurídico protegido. A criação consciente de um risco desses moldes configura uma tentativa; a sua realização no resultado deve ser imputada ao autor como fato consumado. O injusto penal não deve ser fundado sobre dados ônticos, tal como os defensores da teoria causal e final da ação propuseram. Ele deve, ao contrário, ser deduzido das condições normativas de uma proteção eficiente de bens jurídicos.

A teoria da imputação objetiva, fundada por mim em sua conformação moderna, e que se impôs amplamente na Alemanha e também no plano internacional, fundamenta o injusto penal na realização de um risco não permitido. Ela não é, ao contrário do que por vezes se supõe, um desenvolvimento ulterior da teoria da adequação, mas sim um princípio de imputação independente da causalidade.

VII. É possível deduzir da teoria da imputação objetiva um sistema de regras de imputação como um todo. Não tenho como discorrer minuciosamente a esse respeito na presente sede, mas pretendo ao menos esclarecer que a criação, bem como a realização de um risco não permitido, dependem cada uma de três pressupostos:

A criação de um risco não permitido é excluída, em primeiro lugar, nos casos de diminuição do risco; em segundo, quando está ausente um aumento juridicamente relevante do risco e, em terceiro, nos casos de risco permitido. Uma realização do risco, que possibilita uma imputação do resultado, deve ser negada, em primeiro lugar, nos casos de cursos causais completamente invulgares e, em segundo, quando o resultado teria certamente ocorrido também no caso de o sujeito ter se atido ao risco permitido. Ademais, a realização do risco, em terceiro lugar, estará também excluída quando, apesar da criação de um risco não permitido, a forma como o resultado ocorreu não estiver compreendida pelo fim de proteção da norma violada. É possível esclarecer de maneira ilustrativa todos esses pontos por meio de exemplos práticos durante a discussão.

A rede de deduções que surge nesse contexto substitui uma inabarcável casuística por uma concepção normativa total. É completamente equivocada, pois, a crítica dirigida à teoria da imputação objetiva pelos seus adversários, segundo a qual esta seria uma conjunção um tanto artificial de problemas individuais, sem qualquer ponto de vista condutor.

VIII. As formas específicas de aparição do injusto – dolo e culpa, tentativa, autoria e participação, omissões impróprias – deixam-se igualmente explicar a partir da ideia de proteção de bens jurídicos.

Assim é que o dolo pode ser compreendido como uma decisão – ainda que tomada de forma eventual – em favor de uma possível lesão de bens jurídicos, enquanto o autor culposo ou não enxerga a possibilidade de ocorrência do resultado, ou confia em um desenrolar feliz da situação. A tentativa deve ser compreendida como a criação, que ultrapassa o estágio de preparação, de um risco não permitido para o bem jurídico. A punição de uma tentativa que não represente qualquer perigo desde um juízo objetivo, isto é, inofensiva, permitida pelo direito alemão, é, portanto, equivocada desde um ponto de vista político-jurídico.

A autoria não encontra fundamento, ao contrário do que em parte pensa a jurisprudência alemã até os dias de hoje, em uma vontade de autor, mas no domínio do acontecer lesivo ao bem jurídico, o chamado domínio do fato. Todavia, também para a participação a referência ao bem jurídico é essencial, pois aquela pressupõe uma lesão ao bem jurídico ocorrida sem o domínio do fato. Quando essa lesão falta, a contribuição é impunível. Essa posição possui consideráveis efeitos práticos, a saber: deve permanecer impunível o *agent provocateur*, isto é, o instigador que prende em flagrante o autor antes da consumação, na medida em que aquele resguarda o bem jurídico em vez de agredi-lo. Deve igualmente permanecer impunível a instigação para uma tentativa inidônea, pois esta não conduz a nenhuma lesão de bem jurídico. Também impunível devem permanecer a instigação ou cumplicidade para um homicídio tentado da própria pessoa por um terceiro. Afinal, apenas as lesões de bens jurídicos alheios são puníveis.

Da mesma forma, as posições de garantidor na omissão não podem ser deduzidas, tal como se supôs por um longo tempo, da lei, do contrato ou de uma ação precedente. Também elas devem ser explicadas a partir da necessidade de proteção de bens jurídicos. O garantidor deve ou proteger todos os bens jurídicos de terceiros dos perigos advindos de seu âmbito de domínio (posição de garantidor de vigilância), ou deve proteger os bens jurídicos que estão confiados aos seus cuidados – como vida ou integridade física de seus filhos – de perigos de todas as sortes (posição de garantidor de proteção).

O entendimento aqui defendido, segundo a qual o injusto típico deixa-se reconduzir em todas as suas formas de aparição a diferentes aspectos da proteção de bens jurídicos, ainda não conseguiu se impor de forma geral. Considero-o, no entanto, uma concepção dogmática fundamental.

IX. Ao lado das lesões a bens jurídicos, há ainda um ulterior requisito do injusto penal: a ausência de causas de justificação. As causas de justificação lidam com a regulação de conflitos sociais. Na legítima defesa, por exemplo, trata-se do conflito entre agressor e agredido, enquanto no estado de necessidade justificante

o conflito regrado é aquele entre o salvamento e a vítima que decorre do salvamento. Minha tese é:

A solução desses conflitos deve ocorrer a partir de fundamentos político-criminais que se refletem em determinados princípios sociais ordenadores. Gostaria de esclarecer esse ponto, de forma breve, por meio dos exemplos da legítima defesa e do estado de necessidade justificante.

X. A legítima defesa baseia-se, nos termos do direito alemão (§ 32 StGB), no princípio da proteção e no princípio da defesa da ordem jurídica.

Isso significa: O agredido está, ali onde o Estado não puder intervir, autorizado a tomar todas as medidas de defesa necessárias para sua proteção, ainda que com isso ele produza maiores danos do que aqueles contra os quais ele se defendera. Ele está autorizado, portanto, caso não haja outro modo de se socorrer, a realizar um disparo de arma de fogo para se defender de uma agressão física.

Além disso, vige, nos termos do direito alemão, também o princípio da defesa da ordem jurídica: ainda que o agredido pudesse fugir, ou seja, ainda que o disparo de arma não fosse necessário para a sua defesa própria, está ele autorizado ainda assim a utilizar a arma para se defender. Por trás disso está a ideia de que se contribui para a imposição do direito quando alguém se posiciona contra o injusto em vez de sucumbir diante dele.

Daqui se podem extrair igualmente limitações ao direito de defesa quando o agredido provocou a agressão por meio de um comportamento antijurídico. Nesses casos, o agredido não está em condições de impor o direito, na medida em que ele próprio violara o direito anteriormente. Ele está ainda assim autorizado a se proteger, necessita, todavia, fazer uso das possibilidades de fuga.

Os princípios ordenadores mencionados possibilitam, desse modo, soluções diferenciadas, que se sustentam em ideias fundamentais unívocas. O legislador pode, evidentemente, optar por outras soluções e, por exemplo, submeter a legítima defesa ao princípio da proporcionalidade, como muitas ordens jurídicas de fato o fazem. Dessa forma, deve o agredido levar os bens jurídicos do agressor em muito maior conta do que o exige o direito alemão. Contudo, também aqui estamos diante de uma decisão político-criminal tomada com o auxílio de um princípio social ordenador.

XI. De outro lado, o estado de necessidade justificante baseia-se, nos termos do direito alemão (§ 34 StGB), em dois outros princípios sociais ordenadores: o princípio da ponderação de bens e o princípios da autonomia.

Quando a vítima de um acidente necessita, para que sua vida seja salva, ser transportada rapidamente para um hospital, está permitido que se utilize para isso um carro alheio ainda que contra a vontade de seu proprietário, desde que outro automóvel não esteja à disposição. Afinal, o valor da vida humana é consideravelmente superior à perda temporária da posse.

Quando, ao contrário, a vida da vítima do acidente apenas pode ser salva por meio de um transplante de rim, o médico não está autorizado a retirar à força cirurgicamente o rim de um parente do paciente. É verdade que também nesse caso a ponderação de bens conduz ao resultado de que a vida representa um bem jurídico de maior valor se comparado à integridade corporal, especialmente diante da constatação de que a perda de um rim não representa necessariamente o encurtamento da expectativa de vida. É, contudo, a autonomia pessoal que possui todo ser humano que proíbe a intervenção forçada, fora de situação de legítima defesa, no núcleo duro da existência humana.

XII. Tipicidade e antijuridicidade compõem, juntas, o injusto. Com o juízo de injusto comunica-se que o autor realizou algo proibido penalmente. O terceiro escalão do delito que se constrói por sobre os dois já mencionados é designado por mim de responsabilidade. Sua tarefa político criminal é responder à pergunta, que deve ser separada da determinação do injusto, sobre se o autor deve ser punido no caso concreto. Para que se possa responder positivamente a essa pergunta é preciso que ao injusto adicionem-se outros dois requisitos: a culpabilidade do autor e a necessidade preventiva de pena.

XIII. Defino como um comportamento culpável o atuar injusto apesar da capacidade de ser destinatário de normas. Esta pode ser compreendida como aquela capacidade que o autor possui de compreender normas e se orientar a partir delas. Essa capacidade pode ser verificada empiricamente, por meio de peritos, caso seja necessário.

É duvidoso se a existência da capacidade para ser destinatário de normas presuppõe uma liberdade de vontade. A possibilidade de uma liberdade de vontade dos seres humanos é discutível e é atualmente negada de forma decisiva pelos defensores da moderna neurociência. Todavia, a existência da liberdade de vontade não interfere na determinação da culpabilidade em sentido jurídico-penal, na medida em que o direito penal não se refere aos cursos neuronais que ocorrem no cérebro, mas procura, isso sim, estabelecer uma regra normativa. Assim é que a ordem jurídica deve tratar pessoas que possuem capacidade para ser destinatárias de normas como capazes de uma decisão livre e, assim, deve considerar uma violação da norma como culpável. Afinal, sem uma atribuição recíproca de liberdade e responsabilidade torna-se impossível uma convivência juridicamente organizada. Liberdade e culpabilidade não são, pois, fatos comprováveis empiricamente, mas atribuições. Seu substrato ôntico se limita à capacidade de ser destinatário de normas.

XIV. A culpabilidade está ausente em crianças, em doentes mentais e outros inimputáveis, quando ocorre um erro de proibição inevitável e também nas lesões que ocorrem a partir de *déficits* corporais inevitáveis. Em todos esses casos, a norma não está em condições de adquirir uma função motivadora de comportamento na consciência do autor. Sua culpabilidade ausente exclui, assim, qualquer punição.

XV. No entanto, ainda que reste uma culpabilidade reduzida, pode o legislador renunciar à pena quando a ele uma punição soe, de um ponto de vista preventivo, desnecessária. Dessa forma é que, por exemplo, o excesso na legítima defesa, isto é, quando o sujeito ultrapassa os limites da defesa necessária “por confusão, medo ou susto” (§ 33 StGB), deve permanecer impunível, muito embora o legislador parta do pressuposto de que uma pessoa imputável está em condições de se orientar pelos padrões do necessário ao se defender. Contudo, uma punição lhe parece desnecessária preventivamente, pois: o lesionado é coculpável pela reação desproporcional do agredido; o autor não age por impulsos criminais, e sim por medo; não há perigo de repetição do fato em condições normais e, por fim, porque a generalidade das pessoas manifestará compreensão face a uma renúncia de pena em casos como esses.

Algo parecido vige no estado de necessidade exculpante (§ 35 StGB), no qual alguém apenas pode salvar a si mesmo ou a uma pessoa próxima de um perigo atual para a vida, integridade física ou liberdade cometendo um fato antijurídico. É verdade que o nosso legislador afirma que o autor agiria “sem culpabilidade” em um tal salvamento às custas de inocentes. Há, todavia, fortes elementos a indicar que as pessoas podem, sim, se orientar a partir de normas nessas situações de perigo e não se encontram coagidas a escapar do perigo através de uma lesão de inocentes. Ainda assim, o legislador considera uma pena criminal desnecessária, porque também aqui o autor não atua com motivos criminais e essas situações são únicas na vida.

A necessidade preventiva de pena deve, portanto, ser reconhecida como elemento autônomo na categoria da responsabilidade criminal, embora isso seja raramente percebido.

XVI. Assim é que pude expor aos senhores um sistema jurídico-penal em sua completude da maneira mais breve possível. Em razão disso, temos agora tempo para discutir com mais vagar a esse respeito.

Agradeço os senhores pela atenção.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Controle do crime no século XXI – Analisando uma nova realidade, de René Van Swaaningen – *RBCCrim* 42/103, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/1093 (DTR\2003\623);
- Crime e risco. Os novos rumos do direito penal: uma política criminal de defesa social, de Carolina Barreto Lemos e Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva – *RBCCrim* 97/393 (DTR\2012\450327);
- Da "política criminal" à política da igualdade, de Dimitri Dimoulis – *RBCCrim* 29/209 (DTR\2000\12); e
- O espaço do direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal, de Fabio Roberto D'Avila – *RBCCrim* 64/78 (DTR\2007\921).